

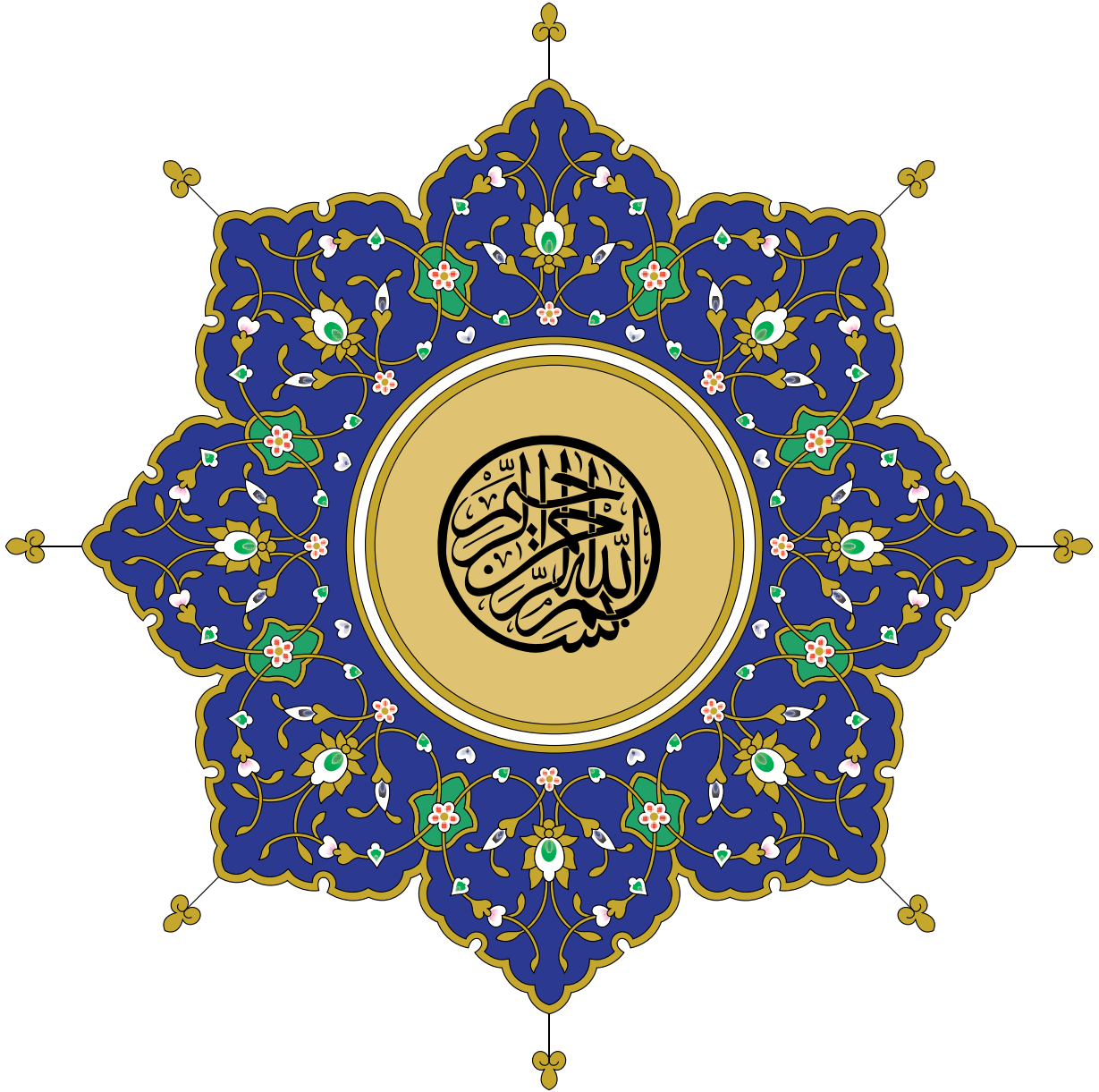


دوفصلنامه

دانشنامه حقوق اقتصادی

دوره ۳۲ . شماره ۲۷ . بهار و تابستان ۱۴۰۴





دوفصلنامه

دانشنامه حقوق اقتصادی

نشریه علمی



صاحب امتیاز
سر دبیر
مدیر مسئول
دبیر تخصصی

دانشگاه فردوسی مشهد
دکتر عبدالرضا جوان جعفری
دکتر سید حسین حسینی
دکتر حمیدرضا دانش ناری

هیئت تحریریه

دکتر عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی
دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان
دکتر محمد حسن حائری
دکتر محمود هوشمند
دکتر حسین غلامی دون
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی
دکتر حسین میرمحمد صادقی
دکتر محمد عابدی
دکتر حسن بادینی
دکتر ستار زرکلام
دکتر محمد علی بابایی

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد
استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد
استاد دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
استاد دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه فردوسی مشهد
استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی تهران
استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران
استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران
دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد
دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
دانشیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد تهران
دانشیار دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه بین المللی امام خمینی قزوین

وجیهه معافیان
فرشته گلچین راد
محمد رضا شیخی
۲۰ نسخه

۷۷ / ۱۰ / ۸ - ۱۲۴ / ۱۰۳۵۲
چاپی: ۲۳۲۲-۴۱۷۷ الکترونیکی: ۳۳۳۸-۲۷۱۷
مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد
مشهد. میدان آزادی. پردیس دانشگاه فردوسی. دانشکده حقوق و علوم سیاسی
۹۱۷۷۹۴۸۹۵۱
<https://lawecon.um.ac.ir>
economiclaw@um.ac.ir
۰۵۱ - ۳۸۸۰۶۳۶۵
۳۸۸۲۹۵۸۴ - ۳۸۸۱۱۲۴۳

مدیر اجرایی
ویراستار فنی و ادبی
صفحه آرایی
شمارگان
شماره پروانه
شاپا
ناشر
نشانی
آدرس پستی
آدرس اینترنتی
پست الکترونیکی
تلفن
فاکس

مجله در این پایگاه هانمایه می شود

دو آج (DOAG)
گوگل اسکالر (Google scholar)
بانک اطلاعات نشریات کشور (Magiran)
پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC)
ابسکو (EBSCO)
پایگاه مجلات تخصصی نور (Noormags)

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.

دریافت مقالات فقط به صورت الکترونیکی امکان پذیر است.

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

محمد عابدی، حجت مبین، امین حاجی وند، سکینه خانعلی پور، سید میلاد حسینی، مهدی
حقیقت جو، زهرا دانش ناری، زهره افشار قوچانی، عاطفه اجری ایسک، محسن نورپور، سید
امین روح الامینی، اسماء سالاری، غلام نبی فیض چکاپ، زهرا شاکری، محمد حسین تقی پور

داوران مقالات این شماره

فهرست مقالات

۵	نظام ارزیابی معیارهای حق اختراع در حقوق ایران
	ساناز علائی . مرتضی اسدلو . مختار نعم
۲۱	بررسی راهکارهای مقابله با مشکل رایگان سواری و رانت جویی در تعیین حق الزحمه و پاداش مدیران شرکتهای سهامی
	حبیب رضائی آکردی
۳۷	وضعیت، ماهیت و تعهدات قرارداد بازاریابی بین المللی در نظام حقوقی ایران
	مرضیه نیکویی
۵۳	شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه گذاری در پرتو حقوق بین المللی سرمایه گذاری
	محدثه قوامی پور سرشکه . امیررضا محمودی
۷۳	تحلیلی بر عوامل تأثیرگذار بر اقتصاد غیرقانونی در ایران
	سیامک شکوهی فرد . علی سلمانپور زوز . ایرج لطفی . مراد نصیری مغانلو
۹۵	خطاهای شناختی قاضی از منظر تحلیل اقتصادی رفتاری
	شاهین شامی اقدام . غلامرضا اسدی
۱۱۳	تحلیل جرایم مالیاتی در قانون مالیاتهای مستقیم از منظر اصل حفظ ثبات اقتصادی
	محمدحسین طاهری . ابوالقاسم خدادی
۱۳۳	امکان سنجی انتقال داده های شخصی ضمن ادغام و تحصیل شرکتهای
	نسربین طباطبائی حصارى . امیرمحمد قربان نیا
۱۵۳	تحلیلی بر اقتصاد سیاسی قواعد اساسی و نسبت آن با گفتمان حقوقی: تبیین تمایز مفاهیم بنیادین در چهارچوب مطالعات میان رشته ای
	امیرحسین بامتی طوسی . مصطفی منصوریان . محمد برزگر خسروی
۱۷۴	جایگاه اصناف در سیاست جنایی ایران
	مجید محمدی نصرآباد . محمد علی حاجی ده آبادی
۱۹۶	معیار کارآمد شناسایی وضعیت اقتصادی مسلط در پلتفرم های دیجیتال (مطالعه تطبیقی در اتحادیه اروپا)
	محسن صادقی . پارسا جدیری اسلامی
۲۱۷	مسئولیت اجتماعی شرکتهای در حقوق ایران و اتحادیه اروپا پس از تصویب دستورالعمل اروپایی ارزیابی دقیق پایداری شرکتهای (مصوب ۴۲۰۲)
	حسین کاویار . فرید کمیجانی



Evaluation system of patent criteria in Iranian law

Sanaz. Alae¹ , Morteza. Asadlou^{2*} , Mokhtar. Neam³ 

1. PhD student, Department of private law, Aras international Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.
2. Assistant professor, Department of private law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran. (*-Corresponding Author Email: asadlou.m@gmail.com)
3. Assistant professor, Department of private law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran.

Received: 2024-06-24

Revised: 2024-12-20

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Alae, S.; Asadlou, M., & Neam, M. (2025). Evaluation system of patent criteria in Iranin law. Encyclopedia of Economic Law Journal, 32(27): (5-20) (in Persian with English abstract).
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.88651.1377>

1. INTRODUCTION

A patent is a privilege given by governments to innovators to create a new and economically important invention. For patenting of invention predict some rules in Iran. Some of these rules are substantive codition. Some of these conditions are novelty, industrial application and inventive step. That lack of these substantive conditions create difficulty for recognizing and supporting of patents. Also, some of these rules are procedural conditions. They are refer to prepare of statement and appendices and description of invention and claims. that the lack of these conditions can cause the invention not to be patented in some cases. but they are not as important as substantive conditions. In some international documents in the field of industrial property rights especially in the Trips Agreement, the substantive conditions of patent are stated. According to paragraph 1 of article 27 of the Trips Agreement, for patenting of any inventions, either product or process, predict some substantive conditions. These substantive conditions are:

Novelty: It means that the invention was not predicted in prior art or industry.

Invention step: It means that the invention does not be obvious and clear for a person with the ordinary skills.

Industrial practical: It means that the invention can be made or used in the field of industry or art. This Agreement has only stated these substantive conditions and assessment of these conditions is left to the internal regulations of the countries. Due to this, the regulations of the countries have the flexibility to evaluate those conditions according to their economic and social conditions and that is an important point for these countries. But the lack of definition of invention in the Trips agreement also the lack of explanation of the substantive conditions of the patent, caused countries to reach different results in the assessment of inventions. This problem has forced developed countries and consequently the world intellectual property organization to take serious measures in order to formulate the substantive laws of inventions and make them uniform in terms of substance. In Europe, according to the European patent convention 1973, In article 54 to 57 of this convention, patent conditions are newly, inventive step, and industrial practical. In the laws and regulations related to the inventions of countries, including developing and developed countries, usually these substantive conditions are stated. In the Irans patent law 1310, some of these conditions, including novelty ate mentioned. In the patent law of Iran 1386, in article 1 the invention is defined. Subsequently, in article 2, the conditions of patentable inventions are stated. And necessary criteria for patenting are novelty, innovative step and industrial application. But if the subject of the intended invention is one of the excluded subjects, it will not be able to be patented. In the



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



continuation of this article, the concept of these conditions and the evaluation of these conditions and criteria in Iranian law will be discussed.

2. PURPOSE

The purpose of this article, is to evaluate the criteria of the substantive conditions of patent in Iranian law. According to Iran's patent law, article 2, substantive conditions of the patent are stated. In Iran, the evaluation of the substantive conditions of the inventions is done by asking experts in university units and science and technology parks. To evaluate these substantive conditions, various criteria are used, which include the main and technical criteria and secondary criteria.

3. METHODOLOGY

This article is based on analytic-descriptive approach. The collection of information is done through the review of books, articles and judicial procedure, by referring to the library, research centers and internet.

4. FINDINGS

Recognition of the patent depends on compliance with the substantive conditions. According to the laws of Iran, substantive conditions are, novelty, innovative step and industrial application. Currently, the Iranian patent office inquires from university units and science and technology parks in order to evaluate the substantive conditions of patent. After confirming the above substantive conditions by these experts, a patent certificate will be issued.

5. CONCLUSION

The invention is the result of the intellectual effort of the inventor, which is created in the form of industrial product or process. And in general invention, invention is an exclusive right that will be granted by the government to the inventor if his invention be new and has industrial application and innovative step. In today's world, patent is considered very important and fundamental, especially from the economic and commercial point of view. In the laws and regulations of the countries, have been predicted some conditions. Some of these conditions are substantive, and lack of them create difficulty for recognizing and supporting of patents.

In the patent law of Iran 1386, article 2, substantive conditions of the patent have been mentioned. According to this article, an invention can be patented that contains a new innovation and has industrial application. The existing procedure in the Iran's patent office, is that after filling the patent application by the applicant, experts conduct a search in existing data bases, to check that the invention has no previous registration history. Then the applicant's application is sent to university units and science and technology parks for evaluation of three conditions. According to article 2 of Iran's patent law 1386, innovative step condition means, that the intended invention does not be obvious and clear for a person with ordinary skills in the knowledge. In regulation of Iran for evaluation of innovative step refer to previous knowledge and technology. And the invention contains an innovative step that is different from or beyond the prior art or industry. But in practice, the patent office and courts, face problems to evaluate this condition, due to that they use different criteria for assessment of this condition. If after initial assessment, the evaluator can not definitively determine whether the claimed invention is obvious or not, then expert can use secondary criteria for evaluation of innovative step. The secondary criteria are commercial success of the invention, long-term needs but not met to a technology and the failure of others to achieve the claimed invention. Another condition that is necessary for patenting is that claimed invention has an industrial application. The criterion used to evaluate the industrial application in Iran is a technical criterion. Which means that at the time of submitting the application, the claimed invention shows a specific application in a specific field. Also patent office of Iran can use secondary criteria such as commercial success of the invention, for evaluation of industry application condition. Another condition for patenting is, novelty. The criterion for evaluation the novelty of an invention in Iranian law is that, the invention has not been disclosed to the public through publication, oral disclosure, practical use or any other way before the date of the filing application or the date of the priority right declaration. In order to correctly evaluate the innovative step condition and novelty, it is suggested, patent office data bases are updated by connecting to important information sources in the world. And also it is suggested to first establish an organization called the Iranian patent organization with the same structure and criteria as the American and European patent offices. Secondly, in the current situation and before the establishment of such an organization, an institution called the Academy of intellectual property should be established in the patent office, so that the experienced professors of intellectual property rights take on the task of training officials and experts of the patent office.

Keywords: Industrial application, Inventive step, Novelty, Patent



نظام ارزیابی معیارهای حق اختراع در حقوق ایران

ساناز علائی^۱ ID، مرتضی اسدلو^{۲*} ID، مختار نعم^۳ ID

دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۴ | بازنگری: ۱۴۰۳/۰۹/۳۰ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

اختراع، حاصل و ثمره تلاش فکری و تراوش ذهنی مخترع است که در قالب یک محصول صنعتی یا فرایند صنعتی متبلور می‌شود. کسی که اختراع را انجام می‌دهد، حق ثبت آن اختراع را دارد. به عبارت دیگر فقط مخترع است که می‌تواند تحت شرایطی تقاضای ثبت اختراع را نماید. و حق ثبت اختراع که با نام‌های سند ثبت اختراع و پتنت نیز شناخته می‌شود، نوعی حق انحصاری است که به مبتکر یک ایده یا مخترع یک روش یا اختراع داده می‌شود تا در برابر هر نوع سوء استفاده و ادعای مالکیت جلوگیری کند. این حق معمولاً از طرف نهادهای دولتی و خود دولت یا نهادهایی داده می‌شوند که در سطح یک منطقه جغرافیایی بزرگ مانند کشورها و قاره‌ها رسمیت دارند. و حمایت از اختراعات و نوآوری‌ها توسط دولت‌ها، منجر به رشد اقتصادی کشورها می‌شود. و بر طبق حقوق ایران برای این که یک اختراع واجد شرایط اخذ ثبت اختراع باشد، باید شرایط و معیارهای لازم را داشته باشد. که این معیارها شامل این است که اختراع باید؛ جدید باشد، شامل یک گام ابتکاری باشد، کاربرد صنعتی داشته باشد، امکان افشاسازی داشته باشد و در قسمت استثنائات ثبت نیز قرار نگیرد. بدین ترتیب در نوشتار حاضر، با روشی توصیفی و تحلیلی و با تکیه بر منابع معتبر به نحوه ی ارزیابی زمینهای مورد نیاز برای ثبت اختراع در حقوق ایران پرداخته شده است. نتایج حاصل از این تحقیق نشان می‌دهد که در حقوق ایران برای احراز شرط گام ابتکاری؛ بر طبق ماده (۲) قانون ۱۳۸۶؛ "فن یا صنعت قبلی" و "شخص با مهارت معمولی در دانش" دو ابزار بسیار مهمی هستند که برای ارزیابی گام ابتکاری اختراعات مورد استفاده قرار می‌گیرند. و معیار ارزیابی برای شرط کاربرد صنعتی در حقوق ایران، معیار فنی است که عبارت است از این که، اختراع مورد ادعا در زمان تقدیم اظهارنامه، کاربردی مشخص در حوزه ای خاص را نشان دهد. و همچنین برای ارزیابی شرایط ماهوی اختراع مانند شرط گام ابتکاری و شرط کاربرد صنعتی، اداره ثبت اختراع می‌تواند از معیارهای ثانوی مانند موفقیت تجاری اختراع، نیازهای طولانی مدت اما برآورده نشده به یک فناوری، و عدم موفقیت دیگران در دستیابی به اختراع ادعایی استفاده کند. و همچنین معیار ارزیابی شرط جدید بودن اختراع، بر طبق حقوق ایران این است که، اختراع قبل از تاریخ تقاضای ثبت یا تاریخ اظهارنامه حق تقدم، از طریق انتشار، افشای شفاهی، استفاده عملی، یا از هر طریق دیگری برای عموم افشا نشده باشد. بنابراین اختراعی تازه به شمار می‌آید که در آن زمان داخل در وضعیت فنی موجود نباشد

کلید واژه‌ها: ثبت اختراع، جدید بودن، کاربرد صنعتی، گام ابتکاری

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد بین الملل ارس، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

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

(نویسنده مسئول: Email: asadlou.m@gmail.com)

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.



مقدمه

ثبت اختراع^۱ امتیازی است که از طرف دولت‌ها به مبتکران برای ایجاد یک ابداع نو و جدید که از نظر اقتصادی حائز اهمیت باشد، اهدا می‌شود. (Hakim Elahi, et al, 2005:67)

برای ثبت اختراع در مقررات ایران شرایطی پیش‌بینی شده است، که دست‌های از این شرایط ماهوی^۲ هستند، و نبود آن‌ها، شناسایی حق اختراع و حمایت از آن را مواجه با اشکال می‌نماید. (Tavakol Moghaddam, et al, 2010:17)

دسته ای دیگر از شرایط، شرایط شکلی^۳ است که عمدتاً به نحوه تهیه و تنظیم اظهارنامه^۴ و ضمائ آن بر می‌گردد و نبود آن‌ها اگرچه می‌تواند تحت شرایطی، موجب عدم ثبت اختراع گردد ولی اهمیت آن به اندازه شرایط ماهوی نیست. (Commission of the euro, 1973:3)

به عبارت دیگر، برخی از شرایط مربوط به ثبت اختراع، ناظر به شرایط اساسی ثبت آن از قبیل جدید بودن و دارای کاربرد صنعتی است که از آن‌ها به شرایط ماهوی اختراع تعبیر می‌گردد. (Ghabooli Dor Afshan, et al, 2016:652)

و برخی دیگر از شرایط عمدتاً ناظر به نحوه تنظیم اظهارنامه، توصیف اختراع و ادعا و غیره است که می‌توان از آن به‌عنوان شرایط شکلی ثبت اختراع نام برد. (Mir Hosseini, 2008:110)

در بعضی از اسناد بین‌المللی^۵ مربوط به حقوق مالکیت صنعتی، به‌ویژه در موافقت‌نامه تریپس، شرایط ماهوی اختراع بیان شده است. (World intellectual property organization, 2013:9) با توجه به بند (۱) ماده (۲۷) موافقت‌نامه تریپس، برای ثبت هرگونه اختراعی اعم از محصول یا فرایند شرایط ماهوی پیش‌بینی شده است. (Nasr Abadi, 2005:389) این شرایط با توجه به این ماده عبارتند از:

۱. جدید بودن، یعنی در فن یا صنعت قبلی پیش‌بینی نشده باشد.
 ۲. دارا بودن گام ابتکاری، یعنی بر هر شخص دارای مهارت معمولی در فن مربوط، معلوم و آشکار نباشد.
 ۳. کاربرد صنعتی داشته باشد، یعنی در رشته ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد. (Laeli and Behrouzmanesh, 2017:23)
- همان‌طور که در بند (۱) ماده (۲۷) موافقت‌نامه تریپس آمده است، این موافقت‌نامه به تعیین شرایط ماهوی اکتفاء کرده است و در واقع چگونگی احراز این امور را به قوانین و مقررات داخلی کشورها واگذار کرده است، که از این حیث، امکان انعطاف‌پذیری لازم متناسب با شرایط اقتصادی - اجتماعی کشورها و سطح توسعه آن‌ها فراهم می‌گردد که امتیازی مهم محسوب می‌گردد. (Habiba, 2004:161)
- البته عدم تعریف اختراع در موافقت‌نامه تریپس و همچنین عدم تبیین شرایط ماهوی ثبت اختراع و بسنده کردن به ذکر شرایط ماهوی در این موافقت‌نامه، موجب شده است که کشورها در بررسی اختراعات به نتایج مختلفی برسند که این مشکل به ویژه کشورهای پیشرفته و به تبع آن سازمان جهانی مالکیت فکری را وادار کرده است که در جهت تدوین قوانین ماهوی اختراعات و متحد الشکل کردن آن‌ها از حیث ماهوی اقدامات جدی را شروع نمایند. (Shobeiri Zanjani and Najafi, 2013:40)
- در اروپا، طبق کنوانسیون ثبت اختراع اروپایی^۶، و در مواد ۵۴ تا ۵۷ این کنوانسیون، شروط ثبت اختراع شامل جدید بودن، داشتن گام ابتکاری و کاربرد صنعتی داشتن بیان شده است. (European patent office (Epo) as designated for elected office, 2013:10)
- در قوانین و مقررات مربوط به اختراعات کشورها اعم از کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته معمولاً این شرایط ماهوی وجود دارد. (Daniel and Gaten, 2012:11)
- در قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰ به بعضی از این شرایط، از جمله جدید بودن اشاره شده است.

1. Patent

2. Substantive conditions

3. Procedural conditions

4. Application

5. International documents

6. European patent convention (EPC)1973



در قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶، اختراع^۷ در ماده اول این قانون این گونه تعریف شده است: "اختراع نتیجه فکر فرد یا افراد است که برای اولین بار فرایند یا فرآورده‌های خاص را ارائه می‌کند و مشکلی را در یک حرفه، فناوری، صنعت و مانند آن‌ها حل می‌نماید." همان طور که آشکار است در این تعریف بر خلاف قانون سال ۱۳۱۰ تنها اختراع معتبر شناخته شده و اکتشاف از دایره حمایتی قوانین ثبت اختراع خارج می‌شود. از طرف دیگر امکان اختراع گروهی و دو شرط جدید بودن و صلاحیت کاربرد صنعتی داشتن را تلویحاً بیان کرده است. البته قانون‌گذار به این بیان مجمل اکتفا نکرده و متعاقب آن در ماده ۲ این قانون شرایط اختراع قابل ثبت را بر شمرده است که عیناً با ماده ۲۷ موافقت نامه تریپس هماهنگی دارد.

در ماده (۲) قانون ۱۳۸۶، به کلیه شرایط ماهوی ثبت اختراع اشاره گردیده است. (Ebrahimi, 2011: 344) و در خصوص معیارهای لازم جهت ثبت اختراع، اصولاً هر اختراعی که جدید، دارای گام ابتکاری و کاربرد صنعتی باشد، اصولاً قابلیت ثبت را دارد مگر این که به صراحت موضوع اختراع مورد نظر از جمله موضوعات استثناء شده باشد. (Ebrahimi, 2011: 345) به عنوان مثال، طرح‌ها و قواعد یا روش‌های انجام کار تجاری، از دایره موضوعات قابل ثبت خارج شده اند. ماده (۴) قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ۱۳۸۶ (Sadeghi and Hamidi Aval, 2015: 78) در ادامه به بررسی مفهوم هر یک از این شروط و نحوه ارزیابی هر یک از این شروط و معیارها در حقوق ایران پرداخته شده است.

گفتار اول) گام ابتکاری

شرط گام ابتکاری^۸ در کنار دو شرط دیگر؛ تازگی و کاربرد صنعتی، در بسیاری از قوانین، مقررات و اسناد ملی، منطقه ای و بین المللی به عنوان حداقل شرط ماهوی اختراعات معرفی شده است. (Singleton, 2000: 127) این شرط که در برخی کشورها با عنوان بدیهی نبودن^۹ مقرر شده است. (Taban, 2013: 16) بدین معناست که اختراع ادعایی با توجه به معلومات عموم برای شخص با مهارت معمولی در دانش بدیهی نباشد. (Najafi and Madani, 2016: 197) به جرات می‌توان گفت این معنا برای گام ابتکاری به صورت واحد در تمام سیستم‌های حقوقی بیان شده است و در این خصوص رویه واحدی در کشورها و مناطق مختلف وجود دارد. (Shobeiri and Najafi, 2011: 36) پیش از آن که قوانین احراز شرط گام ابتکاری را برای ثبت اختراعات پیش بینی کند، دادگاه‌ها برای جلوگیری از ثبت اختراعاتی که تنها با هدف کسب حمایت نظام ثبت اختراع به وجود می‌آمدند این شرط را لازم دانسته و مانع ثبت اختراعاتی میشدند که واقعاً در سطح دانش موجود جامعه پیشرفتی ایجاد نمی‌کردند. رویه‌های قضایی ایجاد شده باعث ورود تدریجی این شرط در قوانین ثبت اختراع کشورها شد. (Habiba, 2014: 79)

از آن جا که فعالیت خلاقانه و نوآورانه ای که برای حل یک معضل صورت می‌گیرد لزوماً از نظر کمی قابل اندازه‌گیری نیست ارزیابی شرط گام ابتکاری دشوار است. (Abbasi and Akhgar, 2012: 21) برای تسهیل سنجش وجود یا نبود این شرط در یک اختراع از معیار "فرد دارای مهارت عادی" استفاده می‌شود. به همین دلیل ماده ۲ قانون ثبت اختراعات ایران مصوب ۱۳۸۶، گام ابتکاری را به آنچه "برای دارنده مهارت عادی در فن مذکور معلوم و آشکار نباشد" تعریف کرده است. (Zahedi, et al, 2021: 13)

و در حقوق ایران برای احراز گام ابتکاری همانند تازگی به دانش و فن قبلی رجوع می‌شود، و فارغ از نحوه ارزیابی گام ابتکاری در صورتی که اختراع قبل از تاریخ تقاضا یا در مواردی که حق تقدم مطرح می‌شود، در تاریخ حق تقدم داخل در قلمرو دانش قبلی قرار نگیرد (بند ۴ ماده ۴ ق.ث.ا.ط.ع.) واجد وصف گام ابتکاری است. (Sadeghi and Ramezani Akordi, 2015: 87)

به همین منوال در خصوص شیوه ارزیابی^{۱۰} و احراز شرط گام ابتکاری، قوانین و مقررات گوناگون با عباراتی نسبتاً مشابه مقرر کرده‌اند که اختراع زمانی حاوی گام ابتکاری است که به مقدار کافی از فن یا صنعت قبلی متمایز یا فراتر از آن باشد. (German patent and trademark office, 2022: 8) اما در عمل، ادارات ثبت اختراع و دادگاه‌ها برای ارزیابی و احراز این شرط با مشکل مواجه شده،

7. Invention

8. Invasive step

9. Non-obvious

10. Evaluation



معیارهای^{۱۱} مختلفی را به کار می‌بندند؛ زیرا برخلاف سایر شرایط ماهوی؛ تازگی و کاربرد صنعتی، ارزیابی شرط گام ابتکاری به راحتی امکان پذیر نیست. (Sadeghi, et al, 2013:114) برای مثال، تازگی یک اختراع به راحتی با مراجعه به فن یا صنعت قبلی و مقایسه آن با اختراع ادعایی و بررسی افشا یا عدم افشای اختراع ادعایی در تاریخ تقدیم اظهارنامه مربوط، قابل تعیین است. حال آن‌که ارزیابی و تعیین گام ابتکاری یک اختراع به دلیل وجود مفاهیمی از قبیل شخص با مهارت معمولی در دانش، ارزیابی مبتنی بر استنباط شخصی و غیره، امری بسیار دشوار است. ادارات ثبت اختراع مختلف نیز معمولاً با توجه به سطح مهارت منتسب به شخص مزبور و چشم انداز و مبنای اقتصادی ترسیم شده برای شرط گام ابتکاری، معیارهای متفاوتی را به اقتضای مورد، برای ارزیابی آن مورد استفاده قرار می‌دهند. این اختلاف معیار راجع به معیارهای اصلی و فنی ادارات ثبت اختراع می‌باشد و معیارهای ثانوی به شکل و محتوای نسبتاً یکسانی اعمال می‌شوند. (Shobeiri and Najafi, 2011:36)

در ایران کار ارزیابی به صورت متمرکز در اداره ثبت اختراع و توسط کارشناسان صورت نمی‌گیرد، بلکه این امر از طریق استعلام از متخصصان حاضر در واحدهای دانشگاهی و پارک‌های علم و فناوری انجام می‌شود که به دلیل عدم آشنایی متخصصان مذکور به ادبیات حق اختراع، ارزیابی شرط گام ابتکاری به شکل دقیقی صورت نمی‌گیرد و شائبه یکی بودن تازگی و گام ابتکاری را در برخی پرونده‌ها القا می‌کند (Najafi and Madani, 2014:199) و در حقوق ایران، علی‌رغم به وجود آمدن ظرفیت‌های قانونی مناسب در زمینه ارزیابی شرایط ماهوی اختراعات، از جمله شرط گام ابتکاری، عملاً ارزیابی واقعی نسبت به شرایط ماهوی اختراعات از جمله شرط گام ابتکاری صورت نمی‌گیرد. و بدین لحاظ نیاز به اعمال اصلاحاتی در نظام ثبت اختراعات ایران احساس می‌شود. (Najafi, 2013:24)

الف) تبیین ابزارهای احراز شرط گام ابتکاری در اختراعات:

ارزیابی و احراز شرط گام ابتکاری از اهمیت بسیاری برخوردار است. این عمل توسط ادارات ثبت اختراع و دادگاه‌ها صورت می‌گیرد. و در اغلب نظام‌های ثبت اختراع^{۱۲} و برای ارزیابی شرط مزبور آمده است، اختراع در صورتی حاوی گام ابتکاری است که با لحاظ فن یا صنعت قبلی برای شخص با مهارت معمولی در دانش بدیهی نباشد. (Najafi and Madani, 2018:141) به همین دلیل است که در ماده ۲ قانون جدید ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ ایران، هر چند با بیانی نامانوس مقرر شده است که "اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید و دارای کاربرد صنعتی باشد. ابتکار جدید عبارت است از آنچه که در فن یا صنعت قبلی وجود نداشته و برای دارنده مهارت عادی در فن مذکور معلوم و آشکار نباشد...". با این وصف "فن یا صنعت قبلی" و "شخص با مهارت معمولی در دانش" دو ابزار بسیار مهمی هستند که برای ارزیابی گام ابتکاری اختراعات مورد استفاده قرار می‌گیرند. (Sadeghi and Amini, 2012:58) "فن یا صنعت قبلی" معمولاً به تمام اطلاعاتی که در تاریخ تقاضا یا تاریخ حق تقدم در دسترس عموم قرار دارند، اطلاق می‌گردد. "شخص با مهارت معمولی در دانش" موجودی فرضی است که ویژگی‌ها و قابلیت‌های خاصی به وی منتسب می‌شود. ویژگی‌هایی از قبیل آگاهی به دانش رایج عمومی مندرج در فن یا صنعت قبلی در تاریخ تقدم اظهارنامه اختراع و تمامی منابعی که در فن یا صنعت قبلی وجود دارد، دسترسی به تمامی امکانات و لوازم عادی و متعارف انجام آزمایشات و... قابلیت‌هایی هستند که در کشورهای مختلف به شخص مزبور انتساب می‌شود. (Najafi and Madani, 2018:142) و همچنین هر چند محتوای فن یا صنعت قبلی در برخی از جزئیات در کشورهای مختلف ممکن است متفاوت باشد، اما تعریف فوق در اغلب قریب به اتفاق کشورها در خصوص محتوای فن یا صنعت قبلی در نظر گرفته می‌شود. شخص با مهارت معمولی در دانش نیز که در قانون ایران با عنوان دارنده ی مهارت عادی شناخته شده است، شخصی فرضی است که ویژگی‌ها و قابلیت‌های خاصی به وی نسبت داده می‌شود که گاهی اوقات جمع این ویژگی‌ها با یکدیگر ممکن نبوده و چالش برانگیز می‌گردد. علاوه بر این سطح مهارت منتسب به چنین شخصی نه تنها در حقوق ایران بلکه در بسیاری از کشورهای توسعه یافته نیز مشخص نیست و علاوه بر این اظهار نظر مبتنی بر استنباط شخصی ارزیابان نیز از دیگر چالش‌های فراروی شرط گام ابتکاری و شخص با مهارت معمولی در دانش می‌باشد. (Najafi and Madani, 2018:157)

11. Criteria

۱۲. در کنوانسیون اروپایی ثبت اختراعات، تعریف نسبتاً کاملی از شرط گام ابتکاری شده است: «اختراع زمانی حاوی گام ابتکاری است که با توجه به سطح دانش موجود برای شخص ماهر در آن فن بدیهی نیست.» (نجفی، ح؛ مدنی، م. ۱۳۹۷. تبیین ابزارهای احراز شرط گام ابتکاری در اختراعات، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۳۴، ص ۱۴۹)



برای احراز گام ابتکاری، ابتدا باید فن یا صنعت قبلی مشخص و سپس شخصی که دارای مهارت معمولی در فن مذکور است آن را با اختراع ادعایی مقایسه کند. به عبارت دیگر، برای احراز گام ابتکاری، شناخت فن یا صنعت قبلی و همچنین ویژگی‌های شخص با مهارت معمولی لازم می باشد.

۱. فن یا صنعت قبلی^{۱۳}

در تعریف "فن یا صنعت قبلی"^{۱۴} معمولاً گفته می شود که تمام اطلاعاتی که در تاریخ تقاضا یا تاریخ حق تقدم در دسترس عموم قرار دارند، "فن یا صنعت قبلی" را تشکیل می دهد.

در ترمینولوژی اختراعات "فن یا صنعت قبلی" این گونه تعریف شده است "هرگونه فناوری ای که قبلاً مورد استفاده قرار گرفته است و یا انتشار یافته است و ممکن است در اظهارنامه ی ثبت اختراع و یا گزارش مربوط به ارزیابی آن، مورد اشاره قرار گیرد. یعنی در یک مفهوم موسع، فناوری ای است که مربوط به یک اختراع می باشد و به صورت عمومی در زمان ایجاد اختراع در دسترس می باشد. (برای مثال در یک مجله یا عرضه برای فروش توصیف شده باشد). یا در یک مفهوم مضیق، هرگونه فناوری است که یک ورقه ی اختراع را نامعتبر می کند و یا محدوده ی آن را کاهش می دهد." فرایند ارزیابی اظهارنامه ی مربوط به یک اختراع یا تفسیر ادعاهای آن تا حد زیادی بستگی به فن یا صنعت قبلی مربوطه و متمایز ساختن اختراع ادعایی از آن فن یا صنعت قبلی دارد. (Najafi and Madani, 2018:149)

در برخی از نظام ها از جمله نظامی که در قانون ۱۳۸۶، پیش بینی شده است، محدوده فن یا صنعت قبلی برای احراز گام ابتکاری، تمام مواردی است که در تعیین تازگی شرط شده است. در برخی نظام های دیگر از جمله در حقوق انگلیس، برای احراز گام ابتکاری فن یا صنعت قبلی به آن وسعتی که در تعیین تازگی مورد استفاده قرار می گیرد، نیست. به موجب بند (۳) بخش دو قانون سال ۱۹۷۷، انگلیس، فن یا صنعت قبلی تمام مواردی که برای تعیین تازگی در بند (۲) بخش دو این قانون مشخص شده است، به غیر از اظهارنامه های اختراع که در تاریخ تقدّم انتشار نیافته اند، را در بر می گیرد. همچنین دانش و اطلاعات عمومی و تمام اسناد و مطالب راجع به اختراع از هر منبعی و هر زبانی که باشد نیز جزء فن یا صنعت قبل محسوب می شوند.

برخلاف تازگی، محدوده مورد بررسی برای احراز گام ابتکاری، فن یا رشته خاصی است که اختراع در آن قرار دارد. بنابراین در مورد اختراع انجام شده در زمینه ی مثلاً استخراج معادن، متخصصین همان رشته یا حرفه با توجه به معلومات قبلی رشته خود نظر خواهند داد که آیا اختراع ادعا شده، واضح و آشکار بوده یا دارای گام ابتکاری می باشد. (Mir Hosseini, 2008:135)

فن یا صنعت قبلی در حقوق ایران در بند (ه) قسمت الف ماده ۴ قانون سال ۱۳۸۶ مشخص شده است. طبق این بند و صدر ماده ۴، آنچه قبلاً در فنون و صنایع پیش بینی شده باشد از حیطه حمایت اختراع خارج است. فن یا صنعت قبلی نیز عبارت است از هر چیزی که در نقطه ای از جهان از طریق انتشار کتبی یا شفاهی یا از طریق استفاده ی عملی و یا هر طریق دیگر، قبل از تقاضا و یا در موارد حق تقدم ناشی از اظهارنامه ی ثبت اختراع، افشاء شده باشد. در صورتی که افشای اختراع ظرف مدت شش ماه قبل از تاریخ تقاضا یا در موارد مقتضی قبل از تاریخ حق تقدم اختراع، صورت گرفته باشد، مانع ثبت نخواهد بود. (Najafi and Madani, 2018:152)

بنابراین در حقوق ایران برخلاف حقوق انگلیس، محدوده ی فن یا صنعت قبلی، تمام مواردی خواهند بود که در تعیین تازگی به حساب می آیند. همچنین در حقوق ایران برخلاف مقررات اتحادیه اروپا، یک مهلت ارفاقی شش ماهه برای ثبت اظهارنامه اختراع در نظر گرفته شده است. (World intellectual property organization, 2013:8)

در حقوق ایران محتوای فن یا صنعت قبلی، تعیین نشده است که شایسته است چنین موضوعی توسط اداره ی کل مالکیت صنعتی انجام پذیرد. هرچند چنین نقصی در حال حاضر و با عنایت به این که باوجود تصریح قانون ۱۳۸۶ در خصوص ارزیابی قبل از ثبت اختراعات، عملاً ارزیابی واقعی نسبت به شرایط ماهوی و از جمله شرط گام ابتکاری صورت نمی گیرد، شاید به چشم نیاید اما در هر صورت پیش بینی آن خالی از فایده نیست. (Najafi, 2013:24) قانون ثبت علائم و اختراعات ۱۳۱۰، نسبت به این موضوع ساکت بوده و مقرر ای در این زمینه ارائه نداده است. (Salehi Zahabi, 2009:181)

13. Previous knowledge and technique

۱۴. در اتحادیه اروپا، فن یا صنعت قبلی شامل افشای شفاهی در هر منطقه ای از جهان می باشد و قلمروی افشای شفاهی محدود به منطقه اروپا نمی باشد. (نجفی، ح: مدنی، م. ۱۳۹۷، تبیین ابزارهای احراز شرط گام ابتکاری در اختراعات، مجله پژوهش های حقوقی، ۳۴، ص ۱۵۰)



۲. شخص با مهارت معمولی در دانش: ۱۵

یکی از مسائلی که در رابطه با احراز گام ابتکاری بسیار مهم می‌باشد سطح تخصص و معلومات^{۱۶} شخصی است که می‌خواهد در رابطه با گام ابتکاری اظهار نظر کند. برای مثال آیا چنین شخصی می‌تواند یک کارگر معمولی که از تخصص خاصی برخوردار نیست باشد و یا حتماً باید چنین فردی یک متخصص با تخصص بسیار بالا باشد و یا این که فردی با داشتن مهارت معمولی کافی است. در قانون سال ۱۹۷۷ انگلیس، علم و دانش نامحدود را برای چنین متخصصی لازم دانسته است.

در قانون ثبت علائم و اختراعات (۱۳۱۰)؛ مقرر شده است که این خصوص نیامده است. با توجه به ماده (۲) قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ۱۳۸۶، اختراع ادعایی نباید برای دارنده مهارت عادی در فن مذکور معلوم و آشکار باشد. (Sheikhi, 2013: 53) در حقوق ایران، در ماده ۲ قانون ۱۳۸۶ عبارت "دارنده ی مهارت عادی در فن مذکور" به کار رفته است که مقصود همان شخص با مهارت معمولی در دانش می باشد. که شخصی فرضی است که ویژگی‌ها و قابلیت‌های خاصی به وی نسبت داده می‌شود که گاهی اوقات جمع این ویژگی‌ها با یکدیگر ممکن نبوده و چالش برانگیز می گردد. علاوه بر این سطح مهارت متناسب به چنین شخصی نه تنها در حقوق ایران بلکه در بسیاری از کشورهای توسعه یافته نیز مشخص نیست و علاوه بر این اظهار نظر مبتنی بر استنباط شخصی ارزیابان نیز از دیگر چالش‌های فراوی شرط گام ابتکاری و شخص با مهارت معمولی در دانش می باشد. (Najafi and Madani, 2018: 157)

قبل از این که ارزیابی شرط گام ابتکاری شروع شود، باید شخص با مهارت معمولی در دانش که یک متخصص فرضی است، تعیین و مشخص گردد. ویژگی‌ها و سطح معلومات این شخص فرضی باید در زمان تسلیم اظهارنامه اختراع که در بسیاری از موارد به چندین سال قبل از ارزیابی آن برمی گردد، بررسی شود. در هیچ یک از متون قانونی به سطح مهارت معمولی این شخص اشاره ای نشده است و تنها برخی ویژگی‌های شخص با مهارت معمولی در دانش بیان شده است. در واقع سطح مهارت معمولی در دانش است که مبنایی را برای ارزیابی گام ابتکاری و فناوری ادعایی به وجود می آورد. اما در عمل، دادگاه‌ها معمولاً بررسی راجع به سطح مهارت معمولی را با عنایت به یافته‌های علمی شخص با مهارت معمولی در دانش تفسیر می نمایند. به عنوان مثال این گونه فرض می‌کنند که وی دارای مدرک دکترای تخصصی در رشته ی مشخصی می باشد یا او را شخصی تلقی می‌کنند که دارای تجربه ی فراوانی در رشته ی خاصی است.

با وجود این باید گفت سطح تحصیلات نمی‌تواند معیار مشخصی برای تعیین سطح مهارت در زمینه ی خاصی باشد، زیرا ارزیاب‌ها معمولاً مبتنی بر سطح تحصیلات و تجارب مخترع، سطح مهارت معمولی را بررسی می نمایند. این مسئله موضوعی است که تحت عنوان "ارزیابی مبتنی بر نظر شخصی" در دکتترین مربوط به اختراعات نقد و بررسی می‌شود. (Najafi and Madani, 2018: 153) معمولاً دادگاه‌ها در انتخاب ویژگی‌های شخص ماهر در رشته بسیار موثرند. در عمل با ارجاع پرونده‌ها به دادگاه‌ها و یا صدور حکم‌هایی برخلاف آنچه نظر کارشناسان بوده است رای‌هایی صادر می‌شود که پس از آن کارشناسان اداره‌های ثبت اختراع آن‌ها را ملاک عمل قرار می دهند تا از نقض‌های بعدی توسط دادگاه پیش گیری کنند.

برای مثال در حوزه زیست فناوری دادگاه‌ها معتقدند شخص ماهر در این رشته باید محافظه کارانه عمل کرده، هیچ گاه پیش داوری نکند، وارد حوزه‌های غیر قابل پیش بینی نشود و احتمال خطر را نپذیرد. در واقع، با توجه به ویژگی‌های خاص این رشته لازم است کارشناسان با دقت عمل و سخت گیری بیش تری نسبت به احراز شرایط ثبت اختراع تصمیم بگیرند. (Habiba and Bahadori, 2014: 83) که در حال حاضر این نظر در رابطه با اختراعات حوزه نانو فناوری پذیرفتنی نیست. نانو فناوری، فناوری جدیدی است که در بیش تر کشورها دعاوی چندانی در رابطه با آن مطرح نشده و هنوز به مرحله ای نرسیده است که بتوان گفت با توسل به نظرات و آرای ارائه شده در دادگاه‌ها می‌توان ویژگی‌های لازم شخص ماهر در حوزه نانو فناوری را تعیین کرد و دعاوی مطرح شده در این حوزه از نظر تعداد بسیار محدودتر از سایر حوزه‌ها است. (Habiba and Bahadori Jahromi, 2014: 84)

15. A person with ordinary skill

۱۶. در اروپا فرض می‌شود که شخص با مهارت معمولی در دانش یک متخصص عادی در رشته ای از فناوری است که به دانش رایج عمومی مندرج در فن یا صنعت قبلی در تاریخ تقدیم اظهارنامه اختراع آگاهی دارد و وی به تمامی منابعی که در فن و صنعت قبلی وجود دارد، دسترسی کامل داشته و تمامی امکانات و لوازم عادی و متعارف انجام آزمایشات در اختیار اوست. (نجفی، ح؛ مدنی، م. ۱۳۹۷. تبیین ابزارهای احراز شرط گام ابتکاری در اختراعات، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۳۴، ص ۱۵۵)



در انگلیس نیز تا قبل از تصویب قانون اختراعات مصوب ۱۹۷۷ اصلاح شده به سال ۲۰۰۴، در محاکم انگلیس در زمینه‌ی سطح معلومات متخصص فرضی، اختلافاتی وجود داشت؛ اما قانون سال ۱۹۷۷، علم و دانش نامحدود را برای چنین متخصصی لازم دانسته‌اند. لازم به ذکر است که متخصص فرضی متفاوت از کارگر معمولی که تخصص خاصی ندارد و همچنین متخصص با تخصص بسیار بالا که از آن‌ها برای حل مسائل بسیار پیچیده استفاده می‌شود، می‌باشد. (Najafi and Madani, 2018:154) در حقوق ایران، در ماده ۲ قانون سال ۱۳۸۶ عبارت "دارنده‌ی مهارت عادی در فن مذکور" به کار رفته است که مقصود همان شخص با مهارت معمولی در دانش می‌باشد. با این حال، ویژگی‌ها و سطح مهارت این شخص در حقوق ایران تعیین نشده است. هرچند به نظر می‌رسد که ویژگی‌های این شخص در حقوق ایران تفاوتی با متخصص با دانش نامحدود که در حقوق انگلیس پذیرفته شده است، ندارد. زیرا چنین شخصی حد وسط کارگر معمولی و شخص با تخصص بسیار بالا دانسته شده است که همان متخصص معمولی می‌باشد و ذکر عبارت "با دانش نامحدود" که در ترکیب "متخصص با دانش نامحدود" آمده است، بدین علت است که فرض می‌شود چنین شخصی از توان نامحدودی در زمینه‌ی فهم اسناد و مدارک و به طور کلی فن مربوطه برخوردار است؛ یعنی چنین فرض می‌شود که شخص با مهارت معمولی در جهت دستیابی به فن یا صنعت قبلی، توان دسترسی به تمام اسناد و مدارک را دارد. همچنین فرض می‌شود که وی از پیشرفت‌های جدید مطلع بوده و یا این که حداقل آگاهی کامل دارد که در کجا باید در جستجوی آن‌ها باشد.

علی‌رغم نظر فوق به نظر می‌رسد تعیین ویژگی‌های شخص با مهارت معمولی در دانش با لحاظ مقتضیات اجتماعی-اقتصادی و صنعتی در حقوق ایران امری ضروری است. علاوه بر این عبارت "دارنده‌ی مهارت عادی در فن مذکور" که در ماده ۲ قانون مقرون شده است، دارای ابهام است و نمی‌تواند بیانگر موجود فرضی باشد که ویژگی‌های خاصی به وی منتسب می‌شود. بر همین اساس پیشنهاد می‌شود در پایان مهلت اجرای آزمایشی این قانون، این عبارت، به عبارت "شخص با مهارت معمولی در دانش" تغییر یابد. شایان ذکر است که در قانون سال ۱۳۱۰ به این مفهوم اشاره ای نشده است. (Najafi and Madani, 2018:156)

ب) نحوه ارزیابی معیار گام ابتکاری در حقوق ایران:

بررسی رویه موجود در اداره ثبت اختراعات و پرونده‌های موجود در آن حاکی از آن است که شرط گام ابتکاری نیز مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. رویه موجود در اداره مذکور به این شکل است که پس از تقدیم اظهارنامه توسط شخص متقاضی، جستجویی در پایگاه‌های داده موجود در اداره ثبت اختراع توسط کارشناسان انجام می‌گیرد تا در صورتی که سابقه ثبت قبلی نداشته باشد، درخواست متقاضی برای ارزیابی سه شرط تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی به واحدهای دانشگاهی و پارک‌های علم و فناوری ارسال گردد. و ارزیابی متخصصان حاضر در واحدهای دانشگاهی اساساً مبتنی بر جستجو در پایگاه داده‌های موجود صورت می‌گیرد. به عنوان نمونه، متخصص دانشگاهی در پاسخ به نامه شماره ۲۲/م/۱۴۱۷۵ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۴ رئیس اداره ثبت اختراع، مبنی بر ارزیابی اختراعی با موضوع با موضوع چسب‌های جریان الکتریسیته؛ با استدلال ذیل جدید بودن و نوآوری اختراع ادعایی را احراز و اعلام کرده است: "چندین پتنت در زمینه چسب‌های هادی جریان الکتریسیته وجود دارد که در تمام این پتنت‌ها، پروسه تولید چسب بسیار طولانی است و در ضمن یکی از مراحل تولید چسب، چربی زدایی از پولک‌های نقره ای است که در پتنت‌های مذکور جهت چربی زدایی از روتاری تانک و انواع سیستم‌های شستشو دهنده و خشک کن استفاده شده است؛ اما در اختراع ادعایی، رفع لایه چربی در حین عمل (curing) پلیمر حامل ذرات نقره و توسط دی کربو کسلیک انجام شده است. با توجه به موارد فوق، نوآوری این تقاضای پتنت تأیید می‌شود." ضمناً از سوی متقاضی، ارزان بودن، چسبندگی بهتر و مقاومت در برابر خوردگی از جمله مزایای اختراع اعلام شده است که هر چند در استدلال متخصص دانشگاهی برای تأیید نوآوری اختراع مذکور به آن‌ها اشاره نشده است، اما می‌توان به طور ضمنی، استنباط کرد که چنین مزایایی در تأیید گام ابتکاری اختراع بی‌تأثیر نبوده است. ملاحظه می‌گردد متخصص مذکور برای تأیید نوآوری اختراع از استدلال‌هایی مشابه استدلال ارزیابان ادارات ثبت اختراع خارجی بهره برده است؛ اما نوآوری را اعم از تازگی و گام ابتکاری دانسته است. (Shobeiri and Najafi, 2011:50)

همچنین علی‌رغم احصای عناصر ابتکاری اختراع و بیان مشکل فنی موجود و فن یا صنعت قبلی توسط متقاضی ثبت، متخصص دانشگاهی، بدون ارجاع به چنین مواردی، نوآوری اختراع را مورد تأیید قرار داده است. جالب توجه است که در پرونده دیگری، در پاسخ استعلام اداره ثبت اختراع آمده است که اختراع ادعایی از جنبه جدید بودن و کاربرد صنعتی بودن مورد تأیید است. اختراع



ادعایی یک سیستم شناساگر بلادرنگ ذرات بیولوژیکی است که ذرات معلق موجود در هوا را به روش طیف سنجی فلورانس لیزر فرابنفش تشخیص می‌دهد. این دستگاه جهت تشخیص آلودگی هوا به کار برده می‌شود. برخی از وجوه تمایز اختراع ادعایی با فن یا صنعت قبلی نیز عبارتند از:

۱- اصولاً ذرات بیولوژیک و معلق در هوا به سختی قابل شناسایی هستند، اما در اختراع ادعایی به دلیل وجود سنسورهای موجود، قابلیت شناسایی بالا است.

۲- به کارگیری روش لیزری و عدم استفاده از مواد شیمیایی، همچنین آشکارسازی بلادرنگ، حساسیت بسیار بالای سیستم آشکارسازی و دقت بالای اندازه گیری، وزن بسیار کم و نیز قابل حمل بودن سیستم، و قابلیت نصب در مکان‌های عمومی از مزایای اختراع ادعایی توسط مخترع اعلام شده است. در این پرونده نیز متخصص دانشگاهی صرفاً جدید بودن اختراع ادعایی را تأیید کرده است تأیید، اما به نظر می‌رسد که مقصود وی جدید بودن و نوآوری اختراع است. زیرا در نامه استعلام اداره ثبت اختراع به واحدهای دانشگاهی اظهار نظر راجع به سه شرط جدید و نوآورانه بودن و قابلیت اجرایی تقاضا می‌شود. بررسی دو پرونده فوق نشان می‌دهد؛ استدلال‌های متخصصان دانشگاهی برای تأیید جدید و نوآورانه بودن اختراعات، حکایت از آن دارد که در نهایت، شرط گام ابتکاری نیز احراز می‌شود؛ اما به دلیل عدم آشنایی متخصصان دانشگاهی به ادبیات حق اختراع و مسائل مرتبط با آن، عبارت به کار گرفته شده توسط آنان شائبه عدم بررسی شرط گام ابتکاری را ایجاد می‌کند. حتی در این زمینه خود اداره ثبت اختراع و مسوولان و کارشناسان حاضر در آن نیز شائبه مذکور را تقویت می‌کنند؛ زیرا به کار بستن عبارت جدید و نوآوری بودن که در نامه استعلام اداره مذکور دیده می‌شود، نمی‌تواند به خوبی تفکیک دو شرط تازگی و گام ابتکاری را نشان دهد. (Shobeiri and Najafi, 2011:51)

اگر پس از ارزیابی اولیه، ارزیاب نتواند به طور قطعی مشخص سازد که اختراع ادعایی، بدیهی است یا خیر، برای تعیین قطعی بدیهی بودن یا بدیهی نبودن اختراع مزبور به این معیارها متمسک گردد و یا در صورتی که در ارزیابی‌های اولیه، اداره رای بر بدیهی بودن اختراع ادعایی دهد. مخترع می‌تواند برای نقض این رای، اعمال معیارهای ثانوی ۱۷ را درخواست کند. معیارهای ثانوی مانند موفقیت تجاری اختراع، نیازهای طولانی مدت اما بر آورده نشده به یک فناوری، بدین توضیح که تا قبل از اختراع ادعایی مدت زمان طولانی فن یا صنعت قبلی را که بوده و در آن مدت، نیازهای ضروری به پیشرفت وجود داشته باشد که به واسطه اختراع ادعایی این نیاز مرتفع گردد و نیز عدم موفقیت دیگران در دستیابی به اختراع ادعایی از معیارهای ثانوی ارزیابی شرط گام ابتکاری می‌باشند. (Nader Ali, 2019:6)

گفتار دوم) کاربرد صنعتی^{۱۸}

موضوعاتی به عنوان اختراع قابل ثبت می‌باشند که حاوی کاربرد صنعتی^{۱۹} مشخص هستند. (Rubisz, 2022:115) کاربرد صنعتی یعنی این که اختراع در حوزه ی مشخصی از فعالیت‌های اقتصادی قابل استفاده باشد. وجود شرط مذکور به دلایل اقتصادی، فقهی و اخلاقی ضرورت دارد. (Mir Shamsi and Nazeri, 2019:57) مطالعه رویه موجود در ادارات ثبت اختراع اروپا نشان می‌دهد که این شرط زمانی احراز می‌شود که متقاضی بتواند کاربرد مشخصی را برای اختراع اثبات نماید. در حقوق ایران راجع به مفهوم یا نحوه ی ارزیابی این شرط مستندات خاصی وجود ندارد؛ اما به لحاظ دشواری احراز این شرط بر اساس معیارهای فنی، برای ارزیابی شرط کاربرد صنعتی از معیارهای ثانوی استفاده می‌شود. (Sadeghi and Najafi, 2016:137)

اهمیت وجود این شرط تا به حدی است که از همان آغاز شکل گیری نظام اختراعات، در کنار شرط تازگی و مقدم بر شرط مهم گام ابتکاری، مورد شناسایی قرار گرفته و به لحاظ تاریخی در اولین اسناد راجع به ثبت اختراع نیز به آن اشاره شده است. با وجود این، ارزیابی و احراز شرط کاربرد صنعتی در ادارات ثبت اختراع و چگونگی این ارزیابی اهمیت بیش تری دارد. به نظر می‌رسد صرف اظهار متقاضی مبنی بر کاربرد اختراع مورد ادعا در حوزه ای عام موجب احراز این شرط نمی‌شود، بلکه اثبات وجود کاربردی مشخص در حوزه ای خاص ضروری است. موید این مطلب رویه موجود در ادارات ثبت اختراع مطرح جهان مانند اداره ثبت اختراع

Secondary criteria ۱۷

Practical use ۱۸

۱۹ طبق ماده ی ۲ قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶: اختراعی کاربردی محسوب می‌شود که در رشته ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد. مراد از صنعت، معنای گسترده آن است و شامل مواردی نظیر صنایع دستی، کشاورزی، ماهیگیری و خدمات نیز می‌شود.



اروپا است، که البته اغلب کشورهای جهان از جمله ایران هم متأثر از این ادارات، معیارمشابهی در این زمینه اعمال می‌کنند. (Sadeghi and Najafi, 2016:139)

در ادارات ثبت اختراع ایران، زمانی موضوع مورد ادعا اختراع تلقی می‌کنند که علاوه بر تازگی و گام ابتکاری، حاوی کاربرد صنعتی نیز باشد. و اختراع زمانی حاوی کاربرد صنعتی است که در زمان تقدیم اظهارنامه دارای دارای کاربردی مشخص، معقول، متعارف و بالفعل در حوزه‌های خاص باشد. (Jafarzadeh and Mahmoudi, 2016:122) معیار به کار گرفته شده در اداره ثبت اختراعات ایران، معیاری فنی^{۲۰} بوده که عبارت است از آن که اختراع مورد ادعا در زمان تقدیم اظهارنامه، کاربردی مشخص در حوزه‌ای خاص را نشان دهد. (Bagheri, et al, 2012:62) با وجود این در اداره ثبت اختراع ایران، به موجب قانون مصوب ۱۳۸۶ و آیین نامه اجرایی آن رویه‌ی مشابهی با ادارات ثبت اختراع اروپا در جریان است. اگرچه در قانون ۱۳۸۶ و آیین نامه اجرایی راجع به شرط کاربرد صنعتی، شیوه‌ی خاصی برای ارزیابی و احراز این شرط پیش بینی نشده است. در حال حاضر که اداره ثبت اختراع ایران، فاقد زیر ساخت‌های مناسب برای ارزیابی و احراز فنی شرایط ماهوی اختراع و از جمله کاربرد صنعتی است، این اداره می‌تواند بنا به مقتضیات خود، از ملاحظات و معیارهای ثانوی مانند موفقیت تجاری اختراع در ارزیابی اختراعات بهره‌مند گردد و بر همین مبنا سطح شدت و آسانی معیار را در حوزه‌های مختلف فناوری طراحی و تنظیم کند. (Sadeghi and Najafi, 2016:158)

الف) نحوه ارزیابی معیار شرط کاربرد صنعتی در حقوق ایران:

ارزیابی شرط کاربرد صنعتی به مانند سایر شرایط اختراع از اهمیت فراوانی برخوردار است. با توجه به مقررات یکسان ساز بین‌المللی موجود در این زمینه که منجر به شکل‌گیری مفهوم واحدی از این شرط در حقوق داخلی کشورها شده است، ارزیابی این شرط در ادارات ثبت اختراع نیز تقریباً به شکل مشابهی صورت می‌گیرد و معیارهای همسانی در این خصوص اعمال می‌گردد. در این قسمت چگونگی ارزیابی شرط کاربرد صنعتی را در ادارات ثبت اختراع ایران مورد بررسی قرار گرفته است. (Sadeghi and Najafi, 2016:145) به موجب ماده (۲) قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶، اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید و دارای کاربرد صنعتی باشد. مطابق قسمت اخیر همین ماده، "از نظر صنعتی اختراعی دارای کاربرد صنعتی محسوب می‌شود که در رشته‌ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد". در ایران هم سو با مقررات سایر کشورها، مراد از صنعت نیز معنای گسترده آن است و شامل مواردی نظیر صنایع دستی، کشاورزی، ماهیگیری و خدمات نیز می‌شود. ماده (۴) قانون فوق نیز برخی موارد را از حیطه‌ی حمایت خارج نموده که در واقع جزء بند (۵)، همان موضوعاتی است که فاقد کاربرد صنعتی هستند، هرچند که در قانون به این نکته اشاره نشده است. در قانون و در آیین نامه اجرایی راجع به آن، شیوه خاصی برای ارزیابی و احراز شرط کاربرد صنعتی پیش بینی نشده است. با این حال، به موجب بند (۸) و (۹) ماده (۱۰) آیین نامه مزبور توصیف مندرج در اظهارنامه باید متضمن دست کم یک روش اجرایی برای به کارگیری اختراع باشد و به طور صریح کاربرد صنعتی اختراع را در صورتی که ماهیت اختراع گویای این امر نباشد، بیان کند. بنابراین، در حقوق ایران تصریح به کاربرد مشخص در اظهارنامه شرطی ضروری می‌باشد. (Zahedi, et al, 2021:17) اما به نظر می‌رسد به دلیل نبود زیر ساخت‌های کافی و مناسب برای ارزیابی فنی، بررسی شرایط ماهوی اختراع از جمله شرط کاربرد صنعتی، بیش تر متکی بر صرف اظهار متقاضی می‌باشد و کاربرد مورد ادعا را، حمل بر صحت می‌کنند. بر همین اساس توصیه می‌شود اداره ثبت اختراع ایران معیارهای ثانوی مورد استفاده در ارزیابی و احراز گام ابتکاری را که معیارهایی عینی و ملموس هستند، را در ارزیابی و احراز کاربرد صنعتی و فایده اختراع مورد ادعا را به کار گیرد. (Sadeghi and Najafi, 2016:156) در حال حاضر که اداره ثبت اختراع ایران، فاقد زیرساخت‌های مناسب برای ارزیابی و احراز فنی شرایط ماهوی اختراع و از جمله کاربرد صنعتی است، اداره ثبت اختراع ایران می‌تواند از ملاحظات و معیارهای ثانوی مانند موفقیت تجاری اختراع در ارزیابی اختراعات بهره‌مند گردد و بر همین مبنا سطح شدت و آسانی معیار را در حوزه‌های مختلف فناوری طراحی و تنظیم کند. (Sadeghi and Najafi, 2016:158)

اداره مزبور می‌تواند با سنجش وضعیت فناورانه‌ی خاص هر حوزه، سطح شدت و آسانی احراز این شرط را طراحی نماید، یعنی در حوزه‌هایی که قابلیت کشور در آن‌ها بالاتر است، از شدت شرط مزبور کاسته شود و متقابلاً در زمینه‌هایی که فاقد چنین قابلیت



هستیم، از ظرفیت‌های این شرط در راستای تقویت حوزه‌های مزبور بهره مند شده و معیار سخت تری را اعمال کند. به نظر می‌رسد به لحاظ قانونی مشکلی در این زمینه وجود ندارد و قانون و آیین نامه‌ی فوق توانسته اند، هم سو با مقررات بین المللی موجود و داخلی سایر کشورها پیش روند. و ارزیابی این شرط مانند سایر شرایط اختراع توسط اداره ثبت اختراعات ایران انجام می‌شود. در واقع همان رویه‌ای که در خصوص ارزیابی شرایطی مانند تازگی و گام ابتکاری معمول است، در خصوص این شرط نیز قابل اعمال است. البته در برخی از بندهای ماده (۴) قانون مصوب ۱۳۸۶، استثنائات موضوعی اختراعات بیان شده است که غالباً مواردی هستند که فاقد کاربرد صنعتی بوده و بدین لحاظ اساساً اختراع تلقی نمی‌شود. در حقیقت اگرچه این موارد فاقد کاربرد صنعتی هستند و اساساً اختراع تلقی نمی‌شود اما بیان قانون‌گذار به گونه‌ای است که آن‌ها را در قالب استثنائات موضوعی ثبت اختراع آورده است. (Sadeghi and Najafi, 2016:157)

گفتار سوم) جدید بودن

یکی از موضوعات چالش برانگیز در زمینه حقوق مالکیت فکری و صنعتی، شرط جدید بودن^{۲۱} می‌باشد. جدید بودن یک زمینه علمی پویا و در واقع انقلاب علم در عصر حاضر است. (Scellato, et al, 2011:7) تاثیر گسترده این فن آوری بر عملکرد بخش‌های مختلف حیات بشری، از قبیل صنعت دارو، غذا، کشاورزی، شیمیایی، انرژی و البته محیط زیست، به علاوه این که فن آوری کلیدی در پیشرفت اقتصادی محسوب می‌شود به اهمیت این فن آوری افزوده است. (Horstman, et al, 2020:4) بنابراین شرط جدید بودن عرصه‌ای است که رفاه اقتصادی-اجتماعی برای مردم به همراه دارد و برخی آن را همه چیز برای همه مردم نامیده اند. (Vozvaei, et al, 2022:123)

جدید بودن اختراع و طرح صنعتی یکی از اوصاف دیرین و وصف ممتاز هر اختراع یا طرح صنعتی می‌باشد که باید به صورت نوعی و موضوعی در نظر گرفته شود. (Connor, et al, 2022:14) امروزه شرط جدید بودن^{۲۲}، هم در هنگام احراز آن در اداره مالکیت صنعتی و هم در هنگام رسیدگی قضایی در دعاوی طرفین صاحب گواهی نامه و نقض کننده، از مسائل بسیار چالش برانگیز و مبتلا به می‌باشد. امروزه در حقوق ایران، هم در عرصه قانون‌گذاری و هم در اداره مالکیت صنعتی و هم در رویه قضایی، موضوع جدید بودن اختراع بسیار چالش برانگیز می‌باشد، چنانچه در تعداد قابل توجهی از پرونده‌های قضایی به محض این که دارنده ورقه اختراع دعوایی را علیه نقض کننده طرح می‌نماید، نقض کننده نیز دعوای متقابلی با خواسته "ابطال ورقه اختراع به جهت جدید نبودن آن" علیه دارنده ورقه اختراع طرح می‌نماید. و امروزه در ایران یکی از مسائل چالش برانگیز در اداره مالکیت صنعتی، موضوع معیارها و چگونگی احراز شرط جدید بودن برای امکان ثبت یک اختراع و یا طرح صنعتی می‌باشد. (Vozvaei, et al, 2022:124)

الف) نحوه ارزیابی معیار شرط جدید بودن در حقوق ایران:

اولین شرط ماهوی ثبت اختراعات، جدید بودن آن است. این بدین معنا است که در هیچ بانک اطلاعاتی کتبی و یا اسناد شفاهی، اطلاعاتی مبنی بر سابقه انجام کاری مشابه اثر مورد ثبت وجود نداشته باشد. (Singleton, 2000:127) در اینجا باید به این نکته توجه کرد که بعضاً ممکن است قابلیت ثبت به علت افشای ناخواسته توسط خود مخترع مانند چاپ مقاله در مجلات یا ارائه در کنفرانس‌ها و غیره از بین برود، حتی اگر در مکانی یا محله‌ای در مورد اثر خود صحبت کند و یا مقالاتی به چاپ برساند نیز مشمول افشا ناخواسته خواهد بود. جدید بودن در واقع یک صفت لاینفک برای هر اختراعی می‌باشد. و بر اساس ماده ۴ قانون ثبت اختراعات مصوب ۱۳۸۶، اختراعی جدید است که در فن یا صنعت قبلی پیش بینی نشده باشد. منظور از فن یا صنعت قبلی عبارت است از هر چیزی که در نقطه‌ای از جهان از طریق کتبی یا شفاهی یا از طریق استفاده عملی و یا هر طریق دیگر، قبل از تقاضا و یا در موارد حق تقدم ناشی از اظهارنامه ثبت اختراع برای عموم مردم افشاء نشده باشد. و در صورتی که افشاء اختراع ظرف مدت شش ماه قبل از تاریخ تقاضا یا در موارد مقتضی قبل از تاریخ تقدم اختراع صورت گرفته باشد، مانع ثبت نخواهد بود. (Vozvaei, et al, 2022:128) و مهم ترین محدودیت در دسترسی به سیستم ثبت اختراع این است که شخص می‌تواند فقط چیزی را که جدید است ثبت کند. و آنچه برای اهداف ثبتی "نو" و "جدید" است

21. Novelty

۲۲. ماده ۲ قانون ثبت اختراعات ۱۳۸۶، اگر چه شرط جدید بودن را با شرط گام ابتکاری درهم آمیخته اما «ابتکار جدید» را جزء شرایط ماهوی لازم برای ثبت اختراع دانسته است.



بستگی به تعریف مفهوم "فن قبلی" دارد. (Vozvaei, et al, 2022:129) و ارزیابی شرط نو بودن توسط کارشناس صورت می گیرد و از نظر کارشناس تفاوت‌های بین طرح اختراعی مورد ادعا و منابع فن قبلی حتی به جزئیات کم اهمیت نیز تسری می‌یابد. (Shobeiri Zanjani and Dehghani, 2015:83) در حال حاضر قبل از صدور ثبت، ما بر ارزیابان اداره ثبت اختراعات برای تعیین فن قبلی مربوطه اتکا می‌کنیم که با شفاف سازی متقاضی درباره بررسی‌های محرمانه صورت می‌گیرد. به منظور حصول ثبت اختراع، مخترع باید شرح مکتوبی از اختراع، شفاف سازی درباره چگونگی ساخت آن، شفاف سازی بهترین حالت در نظر گرفته شده توسط سازنده را ارائه دهد. (Vozvaei, et al, 2022:129) و با صدور ثبت، هر شخص می‌تواند منابع فن قبلی را به اداره ثبت اختراعات ارائه دهد که می‌تواند مورد بازبینی واقع شود. (Sadeghi and Johari, 2012:120) مدعی تخلف هم چنین می‌تواند قابلیت ثبت اختراع را با ادعای عدم اعتبار مورد سوال قرار دهد. در نتیجه برای رهایی از ثبت‌های اشتباه صادر شده، عرفاً دعوی قانونی لازم است. (Habiba and Nazeri, 2021:52)

شرط جدید بودن نخستین شرط برای ثبت هر اختراعی است. بند یک ماده ۲۷ موافقتنامه تریپس صراحتاً شرط مذکور را به عنوان یکی از شرایط ماهوی ثبت اختراع بیان داشته است. و ماده ۲ قانون ث.ا.ط.ع هم اگرچه شرط جدید بودن را با شرط ابتکاری بودن درهم آمیخته، اما "ابتکار جدید" را جزء شرایط ماهوی لازم برای ثبت اختراع دانسته است. منظور از جدید بودن اختراع این است که اختراع، قبل از تاریخ تقاضای ثبت یا تاریخ اظهارنامه حق تقدم، از طریق انتشار، افشای شفاهی، استفاده عملی یا از هر طریق دیگری برای عموم افشاء نشده باشد. بنابراین اختراعی تازه به شمار می‌آید که در آن زمان در وضعیت فنی موجود نباشد. از ماده ۱۸ قانون ث.ا.ط.ع قابل استنباط می‌باشد که بارائبات بی اعتباری اختراع بر دوش مدعی آن است. اما در حقوق ایران استاندارد خاصی در خصوص دلایل وجود ندارد و پذیرش و ارزیابی دلایل، تابع قواعد عمومی خواهد بود. در خصوص ضمانت اجرای اختراع به فقدان شرط جدید بودن به پرونده‌ای اشاره می‌گردد که ابطال گواهی نامه ثبت اختراع به شماره ۲۲۵۰۱ مورخ ۱۳۸۶/۹/۱۳ تحت عنوان درب آسانسوری گاو صندوق ویترونی با جک و پیچ به لحاظ سابقه ی تولید و استفاده عملی و افشاء آن قبل از ثبت و جدید نبودن آن می‌باشد را در پی داشته است. و استدلال قاضی به اقرار وکیل خوانده (صاحب اختراع) و هم چنین تاکید کارشناس بوده است که موضوع اختراع در سال ۱۳۸۳ یعنی سه سال قبل از ثبت، به بازار عرضه گردیده است، لذا هم به جهت انتشار و هم به جهت استفاده، شرط جدید بودن مورد زوال قرار گرفته است. در رای صادر شده به شماره ۹۵۰۵۴۵-۹۵/۶/۹۶ صادره از شعبه ۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران چنین مقرر گردیده است "....آقای.... به وکالت از خوانده اول در جلسه دادرسی مورخ ۱۳۹۳/۷/۶ در مقام دفاع اظهار داشته است موکل درب گاو صندوق موضوع اختراع را در سال ۱۳۸۳ به بازار عرضه کرده است. علیهذا نظر به این که مطابق بند ۵ ماده ۳ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری ۱۳۸۶ آنچه قبلاً در فنون و صنایع پیش‌بینی شده باشد و عبارت از این است که در نقطه ای از جهان از طریق انتشار کتبی یا شفاهی یا از طریق استفاده عملی و یا از هر طریق دیگر قبل از تقاضا و یا در موارد حق تقدم ناشی از اظهارنامه ی ثبت اختراع افشای شده باشد از حیطة حمایت از اختراع خارج است و در مانحن فیه حسب اظهار وکیل خوانده و دلایل ابرازی از جمله استشهادیه‌های پیوست و مفاد دادنامه ۱۷۵ مورخ ۹۳/۳/۲۰ صادره از شعبه ۱۰۴۳ دادگاه کیفری تهران و گزارش اعضای هیئت سه نفره کارشناسان در پرونده مطروحه در شعبه ۳۸ دادگاه تجدید نظر که در مقام رسیدگی به اعتراض نسبت به دادنامه مذکور است هم دلالت بر جدید نبودن اختراع خوانده دارد بنابراین با احراز فقدان اوصاف و شرایط مقرر در مواد ۱ و ۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و احراز افشای محصول قبل از ثبت دعوی مطروحه وارد و ثابت تشخیص مستنداً به ماده ۱۸ همان قانون حکم به ابطال گواهی نامه اختراع خوانده اول صادر و اعلام می‌گردد." که این دادنامه به جهت عدم تجدید نظر خواهی قطعی گردیده است. (Vozvaei, et al, 2021:135)

نتیجه‌گیری

اختراع، حاصل و ثمره تلاش فکری و تراوش ذهنی مخترع است که در قالب یک محصول صنعتی یا فرایند صنعتی متبلور می‌شود. (McIceland, 2002:3) و به طور کلی، اختراع حق انحصاری است که به مخترع آن، در قبال خلق و ایجاد محصول با طی کردن فرایند صنعتی که اطلاق جدید بودن، و کاربرد صنعتی دارد از طرف دولت و قوه حاکم اعطاء می‌شود. (Banaie Oskuie, et al, 2015:37) به عبارت دیگر؛ اختراع به معنی راه حل جدید و نوآورانه برای حل یک مشکل فنی است که این راه حل ممکن است به ایجاد وسیله، دستگاه، محصول دارو یا فرایند صنعتی کاملاً جدید مربوط باشد و یا فقط به بهبود جزئی محصول یا فرایند شناخته شده ای باشد. اختراع در اینجا معادل واژه (Invention) است. (The house of commons European scruting committee, 2012:3) اما از



اختراع در قوانین مختلف کشورها زمانی حمایت می‌شود که این اختراعات طبق تشریفات جاری آن کشور در موعد و زمان مقرربه ثبت رسیده باشد. (Policy department citizens rights and constitutional affairs, 2015:8) شرط استفاده از آن در نزد مرجع ذیصلاح (اداره ثبت اختراعات) می‌باشد و در اینجا حق اختراع معادل واژه (Patent) می‌باشد. (Hess and Muller Stoy, 2014:1) و حق اختراع در جهان امروز به ویژه از منظر اقتصادی و تجاری بسیار مهم و اساسی به شمار می‌آید. (Scellato, et al, 2011:7) برای ثبت اختراع در قوانین و مقررات کشورها، شرایطی پیش بینی شده است؛ که با توجه به نظام‌هایی که کشورها برای ثبت اختراع انتخاب کرده اند این شرایط می‌تواند دارای اهمیت کم تر یا بیش تر باشد. (Golchehreh and Kane, 2020:114) دسته ای از این شرایط، ماهوی است، و فقدان آن‌ها، شناسایی حق اختراع و حمایت از آن را مواجه با اشکال می‌نماید. (Bagheri, et al, 2010:17) دسته ای دیگر از شرایط، شرایط شکلی است که عمدتاً به نحوه تهیه و تنظیم اظهارنامه و ضمائ آن برمی گردد و فقدان آن‌ها اگرچه می‌تواند تحت شرایطی، موجب عدم ثبت اختراع گردد ولی اهمیت آن به اندازه شرایط ماهوی نیست. به عبارت دیگر، برخی از شرایط مربوط به ثبت اختراع، ناظر به شرایط اساسی ثبت آن از قبیل جدید بودن و دارای کاربرد صنعتی است که از آن‌ها به شرایط ماهوی اختراع تعبیر می‌گردد. (Ghabooli Dorafshan, et al, 2016:652)

که در ماده (۲) قانون ۱۳۸۶، به کلیه شرایط ماهوی برای ثبت اختراع اشاره گردیده است. طبق این ماده، اختراعی قابل ثبت است که حاوی ابتکار جدید و دارای کاربرد صنعتی باشد. ابتکار جدید عبارت است از آنچه که در فن یا صنعت قبلی وجود نداشته و برای دارنده مهارت عادی در فن مذکور معلوم و آشکار نباشد و از نظر صنعتی، اختراعی کاربردی محسوب می‌شود که در رشته ای از صنعت قابل ساخت یا استفاده باشد. و مراد از صنعت، معنای گسترده آن است و شامل مواردی نظیر صنایع دستی، کشاورزی، ماهیگیری، و خدمات نیز می‌شود. بررسی رویه موجود در اداره ثبت اختراعات و پرونده‌های موجود در آن حاکی از آن است که شرط گام ابتکاری نیز مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. رویه موجود در اداره مذکور به این شکل است که پس از تقدیم اظهارنامه توسط شخص متقاضی، جستجویی در پایگاه‌های داده موجود در اداره ثبت اختراع توسط کارشناسان انجام می‌گیرد تا در صورتی که سابقه ثبت قبلی نداشته باشد، درخواست متقاضی برای ارزیابی سه شرط تازگی، گام ابتکاری و کاربرد صنعتی به واحدهای دانشگاهی و پارک‌های علم و فناوری ارسال گردد. و ارزیابی متخصصان حاضر در واحدهای دانشگاهی اساساً مبتنی بر جستجو در پایگاه داده‌های موجود صورت می‌گیرد.

شرط گام ابتکاری با توجه به ماده (۲) قانون ۱۳۸۶، بدین معناست که اختراع ادعایی با توجه به معلومات عموم برای شخص با مهارت معمولی در دانش بدیهی نباشد. (Shobeiri Zanjani and Najafi, 2011:36) و همچنین در حقوق ایران برای احراز گام ابتکاری همانند تازگی، به دانش و فن قبلی رجوع می‌شود. و اختراع زمانی حاوی گام ابتکاری است که به مقدار کافی از فن یا صنعت قبلی متمایز یا فراتر از آن باشد و یعنی بدیهی نباشد. (Sadeghi and Ramezani Akordi, 2015:87) اما در عمل اداره ثبت اختراع و دادگاه‌ها برای احراز این شرط با مشکل مواجه شده، و معیارهای مختلفی به کار می‌بندند. (Shobeiri Zanjani and Najafi, 2011:36)

با این وصف "فن یا صنعت قبلی" و "شخص با مهارت معمولی در دانش" دو ابزار بسیار مهمی هستند که برای ارزیابی گام ابتکاری اختراعات مورد استفاده قرار می‌گیرند. (Sadeghi and Amini, 2012:58) و اگر پس از ارزیابی اولیه، ارزیاب نتواند به طور قطعی مشخص سازد که اختراع ادعایی بدیهی است یا خیر، می‌تواند از معیارهای ثانوی مانند موفقیت تجاری اختراع، نیازهای طولانی مدت اما برآورده نشده به یک فناوری، بدین توضیح که تا قبل از اختراع ادعایی، مدت زمان طولانی فن یا صنعت قبلی راکد بوده و در آن مدت، نیازهای ضروری به پیشرفت وجود داشته باشد که به واسطه اختراع ادعایی این نیاز مرتفع گردد و نیز عدم موفقیت دیگران در دستیابی به اختراع ادعایی، برای ارزیابی گام ابتکاری استفاده کند. (Nader Ali, 2019:6)

و شرط ماهوی دیگری که برای ثبت اختراع لازم است، این است که اختراع ادعایی دارای کاربرد صنعتی باشد، به این معنا که بتوان اختراع را در صنعت یا برای مقاصد تجاری مورد استفاده قرار داد. (Sadeghi and Najafi, 2016:140) معیار به کار گرفته شده برای ارزیابی شرط کاربرد صنعتی، معیاری فنی است که عبارت است از آن که اختراع مورد ادعا در زمان تقدیم اظهارنامه، کاربردی مشخص در حوزه ای خاص را نشان دهد. (Bagheri, 2013:8)

بنابراین در حقوق ایران تصریح به کاربرد مشخص در اظهارنامه شرطی ضروری است. (Bagheri, et al, 2012:62) همچنین اداره ثبت اختراع ایران، می‌تواند از ملاحظات و معیارهای ثانوی مانند موفقیت تجاری اختراع در ارزیابی شرط کاربرد صنعتی استفاده کند. (Sadeghi and Najafi, 2016:158) و یکی دیگر از شرایط ماهوی برای ثبت اختراع، شرط جدید بودن اختراع می‌باشد. امروزه شرط جدید



بودن، هم در هنگام احراز آن در اداره مالکیت صنعتی و هم در هنگام رسیدگی قضایی در دعاوی طرفین صاحب گواهی نامه و نقض کننده، از مسائل چالش برانگیز است. (Vozvaei, et al, 2021:134) و معیار ارزیابی شرط جدید بودن اختراع در حقوق ایران، این است که اختراع قبل از تاریخ تقاضای ثبت یا تاریخ اظهارنامه حق تقدم، از طریق انتشار، افشای شفاهی، استفاده ی عملی یا از هر طریق دیگری برای عموم افشا نشده باشد. بنابراین اختراعی تازه به شمار می آید که در آن زمان، داخل در وضعیت فنی موجود نباشد. (Sad-eghi and Amini, 2012:57) در ایران به دلیل نبود زیرساخت های کافی و مناسب برای ارزیابی فنی، بررسی شرایط ماهوی اختراع، از جمله گام ابتکاری و شرط کاربرد صنعتی، اداره ثبت اختراع ایران می تواند از ملاحظات و معیارهای ثانوی در ارزیابی اختراعات بهره مند گردد و بر همین مبنا شدت و آسانی معیار را در حوزه های مختلف فناوری طراحی و تنظیم کند. (Sadeghi and Najafi, 2016:158) پیشنهاد می شود جهت ارزیابی صحیح شرط گام ابتکاری و تازگی، پایگاه های اطلاعاتی اداره ثبت اختراع با اتصال به منابع اطلاعاتی مهم در جهان، به روزرسانی شود. (Sadeghi, et al, 2013:139)

و همچنین پیشنهاد می شود، که اولاً سازمانی با عنوان سازمان ثبت اختراعات ایران با ساختار و معیارهایی مشابه ادارات ثبت اختراع آمریکا و اروپا، تاسیس شود. ثانیاً تا قبل از تاسیس چنین سازمانی و در شرایط کنونی، نهادی با عنوان آکادمی مالکیت فکری در اداره ثبت اختراعات ایجاد شود تا در آن، استادان مجرب حقوق مالکیت فکری امر آموزش مسوولان و کارشناسان اداره و نیز متخصصان واحدهای دانشگاهی را بر عهده گیرند. ثالثاً در بدو امر به دلیل ابتدایی بودن زیر ساخت ها، معیارهای ثانوی بیش تر مورد استفاده قرار گیرند. (Shobeiri Zanjani and Najafi, 2011:52)

References:

1. Abbasi, S.; Akhgar, B. (2012). *Management of intellectual property: Invention, Trademarks, Industrial plans* (1rd ed.). Tehran: Jangal Publication. (In Persian).
2. Bagheri, K.; Kebraei, M.; Azizi Moradpoory, H. (2012). Public access to Iran's invention information, why and how. *Specialized Magazine of Parks and Growth Centers*, 8(30), 40-63. (In Persian).
3. Bagheri, K. (2013). An analytical look at the performance of Iran's patent system. *Approach Journal*, 55, 1-30. (In Persian).
4. commission of the European communities. (1973). *The new European patent law, the main features of the two European patent conventions*. (Office for official publication of the European communities No.6256.)
5. Connor, E.; Baccelli, M.; Wezenbeek, B.; Bouwelen, F.; Lorenz, M.; Muller, M.; Vocke, H.; Prub, T.; Osterrieth, J. (2022). Driven by technology: patenting before the European patent office. *Hoffmann Eitle Quarterly*, 4(2), 1-20. <http://www.hoffmann-eitle.com/en/legal-notice/>
6. Daniel, C.; Gaten, B. (2012). *The European patent office, an introduction to patent in Europe*. (European patent office (EPO) publication). <http://epo.org/european-patent-office.pdf>
7. Ebrahimi, M. (2010). Measuring the strength of Iran's patent laws. *Legal Research Journal*, 19, 1-25. (In Persian).
8. European patent office (EPO) as designated or elected office. (2013). *PCT applicant's Guide*, 1-44.
9. Faramarzi, N.; Bagheri Fard, A. A. (2018). Support for new technologies is an undeniable requirement. *National Conference of Humanities Scientific Studies and Researches*. Tehran. Iran. 2018. (In Persian).
10. Ghasemi, A. (2015). *Easy patent training, commercialization, branding* (1rd ed.). Tehran: Work and University Publication. (In Persian).
11. German patent and trademark office. (2022). *Patents*. (German patent and trademark office publication No.80331) <http://www.dpma.de/english>
12. Golchereh, L.; Kane, J. (2020). United states mission to the European union Intellectual property toolkit. <http://www.buyusa.gov/europe>
13. Habiba, S.; Bahadori Jahromi, Z. (2014). An innovative step in nanotechnology inventions. *Business Research Journal*, 73, 51-77. (In Persian).
14. Habiba, S.; Nazeri, A. (2021). A competent person to file a lawsuit for revocation of a patent certificate. *Legal Encyclopedias Journal*, 4(13), 60-81. (In Persian).
15. Hakimi Elahi, Gh. H.; Khan Chamani, J.; Kiani Bakhtiary, A.; Mousavi Movahedi, A. A. (2005). Methods and strategies of patenting and its privileges from a legal point of view. *Approach Journal*, 34, 100-123. (In Persian).
16. Hess, P.; Muller-stoy, T.; Wintermeier, M. (2014). Are patents merely "paper Triger"? *Patent Journal*, 8(2), 1-33.
17. Jafarzadeh, M. GH.; Mahmoudi, A. (2016). The substantive conditions for protection of patents from the point of view of the judicial procedure and the patent office. *Legal Research Journal*, 42, 1-45. (In Persian).
18. Jafarzadeh, M. GH.; Seiedin, A. (2019). Amicable deadline for disclosure in patent rights. *Private Law Research Journal*, 7(27), 30-51. (In Persian).
19. Mcleland, L. N. (2002). What every Chemist should know about patents. *ACS Joint Board-council committee on patents and Relate matters*, 1-21.



20. Mir Hosseini, H. (2008). Patent rights (1rd ed.). Tehran: Mizan Publication. (In Persian).
21. Mir Shamsi, M. H.; Nazeri, A. (2019). The impact of revocation of the patent certificate on the contracts with regard to the necessity of the patent rights. *Business Research Journal*, 90, 1-20. (In Persian).
22. Nader Ali, E. (2019). Comparative study and determination of innovative step in inventions. National conference of new and creative ideas in management, accounting legal and social studies. Tehran. Iran. 2019. (In Persian).
23. Najafi, H. (2013). The legal structure and procedure of patent offices; Emphasizing the pathology of evaluating innovative steps in Iran's patent office. *Eminence of Rights Journal*, 1(5), 50-74. (In Persian).
24. Najafi, H.; Madani, M. (2014). The substantive condition of an innovative step in the mirror of laws and regulations. *Legal Research Publication*, 25, 20-44. (In Persian).
25. Najafi, H.; Madani, M. (2016). The condition of an innovative step in Iran's patent system. *Legal Research Journal*, 30(2), 30-53. (In Persian).
26. Najafi, H.; Madani, M. (2018). Clarifying the means of meeting the condition of innovativeness in patent law; previous art or industry, a person of ordinary skill in knowledge. *Legal Research Journal*, 34, 20-48. (In Persian). DOI: 10.48300/jlr.2018.67522
27. Nasr Abadi, A. (2005). Substantive conditions of patent recognition, comparative review in Iranian law and Trips agreement. *Legal Justice Journal*, 51, 1-26. (In Persian).
28. Policy department citizens rights and constitutional affairs.(2015).The European patent office state of play.(Publication OfficeNo. PE10.208) European parliament.<http://www.europarl.europa.eu/studies>
29. Rubisz, S. (2022). The European patent with unitary effect, opportunities and limitations for innovative projects. *Scientific Quarterly*, 1(57), 114-128.
30. Sadeghi, M.; Amini, M. (2012). Causes and effects of patent certificate revocation. *Comparative Law Studies Journal*, 3(1), 60-87. (In Persian).
31. Sadeghi, M.; Johari, M. (2012). Beneficiary in lawsuits arising from the invention, from the point of view of the law and judicial procedure. *Jurisprudence Views Journal*, 59, 1-22. (In Persian).
32. Sadeghi, M.; Najafi, H.; Madani, M. (2013). Pathology of the innovative step condition in the patent system. *Law and Political Sciences Journal*, 43(1), 60-83. (In Persian).
33. Sadeghi, M.; Ramezani Akordi, H. (2015). A comparative study of the concept and effects of the right of priority in patent law. *Comparative Law Research Journal*, 19(1), 60-86. (In Persian).
34. Sadeghi, M.; Najafi, H. (2016). A comparative study of the condition of industrial use in patent law. *Comparative Research of Islamic and Western Laws Journal*, 3(1), 80-104. (In Persian).
35. Salehi Zahabi, J. (2009). Patents, a comparative perspective (1rd ed.). Tehran: Publishing Company Publication. (In Persian).
36. Salehi Zahabi, J. (2010). Novelty is the characteristic of every invention. *Faculty of Law and Political Sciences Journal*, 40(4), 80-103. (In Persian).
37. Scellato, G.; Calderini, M.; Caviggioli, F.; Franzoni, C.; Ughetto, E.; Kica, E.; Rodriguez, V. (2011). Study on the quality of the patent system in Europe. *Official Journal of the European Union*, 2(1), 1-194.
38. Sheikhi, M. (2013). Legislative strategies in industrial property rights (1rd ed.). Tehran: Khorshidi Publication. (In Persian).
39. Shobeiri, H.; Najafi, H. (2011). A comparative study of evaluating and verifying the innovative step in inventions. *Comparative Law Research Journal*, 15(4), 20-45. (In Persian).
40. Shobeiri, H.; Najafi, H. (2013). A comparative study of the substantive condition of the innovative step in the patent. *Comparative Law Journal*, 100(2), 100-123. (In Persian).
41. Shobeiri, H.; Dehghani, A. (2015). A comparative study of the uniqueness condition in industrial designs and its comparison with the condition of originality. *Comparative Law Research Journal*, 19(2), 20-48. (In Persian).
42. Singleton, J. (2000). convention on the Grant of European patents (European patent convention) and convention for the European patent for the common market (community patent convention). *International Lawyer Journal*, 3(8), 119-140
43. Taban, M. R. (2013). Guide to drafting a patent application (1rd ed.). Shiraz: Navid Shiraz Publication. (In Persian).
44. The house of commons European scrutiny committee. (2012). The unified patent court: help or hindrance? (Published by authority house of commons No.HC1799). <http://www.parliament.uk/escom>
45. Vozvaie, A.; Sarir, F.; Tabatabaei, M.; Javid, M. J. (2021). Legal, economic and social analysis, the condition of newness of inventions in line with the progress of science and social welfare of the country. *Political Sociology of Iran Journal*, 5(7), 1-35. (In Persian). DOI: 10.30510/psi.2022.272610.1524
46. World intellectual property organization (Wipo).(2013).Summaries of conventions, treaties and agreements (Wipo publication No.442E/13). <http://www.wipo.int>
47. Zahedi, M.; Salamat, S.; Moradi, SH. (2021). A comparative study of stem cell patent conditions in America, Europe and Iran. *Medical Law Journal*, 15(56), 1-24. (In Persian).



Solving the problems of free-riding and rent-seeking in determining the directors fee and reward of joint-stock companies

Habib Ramezani Akerdi * 

1. Assistant Professor, Department of Social Science, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran

Corresponding Authors Email: h.ramezani@soc.ikiu.ac.ir

Received: 2024-06-30

Revised: 2025-06-19

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Ramezani Akerdi, H. (2025). Solving the problems of free-riding and rent-seeking in determining the directors fee and reward of joint-stock companies,. Encyclopedia of Economic Law Journal, 32(27): (21-36) (in Persian with English abstract).
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.88744.1379>

1. INTRODUCTION

Companies, as legal entity, are inherently artificial constructs. They lack consciousness, intentionality, or physical form. Consequently, they are entirely dependent on natural persons to articulate their will, execute decisions, and interact with the real world. This conceptual foundation lies at the heart of corporate legal theory, which treats legal persons as fictional subjects established for functional and economic purposes. Unlike natural persons, companies are abstract entities that cannot independently act or think. To overcome this ontological void, legal systems have historically entrusted natural persons—most notably, the board of directors—to serve as the operational organs of the company: its mind, voice, and hands.

However, this delegation of corporate agency to natural persons generates an intrinsic tension. The board of directors, while formally tasked with promoting the best interests of the company, comprises individuals with personal motivations, distinct values, and self-interested goals. The legal doctrine often portrays the board and the company as a single, coherent unit—a concept championed in theories such as Roknit's notion of organizational personhood—but economic and behavioral sciences reveal a stark divergence: individuals vested with corporate authority often behave in ways that maximize personal utility rather than collective value.

This divergence is especially problematic in the context of directors' remuneration. The board of directors is inherently a collective organ—typically composed of three or more members in private companies and five or more in public companies, as stipulated by many national corporate laws. Despite representing a unitary legal actor, the board consists of individuals with diverse incentives and varying degrees of influence. Some legal regimes even permit legal persons to serve as directors, contingent upon the appointment of a permanent natural representative. This additional layer of representation further complicates the already tenuous relationship between the company's legal fiction and its decision-making apparatus.

Designing an equitable and effective compensation structure for directors is, therefore, a particularly delicate challenge. Fixed-fee remuneration can give rise to free-riding, wherein certain directors perform minimal duties while receiving the same compensation as more active or competent peers. Conversely, performance-based pay may trigger rent-seeking behavior, whereby directors exploit short-term metrics or asymmetrical information to inflate personal compensation without creating commensurate value for the company. Neither extreme adequately addresses the underlying agency dilemma.



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



This dilemma transcends technical or administrative considerations; it is a jurisprudential and institutional challenge rooted in the artificiality of legal personality and the behavioral complexity of human agents. The art of designing a fictional will for a company is not limited to majority rule or tiered decision-making processes; it lies in identifying an equilibrium point between the interests of shareholders and third parties when internal conflicts emerge. Hence, corporate governance structures must evolve beyond mere formalism. They must internalize the behavioral tendencies of corporate agents and confront the inherent disjunction between abstract legal entities and the natural persons who animate them.

In conclusion, any serious reform of directors' remuneration must grapple with the foundational tension between the abstract corporate persona and the self-interested motivations of those who govern on its behalf. Effective governance cannot be achieved through rigid rules alone. Rather, it requires a nuanced approach—one that acknowledges the self-interest of directors while fostering mechanisms to align their incentives with sustainable corporate success. Only through such a multidimensional strategy—featuring checks and balances, transparency, and performance-linked incentives—can the fiction of corporate personhood be reconciled with the reality of human agency.

2. PURPOSE

The existence of an agency relationship in corporate structures is not accidental; it is a structural necessity. Shareholders, as principals, delegate the daily management and strategic direction of the company to directors, who act as their agents. This delegation, while efficient in terms of operational functionality, creates an inevitable agency cost due to the divergence of interests between principals and agents. Among the most critical manifestations of agency costs in corporate practice are rent-seeking and free-riding—behaviors that often flourish in opaque or poorly regulated compensation environments.

Against this backdrop, a crucial policy question emerges: How can directors' remuneration be structured to align their personal incentives with the company's long-term success while simultaneously deterring opportunistic behaviors? Since directors are economic agents motivated by personal utility, the design of remuneration systems must account for both their rational self-interest and their fiduciary duties.

This article aims to explore this question by evaluating existing legal and governance frameworks for director compensation and proposing mechanisms that simultaneously:

1. Minimize rent-seeking behavior by reducing discretion and informational asymmetry;
2. Discourage free-riding by rewarding tangible performance;
3. Align individual motivations with corporate value creation.

The research also considers how these concerns manifest under Iranian corporate law, where fixed compensation schemes dominate, and performance-based rewards remain underdefined or improperly regulated. By critically assessing these frameworks, the article seeks to advance an effective and context-sensitive model of directors' remuneration that reduces agency costs and improves corporate governance outcomes.

3. METHODOLOGY

This study employs a descriptive-analytical methodology, grounded in a comprehensive review of legal texts, academic literature, and comparative corporate governance models. The descriptive phase involves the identification and interpretation of statutory provisions, regulatory frameworks, and judicial precedents relating to directors' compensation—particularly within the context of Iranian corporate law. Primary sources include the Iranian Commercial law, regulatory circulars issued by relevant authorities, and shareholder meeting procedures. Secondary sources include doctrinal writings, comparative legal studies, and jurisprudential analyses on the subject of corporate agency and fiduciary responsibility. The analytical phase builds upon the descriptive findings to critique existing practices, identify structural weaknesses, and assess potential reforms. Emphasis is placed on integrating insights from agency theory, institutional economics, and behavioral law and economics. The opinions of Iranian jurists, as well as those from other legal systems (e.g., Anglo-American corporate governance models), are incorporated to enrich the discussion and ground recommendations in comparative best practices.

4. FINDINGS

An in-depth analysis of Iranian corporate law, particularly as it applies to joint-stock companies, reveals a structurally limited approach to directors' remuneration that is insufficient to address the dual challenges of rent-seeking and free-riding. The current legal framework—largely based on the Iranian Commercial Code of



1968—permits companies to provide compensation to board members but offers limited guidance on how such compensation should be structured or justified.

4.1 Fixed Remuneration and the Free-Riding Problem

The most common form of compensation in Iranian companies is a fixed fee, determined by the general assembly of shareholders. While fixed remuneration has the advantage of predictability and administrative simplicity, it fails to incentivize superior performance. In this context, all directors—regardless of effort, skill, or contribution—receive equal compensation. This creates fertile ground for free-riding, especially in larger boards where individual accountability is diffuse. Some directors may fulfill only the bare minimum of legal duties, relying on more active members to shoulder the burden of governance, strategy, and oversight.

This issue is compounded by the lack of objective performance metrics or accountability frameworks. Iranian corporate law does not mandate internal performance evaluations for directors, nor does it require the disclosure of board attendance, engagement levels, or contribution to strategic goals. As a result, shareholders are often ill-equipped to distinguish between effective and ineffective directors.

4.2 Performance-Based Pay and Rent-Seeking Behavior

To mitigate free-riding, some companies experiment with performance-linked rewards, such as annual bonuses or profit-sharing schemes. However, in the absence of a robust regulatory framework, performance-based compensation risks encouraging rent-seeking. Directors may focus disproportionately on short-term outcomes that inflate financial results or stock value at the expense of long-term stability.

Moreover, when performance metrics are ambiguous or easily manipulated, such rewards may be distributed in a non-transparent and unequal manner. In Iran, bonuses are typically approved by the general assembly without a clear formula or criteria, and often without separate assessment for each director. This opens the door to political favoritism, boardroom collusion, or informal alliances within the board, particularly in companies with weak or dispersed ownership structures.

Furthermore, asymmetric access to information between directors and shareholders makes it difficult for the latter to monitor the integrity of performance data. This gap limits the effectiveness of the general assembly as a control mechanism and increases the risk of excessive or unjustified remuneration.

4.3 Legal Constraints and Supervisory Mechanisms

Iranian law provides some safeguards to limit abuse. For instance:

- The general assembly must approve director remuneration.
- There is a statutory prohibition on exceeding reasonable bonus levels.
- Directors can, in theory, be held civilly and criminally liable for breaches of fiduciary duty.

However, these safeguards are largely procedural and weakly enforced. The law does not clearly distinguish between fixed compensation and performance-based rewards, nor does it specify how these components should be proportioned or evaluated. There is also a lack of independent supervisory bodies within most Iranian companies. The absence of independent or non-executive directors on boards, especially in closely held companies, further weakens oversight. Moreover, in practice, the general assembly's role in supervising board performance is often symbolic. Shareholder meetings tend to be poorly attended, dominated by majority shareholders, or influenced by internal political dynamics. This results in low accountability, and ultimately, a legal structure that suppresses rent-seeking only marginally—while leaving the free-riding problem virtually unaddressed.

4.4 Towards a Balanced Compensation Framework

Given these structural limitations, an effective remuneration framework for Iranian companies must strike a balance between motivation and restraint. This requires:

- A dual-component model: fixed base compensation to ensure predictability and baseline accountability, combined with performance-based rewards linked to objective, pre-defined metrics.
- Implementation of independent performance evaluation mechanisms at the board level.
- Enhanced transparency and disclosure requirements to inform shareholders about the basis for compensation decisions.
- Legal recognition of the distinction between base pay and contingent rewards, along with criteria for each component.



- Empowerment of minority shareholders to challenge or review compensation decisions through accessible legal remedies.

Such reforms would help Iranian companies transition from a static, formalistic approach to director pay toward a more dynamic, performance-sensitive system aligned with international best practices.

5. CONCLUSION

In corporate governance, particularly regarding the fee and remuneration of directors, two fundamental problems frequently arise: free-riding and rent-seeking. These issues are closely linked to how director fees are structured. When a fixed amount is designated as the director's fee, the free-riding problem emerges, as directors may lack motivation to exert effort beyond the minimum requirements. Conversely, when the fee amount is left undetermined, rent-seeking behavior becomes a concern, where directors may attempt to extract maximum personal gain without corresponding value creation for the company.

To address these challenges effectively, it is essential to adopt a hybrid compensation structure—one that includes both a fixed base fee and a performance-based component. The fixed portion ensures basic accountability and compensation for assuming the role, while the performance-based portion aligns the director's incentives with the company's success. This structure not only reduces the allure of rent-seeking by capping guaranteed rewards but also discourages free-riding by linking a significant portion of compensation to measurable outcomes.

In addition to reforming the compensation model, it is crucial to strengthen supervisory and enforcement mechanisms. This includes enabling the dismissal of underperforming directors, as well as enforcing civil and criminal liability for breaches of duty. Without a robust oversight framework, even the most well-designed compensation scheme may fail to achieve its intended outcomes. The legal framework governing Iranian joint-stock companies does, to some extent, reflect this dual approach. However, the implementation and interpretation of these provisions remain inadequate. Notably, there is a lack of clarity regarding the status of the "reward" as a component of the fee structure. In practice, rewards are often treated as supplementary and external to the fixed fee, rather than as an integrated component of a performance-based pay system.

Moreover, the weakness of the supervisory infrastructure, the absence of criteria distinguishing high-performing from low-performing directors, and the failure to enforce accountability for non-performance mean that the core problems of free-riding and rent-seeking remain unresolved.

The existing legal structure of director compensation in Iran seems to interpret the fixed fee as the total remuneration, with any additional reward being optional and unrelated to performance. While this might suppress rent-seeking to an extent—since additional rewards are not guaranteed—it fails to address the problem of free-riding. Directors receive their fixed compensation regardless of their level of contribution or effectiveness.

Even assuming that rewards could be selectively distributed—only to effective directors—no practical mechanism exists within the general meeting framework to distinguish and reward based on individual director performance. This gap means that rewards may still be allocated indiscriminately or based on subjective factors, rather than on objective performance criteria.

To truly resolve these systemic issues, a formal distinction must be established between the fixed and variable components of directors' compensation. The reward must be explicitly linked to performance metrics, such as profitability, strategic goal achievement, or shareholder value creation. Moreover, governing laws and corporate bylaws should clearly define the duties of directors, including a positive obligation to improve the company's performance. Without such a duty, tools of accountability—such as civil and criminal liability—lose much of their force, as there is no concrete benchmark against which to measure failure or misconduct.

In conclusion, for Iran's corporate governance system to effectively curb free-riding and rent-seeking, a comprehensive reform is necessary. This includes:

Adopting a dual-component fee model (fixed fee + performance-based reward); Establishing objective performance criteria for reward distribution; Strengthening oversight and enforcement mechanisms; Imposing a positive duty on directors to enhance corporate productivity, with clear consequences for non-fulfillment.

Only through such an integrated approach can the governance structure of Iranian joint-stock companies foster greater accountability, efficiency, and alignment with shareholder interests.

Keywords: free ride, rent-seeking, directors' Reward, board of directors.



بررسی راهکارهای مقابله با مشکل رایگان سواری و رانت جویی در تعیین حق الزحمه و پاداش مدیران شرکت‌های سهامی

حبیب‌رمضانی آکردی^۱

دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۰ | بازنگری: ۱۴۰۳/۰۳/۲۹ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

استفاده از نهاد نمایندگی در اداره حقوق شرکت‌های تجاری ناگزیر است و این نهاد هزینه‌هایی را در پی دارد. یکی از هزینه‌های نمایندگی در مدیریت شرکت‌های تجاری رانت جویی و سواری مجانی است که در سازوکار تعیین حق الزحمه و پاداش مدیران ایجاد می‌شود. در این خصوص پرسش این است که چگونه حق الزحمه و پاداش مدیران تعیین شود که مدیر در راستای بیشینه‌سازی ثروت شرکت حرکت کند و به رایگان سواری و رانت جوی روی نیاورد.

در فرض تعیین مبلغ ثابت به‌عنوان حق الزحمه مدیر، مشکل سواری مجانی و در حالت مبلغ نامعین یا مبتنی بر عملکرد مشکل رانت جویی ایجاد می‌شود. برای حل این مشکلات و در جهت افزایش هزینه‌های رانت جویی و رایگان سواری باید بخشی از حق الزحمه را به صورت معین و بخشی را بر مبنای عملکرد تعیین کرد. در کنار این اقدام تقویت سیستم نظارتی جهت استفاده از ابزار عزل مدیران و مسؤولیت مدنی و کیفری ضروری است. در حقوق شرکت‌های سهامی ایران به رغم این که به همین روش عمل شده است اما به دلیل این که پاداش بخشی از حق الزحمه نیست و نیز ضعف سیستم نظارتی، عدم تمایز بین عملکرد مدیران و ایجابی نبودن وظایف مدیران مشکلات رایگان سواری و رانت جویی برقرار است.

واژگان کلیدی: سواری مجانی، رانت جویی، پاداش مدیران، هیأت مدیره.

۱. استادیار گروه حقوق، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران (ایمیل نویسنده مسؤول مقاله: h.ramezani@soc.ikiu.ac.ir)



۱. مقدمه

شرکت موجودی اعتباری است و «امور اعتباری برخلاف مفاهیم عینی، وجود خارجی ندارد و یکسره غیرعینی و ذهنی‌اند» (Jafaritabar, 2009: 38). نهاد حقوقی اعتباری که واجد شخصیت باشد و به سان اشخاص حقیقی صاحب حق و طرف تکلیف شود یقیناً نیاز به تمشیت امور دارد. طبیعی است این امر از موجود ذهنی و اعتباری ساخته نیست و باید به اشخاص حقیقی متوسل شد تا این اشخاص مغز و زبان و دستش شوند. اینجاست که در درون این نهاد حقوقی ارکانی شکل می‌گیرند که با اندکی مسامحه هیأت مدیره تأثیرگذارترین آن‌هاست. وقتی از اصطلاح «هیأت» استفاده می‌شود؛ یعنی جمعی با حداقل سه شخص. در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ نیز با جمع مواد ۳ و ۱۰۷ می‌توان گفت در شرکت سهامی عام این هیأت حداقل پنج شخصی است و در شرکت سهامی خاص حداقل از سه شخص تشکیل می‌شود. لازم به ذکر است که این اشخاص خود می‌توانند شخص حقوقی (موجود اعتباری) باشند؛ اما در این حالت نیز به موجب ماده ۱۱۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت این شخص حقوقی باید شخصی حقیقی را به‌عنوان نماینده دائم در آن هیأت معرفی کند.

نظر به این که هیأت مدیره از اشخاص متعدد تشکیل می‌شود و دیگر این که شاید بتوان به موجب نظریه رکنیت گفت که از نظر اعتباری شرکت و مدیران موجود واحدی هستند اما در عالم واقع و یا از نظر علمی چون اقتصاد این اشخاص هویت‌های متعددی دارند. با در نظر داشتن این فروض و طبیعت منفعت‌گرای انسان، گریزناپذیر است که هر یک از مدیران ابتدائاً در پی بیشینه‌سازی ثروت خود برآیند؛ یعنی اولویت مدیران منفعت طلب تأمین منافع شخصی است. از این رو در مقام قاعده‌گذاری نمی‌بایست این میل منفعت طلبی را نادیده انگاشت. همان طور که گفته‌اند: «هنر طراحان اراده فرضی شرکت تجاری فقط در به کارگیری آرای اکثریت و تعبیه سطوح مختلف تصمیم‌گیری خلاصه نمی‌شود. مهم‌تر از این دو یافتن نقطه تعادل میان منافع شرکا و اشخاص ثالث به هنگام مواجهه با تعارضات درونی اراده شرکت است» (Kavyani, 2009:170).

با در نظر گرفتن میل منفعت طلبی مدیران پرسش این است که چگونه باید حق الزحمه آنان را تعیین کرد که در عین حال که در جهت موفقیت شرکت تلاش می‌کنند، به دنبال رانت برای جلب منافع شخصی بیشتر نباشند؟ به بیانی دیگر سازوکارآمد در تعیین حق الزحمه مدیران چیست؟

در پاسخ به پرسش‌های یادشده تاکنون پژوهش مستقلی انجام نشده است و پژوهش‌های حقوقی در موضوعاتی همچون رایگان سواری و رانت‌جویی در زمینه تعیین حق الزحمه و پاداش مدیران شرکت‌های سهامی معمولاً به‌صورت ضمنی در قالب موضوعات وسیع‌تری مانند حاکمیت شرکتی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. برخی از آثار مربوطه در این پژوهش مورد استفاده و استناد قرار گرفته است. از این رو در این مقاله به طور مستقل سعی در پاسخ به پرسش‌های یادشده هستیم.

۲. سازوکارهای تعیین حق الزحمه و پاداش

در این قسمت ابتدا به سازوکارهای تعیین حق الزحمه مدیران می‌پردازیم و در ضمن بیان سازوکار، مشکل موجود در آن را بررسی می‌کنیم.

۲-۱. تعیین حق الزحمه ثابت: مشکل سواری مجانی

ابتدا بیان این نکته ضروری است که علم اقتصاد علمی واقع‌نگر است، از این رو شرکت را متعلق به سهام‌داران می‌داند نه شرکت به‌عنوان موجودی اعتباری. به همین دلیل است که رابطه قراردادی نمایندگی را بین سهام‌داران به‌عنوان مالک شرکت و مدیران مورد بحث قرار می‌دهد (Seyed Sajjadi Ahmadi, 2007: 107). در این پژوهش نیز گریزی از واقع‌گرایی وجود ندارد؛ زیرا در غیر این صورت باید فرض را بر عدم وجود تعارض منافع بین سهام‌داران و مدیران قرار داد؛ یعنی نفی مشکل. حال آن‌که وجود این تعارض منافع از بدیهیات است. البته لازم به ذکر است که حتی در فرض پذیرش نظریه رکنیت^۱ باید بپذیریم که رابطه مدیران و شرکت در روابط

۱. این نظریه در ماهیت رابطه حقوقی مدیران با شرکت مطرح شده است. به موجب این نظریه: شرکت از جنبه‌های مختلف شبیه انسان است. یعنی همانند انسان دارای مغز و مرکز عصبی است که به موجب آن اقدامات شرکت را کنترل می‌کند. بدین معنی که مدیران مغز شرکت هستند؛ از این رو قصد و اراده آنان، قصد و اراده شرکت محسوب می‌شود. همچنین مانند انسان دارای دست‌هایی است که دستورات مرکز عصبی را اجرا می‌نماید. کارمندان و مستخدمان شرکت، دست‌های شرکت محسوب می‌شود. (Sealy, 2008, p.155)



داخلی شرکت از نوع نمایندگی است. بنابراین در این دیدگاه هم تعارض منافع بین شرکت و مدیران قابل طرح است. نمایندگی اساساً در زمانی واقع می‌شود که امکان انجام فعالیت توسط شخص وجود ندارد، از این رو انجام آن فعالیت را به شخصی دیگر می‌سپارد تا از طرف او به آن فعالیت بپردازد. حال اگر اصیل به درستی بر نماینده نظارت نداشته باشد، ممکن است مشکل کارآمدی مطرح شود. بنابراین مهم‌ترین مسأله برای اصیل نحوه تنظیم قرارداد است، بدین توضیح که قرارداد به گونه‌ای تنظیم شود تا نماینده ترغیب شود که بیشترین تلاش را برای تحقق اهداف اصیل به کاربندد (Blair, 1999: 259). مشکل اصلی در رابطه نمایندگی هزینه‌های نمایندگی است. این هزینه‌ها در جایی مطرح می‌شود که بین نماینده و اصیل تعارض منافع به وجود آید.

بلیر و استات با وجود اذعان به مفید بودن الگوی اصیل-نماینده در بسیاری از روابط قراردادی، بر این باورند که این الگو مسائلی را در شرکت‌ها نادیده گرفته است. از جمله این که فرض را بر این گرفته است که نماینده در راستای منافع شرکت عمل می‌کند (Ibid). زمانی که تولید رونق دارد و نظارت بر روی بنگاه دشوار و همچنین آینده نامشخص است، انعقاد قرارداد صریحی که بتواند منافع تولید را بر اساس مشارکت و شایستگی توزیع کند، دشوار و یا حتی غیرممکن است. فرض کنید اعضای تیم بر روی یک قاعده در خصوص توزیع منافع توافق کرده‌اند، برای مثال توافق شد که همه منافع را به طور مساوی در بین اعضای تیم تقسیم کنند. این قاعده باعث می‌شود که اعضای تیم از مشارکت در تولید شانه خالی کنند؛ زیرا در هر صورت آنان از سهم مساوی برخوردار خواهند بود. درواقع در اینجا مشکل «سواری مجانی» یا «سربازدن از کار یا مشارکت در تولید» مطرح می‌شود.

مشکل سواری مجانی یا مفت سواری که در ارتباط با کالاهای عمومی مطرح شده است از نظریه‌های اقتصادی است که توسط دیوید هیوم^۲ شناسایی شده است، گرچه ممکن است به نام آدام اسمیت^۳ شناخته شده باشد. در توضیح پدیده سواری مجانی باید گفت هر شهروندی که می‌تواند از کالاهای عمومی بهره‌برد، تمایل دارد که تأمین هزینه‌های آن بر دیگران تحمیل شود، خواه این استثناء شدن، هزینه زیادی داشته و یا غیر ممکن باشد (Richard, 2000:122). در واقع مشکل سواری مجانی در مواردی مصداق می‌یابد که فردی مطلوبیت خود را به گونه‌ای تأمین کند که هیچ هزینه‌ای بابت آن نپردازد و با هزینه‌ایی که بر دیگران تحمیل می‌شود، مطلوبیت خود را حداکثر سازد. «اصطلاح مفت سوار از مثال فردی سرچشمه می‌گیرد که از حمل و نقل عمومی بدون پرداخت کرایه استفاده می‌کند و از منافع عمومی بدون کمک در هزینه آن استفاده می‌کند. در مورد کالای عمومی، تأمین مالی آن‌ها توسط دولت از طریق مالیات، سازوکار اصلی برای رسیدگی به مسأله مفت سواری است. مسأله‌های مفت سواری فراگیر است و محدود به موارد تدارک داوطلبانه کالای عمومی نیست و عموماً در موقعیت‌های چانه‌زنی رخ می‌دهد که در آن‌ها افراد ترجیحات نامشخصی دارند که آن‌ها را وادار به افشای ترجیحات واقعی خود کند» (Parisi, 2023:217).

۲-۲. حق الزحمه نامعین (مبتنی بر عملکرد): مشکل رانت جویی^۴

اگر مدیران صبرکنند تا پس از تحصیل منافع اقدام به توزیع آن نمایند، این مسأله باعث وقوع رانت جویی می‌شود. درواقع اعضای تیم درصدد برمی‌آیند تا بدون مشارکت در فعالیت‌های تولیدی سهمی بیش از استحقاق خود تحصیل نمایند. شانه خالی کردن از مشارکت در تولید و رانت جویی، دستاوردهای اقتصادی را برای تیم تولید کاهش می‌دهد (Blair, 1999: 249). «رانت درآمدی است که بدون تلاش به دست می‌آید و در مقابل مفاهیمی چون مزد و سود به کار می‌رود که نتیجه تلاش و فعالیت اقتصادی است» (Haji Yousefi, 1999: 153). «مدل‌های رانت جویی بازیگرانی را در نظر می‌گیرند که در مسابقه‌ای شرکت می‌کنند که در آن هر بازیگر تلاش‌های پرهزینه‌ای را برای افزایش احتمال یا افزایش سهم یک پاداش معین انجام می‌دهد» (Parisi, 2023:430). در صورتی که بابت حق الزحمه به مدیران شرکت مبلغ غیرمقطوع پرداخت شود، با توجه به این که منافع مدیران توسط مجمع عمومی تعیین می‌شود؛ مدیرانی که در شرکت صاحب نفوذ باشند، با اعمال نفوذ از سهم بیشتری از منابع برخوردار خواهند شد، حتی اگر در راستای منافع شرکت تلاش کرده باشند. این موضوع باعث می‌شود انگیزه سایر مدیران نیز برای ایجاد ارزش افزوده در شرکت کاهش یابد یا از بین برود. برای حل این مشکل اگر به مدیران شرکت مبلغ ثابتی پرداخت شود، رانت جویی غیرممکن می‌شود. البته

2. David Hume

3. Adam Smith

4. Rent Seeking Problem



ایراداتی بر این دیدگاه وارد است. این دیدگاه بدون توجه به مهارت اعضای تیم، برای همه آن‌ها دستمزد یکسانی در نظر گرفته است. همچنین همان طور که گفته شد، گرچه با تعیین دستمزد ثابت مشکل رانت‌جویی حل می‌شود، اما مشکل سرباز زدن همچنان باقی است (Blair, 1999: 268). حل نشدن مشکل سرباز زدن از این جهت است که اگر اعضای تیم از قبل بدانند سهم مشخصی از مازاد تولید را دریافت می‌کنند، از مشارکت در تولید امتناع می‌ورزند؛ زیرا این اقدام برای آنان بهینه است. بدین توضیح که اگر سرباز زدن از مشارکت موفقیت آمیز باشد آنان از میزان سهمی که از مازاد تولید برای آنان پیش‌بینی شده بود، برخوردار می‌شوند. در غیر این صورت نیز ضرر وارده به آنان بیش از میزان دستمزد تعیین شده نخواهد بود.

۳. مشکلات رانت‌جویی و سواری مجانی در نظام‌های مدیریتی

مشکل سواری مجانی و رانت جویی در نظام‌های مدیریتی گوناگون باید به‌طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد. این نظام‌ها شامل «وحدت مدیریت و مالکیت» و «جدایی مدیریت از مالکیت» است.

۳-۱. جدایی مدیریت از مالکیت

به لحاظ اقتصادی نمایندگی رابطه‌ای است که به موجب آن صاحب کار یا مالک، نماینده را از طرف خود منصوب و اختیار تصمیم‌گیری را به وی تفویض می‌کند و هر یک از طرفین این رابطه سعی در حداکثرسازی منفعت خود دارند (Namazi and Kermani, 2007:83). همان طور که گذشت اگر برای حق‌الزحمه مدیران سهم مشخصی در نظر گرفته شود، مدیر از انجام فعالیت تولیدی سرباز می‌زند و از طرفی اگر سهم نامشخص و مبتنی بر فعالیت باشد، به دنبال رانت برای تحصیل سود بیشتر روی می‌آورد. به همین دلیل با توجه به مشکلات موجود از جمله هزینه‌های تولید و کاستی‌های بازار باید راهکاری ارائه شود تا هدف پیش‌گفته محقق شود. جدایی مدیریت از مالکیت معمولاً در شرکت‌های بزرگ یا شرکت‌های بازه اتفاق می‌افتد. با جدایی مالکیت از کنترل، صاحبان سرمایه نمی‌توانند در روند مدیریت و کنترل شرکت تأثیر داشته باشند (Abouata, 2017:1).

در شرایطی که مدیریت از مالکیت تفکیک شده است، نظریه «سلسله‌مراتب» به‌عنوان چارچوبی نظری برای توجیه و حل مسئله نمایندگی مطرح می‌شود. بر اساس این نظریه، سهام‌داران که مالک شرکت محسوب می‌شوند، در رأس هرم سازمانی قرار دارند. در واقع، آن‌ها مالک نهایی دارایی‌هایی هستند که شرکت در فرآیند تولید به کار می‌گیرد. سهام‌داران (به‌عنوان اصیل) اختیار اداره شرکت را به هیأت‌مدیره (به‌عنوان نماینده) واگذار می‌کنند، و نمایندگان موظف‌اند تصمیمات خود را در جهت تأمین منافع سهام‌داران اتخاذ و اجرا نمایند. در این الگو، روابط میان سطوح مختلف ساختار سازمانی به‌صورت «عمودی» تعریف می‌شود؛ به این معنا که افراد در سطوح بالاتر اختیار تفویض مسئولیت‌ها و نظارت بر سطوح پایین‌تر را دارند. در چارچوب این نظریه، پس از انجام تعهدات شرکت، مازاد ارزش افزوده تولیدشده به مالک اصلی یعنی سهام‌دار تعلق می‌گیرد. آلچیان و دمستز بر این باورند که نظریه سلسله‌مراتب راهکاری برای حل مشکل تخصیص منابع در تیم تولید ارائه می‌دهد. مطابق دیدگاه آن‌ها، در چنین نظامی فردی به‌عنوان «ناظر» تعیین می‌شود تا از طریق نظارت و کنترل، اطمینان حاصل شود که سایر اعضا به وظایف خود عمل کرده و از مشارکت در تولید شانه خالی نمی‌کنند (Alchian, 1972: 780). برای این که ناظر این وظیفه را به درستی انجام دهد، نیاز به مشوقی در نظام سلسله مراتب دارد. از این رو اعضای تیم به‌عنوان مستخدم فعالیت می‌کنند و دستمزد ثابتی برابر با هزینه فرصت بدان‌ها پرداخت می‌شود و مبلغ مازاد بر دستمزد مستخدمین به ناظر تعلق می‌گیرد. از این رو ناظر انگیزه‌های قوی برای مقابله با سرباز زدن اعضای تیم از مشارکت در تولید را دارد. از آنجایی که به سایر اعضای تیم مبلغ ثابتی پرداخت می‌شود، رانت‌جویی نیز غیرممکن می‌شود. دیگر این که عملکرد مثبت ناظر لزوماً به کارآمدی منتهی نمی‌شود؛ زیرا ناظر در نهایت سرباز زدن مدیران یا رانت جویی آنان را به سهام‌داران گزارش می‌دهد و سهام‌داران از ابزار عزل استفاده می‌کنند.

۵. Open corporation: شرکت‌های باز شرکت‌هایی هستند که سهام آن‌ها در مالکیت تعداد معدودی از سهام‌داران نیست و عموم مردم می‌توانند سهام شرکت را مالک شوند. درواقع در این شرکت‌ها نقل و انتقال سهام با محدودیت مواجه نیست. در حقوق ایران با توجه به این که نقل و انتقال سهام در شرکت‌های سهامی عام آزاد است، این شرکت‌ها شرکت باز محسوب می‌شود.

۶. تیم تولید در نظریات حاکمیت شرکتی مجموعه‌ای است که در راستای تحقق اهداف شرکت فعالیت می‌کنند. این عوامل شامل سهام‌داران، مدیران، کارگران و به‌طور کلی ذی‌نفعان می‌شود.



۳-۲. وحدت مدیریت و مالکیت

ابتدا ذکر این مطلب ضروری است که نظریه وحدت مدیریت و مالکیت با آنچه که تحت عنوان «نظریه مالکیت» در حاکمیت شرکتی مطرح می‌شود، متفاوت است. بدین توضیح که اگر ماهیت شرکت را مجموعه‌ای از قراردادهای متعدد در نظر بگیریم، برای ایجاد هماهنگی بین مداخله‌کنندگان باید قراردادهای متعدد تنظیم شود، از آنجاییکه انعقاد قراردادهای متعدد برای هماهنگ کردن فعالیت تولیدی پرهزینه است؛ برخی در این حالت بر این باورند که با تمرکز بر حق مالکیت می‌توان مشکل پیش‌گفته را حل کرد. در بستر روابط تولیدی بلندمدت، یکی از چالش‌های اساسی که در هنگام انعقاد قرارداد میان طرفین ظهور می‌کند، ناتوانی یا پرهزینه بودن تنظیم قراردادی جامع و فراگیر است که بتواند تمامی ابعاد و احتمالات آینده رابطه را پوشش دهد. در واقع، قراردادهایی که در چنین بسترهایی شکل می‌گیرند، غالباً با خلأهای قابل توجهی مواجه‌اند؛ خلأهایی که عمدتاً ناشی از عدم قابلیت پیش‌بینی بسیاری از شرایط و تغییرات آتی هستند و در نتیجه، امری اجتناب‌ناپذیر به شمار می‌روند. برای پاسخ به این معضل، نظریه‌ای تحت عنوان «حقوق مالکیت»^۷ مطرح گردیده است. بر اساس این نظریه، مالکیت دارایی‌ها به یکی از طرفین قرارداد اعطا می‌شود تا از طریق اعمال حق کنترل، نظم و انسجام بیشتری بر فعالیت اقتصادی مشترک حاکم گردد. در همین راستا، گرسمن وهارت (۱۹۸۶) شرکت را به مثابه «بسته‌ای از دارایی‌ها» تعریف می‌کنند که تحت مالکیت مشترک قرار دارد و به تبع آن، کنترل نیز به صورت مشترک اعمال می‌شود (Grossman and Hart, 1986: 693).

با اعمال این دیدگاه در ساختار شرکت‌های سهامی عام، نوعی دوگانگی یا انشقاق نهادی میان سهام‌داران (به عنوان مالکان شرکت) و سایر افراد شاغل در شرکت (از جمله مدیران و کارکنان) پدید می‌آید. کارکنان و مدیران در قالب قراردادهای مشخص، سهم معینی از بازده تولیدی و درجه‌ای محدود از حق تصمیم‌گیری را دریافت می‌کنند، اما حق کنترل نهایی و اساسی بر تصمیمات و سیاست‌های شرکت، همچنان در اختیار مالکان یا سهام‌داران باقی می‌ماند. افزون بر این، منافع باقی‌مانده از خروجی مشترک پس از ایفای تعهدات قراردادی، به سهام‌داران تعلق می‌گیرد (Blair, 1999: 260).

ابتدا به ذهن می‌رسد که برای حل مشکل سواری مجانی و رانت‌جویی باید مدیر نفع خود را در نفع شرکت ببیند. در نظریه وحدت مدیریت و مالکیت یا مالکیت مدیریتی، مدیریت شرکت با سهام‌داران آن است. در توجیه این دیدگاه آدام اسمیت می‌نویسد: «از مدیران سرمایه دیگران نمی‌توان انتظار داشت که به اندازه شرکای شرکت خصوصی در حفظ و حراست از سرمایه خود، مدام هوشیار و نگران باشند. بنابراین، غفلت و اسراف در مدیریت چنین شرکت‌هایی همواره رواج دارد».^۸ در این دیدگاه همسو شدن منافع مدیران با منافع شرکت، تلاش مدیران برای حداکثرسازی ثروت شرکت افزایش می‌یابد. درواقع با افزایش میزان مالکیت مدیران در شرکت هزینه‌های نمایندگی که از جمله آن‌ها سواری مجانی و رانت جویی است کاهش می‌یابد.

نتیجه تحقیق دیگری نیز نشان می‌دهد که مالکیت مدیریتی به دلیل عدم تقارن اطلاعاتی بین سهامدار و مدیر باعث افزایش عملکرد شرکت نمی‌شود و هزینه‌های نمایندگی را کاهش نمی‌دهد؛ زیرا در این صورت ممکن است مدیریت با استفاده از اطلاعاتی که در اختیار دارد، زمانی که عملکرد شرکت افزایشی است اقدام به خرید سهام شرکت نماید، حال آن‌که سهامدار از چنین اطلاعاتی برخوردار نیست و اقدام به فروش سهام به مدیر می‌کند. همچنین آزمون‌های آماری بیانگر معنادار نشدن اثر مدیریت مالکیتی بر عملکرد است؛ بنابراین همسو شدن منافع مدیر با منافع شرکت باعث کاهش هزینه‌های مدیریتی و افزایش منافع سهام‌داران نمی‌شود. (Khajavi and Shokrollahi, 2018:74)

۴. راهکار حل مشکل رایگان سواری و رانت جویی

مقابله با مشکل سواری مجانی و رانت جویی از طریق «نظارت» نیز ممکن است. به این توضیح که از طریق اعمال نظارت، مدیران رانت جو و رایگان‌سوار شناسایی و با آن‌ها مقابله شود. گرچه نظام نظارتی می‌تواند در مقابله با این مشکلات مؤثر واقع شود، لکن

7. Property Rights Theory

۸. به نقل از: Khajavi, Shokrollah; Ahmad Shokrollahi (2018), "Investigation of Interactions between Managerial Ownership and Corporate Performance Using the Simultaneous Equations System (Evidence from Tehran Stock Exchange)", Vol.14, No.56: 57



کافی نیست؛ زیرا نظام نظارتی همیشه دقیق عمل نمی‌کند و حتی اگر در زمان اعمال نظارت این مشکلات شناسایی شود، مقابله با آن هزینه شرکت را افزایش می‌دهد. برای مثال اگر مدیری رایگان‌سوار باشد و به جهت کمکاری مدیر خسارتی به شرکت وارد شود و این موضوع در اعمال نظارت کشف شود، جبران این خسارت نیاز به اقامه دعوی و اثبات آن در محکمه و در نهایت اجرای حکم دارد که طی این مسیر مستلزم هزینه است. راهکار کارآمد راهکاری است که بدون تحمیل هزینه بر شرکت، این مشکلات را حل و یا این که هزینه‌های آن را به حداقل برساند.

راهکاری که به نظر برای مقابله با سواری مجانی و رانت جویی مؤثر خواهد بود، تعیین بخشی از حق الزحمه به صورت ثابت و بخشی دیگر مشروط به تحصیل سود شود و در قالب سازوکار پاداش به‌عنوان راهکار انگیزشی پیش‌بینی شود. درواقع به منظور کاهش مشکل نمایندگی می‌توان مدیران را در به‌کارگیری از توانایی‌ها و مهارت‌هایشان ترغیب کرد. یکی از روش‌های رایج در ایجاد انگیزه، پرداخت پاداش به‌عنوان جزئی از حق الزحمه مدیران است که منجر به حداکثرسازی ثروت سهام‌داران می‌شود. به لحاظ نظری انتظار این است که همسو کردن مدیران با منافع حاصله برای مدیران، به تشویق آنان منتهی شود (Namazi and Moradi, 2004:75). همین‌طور که گفته شد در کنار اتخاذ رویکرد ترکیبی، باید از نهاد نظارت و تنبیه نیز استفاده شود. در واقع با تعیین حق الزحمه ثابت مشکل رانت‌جویی برطرف می‌شود و با مشروط شدن بخش دیگر حق الزحمه به تحصیل سود شرکت، مشکل سواری مجانی مرتفع می‌شود. البته ممکن است ادعا شود که در این صورت مشکل سواری مجانی و رانت جویی استمرار می‌یابد، اما اینگونه نیست؛ زیرا در این صورت بخشی از حق الزحمه به صورت ثابت پرداخت می‌شود نه همه آن، از این رو سرباز زدن از کار همه منافع مدیر را تأمین نمی‌کند. درخصوص رانت‌جویی برای برخورداری از پاداش نیز این مسأله مطرح است. از سوی دیگر با توجه به این که در رویکرد ترکیبی بستر رانت جویی و سواری مجانی به صورت توأمان وجود دارد و مدیر برای حداکثر سازی میزان وصولی خود ناچار است هم به رانت‌جویی و هم رایگان سواری متوسل شود، با وجود نهاد نظارت و تنبیه، هزینه رفتار وی افزایش می‌یابد. با توجه به آنچه که گفته شد اتخاذ رویکرد ترکیبی با کمک نهادهای تنبیهی و نظارتی مشکل سواری مجانی و رانت جویی را از بین نمی‌برد؛ بلکه با کاهش میزان منفعت قابل تحصیل و افزایش هزینه این رفتار، احتمال وقوع آن را کاهش می‌دهد.

۵. سازوکار تعیین حق الزحمه و پاداش مدیران در حقوق ایران؛ راهکارهای مقابله با رانت جویی و سواری مجانی

رانت جویی و سواری مجانی در سازوکار تعیین حق الزحمه مدیران از هزینه‌های نمایندگی است؛ از بین بردن این هزینه‌ها به طور کامل اگر غیرممکن نباشد از دشواری‌های مهم حقوق شرکت‌ها محسوب می‌شود. همان طور که گفته‌اند این هزینه‌ها در شرکت‌های تک شریک صفر است (Sadeghian Nodoushan, and Baqeri, 2015:138)، چون نفع شرکت مساوی با نفع مدیر است. البته این ادعا در صورتی قابل پذیرش است که مقررات ناظر بر این شرکت‌ها تعیین مدیران از بین شرکا را الزامی بدانند؛ در غیر این صورت ممکن است نمایندگی و هزینه‌های آن مطرح شود.

درحقوق شرکت‌های سهامی ایران ماده ۱۰۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت بیانگر لزوم سهامدار بودن مدیر است و در توجیه این شرط دلسوز بودن مدیر سهامدار عنوان شده است؛ حال آن‌که برای تحقق این شرط میزان سهام ناچیزی پیش‌بینی شده است، به گونه‌ای که اثر چندانی بر عملکرد مدیر ندارد (Pasban, 2022:185). شرط یادشده مورد نقد واقع شده است، از این جهت که اصولاً سرمایه‌گذاران در حوزه موضوع شرکت از توانایی علمی و کاربردی بی‌بهره‌اند و یا این که سهامداران بنا به فقدان علاقه و یا مجال درگیر امور شرکت نمی‌شوند و در این شرایط اداره امور شرکت را با انتقال حداقل سهام لازم به شخصی واگذار می‌کنند (Ibid). نقد دیگری که سابقاً بدان پرداخته شد عدم تقارن اطلاعات بین سهامدار و مدیر است که زمینه سوء استفاده را ایجاد می‌کند؛ بدین توضیح که مدیران با اطلاع از وضعیت شرکت، در صورتی که سهام شرکت ارزنده باشد اقدام به خرید آن می‌نمایند که به ورود ضرر به سهامداران منتهی می‌شود.

با توجه به آنچه که گفته شد می‌توان گفت که قانون‌گذار با وضع ماده ۱۰۷ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت زمینه مدیریت مالکیتی را ایجاد کرده است و از طرفی مشکل کارآمدی را حل نکرده است، از این رو حذف این مقرره و حل مشکل هزینه‌های نمایندگی به طرق دیگر منطقی می‌نماید.

همان طور که گذشت در برقراری تعادل بین منافع مدیران و شرکت باید از روش‌های ترکیبی بهره گرفت. از مجموع مقررات لایحه



قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ اینگونه بر می‌آید که قانون‌گذار علاوه بر سازوکارهای نظارتی و ابزار تنبیه، در تعیین حق‌الزحمه مدیران علاوه بر تعیین حقوق ثابت، به سازوکار پاداش نیز توجه داشته است.

۵-۱. حق‌الزحمه مقطوع: مقابله با رانت جویی

به موجب ماده ۱۳۴ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت با تصویب مجمع عمومی عادی صاحبان سهام، به مدیران غیرموظف مبلغی به طور مقطوع بابت حق حضور آن‌ها در جلسات پرداخت می‌شود، با توجه به این که این دسته از مدیران تنها در جلسات هیأت مدیره شرکت می‌کنند، با توجه به تعداد ساعات و اوقاتی که در جلسات هیأت حضور داشته‌اند، حق‌الزحمه دریافت می‌کنند. در مقابل مدیران موظف مدیرانی هستند که به صورت تمام وقت در شرکت اشتغال دارند و به عبارتی مقیم شرکت می‌باشند که به آن‌ها حق مدیریت پرداخت می‌شوند (Pasban, 2022: 199). با توجه به این که با صرف برقراری حق‌الزحمه ثابت مشکل رانت‌جویی حل می‌شود، زیرا مدیران نمی‌توانند سهمی بیشتر را از منابع مالی شرکت مطالبه کنند اما نمی‌توان در مدیران انگیزه ایجاد کرد و مدیران درصدد رایگان‌سواری برمی‌آیند، از این رو باید سراغ پاداش رفت. البته وجود حق‌الزحمه ثابت به لحاظ رویکرد حمایتی از مدیران لازم است.

۵-۲. پاداش: مقابله با سواری مجانی

در شرکت‌های تجاری به دلیل تعداد مالکان و سهام داران، نظارت مستقیم بر عملکرد شرکت توسط سهام‌داران امکان‌پذیر نیست و سهام‌داران صرفاً می‌توانند از مزایای شرکت‌ها بهره‌مند شوند. بنابراین منطقی است که از طریق ایجاد سازوکارهایی، درصدد حفظ منافع خود و کنترل بهینه رفتار مدیران برآیند. یکی از ابزارهای رایج جهت دستیابی به این هدف، اعطای پاداش به مدیران بر اساس عملکرد آنان^۹ و انگیزش این مباحثان، در راستای اهداف شرکت است (Kabirzadeh, 2008:127). درواقع می‌توان مدیران را در بخشی از سود خالص شرکت شریک کرد. در این صورت از عمق تعارض منافع میان مدیران و سهام‌داران کاسته می‌شود (Toosi, 2013:282). در این راهکار نفع مدیران در نفع شرکت مستغرق می‌شود و مدیر در جهت حداکثرسازی نفع شخصی راه مشروعی غیر از حداکثرسازی نفع شرکت ندارد.

همان طور که ماده ۱۲ دستورالعمل حاکمیت شرکتی ناشران ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار اعلام کرده است، پیش‌بینی پاداش برای اعضای هیأت مدیره به منظور انگیزه‌بخشی و به بیانی دیگر جلوگیری از مشکل سواری مجانی است، اما در این خصوص باید به دونکته توجه داشت:

اول این که مرجع تعیین پاداش باید غیر از هیأت مدیره باشد. طبق تبصره ماده ۱۲ دستورالعمل یادشده «اعضای هیأت مدیره نمی‌توانند برای سمت خود به عنوان عضو هیأت مدیره، وجوهی را تحت عنوان پاداش یا سایر عناوین، غیر از آنچه که در مجمع عمومی صاحبان سهام تعیین شده، مقرر نمایند». همچنین ماده ۱۲۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مقرر می‌دارد: «... در صورتی که در اساسنامه پیش‌بینی شده باشد مجمع عمومی می‌تواند تصویب کند که نسبت معینی از سود خالص سالانه شرکت به عنوان پاداش به اعضای هیأت مدیره تخصیص داده شود». تصویب پاداش توسط مجمع عمومی برای مدیران، به نوعی نظارت سهام‌داران بر مدیران است؛ زیرا پاداش در قبال عملکرد می‌باشد و مجمع در صورتی اقدام به تصویب سود می‌کند که عملکرد بهینه مدیران در سال مالی برای آنان احراز شود.

نکته دیگر این که با توجه به ظاهر ماده یادشده در صورتی که تصمیم به اعطای پاداش باشد، باید به همه اعضای هیأت مدیره تعلق گیرد و ظاهراً سهم برابری از پاداش خواهند داشت. در این صورت مشکل سواری مجانی همچنان برقرار خواهد بود؛ زیرا ممکن است اقدام مثبت توسط یکی از اعضای هیأت مدیره مطرح شده باشد و اعضای دیگر صرفاً ایده را مصوب نموده باشند، حال آن‌که همه از پاداش برخوردار شدند. این رویکرد سبب می‌شود که برخی از اعضای هیأت مدیره در راستای بهبود وضعیت شرکت اقدامی انجام ندهند به این امید که از حاصل تلاش دیگر اعضا بهره‌مند شوند. البته به نظر می‌رسد مجمع عمومی این اختیار را دارد که صرفاً برای برخی از اعضا پاداش تعیین کند. در همین راستا دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۱۳۰۶۰۰۲۸۷ مورخ ۱۳۹۵/۳/۸ شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر

۹. درخصوص مدل پرداخت پاداش نظریه‌های گوناگونی مطرح شده است. در دیدگاه اقتصادی نظریه‌های «نماینده‌گری» و «بازار کار مدیران» مطرح شده است. نظریه نخست ارزش بازار سهام و دیگری توانمندی مدیران را معیار تعیین میزان پاداش می‌داند. در دیدگاه‌های اقتصادی نیز نظریه‌های «قدرت مدیران»، «مداخله دولت» و «روابط اجتماعی» مطرح شده است (برای مطالعه بیشتر بنگرید به: (Karami and Jabbari, 2017:127-154).



استان تهران اعلام می‌دارد: «... نظر به این که بر اساس ماده ۱۳۴ قانون تجارت مجمع عمومی می‌تواند برای اعضای هیات مدیره پاداش تعیین کند بنابراین تعیین پاداش از اختیارات مجمع عمومی شرکت است و چنانچه مجمع مذکور برای بعضی از اعضای هیات مدیره پاداش تعیین نکند نمی‌توان او را ملزم به پرداخت پاداش نمود...».

به نظر برای تفکیک مدیران ضروری است که هر یک از مدیران جهت دریافت پاداش گزارش عملکرد به مجمع عمومی عادی ارائه نمایند و مجمع پس از استماع گزارش بازرس یا بازرسان درخصوص تعلق پاداش و میزان آن تصمیم بگیرد یا به طریقی دیگر تفاوت عملکرد مدیران برای مجمع احراز شود، در غیر این صورت ترجیح مدیری بر مدیر دیگر بلامرجه است و در بلند مدت برای شرکت آثار سوء در پی خواهد داشت. ضمناً احتمال رانت بودن این پاداش افزایش می‌یابد.

شایان ذکر است برای جلوگیری از سوء استفاده از نهاد پاداش قانون‌گذار در مقررات شرکت‌های سهامی محدودیت‌هایی را در ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ (اصلاحی ۱۳۹۵) اعمال کرده است. به موجب این ماده میزان پاداش مدیران در شرکت‌های سهامی عام و خاص نباید به ترتیب از ۳ و ۶ درصد سودی که در همان سال به سهام‌داران پرداخت می‌شود، بیشتر باشد. ایراد این مقرر همان طور که سابقاً مطرح شده، این است که با مدیران کارآمد و ناکارآمد به صورت یکسان برخورد کرده است؛ چون در هر صورت، مدیر از سهمی از سود برخوردار می‌شود، از این رو اقدامی در جهت ایجاد بهره‌وری در شرکت انجام نخواهد داد. همچنین در شرکت‌های دولتی علاوه بر محدودیت‌ها پاداش را منوط به بهره‌وری کرده است.^{۱۰}

۳-۵. نظارت

سهام‌داران از طریق بازرس یا بازرسان شرکت بر مدیران نظارت می‌کنند؛ در صورتی که با گزارش بازرسان احراز شود که مدیران در راستای تأمین منافع شرکت حرکت نمی‌کنند به موجب مواد ۱۰۷ و ۱۰۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مجمع عمومی عادی می‌توانند مدیران را عزل کنند. حق انتخاب و عزل مدیران مهم‌ترین استراتژی حقوقی در جهت ایجاد توازن بین حقوق سهام‌داران و مدیران است. در واقع این حق به‌عنوان ضمانت اجرای سوء مدیریت عمل می‌کند. هراس از عزل باعث می‌شود مدیران تلاش خود را برای افزایش رفاه سهام‌داران به‌کار گیرند و از تصاحب منافع اجتناب کنند. (Toosi, 2013:279) ضمانت اجرای دیگری نیز علاوه بر عزل مدیران قابل پیگیری است که در مبحث بعدی به آن پرداخته می‌شود.

یکی از مهم‌ترین مولفه‌های نظارت کارآمد، شفافیت است. در این حالت نظارت مستقیماً توسط سهام‌داران - به‌عنوان اصلی‌ترین گروه ذینفعان در نهاد شرکت‌های سهامی - صورت می‌گیرد. در همین راستا به موجب ماده ۳۷ دستورالعمل حاکمیت شرکتی: «اطلاعات با اهمیتی از قبیل نام، مشخصات کامل، تحصیلات، تجارب و مدارک حرفه‌ای اعضای هیات مدیره و مدیرعامل،...، حقوق و مزایای مدیران اصلی... باید به نحو مناسب در پایگاه اینترنتی شرکت و در یک یادداشت جداگانه در گزارش تفسیری مدیریت و گزارش فعالیت هیات مدیره افشا شود».

شایان ذکر است که نظارت سهام‌داران بر مدیران در ساختارهای گوناگون سرمایه‌ای شرکت‌ها، تفاوت دارد. در شرکت‌هایی با سرمایه‌گذاران نهادی^{۱۱} نظارت بهتری صورت می‌گیرد، بدین توضیح که این سرمایه‌گذاران با حضور در شرکت‌ها اقدامات مؤثری در جهت رفع مشکلات نمایندگی میان مدیران و سهام‌داران انجام می‌دهند و با افزایش نظارت و کنترل بر فعالیت‌های مدیران، باعث افزایش پاسخ‌گویی مدیران نسبت به سهام‌داران و سایر ذینفعان شده، در نتیجه ارتقای حاکمیت شرکتی را موجب می‌شوند. (Fakhari and Taheri, 2009:170)

یکی از چالش‌هایی که در بحث نظارت مطرح می‌شود، ناکارآمدی نظارت در فرض وجود سهام‌داران پراکنده است؛ چون در این صورت به دلیل عدم تقارن اطلاعات و عدم دریافت مابه‌ازاء (حق الزحمه) توان و انگیزه کافی برای نظارت بر مدیریت اجرایی از طرف سهام‌داران وجود ندارد، همچنین سهام‌داران از حقوق کافی نیز در این خصوص برخوردار نیستند؛ درواقع ابزار قانونی کافی برای اعمال نظارت

۱۰. بنگرید به: ماده ۸۴ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) و نیز ماده ۹ دستورالعمل سامان‌دهی حقوق و مزایای سال ۱۴۰۲ مدیران شرکت‌های دولتی، بانک‌ها و مؤسسات انتفاعی.

۱۱. سرمایه‌گذار نهادی عبارتند از: (۱) بانک‌ها و بیمه‌ها، (۲) هلدینگ‌ها، شرکت‌های سرمایه‌گذاری، صندوق بازنشستگی، شرکت تأمین سرمایه و صندوق‌های سرمایه‌گذاری ثبت شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار، (۳) هر شخص حقیقی یا حقوقی که بیش از ۵ درصد یا بیش از ۵ میلیارد ریال از ارزش اسمی اوراق بهادار در دست انتشار ناشر را خریداری کند، (۴) سازمان‌ها و نهادهای دولتی و عمومی، (۵) شرکت‌های دولتی، (۶) اعضای هیأت مدیره و مدیران ناشر یا اشخاصی که کارکرد مشابه دارند.



وجود ندارد. با وجود این شرایط بحث نظارت بر مدیریت بر عهده هیأت مدیره قرار می‌گیرد، با توجه به این که در ترکیب هیأت مدیره معمولاً از مدیران اجرایی وابسته (وابستگی مالی، تجاری و خانوادگی) استفاده می‌شود، به دلیل وابستگی و عدم استقلال این مدیران، نظارت به درستی انجام نمی‌شود، در این صورت یکی از راهکارهای ارائه شده استفاده از مدیران مستقل برای نظارت بر مدیریت اجرایی در شرکت است (Pasban and Farahani, 2022: 209).

در کنار مدیران مستقل برای تقویت نظارت بر مدیران، علاوه بر نظارت داخلی می‌توان از نظارت بیرونی نیز بهره گرفت. نظارت بیرونی نوعی نظارت خارج از ساختار شرکت است. بدین توضیح که در این نظارت شرکا نقشی در عزل و نصب بازرسان ندارند و این بازرسی رکنی از ارکان شرکت نیست. در حقوق شرکت‌های تجاری سازمان‌های دولتی یا نهادهای مدنی مجاز به ورود به شرکت و تحقیق برای کشف روند غیر صحیح امور نیست (Pasban, 2005:89-94). بنابراین از نهاد نظارت بیرونی بر عملکرد مدیران شرکت بهره‌برداری نشده است.

در قانون شرکت‌های ۱۹۸۵ انگلیس^{۱۲} ممکن است به دستور وزیر بازرگانی، بازرسی از شرکت^{۱۳} صورت گیرد. این بازرسی ممکن است به دلایلی نظیر تقلب، سوءمدیریت یا درخواست ذی‌نفعان باشد. به موجب بند ۲ ماده ۴۳۱ قانون یادشده، در صورتی که گروهی از سهام‌داران (حداقل ۲۰۰ نفر یا دارندگان حداقل یک‌دهم از سرمایه پرداخت‌شده شرکت) درخواست بازرسی کنند^{۱۴} یا در صورت درخواست شرکت، وزیر می‌تواند دستور انجام آن را صادر و بازرس منصوب کند. نتایج بازرسی به دادگاه اعلام می‌شود و ممکن است به موجب قانون صلب صلاحیت مدیران شرکت‌ها^{۱۵} مدیران نالایق از مدیریت شرکت‌ها محروم شوند.

علاوه بر امکان بازرسی از شرکت، تعیین حسابرس^{۱۶} نیز در شرکت‌های انگلیس الزامی شده است. حسابرس منتخب مجمع عمومی است و حسابرسان شرکت تحت نظارت شورای گزارشگری مالی انگلستان^{۱۷} به‌عنوان نهاد ناظر بیرونی هستند. یکی از وظایف این شورا نظارت بر کیفیت حسابرسی‌های شرکت‌های بزرگ و حسابرسان قانونی است. البته بر اساس مواد ۴۷۷ تا ۴۷۹ شرکت‌های کوچک تحت شرایطی از الزام به حسابرسی معاف می‌باشند.

شایان ذکر است که در حقوق انگلیس به موجب مواد ۴۲۰ و ۴۲۱ قانون شرکت‌های ۲۰۰۶^{۱۸} مدیران شرکت‌های سهامی عام موظفند که گزارشی درخصوص حقوق و مزایای مدیران تنظیم کنند. گزارشی که تنظیم می‌شود باید گزارشی قابل حسابرسی باشد. مدیرانی که از این تکلیف تخلف کنند به پرداخت جریمه محکوم می‌شوند.

۴-۵. مسؤولیت

پاداش اِبراری برای ایجاد انگیزه کارآمدی و تنبیه اِبراز جلوگیری از ناکارآمدی است. نظارت نیز راهکاری برای اعمال دقیق‌تر ابزار تشویق و تنبیه است؛ از این رو در کنار نظام نظارتی قانون‌گذار به ابزار تنبیه نیز توجه داشته است. تنبیه‌ها شامل مسؤولیت‌های حقوقی و کیفری هستند که با الزام مدیران به اجرای دقیق وظایف امانی، موجب کاهش مشکلات و هزینه‌های نمایندگی می‌شود (Sadeghian No-). درواقع با نظام مسؤولیت می‌توان برای مقابله با مشکل سواری مجانی و رانت‌جویی بهره گرفت. حال پرسش این است که در صورت سربازدن و رانت‌جویی چه ضمانت اجرای مدنی و کیفری متوجه مدیران می‌شود؟ رایگان سواری برای مدیران به معنی عدم مشارکت مدیر در مدیریت شرکت و برخورداری از حق‌الزحمه است. مدیران مسؤولیت امانی بر عهده دارند و همان طور که گفته‌اند: هدف این مسؤولیت حفظ منافع شرکت در مقابل منافع مدیران است. در واقع مسؤولیت یادشده مانع سوء استفاده مدیران از سمت خود در شرکت می‌شود و تکلیف شاق بر گردن مدیران قرار نمی‌دهد. در بیانی دیگر وظیفه امانی برای مدیر تعهد سلبی ایجاد می‌کند نه ایجابی و مدیران تکلیف به حفظ وضعیت موجود دارند نه بهبود آن (Issaei Tafreshi et al, 2014: 142).

۱۲. لازم به ذکر است که به رغم تصویب قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ همچنان برخی از مقررات قانون شرکت‌های ۱۹۸۵ از جمله بحث بازرسی از شرکت‌ها همچنان لازم الاجراست. در این خصوص در وبسایت رسمی قانون‌گذاری بریتانیا آمده است: "There are currently no known outstanding effects for the Companies Act 1985, Section 431"

13. Statutory Inspection by the Secretary of State

14. Inspection on Shareholders' Request

15. Company Directors Disqualification Act 1986

16. Auditor

17. Financial Reporting Council (FRC)

18. Company Act 2006



بنابراین مدیران وظیفه‌ای مبنی بر ارتقای جایگاه شرکت^{۱۹} و یا کارآمدی آن ندارند و متعاقباً صرف سرباز زدن از کار برای آنان مسئولیت مدنی یا کیفری در پی ندارد. در این خصوص ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ انگلیس مقرر می‌دارد که مدیر شرکت باید با حسن نیت، شرکت را اداره و ارتقای موفقیت آن را در جهت منافع اعضای خود مد نظر قرار دهد. در این راه مدیر باید مؤلفه‌های زیر را در نظر داشته باشد:

(۱) آثار احتمالی هر تصمیم در درازمدت؛ (۲) منافع کارمندان شرکت؛ (۳) لزوم تقویت روابط تجاری شرکت با تولیدکنندگان، مشتریان و دیگر اشخاص؛ (۴) اثر عملیات شرکت بر اجتماع و محیط؛ (۵) شرایط مطلوب شرکت جهت حفظ اعتبارش با رعایت استانداردهای بالایی رفتار تجاری؛ (۶) عمل از روی انصاف بین اعضای شرکت.

شش عاملی که در بند ۱ ماده ۱۷۲ قانون شرکت‌ها ۲۰۰۶ آمده‌اند، به منظور ارزیابی این موضوع هستند که آیا تصمیمات مدیران در جهت افزایش منافع شرکت اتخاذ شده‌اند یا خیر. مدیر شرکت موظف است این عوامل را به‌طور ضمنی و در چارچوب تحلیل‌های خود در فرآیند تصمیم‌گیری مدنظر قرار دهد. شایان ذکر است که ذکر این عوامل، نه تنها جنبه ارشادی دارد، بلکه با هدف تأکید بر مسئولیت مدیران در جهت ارتقای موفقیت شرکت در بلندمدت نیز صورت گرفته است. (Sheikh, 2008, p. 397)

شایان ذکر است قانون‌گذار در موادی نظیر ۱۲۹-۱۳۳، ۱۴۲، ۱۴۳، ۲۷۰ و ۲۷۳ ل.ا.ق.ت. از طریق پیش‌بینی مسئولیت مدنی با سوء استفاده مدیران از اختیارات مقابله نموده است. همچنین در ماده ۲۵۸ لایحه قانونی ضمانت اجرای کیفری پیش‌بینی کرده است؛ اما همان طور که گفته‌اند اقدامات یادشده نمی‌تواند سوء استفاده از اختیارات مدیران را از بین ببرد (Erfani, ۲۰۱۶:۱۳۵). مضافاً این که مقابله با سوء استفاده مدیران از اختیارات به منظور حفظ وضعیت موجود است نه جلوگیری از مشکل سرباز زدن یا رایگان سواری. همان طور که برخی آورده‌اند: در نظام تنبیهی نباید مدیران شرکت‌ها به لحاظ حق الزحمه مورد حمایت قرار گیرند و در صورت رفتار فرصت‌طلبانه نباید استحقاق دریافت حق الزحمه یا کارمزد را داشته باشند. (Toosi, 2013:282)

امکان کاهش، لغو^{۲۰} و بازپس‌گیری پاداش^{۲۱} می‌تواند یکی دیگر از راهکارهای تنبیهی باشد. در این خصوص بند ۳۷ کد حاکمیت شرکتی بریتانیا^{۲۲} است. به موجب این بند اگر مشخص شود عملکرد شرکت بعد از اعلام پاداش تضعیف شده یا تخلفی صورت گرفته، شرکت می‌تواند پاداش پرداخت‌نشده را کاهش دهد یا اصلاً پرداخت نکند یا اگر بعد از پرداخت پاداش مشخص شود که مدیر مرتکب اشتباه یا تخلف شده، شرکت می‌تواند پاداش را از مدیر پس بگیرد. این مقررات باعث می‌شوند که پاداش مدیران صرفاً به خاطر نتایج عددی کوتاه‌مدت پرداخت نشود و مدیران مسئولیت بیشتری در قبال عملکرد واقعی و بلندمدت شرکت داشته باشند. مقابله با رانت جویی از طریق مسئولیت مدنی یا کیفری میسر نیست؛ زیرا اعطای پاداش یا مبلغ نامشخص به‌عنوان حق الزحمه به مدیران در مجامع عمومی و از طریق سهام‌داران صورت می‌گیرد؛ اما همان طور که گذشت قانون‌گذار برای جلوگیری از سوء استفاده برای پاداش سقف تعیین کرده است. البته ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت ۱۳۴۷ همان طور که گذشت به دلیل برخورد یکسان با مدیران کارآمد و ناکارآمد قابل نقد است.

نتیجه

شرکت‌های تجاری اشخاصی اعتباری هستند که برای اداره آن‌ها ناگزیر باید سراغ نهاد نمایندگی رفت. با توجه به این که شخص نماینده در زمانی که برای تأمین منافع شخص حقوقی اقدام می‌کند، طبعاً نمی‌تواند از نفع شخصی فارغ شود، تعارض منافع ایجاد می‌شود. یکی از موقعیت‌های تعارض منافع سازوکار تعیین حق الزحمه مدیران است. اگر حق الزحمه مدیر به صورت مبلغ مشخص تعیین شود، مشکل سواری مجانی بروز می‌کند، اما اگر مبلغ نامشخص و بر اساس عملکرد تعیین شود مشکل رانت‌جویی ایجاد می‌شود. درواقع نفع مدیران این است بدون عملکرد به بیشترین میزان منافع دست یابند و در مقابل نفع شرکت در قبال حق الزحمه

۱۹. The Duty to Promote the Success of The Company: وظیفه ارتقای موفقیت شرکت در حقوق شرکت‌های انگلیس برای مدیران پیش‌بینی شده است که تخلف از آن برای مدیران مسئولیت ایجاد می‌کند. (در این رابطه بنگرید به: Issaei Tafreshi et al, 2014).

20. Malus

21. Clawback

22. UK Corporate Governance Code 2024



پرداختی، بیشینه سازی ثروت توسط مدیران است.

باتوجه به این که در شرکت‌هایی با ساختار جدایی مالکیت از مدیریت مشکلات سواری مجانی و رانت‌جویی وجود دارد این تصور ایجاد شد که با مالکیت مدیریتی و مستغرق شدن نفع مدیران در نفع شرکت این مشکلات حل می‌شود، اما تحقیقات میدانی نشان می‌دهد مالکیت مدیریتی تأثیر معناداری در عملکرد مدیران ندارد و منشاء ایجاد مشکل سوء استفاده از اطلاعات نامتقارن است. این مدیران با توجه به اشراف اطلاعاتی نسبت به وضعیت شرکت، در وضعیتی که شرکت رو به بهبود است اقدام به خرید سهم از سهام‌داران می‌کند و بالعکس.

پرداخت حق‌الزحمه ثابت یا مبنی بر عملکرد به تنهایی مشکلات یادشده را حل نمی‌کند؛ از این رو بهتر است بخشی از حق‌الزحمه به صورت ثابت پرداخت شود و بخشی دیگر منوط به عملکرد مدیران باشد. در این صورت گرچه مشکلات یادشده از بین نمی‌رود اما هزینه رانت جویی و رایگان سواری افزایش می‌یابد. در کنار استفاده از روش مختلط می‌توان از ابزارهای حقوقی دیگر نیز بهره گرفت. سیستم نظارتی کارآمد می‌تواند استفاده از ابزار عزل مدیران ناکارآمد را فعال کند. برای ابزار نظارتی قوی می‌توان در کنار استفاده از مدیران مستقل از نظارت بیرونی نیز استفاده کرد. همچنین برای کاهش بیشتر این هزینه‌ها می‌توان ابزار مسئولیت مدنی و کیفری را به کار گرفت؛ از جمله می‌توان امکان لغو، کاهش و بازپس‌گیری پاداش را برای شرکت پیش‌بینی کرد.

ساختار حقوق شرکت‌های سهامی ایران به گونه‌ای است که مشکلات یادشده را کاهش نمی‌دهد؛ زیرا در تعیین حق‌الزحمه ثابت، به نظر می‌رسد این حق‌الزحمه کامل در نظر گرفته شده و پاداش مازاد بر آن است؛ از این رو مشکل رانت جویی از بین می‌رود اما مشکل سواری مجانی همچنان باقی است. دیگر این که حتی در فرضی که بپذیریم در پرداخت پاداش بین مدیران مؤثر و غیرمؤثر می‌توان تفاوت قائل شد و در صورت بیشینه سازی سود، تنها مدیران مؤثر در آن سهیم می‌شوند، سازوکاری برای تمییز این تفاوت در مجمع عمومی پیش‌بینی نشده است. در واقع باید بخشی از حق‌الزحمه مدیران به صورت ثابت پرداخت شود و بخشی دیگر به صورت پاداش. پرداخت پاداش نیز باید متناسب با کارآمدی مدیران صورت گیرد. ضعف قاعده گذاری دیگر این است که برای مدیران تکلیفی مبنی بر بهبود وضعیت موجود شرکت پیش‌بینی نشده است تا در صورت عدم تحقق آن بتوان ابزار مسئولیت را به کار گرفت. درواقع ابزار مسئولیت به‌عنوان ابزار تکمیلی جهت ایجاد کارآمدی (رفع مشکل سرباززدن یا سواری مجانی) منوط به وجود تکلیفی تحت عنوان ایجاد بهره‌وری برای مدیران متصور است.

References

1. Abouata, Mohammad; Seyyede Zahra Pourrashid, "Civil Liability Claim of Stockholders against Directors of Companies in Iranian and Ferench Law", (2017) Private Law Studies Quarterly, 47 (1). (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jlq.2017.61318>
2. Alchian, Armen and Demsetz, Harold (1972), "Production, information Costs and Economic Organization", The American economic Review, Vol. 66.
3. Blair, Margaret and Stout, Lynn (1999), "A Team Production Theory of Corporate Law", Virginia Law Review, Vol. 85, No. 2.
4. Erfani, Mahmoud (2016), Business Law, second volume, third edition, Mizan Publications, Tehran. (In Persian)
5. Pasban, Mohammad Reza, (2022), Company Law, 3rd Edition, SAMT, Tehran. (In Persian)
6. Fakhari, Hossein and Esmat Al Sadat Taheri (2009), "The Study of Relationship between Institutional Investors and Stock Returns Volatility", Journal of Financial Accounting Research, Volume 2, Number 4. (In Persian). <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.23223405.1389.2.4.9.7>
7. Grossman, Sanford J., Hart, Oliver D. (1986), "The costs and benefit of ownership: A theory of vertical and lateral integration", Journal of Political Economy, vol. 94, no. 4.
8. Haji Yousefi, Amir Mohammad (1999), "Rent, rentier state and rentierism: a conceptual review", Political and Economic Information, No. 125-126. (In Persian)



9. Issaei Tafarshi, Mohammad, Habib Ramezani Akerdi, Hamid Reza Abbasi Menesh (2014), "Promote the success of the company; A Duty for Directors (Study in English and Iranian Law)", Comparative Law Research, Volume 19, Number 4. (In Persian). <http://dorl.net/dor/20.1001.1.22516751.1394.19.4.2.1>
10. Jafaritarbar, Hassan (2009), "Philosophy of Legal Interpretation", Enteshar co, first ed, Tehran. (In Persian)
11. Kabirzadeh, Massoud (2008), "Effective structures in determining the remuneration of the board of directors (an empirical study in Tehran Stock Exchange)", Peyk Noor magazine, volume 6, number 1. (In Persian)
12. Karami, Gholamreza and Hasan Jabari (2017), "A Board of Directors Compensation Model for Iranian Firms", Empirical Research in Accounting, Volume 8, Number 4 (33 series). (In Persian). <https://doi.org/10.22051/jera.2018.20704.2056>
13. Kavyani, Koorosh (2009), commercial Law (II): company Law, second edition, Mizan Publications, Tehran. (In Persian)
14. Khajavi, Shokrolah; Ahmad Shokrollahi (2018), "Investigation of Interactions between Managerial Ownership and Corporate Performance Using the Simultaneous Equations System (Evidence from Tehran Stock Exchange)", Vol.14, No.56. (In Persian). <https://doi.org/10.22054/qjma.2017.8779>
15. Namazi, Mohammad and Ehsan Kermani (2007), "Investigating the Effects of Ownership Structure on The Performance of the Companies Accepted in the Tehran Stock Exchange", Accounting and Auditing Reviews, Volume 15, Number 53. (In Persian). <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.28210166.1384.3.10.3.1>
16. Namazi, Mohammad and Javad Moradi (2004), "An Empirical Investigation of Determinants of Board of Directors' Bonuses of The Firms Accepted In Tehran Stock-Exchange (TSE)", Empirical Studies in Financial Accounting, Volume 3, Number 10. (In Persian). <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.28210166.1384.3.10.3.1>
17. Pasban, Mohammad Reza (2005), "Reviewing the inspection system in Iranian companies: a comparative study with English law", vol 7, Issue 16.
18. Pasban, Mohammad Reza; Farhani, Rasool (2022), "A Comparative Study of Independent Directors in American and Iranian Corporate Law", vol 26, No. 102. (In Persian). <https://doi.org/10.22034/ijts.2022.246920>
19. Parisi, Francesco, The Language of Law and Economics, Translator: mehrzad Abdali, first ed, (Tehran, Majd-pub, 2023). (In Persian)
20. Richard L. Stroup (spring 2000), "Free Riders and Collective Action Revisited", The Independent Review, v. IV, n.4.
21. Sadeghian Nodoushan, Mehrdad; Bagheri, Mahmoud (2015), "Conflict of interests of companies' stakeholders and Its Strategies", Comparative Law Research, Volume 30, Number 3. (In Persian). <http://dorl.net/dor/20.1001.1.22516751.1395.20.3.5.9>
22. Sealy, L.S (2008), Cases and Material in Company Law, Eighth Edition, Oxford University Press, New York.
23. Seyed Sajjadi Ahmadi, Seyed Ali (Autumn and Winter 2007), "Analysis of the company from an economic point of view", Private Law, No. 13. (In Persian)
24. Sheikh, Saleem (2008), "A Guide to the Companies Act 2006", First edition, Routledge-Cavendish, New York.
25. Toosi, Abbas (2013), Economic analysis of corporate law, first edition, Legal Studies and Research Institute, Tehran. (In Persian)



The Status, Legal Nature, and Obligations of International Marketing Contracts in the Iranian Legal System

Marzieh Nikouei¹ 

1. Assistant Professor, Department of Law, Isf.C., Islamic Azad University, Isfahan, Iran

(* - Corresponding Author Email: m.nikuie@iau.ac.ir)

Received: 2024-08-09

Revised: 2025-05-27

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Nikouei, M. (2025). The Status, Legal Nature, and Obligations of International Marketing Contracts in the Iranian Legal System. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32(27): (37-52) (in Persian with English abstract). <https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.89303.1390>

1. INTRODUCTION

In an era characterized by increasing economic globalization and cross-border commercial activities, international marketing contracts (IMCs) have assumed a central role in shaping multinational business relationships. Such contracts serve as the backbone for international expansion, enabling manufacturers, suppliers, distributors, and agents to cooperate in a manner that efficiently aligns commercial objectives with legal protections. IMCs encompass a range of agreements—including distribution, franchising, concession, and agency contracts—whereby one party (often the principal or supplier) entrusts another (the marketer or distributor) with developing, promoting, and marketing products or services to foreign markets.

The importance of these contracts lies not merely in their commercial utility but in their ability to balance diverse interests, allocate risks, and delineate the scope of obligations in a manner that transcends national boundaries. However, the complex legal environment governing IMCs presents distinct challenges, especially when parties are subject to divergent legal systems with varying levels of familiarity with international contractual norms.

Within this global context, the Iranian legal system stands at a juncture, grappling with the challenge of reconciling traditional contract classifications with the demands of contemporary commercial practice. Although Iranian civil law—rooted in a combination of Roman-Germanic traditions, Islamic jurisprudence (fiqh), and indigenous legislative developments—offers a robust framework for the regulation of civil and commercial contracts, it has yet to establish a coherent doctrinal or statutory framework specifically tailored to IMCs. As a result, parties entering into such agreements in or with Iran must navigate a landscape marked by legal uncertainties, doctrinal ambiguities, and potential risks relating to the enforceability and legal status of marketing contracts. The ambiguity surrounding the legal nature and treatment of IMCs in Iranian law partially derives from their hybrid character. These contracts often lie at the intersection of multiple legal categories—such as sale, agency, services, and partnership—yet resist full assimilation into any one category. This hybrid nature, while reflecting commercial realities, complicates the classification process that is central to the operation of Iranian contract



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



law. Moreover, traditional forms of contract recognized by the Iranian Civil Code (such as bay' [sale], ejareh [lease], wakalah [agency], and sherkat [partnership]) may not adequately accommodate the innovative arrangements and obligations typical of IMCs.

Furthermore, the lack of explicit legislative or judicial guidance regarding IMCs has practical consequences. Businesses engaging in international marketing activities face uncertainties as to the predictability, validity, and enforceability of their agreements, raising concerns over risk allocation, dispute resolution, and the protection of rights and obligations. This uncertainty, in turn, may deter foreign investment and hinder Iran's integration into the global marketplace.

Accordingly, a comprehensive legal analysis of the status, nature, and obligations of IMCs within the Iranian legal system is both timely and necessary.

2. PURPOSE

This paper seeks to fill a significant gap in the Iranian legal literature by conducting an in-depth analysis of IMCs as they pertain to Iran. The principal objectives are twofold: first, to elucidate the current status and legal characterization of IMCs, and second, to delineate the core obligations that arise from such contracts under the Iranian legal framework.

At the heart of this inquiry lies the fundamental question: To what extent does the Iranian legal system recognize and accommodate IMCs as distinct contractual instruments, and what legal consequences flow from this recognition (or lack thereof)? In pursuing this question, the research aims to:

- Map out the essential features, scope, and legal structure of IMCs as employed in international practice;
- Explore the conceptual and doctrinal challenges posed by IMCs to traditional Iranian contract law;
- Assess the adaptability of Iranian legal principles—such as party autonomy, pacta sunt servanda, and the freedom to contract—to the specific context of IMCs;
- Analyze the core obligations typically embodied in IMCs—including confidentiality, exclusivity, best-efforts, and good faith—and evaluate their enforceability under Iranian law;
- Provide reasoned recommendations for enhancing the clarity and certainty of the Iranian legal approach to IMCs, thereby fostering the country's participation in international commerce.

3. METHODOLOGY

The research is structured through a combination of “doctrinal legal analysis” and “comparative study”. The doctrinal analysis involves a close reading of the Iranian Civil Code, the Commercial Code, and relevant legislative and judicial materials, with a view to extracting the underlying principles and norms that may be applicable to IMCs. The comparative element draws upon prominent international instruments (notably Principle, Definition, and Model Rules of European Private Law, Draft Frame of Reference Principle (DCFR), Principles of European Law; Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts (PEL CAFD), and The Principles on European Contract Law (PECL), as well as the contractual practices of leading foreign jurisdictions

Conceptual Clarification and Structural Analysis:

The study begins by clarifying key concepts, distinguishing between various types of marketing contracts (e.g., agency agreements, franchise and distribution agreements, concessional marketing arrangements), and identifying the typical provisions governing rights, obligations, dispute resolution, and risk allocation.

“Doctrinal and Legal Characterization:”

Next, the research scrutinizes the classification of IMCs within the typology of contracts recognized by Iranian law. It assesses whether IMCs can be subsumed under the umbrella of established contract types, or whether they occupy an independent legal status as unnamed (mo'amalat ghayr-e-mosamma) or sui generis contracts. The “relevance of Article 10 of the Iranian Civil Code”—which recognizes the validity of all lawful contracts not



contrary to law or public morals, even if not expressly named—becomes critical in this analysis.

“Comparative and International Reference:”

The study then sets the Iranian approach alongside international models and leading comparative practices. It highlights the ways in which global best practices and model codes treat IMCs, and it examines the extent to which Iranian law can or should absorb these models.

“Obligations and Duties:”

A major section is devoted to identifying and analyzing the core obligations customary to IMCs: confidentiality, non-compete and exclusivity clauses, the duty to act in good faith, the obligation to promote and not damage the principal's brand, requirements concerning information and reporting, and mechanisms for resolving disputes. The enforceability of these obligations within the structure of Iranian law is addressed, using illustrative case studies and doctrinal arguments.

“Application of Contract Law Principles:”

Critical attention is given to the notion of “party will” (*irada-ye tarafin*), a foundational doctrine in Iranian contract law, and its application in tailoring complex contractual relationships such as IMCs. Issues such as the requirement of definite subject matter, lawful purpose, clarity of mutual obligations, and the freedom to negotiate customized rights and duties are explored.

4. FINDINGS

The research arrives at several key findings that clarify the position of IMCs within the Iranian legal landscape:

a. Legal Status:

While Iranian law lacks a codified definition or regime specifically dedicated to IMCs, the system's general orientation toward freedom of contract and respect for party autonomy—enshrined in Article 10 of the Civil Code—provides a sufficiently flexible basis for recognizing such contracts as valid and binding, provided they meet basic requirements of legality, clarity, and mutual consent.

b. Classification and Adaptability:

IMCs often do not fit neatly within the traditional named contract categories (e.g., sale, agency, partnership). Rather, they may be regarded as “unnamed contracts” (*aqd-e ghayr-e-mosamma*)—a category permitted by Iranian law, allowing parties to structure their legal relationships according to their needs, subject to public order and morality. This approach aligns with modern trends in international and comparative contract law.

c. Obligations and Enforcement:

The typical obligations imposed by IMCs—such as ongoing cooperation, best-efforts, exclusivity, confidentiality, and information sharing—are generally capable of enforcement within the Iranian legal system, provided their substance does not contradict mandatory rules or principles of public order. However, the lack of judicial or scholarly consensus regarding the interpretation and prioritization of these obligations may generate uncertainty and inconsistency in practice.

d. Limitations and Gaps:

The absence of explicit legislative provisions or authoritative case law risks creating interpretive gaps, particularly in the context of international disputes. Uncertainties may arise in connection with choice of law, jurisdiction, dispute resolution mechanisms (such as arbitration clauses), and the treatment of foreign parties or governing laws.

e. Compatibility with International Trends:

Iranian contract law, despite some peculiarities rooted in domestic legal culture and Islamic law, is not fundamentally at odds with international contractual practice. Indeed, the general principles of contract freedom, party autonomy, and respect for mutual agreement create conditions in which IMCs can flourish, subject to certain limitations and the need for greater clarity.



5. CONCLUSION

The analysis demonstrates that although the Iranian legal system does not provide an express or comprehensive regime for IMCs, its prevailing principles—particularly the broad scope for party autonomy under Article 10—cater to a considerable degree of contractual flexibility and innovation. Nonetheless, the absence of detailed statutory or regulatory guidance on the unique features, classification, and regulation of IMCs leaves parties exposed to legal uncertainty and increased transactional risk.

Legal certainty can be improved, and international commercial confidence deepened, by the adoption of a more “explicit and coherent legal framework” addressing the specificities of IMCs. Such reforms might include:

- the promulgation of statutory provisions recognizing IMCs as distinct contracts with clearly defined rights and obligations;
- the harmonization of domestic law with leading international instruments and best practices; and
- the promotion of specialized dispute resolution mechanisms attuned to the complexities of modern international marketing arrangements.

In sum, the legal system in Iran stands at a crossroads, with the opportunity to recognize and integrate the evolving realities of global commerce. Embracing the legal challenges posed by IMCs—through legislation, judicial interpretation, and scholarly debate—will not only clarify the rights and duties of parties, but also enhance Iran’s attractiveness and competitiveness in the international marketplace.

Keywords: Commercial Agency Contract, Distribution Contract, Franchise Contract, International Commercial, Marketing Contract.



وضعیت، ماهیت و تعهدات قرارداد بازاریابی بین‌المللی در نظام حقوقی ایران

مرضیه نیکویی^۱ ID

دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۹ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۰۶ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

قراردادهای بازاریابی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای تجارت بین‌الملل، نقش اساسی در توسعه و عرضه محصولات به بازار ایفا می‌کنند. به موجب این قراردادها، طرفین با توافق بر محورهای اساسی قرارداد، بستری برای سامان‌دهی روابط تجاری و حقوقی خود فراهم می‌کنند. این قراردادها، با ایجاد تعهدات و اصولی خاص، ماهیت حقوقی ویژه‌ای دارند که در نظام‌های حقوقی مختلف مورد توجه قرار گرفته است. با وجود کاربرد گسترده این قراردادها، هنوز در نظام حقوقی ایران جایگاه دقیق و چارچوب مشخصی برای آن‌ها تعریف نشده است. هدف پژوهش حاضر، بررسی وضعیت، ماهیت و تعهدات قرارداد بازاریابی در نظام حقوقی ایران است. در این راستا، تلاش می‌شود تا با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی و مطالعه تطبیقی ضمن تبیین مفاهیم و ساختار قراردادهای بازاریابی و تحلیل ماهیت آن‌ها، رابطه این نهاد با مبانی حقوق قراردادها در ایران نیز روشن شود. نتیجه این مطالعه نشان می‌دهد که اگرچه قراردادهای بازاریابی با هیچ یک از نهادهای قراردادی موجود در حقوق ایران انطباق کامل ندارد، اما نظام حقوقی ایران ظرفیت پذیرش و شناسایی آن‌ها را به‌عنوان نهادی مستقل و منعطف داراست.

کلید واژه‌ها: تجارت بین‌الملل، قرارداد بازاریابی، قرارداد توزیع، قرارداد فرانشیز، قرارداد نمایندگی تجاری

۱. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران، (نویسنده مسئول: Email: m.nikuie@iau.ac.ir)



مقدمه

جهانی‌شدن اقتصاد و پویایی بازارهای بین‌المللی در دهه‌های اخیر، نه تنها فرصت‌های گسترده‌ای برای تولیدکنندگان و صادرکنندگان ایجاد کرده، بلکه چالش‌هایی نوظهور را نیز در مسیر شناسایی و نفوذ به بازارهای هدف پیش‌روی فعالان تجاری قرار داده است. در چنین بستری، موفقیت یک محصول صرفاً به کیفیت تولید یا نوآوری فنی محدود نمانده، بلکه به میزان انطباق با نیازها و ویژگی‌های خاص مصرف‌کنندگان در مناطق مختلف جهان بستگی تنگاتنگ یافته است. این مسأله موجب شده تا دانش بازاریابی به‌عنوان حوزه‌ای تخصصی و ابزار راهبردی در تجارت معاصر، نقشی تعیین‌کننده در توسعه بازارها ایفا نماید؛ به‌ویژه آن‌گاه که ورود به بازارهای جدید، مستلزم درک عمیق از شرایط فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی، زبانی و مذهبی هر منطقه است؛ امری که برای بسیاری از تولیدکنندگان و صادرکنندگان، به‌ویژه در سطح بنگاه‌های کوچک و متوسط، همواره با محدودیت منابع، هزینه و دانش تخصصی مواجه بوده است (Beshop, 2009: 110).

در این راستا، همکاری با بازاریابان حرفه‌ای یا سازمان‌یافته، که دارای شناخت کافی از مقتضیات بازارهای مقصد هستند، به‌عنوان راهکاری اثربخش در جهت تقلیل ریسک، کاهش هزینه و ارتقای بهره‌وری فرایند عرضه محصول، ضرورت یافته است؛ زیرا این افراد یا شرکت‌ها با تکیه بر تجربه و دانش محلی خود، می‌توانند به تولیدکنندگان و صادرکنندگان در تعیین ویژگی‌های مطلوب کالا، شناسایی ظرفیت‌های بازار، تحلیل رفتار مصرف‌کننده و تدوین استراتژی‌های مناسب ورود و عرضه کالا کمک شایانی نمایند. همین امر سبب گردیده است که قراردادهای بازاریابی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین و پرکاربردترین ابزارهای حقوقی در عرصه تجارت بین‌الملل ظهور یابند و به صورت فزاینده‌ای مورد توجه حقوق‌دانان، فعالان اقتصادی و سیاست‌گذاران تجاری قرار گیرند (Shiravi et al: 1397: 44).

با وجود نقش حیاتی قراردادهای بازاریابی، مرزبندی دقیق، تبیین ماهیت حقوقی و تعیین تعهدات طرفین در این قراردادها، همواره موضوع بحث و چالش در نظام‌های مختلف حقوقی بوده است. در بسیاری از نظام‌های حقوقی توسعه‌یافته و همچنین اسناد بین‌المللی^۱، کوشش‌هایی جهت شناسایی، دسته‌بندی و ضابطه‌مند ساختن این نوع قراردادها صورت گرفته و انواع متعددی از آنها مانند قراردادهای نمایندگی، توزیع و فرانسیز از یکدیگر تفکیک شده‌اند. با این حال، در نظام حقوقی ایران، سابقه پژوهش ساختارمند و منسجمی که به‌طور خاص ماهیت، انواع و تعهدات قرارداد بازاریابی را با رویکرد تطبیقی و تحلیلی بررسی کند؛ اندک است یا عمده‌تاً به‌صورت پراکنده و بدون تبیین نظام‌مند این نهاد صورت پذیرفته است. بیشتر آثار موجود، به مقایسه اجمالی با برخی از نهادهای سنتی حقوق قراردادهای پرداخته‌اند یا صرفاً برخی جنبه‌های شکلی همکاری‌های بازاریابی را مدنظر قرار داده‌اند و به همین دلیل، چالش‌ها و ظرفیت‌های واقعی پذیرش این نهاد در نظام حقوقی ایران هنوز تبیین نشده است.

مقاله حاضر با طرح مسئله وضعیت، ماهیت و تعهدات ناشی از قرارداد بازاریابی در ایران، در چند بخش تنظیم شده است: نخست، مفهوم قرارداد بازاریابی تبیین می‌گردد. سپس انواع عمده قراردادهای بازاریابی با توجه به اسناد بین‌المللی تحلیل می‌شود. در ادامه، ماهیت حقوقی این قراردادها در پرتو منابع داخلی و تطبیقی بررسی و درنهایت، تعهدات طرفین، آثار حقوقی و چالش‌های ناشی از نبود قانون‌گذاری شفاف در نظام ایران تجزیه و تحلیل می‌شود. هدف این پژوهش، ارائه تصویری جامع و تحلیلی از وضعیت قراردادهای بازاریابی و تبیین قابلیت‌های نظام حقوقی ایران برای پذیرش و سامان‌دهی این نهاد مهم قراردادی در بستر تجارت مدرن است.

گفتار اول: مفهوم قرارداد بازاریابی بین‌المللی

در مطالعات تطبیقی، یکی از راه‌های شناخت نهادهای حقوقی این است که به جای تمرکز بر کلمات و عبارات، به کارکرد آن‌ها توجه شود (Shiravi, 1392: 101). به طور کلی، هر قراردادی که یکی از طرفین می‌پذیرد که محصولات طرف دیگر را به بازار وارد کند، به‌عنوان قرارداد بازاریابی شناخته می‌شود. از این‌رو، کارکرد اقتصادی این دسته از قراردادها، بازاریابی است. اما چنین کارکردی نباید با قرارداد تبلیغات خلط شود. زیرا، قراردادهای تبلیغاتی ماهیت متفاوتی دارند. در قراردادهای تبلیغاتی، تبلیغ‌کننده صرفاً تبلیغات انجام

1. Principle, Definition, and Model Rules of European Private Law, Draft Frame of Reference Principle (2009)(DCFR); Principles of European Law; Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts (2006)(PEL CAFD); The Principles on European Contract Law (2016)(PECL).



می‌دهد و اراده وی هیچ نقشی در انعقاد قرارداد فروش ندارد (Hesselink, 2006: 98).

یکی دیگر از ویژگی‌های قراردادهای بازاریابی، استمرار است. چه، تنها با وجود استمرار است که قرارداد بازاریابی توجیه اقتصادی می‌یابد. به عبارت دیگر، بدون وجود رابطه طولانی‌مدت، قرارداد بازاریابی صرفه اقتصادی ندارد (Von Bar, 2009: 273 & 295). از این رو، طرفین تعهد می‌کنند که در طول زمان به قرارداد پای بند باشند تا بتوانند به کارکرد اقتصادی و هدف قرارداد دست یابند. یکی دیگر از ویژگی‌های قراردادهای بازاریابی، اعطای «نماینده‌گی» به بازاریاب است. توضیح آن‌که، بازاریاب با دریافت نمایندگی از طرف دیگر قرارداد، این اختیار را پیدا می‌کند که محصول و فعالیت تجاری طرف دیگر را به بازار وارد کند یا آن را توسعه دهد. به همین دلیل است که به قراردادهای بازاریابی، «نماینده‌گی تجاری» (در معنای عام) (Representation) نیز گفته می‌شود. ضمن نمایندگی اعطا شده، دانش و تجربه مورد نیاز جهت بازاریابی نیز در اختیار بازاریاب قرار می‌گیرد تا وی بتواند با استفاده از این داده‌ها، بازاریابی محصول را به نحو مطلوب انجام دهد. با این وجود، حدود اختیارات نماینده در انواع قراردادهای بازاریابی یکسان نیست.^۲

«عمودی بودن»، یکی دیگر از ویژگی‌های مهم قرارداد بازاریابی است. قراردادهای تجاری را در تجارت بین‌الملل به دو گروه عمودی (Vertical Agreement) و افقی (Horizontal Agreement) تقسیم می‌کنند. توافقاتی که در آن‌ها، دو یا چند فعال تجاری توافق می‌نمایند که در سطوح مختلف (کنترل از بالا به پایین) به همکاری تجاری بپردازند را توافق عمودی گویند (Shiravi, 1390: 90). به عکس، اگر توافق منعقد شده بین فعالان تجاری در یک سطح (تولید یا توزیع محصول) صورت بگیرد، توافق افقی نام دارد. کنترل از بالا به پایین در قراردادهای افقی وجود ندارد (Chernobrovkin, 2011: 12). در قراردادهای بازاریابی، طرفین قرارداد، یعنی، «مدیرتجاری» (The Principal)، «تأمین‌کننده» (The Supplier) و «انتقال‌دهنده امتیاز» (The Franchisor) از یک سو، و «نماینده تجاری» (The Agent)، «توزیع‌کننده» (The Distributor) و «انتقال‌گیرنده امتیاز» (The Franchisee) از سوی دیگر در یک سطح قرار ندارند. به همین دلیل، در زمره قراردادهای عمودی است (PECL).

به رغم این که در قرارداد بازاریابی، تأمین‌کننده، مدیرتجاری، و امتیاز دهنده اصولاً قدرت بیشتری دارد، ولی اختلاف قدرت موجب قرار گرفتن این دسته از قراردادها در زمره قراردادهای مصرف نمی‌شود. از این رو، نیازی به وضع قواعد اجباری برای حمایت از بازاریاب نیست. فرض بر این است که طرفین قرارداد، هر دو به اصول و قواعد لازم برای تجارت آشنا هستند. لذا، با توجه به اصل «استقلال اشخاص» (Party autonomy) و با تکیه بر دانش علمی و عملی آنان، حمایت خاص ضرورت ندارد. به همین دلیل، محتوای قواعد راجع به این قرارداد، اصولاً اجباری نیستند، بلکه بیشتر، تکمیلی یا پیش‌فرض (Default Rules) هستند که قابلیت تغییر بر اساس شرایط را دارند؛ با این حال، مواردی از تعهدات اجباری (Hesselink, 2006: 95, Von Bar, 2009: 309 & 326)، نیز وجود دارد که ماهیت ویژه‌ای برای این دسته از قراردادها، تحت عنوان «بازاریابی» ایجاد می‌کند.^۳

ویژگی بعدی قرارداد بازاریابی این است که هم کالا و هم خدمات می‌تواند موضوع قرارداد باشد. در نظام حقوقی اتحادیه اروپا نیز با به‌کارگیری واژه «محصولات» (Products)، تلاش نموده «کالا» (Goods) و «خدمات» (Services) را به‌عنوان موضوع قرارداد، پوشش دهد. بنابراین، قراردادهای بازاریابی قلمرو گسترده‌ای را دربرمی‌گیرد، بدون این که محدودیتی از این نظر وجود داشته باشد. (DCFR, Book IV.E, art:2:101)

گفتار دوم: انواع قراردادهای بازاریابی بین‌المللی

تبیین شفاف از ماهیت قراردادهای بازاریابی، بدون شناخت انواع آن امکان‌پذیر نیست. از این رو، در ادامه بر آن هستیم تا ضمن تعریف انواع قراردادهای بازاریابی، تفاوت‌های آن‌ها را نیز بیان کنیم. تفاوت در میزان سرمایه، نوع محصول، شرایط بازار، اهداف طرفین و نظایر آن موجب شده تا اشخاص به شیوه‌های مختلفی نسبت به انعقاد قراردادهای بازاریابی اقدام کنند. عمده این قراردادها را که حوزه وسیعی از تجارت بین‌الملل را نیز به خود اختصاص داده‌اند، می‌توان به سه نوع «نماینده‌گی تجاری» (در معنای خاص) (Agency)، «توزیع» (Distribution)، و «فرانشیز» (Franchise) تقسیم بندی کرد.

^۲ برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به همین مقاله، گفتار دوم.

^۳ برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به همین مقاله، گفتار سوم.



الف: قرارداد نمایندگی تجاری

نمایندگی تجاری (در معنای خاص) عبارت است از قراردادی که به موجب آن «نماینده تجاری» به نمایندگی از سوی «مدیر تجاری» وارد مذاکرات قراردادی شده و قراردادهای تجاری منعقد و در قبال این وساطت، پاداشی (Commission) دریافت می‌کند (PEL CAFDC, Art: 2:101; DCFR, Book IV.E, art: 1:101). به این ترتیب، اولاً، مالکیت محصولاتی که بازاریابی آن با «نماینده تجاری» است برای «مدیر تجاری» باقی می‌ماند و «نماینده تجاری» از تخصص و تجربه خود در راستای معرفی و توسعه محصول «مدیر تجاری» به بازار استفاده می‌کند. پاداش دریافتی نماینده تجاری نیز در قبال همین مسئله است. در این راستا، نماینده تجاری متعهد است دستورالعمل‌های ارائه شده از سوی مدیر تجاری را رعایت نماید. اما این مسئله، باعث سلب استقلال نماینده تجاری و صدق عنوان «کارگر» بر نماینده نمی‌شود (DCFR, IV.E, Art: 3:101). دوم، خطرات ناشی از تلف و عیب محصول همگی برای مدیر تجاری باقی می‌ماند و نماینده تجاری در این زمینه ریسکی را متقبل نمی‌شود. سوم، طرفین قراردادی که با وساطت نماینده تجاری منعقد می‌شود، مدیر تجاری و شخص ثالث است. پس، نماینده تجاری، طرف قرارداد نبوده و به تبع، سود و زیان ناشی از قرارداد نیز، برای مدیر تجاری است. این قرارداد بیشتر زمانی منعقد می‌شود که نماینده تجاری به دلایلی همچون کمبود سرمایه یا عدم تمایل به پذیرش ریسک قراردادی، از انتقال مالکیت محصولات مدیر تجاری به خود جلوگیری می‌نماید.

برای تبیین بهتر، مثالی ذکر می‌شود: تصور کنیم، شرکت الف، به‌عنوان تولیدکننده با شرکت ب، به‌عنوان بازاریاب قراردادی منعقد می‌کند. در این قرارداد، شرکت ب تعهد می‌نماید که در آینده، صرفاً مشتریانی برای شرکت الف پیدا کند و در قبال فروش محصولات، پاداشی دریافت کند، بدون این که محصولات را از تولیدکننده خریداری نماید. این قرارداد اولیه را، نمایندگی تجاری می‌گوییم. نمایندگی تجاری از جهت کارکرد اقتصادی، مشابه حق‌العمل کاری است. چه هر دو، برای محصول بدون بازار، مشتری فراهم می‌کند و موجب تسهیل معاملات می‌شود. از حیث قانونی نیز، تمام حقوق و تکالیف قراردادی بر عهده آمر و مدیر تجاری است. اما نمی‌توان ماهیت این دو قرارداد را یکسان دانست. چه به موجب ماده ۳۵۷ قانون تجارت، «حق‌العمل کار کسی است که به اسم خود» معامله می‌کند. اما در نمایندگی تجاری، نماینده به رغم استقلال عمل در فعالیت‌های تجاری، به نام «مدیر تجاری» قرارداد را منعقد می‌نماید. به این ترتیب، نمی‌توان این دو ماهیت را یکسان دانست.

دلالتی، قرارداد دیگری است که مقایسه آن با نمایندگی تجاری مفید است. چه، از جهت حقوقی، دلال و نماینده تجاری هر دو، واسطه انجام معاملات شده و در قبال دریافت اجرت، برای کسی که می‌خواهد معامله نماید، طرف معامله پیدامی‌کنند (ماده ۳۳۵ قانون تجارت). با این وجود، مطالعه قانون تجارت در مبحث دلالی، قانون راجع به دلالان (۱۳۱۷) و آیین نامه مواد ۳ و ۱۱ قانون دلالان (۱۳۱۹) چنین به ذهن متبادری می‌کند که دلالی در این معنا، بیشتر در عرصه داخلی قابلیت اجرایی دارد. به علاوه، در نمایندگی تجاری، اصولاً مدیر تجاری، دستورالعمل راهبردی و فنی به همراه اصول تجاری را در اختیار نماینده تجاری قرار می‌دهد (PEL CAFD, Art: 2:201 & 2:202)؛ مسئله‌ای که در دلالی اصولاً وجود ندارد. بنابراین، باوجود شباهت‌ها، کارکرد اقتصادی این دو نهاد یکسان نیست.

ب: قرارداد توزیع

نوع دیگر قرارداد بازاریابی، توزیع است. باوجود تنوعی که در انواع قرارداد توزیع وجود دارد^۴، ماهیت این قرارداد تغییری نمی‌کند. چه، با انعقاد قرارداد توزیع، طرفین چارچوب اولیه تنظیم می‌کنند تا بتوانند در آینده، بدون تمرکز مکرر بر توافقات اولیه، در قالب و پیش‌فرض تعیین شده‌ی قبلی، روابط حقوقی و تجاری خود را ادامه دهند و مانع خاتمه‌ی آن با بروز هر مشکلی شوند. این چارچوب اولیه، قراردادی است که رابطه‌ی طرفین را از حالت پیش‌قرارداد تغییر داده و آن‌ها را در یک رابطه‌ی حقوقی، یعنی قرارداد توزیع وارد می‌کند. در واقع، قرارداد اولیه که بستر روابط حقوقی آتی طرفین را برای مدت طولانی فراهم و تعیین می‌کند را قرارداد توزیع می‌نامند. جهت تبیین بیشتر، فرض کنیم شرکت الف، تولیدکننده و شرکت ب، بازاریاب است و قرار است در آینده، محصولات را ابتدا از تولیدکننده خریداری و سپس به نام خود به منطقه مورد نظر، بفروشد. در این راستا، قراردادی منعقد می‌شود و شرایط معاملات آتی خود را برای بازه زمانی طولانی مدت، تعیین می‌نمایند. به قرارداد تنظیم شده برای معاملات بعدی، قرارداد

۴. قرارداد توزیع انحصاری، گزینشی، خرید انحصاری، ترکیبی، توزیع عملی و انحصار عملی. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: نیکویی، مرضیه (۱۴۰۱)، ماهیت، مفاد و آثار قرارداد توزیع بین‌المللی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، صص ۴۵-۵۴.



توزیع می‌گوییم.

یکی از طرفین قرارداد توزیع «تأمین‌کننده» است که دو حالت دارد: گاه فقط تأمین‌کننده است و نقشی در تولید ندارد؛ گاه هم تولیدکننده است و هم تأمین‌کننده. طرف دیگر این قرارداد «توزیع‌کننده» نام دارد که گاه عمده‌فروش و گاه خرده‌فروش است. توزیع‌کننده مانند پیمانکار مستقل عمل می‌کند و با خرید محصولات از تأمین‌کننده و فروش آن‌ها، سود می‌برد (Chernobrovkin, 2011: 7). از آن‌جا که توزیع‌کننده، کالا را از تأمین‌کننده می‌خرد، توزیع‌کننده (و نه تأمین‌کننده) طرف قرارداد مشتریان یا توزیع‌کنندگان فرعی قرار می‌گیرد. نکته‌ی مذکور وجه تمایز توزیع از «نماینده‌ی تجاری» است. چه در توزیع، اگر چه توزیع‌کننده واسطه‌ی میان تأمین‌کننده و مصرف‌کننده، از جهت فراهم کردن محصول، است، ولی مانع ایجاد رابطه‌ی حقوقی میان تأمین‌کننده و مصرف‌کننده می‌شود؛ در حالی که در نمایندگی تجاری، نماینده هم از جهت رساندن کالا و هم از جهت رابطه‌ی حقوقی، تنها نقش واسطه میان تأمین‌کننده و مصرف‌کننده را دارد (Shiravi et al: 1397: 45).

در مقام مقایسه قرارداد توزیع با نهادهای مشابه در نظام حقوقی ایران، می‌توان به «وعده قرارداد» اشاره کرد. بدین توضیح که، در قرارداد توزیع، نیز همچون وعده قرارداد، طرفین بر محورهای اساسی توافق نموده و زمینه انعقاد قراردادهای بعدی را برای خود فراهم می‌کنند. ولی انعقاد نهایی قرارداد به آینده موکول می‌شود. زیرا دستیابی به نتیجه قطعی برای یافتن بازار محصولات، مستلزم صرف هزینه و زمان است. از این‌رو، می‌توان قرارداد توزیع را مشابه وعده قرارداد دانست. اما وجوه افتراق این دو نهاد را نباید نادیده انگاشت: هدف انعقاد قرارداد توزیع، بازاریابی است؛ کارکردی که در وعده قرارداد مشاهده نمی‌شود (Nikouei, 1401: 61). استمرار در راستای هدف و کارکرد، یعنی «بازاریابی ایجاد شده است. محدودیت‌های بازاری، قیمت‌گذاری، تبلیغات و گارانتی‌ها محورهای هستند که در قرارداد توزیع با اهداف فوق معنا می‌یابند. در حالی که در وعده قرارداد، این اهداف دنبال نمی‌شود. به علاوه، در همه قراردادهای توزیع، تعهد حداثی وجود دارد، در حالی که وعده قرارداد می‌تواند فاقد چنین تعهدی باشد. همچنین برخلاف وعده قرارداد، گاه در توزیع، حقی که قابلیت انتقال به غیر را داشته باشد، برای طرفین ایجاد نمی‌شود. بنابراین، باوجود برخی شباهت‌ها، تفاوت‌های بنیادین، مانع اساسی برای وحدت‌انگاری قرارداد توزیع و وعده قرارداد است.

ج: قرارداد فرانسیز

یکی از طرفین قرارداد فرانسیز، «امتیازدهنده» است که اجازه بهره‌برداری از نام و علامت تجاری، علم و تجربه، راهبری تجاری و فنی، و حقوق مالکیت فکری خود را به همراه یک نظام تجاری خاص به طرف دیگر قرارداد، یعنی «امتیازگیرنده» انتقال می‌دهد (PEL CAFD, Art: 3:101; DCFR, Art: 4:101). از آنجایی که امتیاز اعطایی به امتیازگیرنده، می‌تواند سود کلانی برای وی در عرصه تجارت ایجاد نماید، معمولاً، در قبال آن، باید پاداشی به امتیازدهنده پرداخت نماید (Rahbari, 1393: 192). در عرصه تجارت بین‌الملل، دریافت امتیاز فوق در قبال مبلغ را، خرید و فروش فرانسیز نیز می‌گویند.

با توجه به تعریف فوق، یافتن نهادی مشابه فرانسیز در نظام حقوقی داخلی ایران، دشوار و چه بسا بی‌مانند است. در مقام مقایسه با سایر قراردادهای بازاریابی نیز باید گفت، به رغم یکسان بودن هدف، یعنی بازاریابی، وفق تعاریف ارائه شده از ماهیت آن‌ها، وجوه افتراق آن با نمایندگی تجاری، به ویژه از حیث شیوه عملکرد، کاملاً آشکار است.

در مقام مقایسه فرانسیز با قرارداد توزیع نیز باید گفت، نمی‌توان وجه تشابه یکی از انواع فرانسیز به نام قرارداد «فرانسیز توزیعی» (Distribution Franchising) را با قرارداد توزیع نادیده گرفت. توضیح آن‌که، فرانسیز توزیعی، نوعی قرارداد فرانسیز است که هدف آن، توزیع محصولات تحت نظارت و کنترل امتیازدهنده است (Rahbari, 1393: 193). این هدف، وجه تشابه فرانسیز توزیعی و قرارداد توزیع به شمار می‌آید. ولی، نباید تمایزات اساسی آن‌ها را نادیده انگاشت. چه، در فرانسیز توزیعی، امتیازدهنده اجازه بهره‌برداری از مجموعه مالکیت‌های فکری را به همراه نظام راهبردی خاص به امتیازگیرنده می‌دهد. بنابراین، غیرقابل انتقال بودن، عنصر ضروری فرانسیز توزیعی است (Safari et al, 1389: 172). زیرا امتیازگیرنده تنها اجازه بهره‌برداری دارد، بدون این که حق مالکیتی برای وی

۵. منظور از تعهد در اینجا به معنای اسمی آن یعنی تکلیف شخص به انجام یا خودداری از انجام عملی است که در حقوق نوشته معادل «obligation» به کار می‌رود (عبدی‌پور فرد، ابراهیم ۱۳۹۶). مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت؛ اوراق تجاری، بورس و اوراق بهادار، حق کسب یا پیشه یا تجارت، چاپ هفتم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ص ۶۷. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به همین مقاله، گفتار سوم.



ایجاد شود. به علاوه، پیروی از دستورالعمل‌ها و راهبردهای مشخص تجاری از سوی امتیازگیرنده، به همراه اعمال نظارت و کنترل امتیازدهنده بر روند اجرا و بهره‌برداری تجاری امتیازگیرنده منجر به انسجام و حفظ حسن شهرت تجاری شبکه فرانسیز می‌شود (Rahbari, 1393:195). درحالی که در قرارداد توزیع، حق مالکیت به توزیع‌کننده منتقل می‌شود. همچنین، انسجام در شبکه توزیع، همانند فرانسیز توزیعی موضوعیت ندارد. از این رو، نمی‌توان فرانسیز توزیعی را نوعی قرارداد توزیع دانست (Nikouei, 1401: 63). به رغم تفاوت‌هایی که بین قراردادهای بازاریابی وجود دارد، تعهدات مشترکی، به‌عنوان تعهدات حداقلی، در همه انواع آن وجود دارد که بدون شناخت آن‌ها، تحلیل دقیق قراردادهای بازاریابی امکان‌پذیر نخواهد بود. در ادامه، ضمن تحلیل ماهیت، این تعهدات را بیان می‌کنیم.

گفتار سوم: ماهیت قراردادهای بازاریابی

بر مبنای بررسی انواع قراردادهای بازاریابی، می‌توان گفت قرارداد بازاریابی ذاتاً یک موافقت‌نامه کلی است که علاوه بر تعیین مفاد و شرایط قراردادهای آینده، نحوه انعقاد و اجرای آن‌ها، برنامه زمان‌بندی، تضمین اجرا و اهداف مورد نظر طرفین را نیز معین می‌سازد. این قراردادها عمدتاً به‌منظور ایجاد بستر حقوقی و اقتصادی پایدار میان طرفین طراحی شده و موضوعاتی همچون محدودیت‌های بازاری، قیمت‌گذاری، گارانتی‌ها، تبلیغات، شرایط تمدید قرارداد، نحوه بازپرداخت و روش عرضه محصول را پیش‌بینی می‌کنند (Shiravi et al: 1397: 46). با این حال، باید توجه داشت که در نظام حقوقی ایران، قرارداد بازاریابی از حیث ماهوی واجد استقلال نیست و با هیچ‌یک از قالب‌های سنتی عقود در حقوق مدنی به طور کامل مطابقت ندارد.

برای تعیین جایگاه حقوقی قرارداد بازاریابی، ابتدا باید بررسی کرد که آیا این قرارداد واجد شرایط اساسی صحت معاملات به موجب ماده ۱۹۰ قانون مدنی است یا خیر. مطابق این ماده، قصد و رضا، اهلیت طرفین، معین بودن موضوع معامله و مشروعیت جهت، ارکان اساسی هر قرارداد هستند. در این میان، مهم‌ترین رکن، قصد انشای طرفین است؛ به این معنا که طرفین با توافق بر محورهای اساسی بازاریابی، پایه‌های روابط حقوقی آتی خود را نهادینه می‌کنند. هرچند از بابت سایر شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی، منعی مشهود نیست، اما بحث درباره معلوم و معین بودن مورد معامله نیازمند دقت بیشتری است؛ چرا که در اغلب موارد قرارداد بازاریابی معطوف به انتقال محصول یا مال نیست و بیشتر به ارائه خدمات و همکاری‌های مبتنی بر تعهدات غیرمالی محدود می‌شود. بنابراین، پرسش اساسی آن است که آیا چنین توافقی، واجد مشخصات و الزامات یک قرارداد لازم‌الاجرا است یا خیر؟

تحلیل ساختار حقوقی قرارداد بازاریابی نشان می‌دهد که جوهره این قرارداد را مجموعه‌ای از تعهدات مستمر، عمدتاً غیرمالی و رفتاری، تشکیل می‌دهد. تعهداتی نظیر ارائه اطلاعات دقیق و روزآمد درباره محصولات یا خدمات موضوع قرارداد، همکاری مستمر و مؤثر جهت تحقق اهداف بازاریابی، حفظ محرمانگی و اسرار تجاری، و رعایت حسن نیت و اعتماد متقابل در تمام مراحل مذاکره و اجرا از جمله مهم‌ترین این تعهدات محسوب می‌شوند. این ماهیت تعهدی و عهدی موجب می‌گردد که قرارداد بازاریابی در زمره عقود عهدی قرار گیرد، یعنی تعهد اصلی طرفین معطوف به انجام یا ترک فعلی در آینده است و نه انتقال مال یا منفعت مستقیم. در حقوق ایران نیز غلبه تعهدات غیرانتقالی و مبتنی بر همکاری، قرارداد بازاریابی را از عقود تملیکی متمایز و به‌عنوان عقد عهدی شناسایی می‌کند. خصیصه بنیادین چنین قراردادی، التزام مستمر طرفین به همکاری در جهت تحقق فرایند بازاریابی و پایبندی به رفتارهایی است که معمولاً بر پایه حسن نیت و اعتماد قراردادی استوار است و الزام حقوقی آن‌ها نیز متوجه انجام یا خودداری از اعمال معین خواهد بود.

مطابق آموزه‌های حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT Principles) و اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL)، نیز ماهیت این‌گونه قراردادهای بر تعهدات مستمر، همکاری مبتنی بر اعتماد متقابل و رعایت حسن نیت مبتنی است و دقیقاً به همین دلیل از عقود تملیکی که مبتنی بر انتقال مالکیت هستند، متمایز می‌شود. از این رو، قرارداد بازاریابی را می‌توان در دسته‌بندی عقود عهدی قرار داد و تحلیل حقوقی و آثار آن را باید با تأکید بر این ماهیت تعهدآور و فرایندی انجام داد.

در همین راستا، در همه انواع قراردادهای بازاریابی، مجموعه‌ای از «تعهدات حداقلی» وجود دارد که الزام به اجرای آن‌ها حتی در فرض عدم تحقق نتیجه نهایی قرارداد محفوظ است. این تعهدات، هسته اصلی و بنیاد حقوقی این دسته از قراردادهای را شکل می‌دهند. اطلاق عنوان «حداقلی» به این تعهدات ناشی از آن است که حتی در صورت عدم تحقق فروش یا جذب مشتری، طرفین همچنان



ملزم به ایفای بخشی از تعهدات قراردادی خود هستند و عدم انجام آن‌ها می‌تواند منشأ مسئولیت شود. لذا شناسایی و تحلیل این تعهدات، موجب تبیین دقیق‌تر کارکرد و آثار حقوقی قرارداد بازاریابی بوده و جایگاه آن را به‌عنوان یک عقد عهدی در نظام حقوقی ایران تثبیت می‌کند.

آنچه در ادامه بیان می‌شود، همان تعهدات حداقلی است که شناخت آن‌ها در تبیین و تحلیل ماهیت قرارداد بازاریابی نقش اساسی دارد.

الف: تعهد به ارائه اطلاعات

یکی از مهم‌ترین تعهدات قراردادهای بازاریابی، تکلیف به ارائه اطلاعات به طرف مقابل است. در این راستا، توجه داشته باشیم که: اولاً، تعهد مذکور صرفاً به اطلاعات مربوط و ضروری در موضوع و شرایط قرارداد، که طرف دیگر برای دستیافتن به اهداف قراردادی به آن نیاز دارد، محدود شده است (PEL CAFD, art. 1:203; DCFR, art. 2:202). دوم، متعهد باید هر آن‌چه از قبل می‌داند را به طرف دیگر انتقال دهد و تکلیفی به تحقیق برای دستیابی به اطلاعات ندارد. با این وجود، اگر در طول دوره قرارداد به اطلاعات جدیدی دست یافت، باید در اختیار طرف دیگر قرار دهد. سوم، چه در مرحله پیش‌قراردادی و چه در مرحله قراردادی، هیچ تشریفات خاصی برای ارائه اطلاعات وجود ندارد (Hesselink, 2006: 112, Von Bar, 2009: 286). چهارم، در مرحله پیش‌قرارداد، اطلاعات باید به شیوه‌ای باشد که برای طرف مقابل، امکان تصمیم‌گیری صحیح در مورد انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد فراهم نماید.

ضرورت چنین تعهدی، که هم مرحله پیش از انعقاد قرارداد (Pre-contractual information) و هم بعد از انعقاد (Contractual information) را دربرمی‌گیرد، به دو دلیل است: اول، برای جلوگیری از سواستفاده طرف قرارداد که از قدرت برتر اقتصادی و اطلاعاتی برخوردار است. چه اصولاً مدیران تجاری، تأمین‌کنندگان، و امتیازدهندگان نسبت به نمایندگان تجاری، توزیع‌کنندگان، و امتیازگیرندگان از قدرت بیشتری برخوردارند. این موضع برتر اقتصادی و اطلاعاتی نباید به ابزار سواستفاده تبدیل شود. دوم، اجرای صحیح این تعهد می‌تواند طرف مقابل را در ارزیابی میزان ریسک و شایستگی و منطقی بودن طرح تجاری، پیش از انعقاد قرارداد یاری دهد.

فراهم نمودن بستری برای تصمیم آگاهانه طرف قرارداد، هدف این تعهد به شمار می‌آید. در راستای دستیابی به این هدف، باید «مدت معقولی» به طرف مقابل داد تا فرصت ارزیابی و تصمیم‌گیری را داشته باشد. این مدت، گرچه متعهد را مقید می‌کند که بازه زمانی را رعایت نماید، ولی مانع از این می‌شود که بعداً طرف مقابل، مدعی اشتباه اساسی در قرارداد شود. بازه زمانی مدت معقول ممکن است در قرارداد تعیین شود. اما، گاه توافقی نسبت به آن صورت نمی‌گیرد. از این‌رو، برای تشخیص آن باید به عواملی هم‌چون هدف و ماهیت قرارداد، اوضاع و احوال حاکم و عرف تجاری توجه داشت. زیرا مهلت «معقول و متعارف» مفهومی کلی است که در موقعیت‌های مختلف می‌تواند تفسیر متفاوت داشته باشد. در حقوق ایران «معقول و متعارف»، رفتار انسانی است که معیار تشخیص قرار می‌گیرد. در این مقیاس، فارغ از عوامل داخلی هم‌چون سن و جنس، به عوامل خارجی مانند زمان، مکان و اوضاع و احوال خاص هر مورد، توجه اساسی صورت می‌گیرد (Yazdani, 1379: 138-139; 1386: Vol 1:155).

در برخی از نظام‌های حقوقی، تعهد به ارائه اطلاعات، به‌عنوان «تعهد قانونی امری» شناخته می‌شود و طرفین نمی‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند (PEL CAFD, art. 1:203; PECL, art. 1:201). در ضمانت اجرای این تعهد باید گفت، قصور یکی از طرفین که ضرر دیگری را به همراه داشته باشد، موجب مسئولیت مقصر خواهد بود که باید نسبت به جبران ضرر اقدام نماید. اگر طرفین در قرارداد، بر شیوه جبران خسارت، توافق نکرده باشند، نوبت به اجرای قانون حاکم بر قرارداد است (PECL, art. 8:101).

به‌رغم این که تعهد به ارائه اطلاعات، تکلیف مشترک طرفین است، نوع اطلاعاتی که طرفین باید به طرف مقابل ارائه کنند متفاوت است. بدین توضیح که، مدیرتجاری، تأمین‌کننده، و امتیازدهنده باید اطلاعات اساسی مربوط به محصولات و ویژگی‌های آن‌ها، قیمت، بازاریابی، شرایط فروش و تحویل، ضمانت‌های مورد نیاز برای پرداخت ثمن، قیمت فروش مجدد، تبلیغات و غیره را که برای رسیدن به اهداف قراردادی به‌دست آورده است به طرف قراردادی خود ارائه دهد (Nikouei, 1401: 108). از سوی دیگر، نماینده تجاری، توزیع‌کننده، و امتیازگیرنده نیز متعهد به ارائه اطلاعات به طرف مقابل، در خصوص این مسائل هستند: شرایط بازار، وضعیت رقابت در قلمرو قراردادی، محصولات مشابه موجود در قلمرو که می‌تواند موثر در بازاریابی باشد، کانال‌های ورود آن‌ها به بازار و قیمت‌های آن‌ها، اطلاعات مربوط به قوانین و نظامنامه‌های قابل اجرا در قلمرو و سایر مسائلی که آگاهی از آن، می‌تواند در ارتقا سطح کمی و کیفی محصول و قرارداد به طرف مقابل یاری رساند (Rahbari, 1393: 211).



ب: تعهد به همکاری

یکی از مهم‌ترین تعهدات طرفین در قراردادهای بازاریابی، «تعهد به همکاری» (Co-operation) است. وجه ممیزه این تعهد از دیگر تعهدات این است که منشا سایر تعهدات طرفین می‌شود. توضیح آن‌که، در نگاه سنتی، باید قرارداد را محصول تضاد منافع طرفین دانست که هریک تفکر، اراده، و اهداف متفاوتی را دنبال می‌نماید (Ghasemihamed, 1394:170). اما امروزه پیچیده بودن و تخصصی شدن موضوعات قراردادهای به‌گونه‌ای است که تأمین منافع طرفین و اجرای قرارداد، بدون همکاری امکان‌پذیر نیست. این مسئله، تغییر در نگرش قرارداد را موجب شده است؛ به نحوی که نمی‌توان قرارداد را محصول تضاد منافع بدانیم؛ بلکه قرارداد، محل تجلی و ملاحظه منافع طرفین است که در قالب تعهد به همکاری بروز و ظهور می‌نماید. به موجب این تعهد طرفین به طور ضمنی متعهد می‌شوند تا روش‌های بهینه‌تر تجارت یا نتایج تحقیقات تجاری و تخصصی خود در موضوع قرارداد را به طرف دیگر قرارداد هم ارائه نمایند. به علاوه، هرگونه رفتار فرصت‌طلبانه و منفعت‌جویانه، نقض تعهد قراردادی مذکور به شمار می‌آید. به رغم تعهد ضمنی، طرفین می‌توانند برای جلوگیری از هرگونه تردید در وجود و اجرای این تعهد، از شرط صریح در خصوص تعهد به همکاری، بهره‌گیرند. تعهد به ارائه اطلاعات، در مرحله پیش‌قرارداد و قرارداد، اجرای دستورات مدیرتجاری، تأمین‌کننده، و امتیازدهنده، فراهم کردن شرایط بازرسی برای آن‌ها، حفظ اسرار تجاری، هشدارهای ضروری از جمله در کاهش ظرفیت تأمین، شیوه تبلیغ محصولات، حفظ شهرت، عدم تبعیض و غیره، تعهداتی هستند که از تعهد کلی به همکاری استنباط می‌شود.

هدف این تعهد، رسیدن به موقعیتی است که منفعت دو طرف را پوشش دهد (Win-Win Situation). از آنجا که قراردادهای بازاریابی اصولاً مستمر و طولانی مدت هستند، منفعت طرفین در این است که مشارکت صادقانه و فعالانه در اجرای تعهدات خود داشته باشند تا بتوانند به اهداف قراردادی دست یابند. برای نمونه، ممکن است در طول قرارداد، حوادث غیرمترقبه‌ای بروز نماید که از سوی هیچ یک از طرفین، قابل پیش‌بینی نبوده است.^۶ گاه شدت این حوادث به حدی است که اجرای قرارداد را، نه طافت‌فرسا، بلکه دشوار می‌نماید. آنچه در این موقعیت راه‌گشاست، همکاری طرفین است تا بتوانند خود را با موقعیت جدید و دشوار سازگار نمایند. به این شیوه، به‌رغم نامساعد بودن شرایط پیش‌آمده، طرفین نیز به اهداف قراردادی خود دست می‌یابند (Hesselink, 2006: 108). تعهد به همکاری از تعهداتی است که در طبیعت قرارداد به صورت محسوس و آشکار می‌توان آن را دریافت. بدین توضیح که، در قراردادهای طولانی مدت و با اجرای متوالی، همچون بازاریابی، شاهد تغییرات گوناگونی از جمله در قیمت محصولات، شرایط اجرای قرارداد و مانند آن هستیم که بدون همکاری طرفین، اجرای قرارداد میسر نخواهد بود. از این‌رو، اقتضای قرارداد ایجاب می‌نماید که طرفین با الزام به همکاری، بستر اجرای قرارداد را در طولانی مدت فراهم نمایند (Ghasemihamed, 1386:124). به‌رغم این که طرفین اصولاً نسبت به درج چنین تعهدی در قرارداد اقدام می‌نمایند، در برخی از اسناد بین‌المللی، تعهد به همکاری به‌عنوان «تعهد قانونی امری» شناخته می‌شود (PEL CAFD, art. 1:202; DCFR, art. 1:202; PECL, art. 1:202).

ج: تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه

یکی دیگر از تعهدات طرفین در قراردادهای بازاریابی، «تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه» (Confidential Information) است. بدین توضیح که: در اجرای تعهد به ارائه اطلاعات، ممکن است یکی از طرفین مجبور باشد اطلاعاتی را در اختیار طرف مقابل قرار دهد که حاوی عناصر کلیدی لازم برای تجارت است. این دسته از اطلاعات که حاوی ارزش‌های بنیادی قراردادی است را اطلاعات محرمانه می‌نامند. چه، به مثابه کالای سرمایه‌ای است که سوددهی شرکت‌ها و بنگاه‌های تجاری به واسطه‌ی آن‌ها صورت می‌گیرد. نکته کلیدی این اطلاعات در محرمانه بودن آن‌هاست؛ به نحوی که اگر در دسترس عموم قرار گیرد یا فاش شود، ارزش خود را از دست می‌دهد. همین مسئله است که «تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه» را برای دریافت‌کننده اطلاعات ایجاد می‌کند. بر اساس این تعهد، دریافت‌کننده تنها می‌تواند در راستای اهداف قراردادی از اطلاعات محرمانه استفاده کند و باید نهایت تلاش خود را به‌کار گیرد تا از افشای آن‌ها و سایر متدهای تجاری، به ویژه بین رقبا ممانعت کند. به این ترتیب، حفظ اطلاعات و اجرای تعهد مذکور می‌تواند به دریافت‌کننده کمک کند تا ضمن اجرای قرارداد، از منافع اسرار تجاری، بهره‌مند گردد (Hesselink, 2006 113; Von Bar, 2009, Vol 3: 287).

۶. اگر شدت این حوادث به میزانی باشد که اجرای قرارداد را طاقت‌فرسا نماید، طرفین ملزم به انجام مذاکراتی جهت خاتمه دادن به قرارداد هستند (برای مطالعه بیشتر بنگرید به: نیکویی، ۱۴۰۱: ۱۰۷-۱۱۶).



نکته حائز اهمیت، تعیین اطلاعات محرمانه است که اصولاً شرایط قرارداد، نقش کلیدی در این زمینه ایفا می‌نماید. به همین دلیل است که گاه لیست قیمت خرید، در قراردادی محرمانه تلقی می‌شود، در حالی‌که در جای دیگر، این لیست در اختیار عموم قرار داشته و محرمانه نیست. به طور کلی می‌توان اطلاعات علمی و فنی و مالی، کسب و کار، اطلاعات سازمانی، ایده‌ها، اطلاعات رایانه‌ای، تولید، تکنولوژی، لیست قیمت‌های خرید و جزییات مشتریان را از اطلاعات محرمانه در قراردادهای بازاریابی دانست.

هیچ الزامی وجود ندارد که اطلاعات محرمانه همیشه پیچیده یا پیشرفته باشد. زیرا مواردی از اطلاعات پیچیده وجود دارد که به صورت قانونی، در دسترس عموم است یا بدون توسل به شیوه‌های متقلبانه و غیرقانونی می‌توان به آن‌ها دست یافت. این اطلاعات، به‌رغم پیچیده بودن، محرمانه تلقی نمی‌شوند (Rahbari, 1392: 43). در مقابل، اطلاعات بسیار ساده ممکن است محرمانه تلقی شوند. توجه داشته باشیم گاه طرف قرارداد، پیش از انعقاد قرارداد بازاریابی، به برخی از اطلاعات محرمانه دست یافته است. چه، پیش از این، به شیوه‌ای، اطلاعات مذکور فاش و طرف قرارداد از آن مطلع شده است. این اطلاعات، به‌عنوان محرمانه تلقی نمی‌شود. با توجه به مطالب مذکور، می‌توان گفت اطلاعات محرمانه، اطلاعاتی است که واجد ارزش اقتصادی مستقل (بالقوه یا بالفعل) یا ارزش رقابتی است و غالباً ضمن ناشناخته بودن، به راحتی و به روش قانونی قابل دستیابی یا احراز نیستند. دارنده قانونی این اطلاعات، اصولاً تدابیر و اقدامات متعارفی را برای حفظ محرمانگی آن‌ها ترتیب داده است (Rahbari, 1392:54).

به این ترتیب، اطلاعات محرمانه اصولاً ارزش‌های تجاری هستند که امکان بهره‌مندی موفق از محصولات تجاری را برای طرف مقابل فراهم می‌کند. همین مساله، منجر به تمایز گیرنده اطلاعات از سایر رقبا می‌شود. در مقابل، گیرنده اطلاعات نیز متعهد است در تمام مراحل، از مذاکرات مقدماتی تا بعد از خاتمه قرارداد، در حفظ این اطلاعات مراقبت کافی و شایسته را بنماید. این تعهد را می‌توان با تشویق به نوآوری، حق اشخاص بر اطلاعات خود، جلوگیری از رقابت غیرمنصفانه، و مبانی موجه اخلاق تجاری (Business ethics)، به‌عنوان راهبردهای اساسی تحلیل و توجیه کرد (Rahbari, 1392:136).

نقض تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه، تقصیر قراردادی محسوب و در صورتی که با ورود ضرر همراه شود، برای مقصر، مسئولیت جبران ضرر ایجاد می‌نماید. در این صورت، زیان‌دیده می‌تواند علاوه بر مطالبه ضرر (PECL, art. 8:101)، سودی که دریافت‌کننده با افشای اطلاعات محرمانه به‌دست آورده است، را نیز مطالبه نماید (PECL, art. 2:302).

در حقوق ایران، «اساسنامه شرکت ملی نفت ایران» در بند نهم ماده ۴ (۱۳۳۱/۹/۵) به‌عنوان قدیمی‌ترین سند به اطلاعات محرمانه اشاره می‌کند (Rahbari, 1392: 23). همچنین ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیک (۱۳۸۵) به تعریف اطلاعات محرمانه پرداخته است. با این وجود، نظام حقوقی ایران، در هیچ جا به صورت صریح به تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه در قراردادهای تجاری بین‌المللی به ویژه بازاریابی اشاره‌ای نمی‌کند.

د: رفتار با «حسن‌نیت» و «معامله منصفانه»

یکی دیگر از تعهدات مشترک طرفین در قراردادهای بازاریابی، رفتار با «حسن‌نیت» (Good faith) و «معامله منصفانه» (Good dealing) است. به موجب این تعهد، طرفین معامله متعهد می‌شوند، وظایف قراردادی خود را به نحو معقولی^۷ انجام داده و انصاف و صداقت را رعایت نمایند؛ به شیوه‌ای که مورد پذیرش جامعه تجاری باشد (Powers, 2017: 9). در این معنا حسن‌نیت را باید نقطه مقابل نیرنگ و فریب دانست (Katouzian et al, 1392: 169).

پرسش مطرح این است که تعهد مذکور، چه مرحله‌ای از قرارداد را دربرمی‌گیرد؟ در این راستا، آگاهی از مبانی حسن‌نیت و معامله منصفانه ضروری است تا بتوان در پرتو این آگاهی قلمرو این تعهد را در مراحل مختلف قرارداد دریافت. مهم‌ترین مبانی این تعهد عبارتند از: اقتضای ذات قرارداد، شرط ضمنی، عرف و عادت، نظم عمومی^۸، ضرورت، اخلاق و عدالت (Jafarzade et al, 1384: 202 & 208). ولی آن‌چه بیش از همه در قراردادهای بازاریابی و به طور کلی در قراردادهای تجاری بین‌المللی، اهمیت می‌یابد، «ضرورت» است. زیرا در گذشته، رویکرد غالب تجاری، خودمحوری در سودانگاری و منفعت طلبی بشر بود. اما امروزه، دستیابی به سود بیشتر در گرو تلاش برای نفع‌رسانی به طرف مقابل و تحصیل «سود متقابل» (Mutual Advantage) است. دستیابی به سود متقابل نیز در گرو

۷. برای مطالعه بیشتر بنگرید به: نیکویی، ۱۴۰۱: ۱۰۷.

۸. مانند آلمان و ایتالیا



حسن‌نیت و معامله منصفانه است. به عبارت دیگر، ضرورت دنیای تجاری جدید، حسن‌نیت و معامله منصفانه را در قالب اصل کلی توجیه می‌نماید.^۹

با توجه به مبانی مذکور، مهم‌ترین کارکرد تعهد به حسن‌نیت و معامله منصفانه در قرارداد بازاریابی را در سه مرحله می‌توان تفسیر نمود: اول، «مذاکرات مقدماتی» (Negotiations)؛ دوم، تشکیل، اجرا و تفسیر قرارداد؛ و سوم، در مرحله اعمال ضمانت‌اجراهای قراردادی (Enforcement). تعهد به ارائه اطلاعات پیش‌قراردادی در مهلت معقول پیش از انعقاد قرارداد، از نتایج اجرای این اصل در مرحله مذاکرات مقدماتی است؛ تعهد به ارائه اطلاعات اساسی در زمان قرارداد، در پرتو اصل بنیادین حسن‌نیت توجیه می‌شود. به علاوه، حسن‌نیت، منشا طیف وسیعی از تعهدات است (Fransworth, 1993: 3) که صرفاً توصیف‌کننده نیست بلکه برای حل و فصل موضوعات، نقش کلیدی ایفا می‌نماید؛ در مرحله سوم نیز، کوشش طرفین برای تقلیل خسارات خواننده از تعهدات مهم قراردادهای تجاری کنونی است که به کمک اصل حسن‌نیت تحلیل می‌شود (Jafarzade et al, 1384: 228).

به این ترتیب، امروزه نباید حسن‌نیت را محدود به حوزه اخلاق و گزاره‌های اخلاقی دانست، بلکه به قلمرو حقوق نیز پا نهاده و حداقل روابط قراردادی را دستخوش تحولات جدی کرده است؛ به شیوه‌ای که حوزه‌های مختلف قراردادی از مذاکرات مقدماتی تا تشکیل و اجرا و تفسیر قرارداد و در نهایت اعمال ضمانت‌اجراهای قراردادی مدیون اصل حسن‌نیت است. در اهمیت این اصل، همان بس که آن را به‌عنوان اصل کلی، در کنار یا جایگزین اصل حاکمیت اراده می‌دانند. این اصل با ارائه معیار نوعی، همچون پدر دلسوز خانواده، متعامل خوب و دلسوز را به‌عنوان داوری نوعی برای عملکرد متعاملین تعیین می‌کند (Katouzian et al, 1392: 70).

در کنار «ضرورت»، به‌عنوان یکی از مبانی مهم حسن‌نیت و معامله منصفانه، می‌توان از «شرط ضمنی» سخن گفت. چه انتظار متقابل طرفین از یکدیگر به رعایت حسن‌نیت و معامله منصفانه، در غالب قراردادهای بازاریابی، با درج شرط ضمنی (ICC, ۲۰۱۶) در قرارداد برآورده شده و آنان متعهد به این امر می‌شوند. «اقتضای عرف و عادت»، مبنای دیگری است که تعهد به حسن‌نیت و معامله منصفانه را توجیه می‌نماید.

در کنار مبانی نانوشته و غیرمصرح، برخی اسناد بین‌المللی، تعهد به حسن‌نیت و معامله منصفانه در قراردادها را به‌عنوان یک تعهد قانونی امری به رسمیت می‌شناسند؛ به نحوی که توافق طرفین برخلاف آن امکان‌پذیر نیست (PECL, art. 1:201).

نظام حقوقی ایران، در خصوص حسن‌نیت و معامله منصفانه، تصریح مشخصی ندارد. با این وجود، می‌توان به دو دلیل، این اصل را حداقل در حقوق قراردادهای جاری دانست: اول، مستند به مبانی فقهی پذیرفته شده در قانون مدنی که اصل حسن‌نیت در قراردادها را بیان می‌کند: «اوفوا بالعقود» از وفای به عهد سخن می‌گوید که نماد واقعی رعایت صداقت و حسن‌نیت است (Naghbi et al, 1393: 36)؛ «تجاره عن تراض» حاکی از رضایت و صداقت در قرارداد است که به حسن‌نیت اشاره می‌کند. حتی پیشتر برویم، عدم اجرای حسن‌نیت را موجب اکل مال به باطل می‌داند؛ احکام تدلیس نیز بیانگر اصل حسن‌نیت در فقه است؛ در عقود مغبنه‌ای، هدف هر یک از طرفین، کسب سود بیشتر است. لذا، حسن‌نیت، نقش کم‌رنگ‌تری دارد. باوجود این، به استناد مطالب فوق، نمی‌توان نقش حسن‌نیت را نادیده انگاشت (Kousha, 1384: 63)؛ دلیل دوم که اصل حسن‌نیت را در نظام حقوقی ما توجیه می‌کند، استقرار در قانون موضوعه است: به موجب ماده ۱۷۹ قانون دریایی ایران، اگر قرارداد نجات و کمک با هدف سواستفاده از اضطرار یا حيله و تقلب منعقد شده باشد، قابل ابطال و تغییر است؛ ماده ۱۲ قانون بیمه (۱۳۱۶)، رعایت حسن‌نیت ضروری بوده و بیمه‌گذار از اظهار کذب نهی می‌شود. بطلان عقد بیمه و تعلق حق بیمه به بیمه‌گر، به‌عنوان ضمانت اجرای نیرنگ در این ماده مطرح شده است (Kousha, 1384: 65). به موجب این دو ماده، رعایت حسن‌نیت در انجام معامله ضروری است؛ به موجب ماده ۲۷۹ قانون مدنی، متعهد نباید مصداق معیوب را تحویل دهد؛ انصاف و حسن‌نیت به موجب ماده ۲۷۷ قانون مدنی ایجاب می‌کند که به بدهکار مهلت عادلانه‌ای اعطا شود. این دو ماده نیز به رعایت حسن‌نیت در اجرای قرارداد توجه دارند؛ در کنار توجه به سایر مبانی، ماده ۳ قانون تجارت نیز به لزوم رعایت حسن‌نیت در تفسیر قانون اشاره دارد (Katouzian et al, 1392: 178).

۹. نه تنها حسن‌نیت و معامله منصفانه، بلکه «همکاری مشترک» (Co-operation) برای رسیدن به اهداف قرارداد، تلاش برای «تقلیل خسارات خواننده» (Mitigation)، «ارائه اطلاعات» (Communication)، «محرمانگی» (Confidentiality) و امثال آن مفاهیم جدید عالم تجارت هستند که همان دیدگاه‌های منفعت طلبانه و سودانگاری، یا به عبارت دیگر ضرورت دنیای جدید تجارت، این اصول را ایجاد کرده است (برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به جعفرزاده، ۱۳۸۴، ص ۲۰۳).



بنابراین، با امعان نظر در قواعد فقهی مانند اصل صحت، اصل لزوم و لاضرر و مفاهیم اخلاقی همچون عدالت و انصاف (Naghibi et al, 1393: 51)، و نیز استقرا در مواد قانونی می‌توان به وجود این اصل در فقه امامیه و حقوق موضوعه دست یافت (Katouzian et al, 1392: 185)؛ با این وجود، اشاره صریح قانون‌گذار، به دلیل اهمیت این بحث، امر شایسته‌ای خواهد بود.

نتیجه

از تحلیل‌های فوق می‌توان دریافت که قراردادهای بازاریابی، موافقتنامه کلی هستند که به موجب آن، ضمن تعیین شرایط کلی قراردادهای آتی، بستر معاملات تجاری و حقوقی طرفین در آینده مشخص می‌شود. این توافق، با داشتن شرایط اساسی صحت معاملات، نه به‌عنوان پیش‌قرارداد، بلکه قرارداد مستقل است. به علاوه، در همه انواع قراردادهای بازاریابی، تعهد به ارائه اطلاعات، تعهد به همکاری، تعهد به حفظ اطلاعات محرمانه، و تعهد به حسن‌نیت و معامله منصفانه وجود دارد. از این‌رو، در دسته‌بندی سنتی از عقود، می‌توان آن‌ها را «عقد عهدی» نامید. همچنین، به رغم شباهت‌هایی که با بعضی از نهادهای موجود در نظام حقوقی ایران دارند، ولی با هیچ یک از آن‌ها منطبق نیستند.

افزون بر این، توجه داشته باشیم که ماهیت خاص قراردادهای بازاریابی، مفهوم جدیدی از قرارداد را به ما معرفی می‌کند که انطباق کامل با برداشت سنتی از مفهوم قرارداد ندارد. چه ماهیت این دسته از قراردادها با هدف و کارکرد آن‌ها تفسیر می‌شود. نکته حائز اهمیت آن‌که قانون مدنی ما ظرفیت ارائه و پذیرش تفاسیر جدید از مفهوم قرارداد را دارد.

با وجود پذیرش صریح و قانونمند این قرارداد در عرصه بین‌المللی، در حقوق داخلی ما هنوز این دسته از قراردادها با ماهیت ویژه خود به رسمیت شناخته نشده و همچنان ناگزیریم تا در پرتو ماده ۱۰ قانون مدنی نسبت به تفسیر و تحلیل آن‌ها اقدام نموده و احکام آن را نیز به موجب اصل حاکمیت اراده و قواعد عمومی قراردادهای تعیین نماییم. این در حالی است که آثار قراردادی همچون التزام به قرارداد در قراردادهای بازاریابی در مقایسه با نهادهای قانون مدنی، به دلیل وجهه تجاری و بین‌المللی آن دو چندان است.

در نهایت پیشنهاد می‌شود، حال که قانون‌گذار در صدد تدوین و بررسی لایحه جدید قانون تجارت است، به قراردادهای بازاریابی نیز به دلیل ماهیت ویژه آن از یک سو و تجاری بودن آن از سوی دیگر، توجه ویژه‌ای مبذول دارد؛ به نحوی که ضمن تعریف آن‌ها، ماهیت مستقلی نیز تحت عنوان «قراردادهای بازاریابی» در نظر بگیرد و مقررات ویژه‌ای برای آن تنظیم کند. این امر ما را یاری می‌کند تا در تحلیل ماهیت قراردادهای بازاریابی و یافتن احکام و آثار آن، در پیچ و خم قواعد عمومی قراردادهای و مبانی فقهی و تجاری بین‌المللی گرفتار نشویم. توجه داشته باشیم، نظام حقوقی پویا باید همواره خود را با توجه به عملکرد جامعه و کنش‌گران حقوقی در معرض تفاسیر جدید قرار دهد. در غیر این صورت، نظام حقوقی از تمشیت امور جمعی به‌عنوان مهم‌ترین وظیفه‌ی خود باز می‌ماند. در این راستا، یادآوری پذیرش عقد بیمه و چالش‌های آن با تفاسیر سنتی از مفهوم عقد در نظام حقوقی ایران می‌تواند بسیار راهگشا باشد. چه، به‌رغم این که بسیاری آن را عقدی غرری می‌دانستند، ضرورت‌های زندگی جمعی مدرن، نظام حقوقی ما را به سمت پذیرش این نهاد سوق داد.

References

1. Abdipour Fard, E. (2017). Analytical Studies of Commercial Law: Commercial Papers, Stock Exchange, and Trade Entitlement (7th ed.). Qom: Research Institute of Hawzah and University. (in Persian)
2. Beshop, Bernard (2009), European Union Law for International Bussiness, New York: Cambridge University Press.
3. Chernobrovkin, Alexander (2011), International distribution and agency agreements in Russian law and practice in comparison to the European approach, Ghent University Law School, LLM. Dissertation for the Master of Advanced Studies in European Law, Supervisor: Professor dr. Johan Erauw.
4. Fransworth, E. Allan (1993), the Concept of Good Faith in American Law, Pace University School of Law's Home Page.
5. Ghasemi-Hamed, A. (2007), Good Faith in Contracts: The Basis for Duty of Honesty and Cooperation in French Law, "Legal Research Journal", No. 46, Autumn & Winter 2007, pp. 99-128. (in Persian)



6. Ghasemi-Hamed, A. (2015). Economic Law (1st ed.). Tehran: Derak Publications. (in Persian)
7. Hesselink, Martijn W. (2006), Principles of European Law Study Group on a European Civil Code Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), European Law Publishers, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, Sellier.
8. International Chambre of Commerce (2016), Model Distributorship Contract (Hereinafter ICC), art. 2, available at: <http://store.iccwbo.org/icc-model-contract-on-distributorship>, accessed on: 17 June 2016.
9. Jafarzadeh, M. Q., & Simaei-Sarrafi, H. (2005). Good Faith in International Contracts: A General Rule or an Exceptional Provision? "Legal Research Journal, Shahid Beheshti University", Spring & Summer 2005, No. 41, pp. 125-238. (in Persian)
10. Katouzian, N., & Abbaszadeh, M. H. (2013), Good Faith in Iranian Law, "Journal of Private Law Studies (Scientific-Research)", Autumn 2013, Vol. 43, No. 3, pp. 167-186. <https://doi.org/10.22059/jlq.2013.36048> (in Persian)
11. Koosha, A. (2005). The Principle of Utmost Good Faith in Insurance Contracts and Its Reflection in Other Contracts. "Quarterly of Legal Perspectives, Faculty of Judicial Sciences and Administrative Services", Nos. 36-37, pp. 49-69. (in Persian)
12. Naqibi, S. A., Taqizadeh, E., & Bagheri, A. (2014), The Status of Good Faith in Shi'a Jurisprudence, "Islamic Law Research Journal", Vol. 15, No. 1 (No. 39), Spring & Summer 2014, pp. 33-57. <https://doi.org/10.30497/law.2014.1571> (in Persian)
13. Nikouei, M. (2022). The Nature, Content, and Effects of International Distribution Contracts (2nd ed., pp. 45-54). Tehran: Ganj Danesh Publications. (in Persian)
14. Powers, Paul J. (2017), Defining the Indefinable: Good faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Pace University School of Law's, available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/powers.html>, accessed on: 2 August 2017.
15. Principle, Definition, and Model Rules of European Private Law, Draft Frame of Reference Principle (2009) (DCFR), available at: https://books.google.com/books/about/Principles_Definitions_and_Model_Rules_o.html?id=kXNxvzWKn-4C, accessed on 13 July 2016.
16. Principles of European Law; Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts (2006)(PEL CAFD), available at: http://www.academia.edu/34336284/Principles_of_European_Law_Commercial_Agency_Franchise_and_Distribution_Contracts, accessed on: 12 July 2016.
17. Rahbari, E. (2013). The Law of Trade Secrets (2nd ed.). Tehran: SAMT Publications. (in Persian)
18. Rahbari, E. (2014). The Law of Technology Transfer (2nd ed.). Tehran: SAMT Publications. (in Persian)
19. Safari, M., & Mashhadian, Sh. (2010). Examining the Nature of Franchise Contracts in Iranian Law, "Quarterly Journal of Law (Scientific-Research)", Faculty of Law and Political Science – Thematic Articles, Vol. 40, No. 101, Spring 2010, pp. 167-182. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.25885618.1389.40.101.10.1> (in Persian)
20. Shiravi, A., & Babapour, M. (2011). Good Faith in Vertical Agreements. "Judiciary Legal Journal (Scientific-Research)", Vol. 75, No. 75, Autumn 2011, pp. 9-36. <https://doi.org/10.22106/jlj.2011.11075> (in Persian)
21. Shiravi, A. (2013). Comparative Law (12th ed.). Tehran: SAMT Publications. (in Persian)
22. Shiravi, A., & Nikouei, M. (2019). Analyzing the Nature of International Distribution Contracts and Their Position in the Iranian Legal System. "Legal Research Quarterly, Shahid Beheshti University", Vol. 21, No. 84, Feb. 2019, pp. 43-70. <https://doi.org/10.22034/jlr.2018.112013.1067> (in Persian)
23. The Principles on European Contract Law (2016)(PECL), available at: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/, accessed on: 13 November 2016.
24. Von Bar, Christian; Clive, Eric (2009), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 3, Germany: sellier. european law publishers GmbH, Munich.
25. Yazdani, A. (2000). Civil Law: The Scope of Civil Liability (1st ed.). Tehran: Adabestan Publishing. (in Persian)
26. Yazdani, A. (2007). Civil Law: General Rules of Civil Liability (Vol. 1). Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)



Recognition of intellectual property rights as investment in light of international investment law

mohadeseh ghavamipour sereshkeh¹  amirreza mahmoudi² 

1. PhD student in criminal law and criminology, Lahijan branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran (corresponding author) Mohadeseh.ghavamipour@iau.ir
2. Assistant Professor, Department of Law, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran amirreza.mahmoudi@iau.ir

Received: 2025-01-16

Revised: 2025-07-18

Accepted: 2025-08-26

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Ghavami Pour Sereshkeh, M., & Mahmoudi, A. (2025). Recognition of intellectual property rights as investment in light of international investment law. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32(27): (53-72) (in Persian with English abstract).
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.91688.1419>

1. Introduction

Structural and fundamental transformations in the global economy, particularly over the past three decades, have significantly altered the nature and composition of valuable assets in national and international markets. While physical assets and natural resources formed the backbone of economies in the twentieth century, this role has largely shifted to intangible assets, particularly intellectual property rights, in the twenty-first century. This shift is not only driven by advancements in new technologies and market globalization but also reflects the growing need for innovation, creativity, and sustainable competitive advantage.

Intellectual property rights, encompassing a diverse set of exclusive rights such as patents, trademarks, literary and artistic works, industrial designs, and trade secrets, are key instruments for protecting intellectual creativity and technological innovation. These rights, by granting exclusive exploitation privileges, provide strong incentives for investment in research and development while enabling the commercial utilization of intellectual achievements. It is this capacity for economic exploitation that has transformed intellectual property from a mere moral or ethical right into a measurable and exchangeable capital asset.

In the context of international investment, intellectual property rights can, like physical assets, be subject to transfer, licensing, or economic partnerships between foreign investors and host countries. Many bilateral and multilateral investment agreements, recognizing this role, have explicitly included intellectual property rights as a form of investment in their texts. While this approach seemingly provides a clear path for the international protection of these rights holders, in practice, the process of recognizing and protecting intellectual property as



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



an investment is complex and often contentious due to interpretive and implementation challenges. One such challenge is the principle of territoriality in intellectual property rights, which stipulates that the validity and scope of these rights are confined to the territory of the country that has recognized or registered them. This means that a patent registered in the investor's home country is not necessarily valid or enforceable in the host country unless it is recognized or registered under the host country's legal system. This limitation makes the enjoyment of investment treaty protections for intellectual property contingent upon compliance with the host country's domestic regulations.

Furthermore, significant variations in the language and structure of investment treaties, ambiguities in the definition of "investment," and differing interpretations by international arbitration tribunals have led to varied approaches in recognizing intellectual property as an investment in different cases and treaties. Even when a treaty explicitly includes intellectual property rights within the definition of investment, substantive conditions must still be met to qualify for protection.

In this context, the Salini test, recognized in the practice of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as a key criterion for determining the nature of an investment, plays a central role in evaluating these rights. This test, with its five specific criteria, provides a framework to assess whether an intellectual property right possesses the necessary characteristics to qualify for treaty protection.

The importance of addressing this issue stems from the increasing role of intellectual property in cross-border economic interactions and foreign investments. The lack of a uniform and clear interpretation of the criteria for recognizing these rights as investments can lead to legal disputes and even diminish investors' incentives.

2. Purpose

This research aims to provide a comprehensive and structured analysis of the criteria, conditions, and requirements for recognizing intellectual property rights as investments under international investment law. The primary objective is to elucidate the pathway and necessary steps to elevate the status of intellectual property from a national intangible asset to an investment eligible for international protection. This objective is pursued by focusing on the linkage between the inherent characteristics of intellectual property and the accepted criteria in the international arbitration system.

The specific objectives of this study are as follows:

- To clarify the role of the territoriality principle in determining the validity and scope of protection for intellectual property within the context of international investment.
- To examine how the criteria of the Salini test align with the specific characteristics of intellectual property.
- To analyze the interpretive and practical obstacles that hinder the straightforward recognition of intellectual property as an investment.
- To propose a framework for drafting more precise investment treaties in the field of intellectual property, ensuring both the interests of investors and the national sovereignty of the host country are safeguarded.



These objectives aim to foster a shared understanding between countries and international investors to reduce disputes arising from definitional and interpretive ambiguities, thereby enhancing legal certainty for all parties involved.

3. Methodology

The research methodology is analytical-descriptive and based on documentary and comparative studies. Data were collected from three categories of sources:

International documents and treaties that directly or indirectly address intellectual property, particularly bilateral and multilateral investment agreements that include intellectual property rights within the definition of investment. Specialized conventions and treaties in the field of intellectual property, such as the Berne Convention, the Paris Convention, and the TRIPS Agreement, which establish the general framework for the protection and recognition of these rights.

International arbitration practices, particularly decisions issued under the framework of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), where the interpretation and application of investment criteria in relation to intellectual property have been addressed.

In analyzing the data, the focus was on the Salini test and its criteria. Each criterion was examined separately in relation to the characteristics of intellectual property, with an effort to clarify the connection between the inherent features of these rights and the requirements of international investment law. This methodology enabled the research to identify points of convergence and divergence between the two legal regimes and to propose reforms based on these findings.

4. Findings

The results of this study indicate that recognizing intellectual property rights as investments is not solely achieved by their inclusion in the text of a treaty. The realization of treaty-based protection requires meeting substantive criteria, with active economic exploitation at the core.

Active economic exploitation implies that the intellectual property right is utilized in the host country's territory in a manner that plays a tangible role in its economic cycle. This exploitation may include the production of goods or services based on the right, marketing and sales, licensing, or technology transfer. Without such activities, even a registered intellectual property right is deemed insufficient under investment criteria.

The principle of territoriality, the second key finding, demonstrates that the validity and enforceability of intellectual property rights are always subject to compliance with the host country's domestic laws. This means that, even in the presence of an investment treaty that includes intellectual property within its scope of protection, the absence of domestic recognition or registration can prevent an investor from benefiting from treaty protections. Another finding pertains to the flexibility of the economic development criterion in arbitration practices. Although traditionally considered a component of the Salini test, arbitral tribunals have interpreted this criterion with flexibility, focusing more on the criteria of capital commitment, expectation of profit, and risk assumption. However, when a clear connection between the exploitation of an intellectual property right and the host country's economic growth is evident, the likelihood of its recognition as an investment increases.



The research also highlights the phenomenon of “regulatory chill,” which occurs when governments refrain from enacting or enforcing regulations in the public interest due to concerns over potential investor claims. This risk is particularly significant in areas such as public health or access to medicines, where restricting certain intellectual property rights may be necessary.

5. Conclusion

The analysis conducted reveals that recognizing intellectual property as an investment requires a two-stage process. In the first stage, the existence and domestic validity of the intellectual property right in the host country must be established based on the principle of territoriality. In the second stage, the substantive criteria for investment, as evaluated under international law and the Salini test, must be assessed. Active economic exploitation plays a pivotal role in navigating both stages.

To reduce ambiguities and disputes, investment treaties should provide a precise and transparent definition of investment that incorporates the condition of actual exploitation and references domestic laws. Additionally, arbitral tribunals should interpret these documents in a manner that balances the protection of investors’ rights with the sovereign authority of the host state, ensuring both the legitimate rights of investors are safeguarded and the host state’s capacity to pursue developmental goals and public interests is preserved.

Keywords: Intellectual property, foreign investment, ICSID Convention, arbitration law, investment agreements, salini, intangible assets.



شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری در پرتو حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری

محدثه قوامی پور سرشکه^۱ | امیررضا محمودی^۲

دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۲۷ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۴/۲۷ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۴ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

در نظام حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری واجد شرایط، یکی از چالش‌های نوظهور و در عین حال بنیادین در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری است. با وجود اینکه بسیاری از موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری، به صراحت یا تلویحاً، حقوق مالکیت فکری را در زمره دارایی‌های سرمایه‌گذاری قلمداد می‌کنند، این امر به‌تنهایی برای برخورداری از حمایت‌های معاهده‌ای کافی نیست. این مقاله با اتخاذ رویکردی تحلیلی-انتقادی، به بررسی معیارهای شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری در پرتو مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری، قواعد کنوانسیون ICSID و رویه‌های داوری می‌پردازد. با تمرکز بر آزمون سالینی و سایر معیارهای شکلی و ماهوی، مقاله نشان می‌دهد که بهره‌برداری اقتصادی فعال از حقوق مالکیت فکری در کشور میزبان، نقش تعیین‌کننده‌ای در تأیید ماهیت سرمایه‌ای این حقوق دارد. افزون بر آن، مقاله نقش حقوق داخلی کشور میزبان در تعیین وجود، دامنه و قابلیت حمایت از این حقوق را برجسته می‌سازد و به‌ویژه بر اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری تأکید می‌کند. در نهایت، نتیجه‌گیری مقاله بیانگر آن است که تلفیق اصول حقوق مالکیت فکری با رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی مستلزم تفسیر دقیق و هماهنگ معاهدات، در راستای موازنه میان حمایت از سرمایه‌گذار و احترام به حاکمیت قانون در کشور میزبان است.

واژگان کلیدی: مالکیت فکری، سرمایه‌گذاری خارجی، کنوانسیون ایکساید، حقوق داوری، موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، سالینی، دارایی نامشهود.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران (نویسنده مسئول) Mohadeseh.ghavamipour@iau.ir

۲. استادیار گروه حقوق، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران. amirreza.mahmodi@iau.ir



مقدمه

در جهان امروز که مزیت رقابتی کشورها بیش از پیش وابسته به فناوری، نوآوری و دانش تخصصی شده است، حقوق مالکیت فکری به عنوان یکی از ارکان توسعه اقتصادی و جذب سرمایه‌گذاری خارجی شناخته می‌شود. دارایی‌های ناملموس، به‌ویژه حقوق مربوط به اختراعات، علائم تجاری و آثار ادبی و هنری، دیگر صرفاً ابزار حفاظت از دستاوردهای فردی نیستند، بلکه به‌مثابه دارایی‌های راهبردی در سطح بین‌المللی عمل می‌کنند. در واقع، سرمایه‌گذاری در اقتصادهای دانش‌بنیان بدون وجود ساختار حقوقی مستحکم برای حفاظت از مالکیت فکری، امری پر ریسک تلقی می‌شود و سرمایه‌گذاران به محیط‌های حقوقی با ثبات، شفاف و حمایت‌گر متمایل‌اند (Ziaei, 2019, p. 64).

از منظر اقتصاد حقوقی، حمایت مؤثر از حقوق مالکیت فکری می‌تواند نه تنها باعث افزایش ورود سرمایه‌گذاران خارجی شود، بلکه به انتقال فناوری، رشد اشتغال در صنایع نوین و ارتقای بهره‌وری کل عوامل تولید نیز بینجامد. در کشورهایی که حقوق مالکیت فکری به‌طور ساختاری نهادینه نشده‌اند، معمولاً میزان ثبت اختراعات خارجی، مشارکت در سرمایه‌گذاری‌های مشترک فناورانه، و انتقال رسمی دانش فنی بسیار پایین است. این در حالی است که کشورهای موفق در جذب FDI، معمولاً از یک سیاست‌گذاری هماهنگ در زمینه مالکیت فکری بهره‌مند بوده‌اند (Mahdavi, 2008, p. 114).

در سطح جهانی، هم‌پوشانی میان نظام حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و رژیم مالکیت فکری نیز به مسئله‌ای بنیادین تبدیل شده است. بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه، به‌صراحت یا تلویح، حقوق مالکیت فکری را به عنوان مصداق «سرمایه‌گذاری» تلقی کرده‌اند. در عین حال، ابهام در تعریف دقیق این حقوق، عدم انسجام میان معاهدات مختلف، و تفاوت‌های گسترده در نظام‌های حقوقی ملی، باعث شده است که داورهای بین‌المللی در این زمینه با چالش‌های مفهومی و اجرایی جدی روبه‌رو شوند (Yusefi Hajiabad, 2014, p. 92).

از منظر حقوق داخلی، ایران نیز با پذیرش برخی از مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی مانند کنوانسیون برن و تریپس، گام‌هایی برای اصلاح ساختار حقوق مالکیت فکری برداشته است. با این حال، در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری امضا شده توسط ایران، تعریف دقیق و شفاف از سرمایه‌گذاری فکری ارائه نشده است، یا ارتباط بین این حقوق و ساختار داور سرمایه‌گذاری به‌خوبی نهادینه نشده است. چنین خلأهایی می‌تواند منجر به بروز اختلافات حقوقی پیچیده و حتی سوءاستفاده برخی سرمایه‌گذاران از فرایند داورهای فراملی شود (Shamsnejad, 2008, p. 77). در نهایت، در حالی که حقوق مالکیت فکری در کشورهای توسعه‌یافته به عنوان ابزار راهبردی در مذاکرات تجاری و سرمایه‌گذاری مورد استفاده قرار می‌گیرد، در کشورهای در حال توسعه، به‌ویژه ایران، نیاز به تقویت زیرساخت‌های حقوقی، نهادی و داور مستقل در این حوزه بیش از هر زمان دیگری احساس می‌شود. ترکیب این ضرورت با رویکردهای جدید سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ایجاب می‌کند تا تعریف، شناسایی و حمایت از حقوق مالکیت فکری به عنوان بخشی از سرمایه‌گذاری، نه فقط در قالب شعار، بلکه در عمل در اسناد و رویه‌های حقوقی بازتعریف گردد (Mehnatfar & Osmani, 2020, p. 120).

۱. حمایت از حقوق مالکیت فکری در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری

امروزه، بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (BITs) و فصل‌های مرتبط در موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد، حقوق مالکیت فکری را صراحتاً تحت حمایت خود قرار داده‌اند. هدف اصلی این اقدام، تضمین امنیت حقوقی برای دارایی‌های فکری سرمایه‌گذاران خارجی است. بدین ترتیب، وقتی حقوقی مانند اختراع یا علامت تجاری در تعاریف سرمایه‌گذاری گنجانده می‌شوند، مالک آن‌ها می‌تواند نسبت به رفتار منصفانه، عدالت‌آمیز و تأمین جبران در برابر مصادره اطمینان داشته باشد. اما این حمایت منوط به تحقق شرایطی همچون تعهد سرمایه در قالب واقعی، پذیرش ریسک اقتصادی و بهره‌برداری در دولت میزبان است (Ziaei & Javadi, 2019, pp. 5-7). معاهدات سرمایه‌گذاری معمولاً ساختاری خودخواه در جهت ایجاد سازوکار داور بین‌المللی را دنبال می‌کنند؛ این بدان معناست که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند در صورت نقض حقوق مالکیت فکری‌اش، بدون نیاز به مراجعه به دادگاه‌های داخلی کشور میزبان، از طریق داور فراملی اقدام قانونی نماید. تحقیقات نشان داده‌اند که این هم‌پوشانی میان نظام‌های مالکیت فکری و سرمایه‌گذاری، با انگیزه تشویق به انتقال فناوری و توسعه اقتصاد دانش‌بنیان طراحی شده است. البته همچنان نگرانی‌هایی مبنی بر احتمال تضاد



منافع با سیاست‌های توسعه‌ای ملی کشور میزبان وجود دارد که اغلب در معاهدات تصویب شده، راهکار شفاف‌ی برای آن پیش‌بینی نشده است.

از لحاظ ساختاری، دو دسته اصلی در تدوین معاهدات سرمایه‌گذاری مشاهده می‌شود:

- گروهی با رویکرد کلی، که تنها به «سرمایه‌گذاری‌های مشهود و نامشهود» اشاره می‌کنند؛
- گروهی دیگر با تدوین فهرست صریح شامل «حق مؤلف، اختراع، علائم تجاری، طرح صنعتی و اسرار تجاری

این تنوع در نحوه بیان، منجر به تفسیرهای مختلف و عدم یکنواختی در حمایت حقوقی شده است که اگرچه حقوق مالکیت فکری در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری «به عنوان سرمایه» تعریف شده‌اند، اما برای بهره‌مندی از حمایت معاهده‌ای، باید شرایط ماهوی دیگری از جمله تعهد اقتصادی واقعی، پذیرش ریسک و انگیزه بهره‌برداری از این حقوق در دولت میزبان نیز وجود داشته باشد. (Ziaei & Javadi, 2019, p. 14)

۲. رویکرد اصلی در الحاق حقوق مالکیت فکری به تعریف سرمایه‌گذاری در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی

بر اساس ادبیات حقوق سرمایه‌گذاری، چهار شیوه کلان برای گنجانیدن حقوق مالکیت فکری در چارچوب سرمایه‌گذاری در معاهدات بین‌المللی شناسایی شده است:

۱. ارجاع کلی به اموال بدون تصریح به حقوق مالکیت فکری

نخستین رویکرد که اغلب در موافقت‌نامه‌های قدیمی‌تر مشاهده می‌شود، اشاره به «اموال» یا «دارایی‌ها» به صورت عام و بدون ذکر مشخص حقوق مالکیت فکری است. برای مثال، در توافق‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (NAFTA) در تعریف سرمایه‌گذاری از عبارت «اموال ملموس و ناملموس» استفاده شده است، بدون آنکه به صراحت به حقوق مالکیت فکری پرداخته شود. (NAFTA, Article 1139)

۲. شمول عبارت کلی «حقوق مالکیت فکری» یا «اموال غیرملموس» بدون ارائه جزئیات

در این شیوه، معاهدات صرفاً به ذکر اصطلاحاتی نظیر «حقوق مالکیت فکری» بسنده می‌کنند و وارد فهرست‌نگاری یا تعریف مصداقی نمی‌شوند. به عنوان نمونه، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده و رواندا در تعریف سرمایه‌گذاری از عبارت «حقوق مالکیت فکری» استفاده کرده است، بی‌آنکه مصداق آن را تفکیک کند. (U.S.-Rwanda, 2008)

۳. ذکر مصداقی انواع حقوق مالکیت فکری

سومین روش، ارائه فهرست تفصیلی از انواع حقوق مالکیت فکری در متن موافقت‌نامه است. برای مثال، معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه کانادا و مغولستان ضمن اشاره به «حقوق مالکیت فکری»، مصداقی نظیر حقوق مؤلف، علائم تجاری، طراحی‌های صنعتی، پتنت‌ها و طرح‌های مدارهای مجتمع را به صورت شفاف برشمرده است. (Canada-Mongolia Agreement, 2016)

۴. ارجاع تعریف حقوق مالکیت فکری به قوانین ملی

در این رویکرد معاهده بدون ذکر مصداق، تعریف حقوق مالکیت فکری را به قوانین داخلی کشورها ارجاع می‌دهد. این روش در برخی موافقت‌نامه‌ها رایج بوده است. با آنکه در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری، به صراحت اشاره‌ای به حقوق مالکیت فکری در تعریف سرمایه‌گذاری نشده است، اما این حقوق ممکن است به طور ضمنی ذیل مفاهیم کلی‌تری همچون «دارایی‌های ملموس و ناملموس» گنجانده شوند. برای نمونه، ماده ۱۱۳۹ توافق‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی از چنین تعبیری استفاده کرده بی‌آنکه مستقیماً به حقوق مالکیت فکری اشاره کند (NAFTA, Article 1139). با این حال، عدم تصریح به مالکیت فکری در متن معاهده، به‌ویژه با توجه به پیچیدگی‌های حقوقی ناشی از سرزمینی بودن این حقوق، معمولاً رویکردی مطلوب تلقی نمی‌شود.



در مقابل، بسیاری از اسناد معاصر با پذیرش نقش فزاینده مالکیت فکری در ساختار سرمایه‌گذاری‌های فراملی، این حقوق را به‌طور مستقیم در تعریف سرمایه‌گذاری می‌گنجانند. ماده ۱۴ از توافق‌نامه ایالات متحده، مکزیک و کانادا نمونه‌ای از این رویکرد است که با ارائه تعریف موسع از سرمایه‌گذاری، «حقوق مالکیت فکری» را باصراحت در زمره مصادیق آن برمی‌شمارد (United States-Mexico-Canada Agreement, Article 14). همچنین، در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایالات متحده و اروگوئه، حقوق مالکیت فکری به‌عنوان نمونه‌ای از دارایی‌هایی که مشمول تعریف سرمایه‌گذاری هستند، ذکر شده است. (United States-Uruguay BIT, Article 1) اگرچه این دسته از معاهدات در ظاهر با تعریف کلی و جامعی از حقوق قابل حمایت روبه‌رو هستند، اما همین شمول عام می‌تواند این پرسش را ایجاد کند که آیا حقوق مالکیت فکری ایجادشده پس از امضای معاهده نیز تحت پوشش آن قرار می‌گیرند. برخی مفسران، بر این باورند که امکان مسئولیت‌پذیری دولت در قبال چنین حقوقی، حتی اگر پس از انعقاد معاهده، به‌واسطه عموم‌گرایی در تعریف دارایی منتفی نیست و بنابراین توصیه می‌شود برای جلوگیری از بروز اختلافات احتمالی، مقررات دقیق‌تری در معاهدات گنجانده شود. (Correa, 2020, p. 125)

از دیگر رویکردهای نسبتاً تثبیت‌شده در نظام معاهدات سرمایه‌گذاری، برشمردن صریح انواع حقوق مالکیت فکری در قالب تعاریف سرمایه‌گذاری است؛ راهبردی که به ایجاد اطمینان حقوقی بیشتر برای طرفین قرارداد کمک می‌کند. معاهده دوجانبه میان آلمان و پاکستان در سال ۱۹۵۹ از نخستین نمونه‌هایی است که به‌صراحت به «پتنت‌ها» و «دانش فنی» اشاره کرده است (Germany-Pakistan Treaty, Article 8). در ادامه همین رویکرد، مدل معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آلمان در سال ۲۰۰۸ نیز فهرستی مفصل از مصادیق حقوق مالکیت فکری را دربرگرفته که شامل حقوق مؤلف، پتنت، علائم تجاری، مدل‌های کاربردی، اسرار تجاری، دانش فنی و شهرت تجاری است (German Model BIT, Article 1).

شایان ذکر است که در بسیاری از موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد نیز، فصلی مجزا به سرمایه‌گذاری اختصاص یافته و در آن‌ها، حمایت از حقوق مالکیت فکری به‌عنوان دارایی‌های سرمایه‌گذاری تصریح شده است. برای نمونه، فصل یازدهم از توافق‌نامه تجارت آزاد میان ایالات متحده و استرالیا تصریح می‌کند که سرمایه‌گذاری شامل هر نوع دارایی است که دارای ویژگی‌هایی نظیر تعهد سرمایه، انتظار بازدهی و پذیرش ریسک باشد، و در این راستا، مالکیت فکری نیز در زمره دارایی‌های مشمول حمایت محسوب می‌شود (US-Australia FTA, Article 11.17:4).

به‌تازگی، جامع‌ترین معاهده تجارت آزاد کانادا، یعنی موافقت‌نامه جامع اقتصادی و تجاری میان کانادا و اتحادیه اروپا نیز شامل فصلی درباره سرمایه‌گذاری است. این معاهده در فصل سرمایه‌گذاری، تعاریفی از حقوق مالکیت فکری و سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهد. طبق فصل ۸، ماده ۸/۱: «حقوق مالکیت فکری به معنای حقوق نسخه‌برداری و حقوق مرتبط، حقوق علائم تجاری، حقوق در نشانه‌های جغرافیایی، حقوق در طراحی‌های صنعتی، حقوق پتنت، حقوق در طراحی‌چیدمان مدارهای مجتمع، حقوق مربوط به حفاظت از اطلاعات محرمانه و حقوق اصلاح‌گران گیاهان است؛ و اگر چنین حقوقی تحت قوانین یک طرف پیش‌بینی شده باشد، شامل حقوق مدل‌های کاربردی نیز می‌شود». کمیته مشترک ممکن است با تصمیم خود، دسته‌بندی‌های دیگری از حقوق مالکیت فکری را به این تعریف اضافه کند. حقوق مالکیت فکری طبق تعریف سرمایه‌گذاری در آن این‌گونه گنجانده شده است: «سرمایه‌گذاری به معنای هر نوع دارایی است که سرمایه‌گذار به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم مالک یا کنترل می‌کند و دارای ویژگی‌های سرمایه‌گذاری است، از جمله مدت‌زمان مشخص و ویژگی‌هایی نظیر تعهد سرمایه یا منابع دیگر، انتظار سود یا منفعت، یا پذیرش ریسک».

یکی دیگر از معاهدات تجارت آزاد اخیر، مشارکت جامع و پیشرفته اقیانوس آرام است که تعریف سرمایه‌گذاری را در فصل سرمایه‌گذاری این‌گونه ارائه می‌دهد: «سرمایه‌گذاری به معنای هر نوع دارایی است که سرمایه‌گذار مالک یا کنترل می‌کند و دارای ویژگی‌های سرمایه‌گذاری است، از جمله تعهد سرمایه یا منابع دیگر، انتظار سود یا منفعت، یا پذیرش ریسک». تعاریف اخیر حقوق مالکیت فکری را به‌عنوان سرمایه‌گذاری در نظر می‌گیرند، اما همچنان مستلزم وجود ویژگی‌های سرمایه‌گذاری هستند. بنابراین، اگر این حقوق به‌گونه‌ای مورد استفاده قرار نگیرند که دارای ویژگی‌های اقتصادی سرمایه‌گذاری باشند، دادگاه‌های سرمایه‌گذاری نباید به‌سادگی از آن‌ها به‌عنوان سرمایه‌گذاری حمایت کنند (Frankel, 2020, p. 54).

مطابق ماده ۳۱ (۱) و (۲) کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات، مفهوم «سرمایه‌گذاری» نباید صرفاً محدود به مفاد مستقیم ماده‌ای باشد که این اصطلاح در آن آمده است، بلکه باید با در نظر گرفتن کل معاهده، اهداف و مقاصد آن تفسیر شود. این رویکرد



تفسیری که مبتنی بر متن کامل و هدف معاهده است، به‌ویژه در مواردی که از اصطلاحات کلی یا فهرست‌های غیرحصری استفاده می‌شود، نشان‌دهنده انعطاف گسترده مفهوم سرمایه‌گذاری است. (Vanhonnaeker, 2020, pp. 11-12) برخی پژوهش‌گران استدلال می‌کنند که با توجه به جایگاه کنونی و آینده حقوق مالکیت فکری در نظام‌های حمایت از سرمایه‌گذاری، تدوین‌کنندگان معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی عمداً این حقوق را به‌گونه‌ای در چارچوب سرمایه‌گذاری تعریف کرده‌اند که قابلیت انطباق و تفسیر پویا داشته باشد. با این حال، گنجاندن حقوق مالکیت فکری در تعریف موسع سرمایه‌گذاری، پرسش‌های متعددی را به دنبال دارد؛ از جمله اینکه چه حقوقی دقیقاً تحت حمایت معاهده قرار می‌گیرند؟ حدود حمایت و امکان اعمال، انتقال، محدودیت یا استثنائات این حقوق تا چه میزان با سایر تعهدات بین‌المللی کشور میزبان سازگار است؟ در این میان، اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری - که در ادامه به‌طور مفصل مورد بررسی قرار خواهد گرفت - ایجاب می‌کند که مرجع اصلی تعیین دامنه حقوق و محدودیت‌های آن، نظام حقوق داخلی کشوری باشد که سرمایه‌گذاری در قلمرو آن انجام می‌شود. به عبارت دیگر، از آنجا که معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به خودی خود موجب ایجاد یا توسعه حقوق مالکیت فکری جدید نمی‌شوند، تعیین دامنه حمایت و محدودیت‌های آن‌ها منوط به شناسایی این حقوق در حقوق داخلی است. اگر حق مالکیت فکری مشخصی در نظام حقوقی کشور میزبان شناسایی نشده باشد، اساساً چنین حقی نمی‌تواند به‌عنوان سرمایه‌گذاری مورد حمایت قرار گیرد. (Correa, 2000, p. 124) به‌کارگیری عبارات کلی در معاهدات سرمایه‌گذاری، به‌ویژه در معاهدات دوجانبه، موجب پذیرش تدریجی این دیدگاه شد که سرمایه‌گذاری تنها به دارایی‌های مادی محدود نیست و دارایی‌های ناملموس را نیز در بر می‌گیرد. همین امر زمینه‌ساز آن شد که در بسیاری از معاهدات جدیدتر، حقوق مالکیت فکری به‌طور صریح در تعریف سرمایه‌گذاری ذکر شود. بر این اساس، تفسیری شکل گرفته که حتی در صورت عدم اشاره مستقیم به حقوق مالکیت فکری، می‌توان آن‌ها را به‌عنوان مصادیق دارایی در مفهوم گسترده سرمایه‌گذاری دانست. با این حال، این رویکرد تفسیری همواره بدون چالش نبوده است؛ چنان‌که در مذاکرات مربوط به معاهده چندجانبه سرمایه‌گذاری (MAI)، برخی دولت‌ها پیشنهاد کردند حقوق مالکیت فکری از تعریف سرمایه‌گذاری مستثنی شود. با وجود این اختلاف‌نظرها، ارجاع به حقوق مالکیت فکری ذیل تعریف سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه و چندجانبه، رویکردی دیرینه و رایج به شمار می‌آید. (piran, 2012, 51-52)

۳. حمایت از حقوق مالکیت فکری در کنوانسیون ایکسید

کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها (کنوانسیون ایکسید)، که در سال ۱۹۶۵ به اجرا درآمد، چارچوبی قوی برای حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهد. این کنوانسیون به‌ویژه برای سرمایه‌گذارانی که به دنبال محافظت از حقوق مالکیت فکری (IPRs) خود در برابر اقدامات دولت‌های میزبان هستند، اهمیت دارد. حقوق مالکیت فکری، مانند حق اختراع، علائم تجاری، و حق تألیف، اغلب در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی (IIAs) به‌عنوان «سرمایه‌گذاری» شناخته می‌شوند، که امکان استفاده از داوری ایکسید را برای حل اختلافات مرتبط با آن‌ها فراهم می‌کند.

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های کنوانسیون ایکسید، مکانیزم اجرای قوی آرای داوری است. طبق ماده ۵۳ کنوانسیون، آرای داوری ایکسید برای طرفین الزام‌آور بوده و قابل تجدیدنظر یا ابطال، جز در موارد پیش‌بینی‌شده در خود کنوانسیون، نیستند. ماده ۵۴ همچنین مقرر می‌دارد که کشورهای عضو باید تعهدات مالی ناشی از این آراء را به‌عنوان احکام نهایی دادگاه‌های خود به رسمیت شناخته و اجرا کنند (کنوانسیون ایکسید، ۱۹۶۵، مواد ۵۳-۵۴). این فرایند ساده‌شده، ایکسید را از سایر مکانیزم‌های داوری بین‌المللی متمایز می‌کند، زیرا نیازی به رویه‌های اجرایی اضافی ندارد (Schreuer, 2001, p. 1120).

داوری ایکسید در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (BITs) به‌دلیل ماهیت الزام‌آور و کارآمد آن از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. طبق گزارش‌های سازمان کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (UNCTAD)، اکثریت معاهدات سرمایه‌گذاری شامل مفادی برای حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذار-دولت از طریق ایکسید یا سایر مکانیزم‌های داوری هستند در بسیاری از این معاهدات، ایکسید به‌عنوان تنها گزینه حل‌وفصل اختلاف پیش‌بینی شده است، که آن را به انتخاب اصلی سرمایه‌گذاران خارجی برای حفاظت از حقوق خود، از جمله حقوق مالکیت فکری، تبدیل می‌کند. این امر به‌ویژه در مواردی که معاهدات صراحتاً حقوق مالکیت فکری را به‌عنوان سرمایه‌گذاری تعریف می‌کنند، اهمیت دارد (UNCTAD, 2020).

استفاده از نظام داوری مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) منوط به آن است که اختلاف مطروحه مستقیماً



از یک سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد؛ سرمایه‌گذاری‌ای که هم با تعریف مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه و هم با الزامات ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن (کنوانسیون ایکسید) انطباق داشته باشد. به موجب ماده ۲۵ این کنوانسیون، صلاحیت مرکز صرفاً شامل اختلافات حقوقی میان یک دولت متعاهد و تبعه دولت متعاهد دیگر می‌شود که مستقیماً از یک سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد، مشروط بر آنکه رضایت کتبی طرفین برای ارجاع اختلاف به داوری وجود داشته باشد (ICSID Convention, 1965, Article 25).

کنوانسیون ایکسید تعریفی صریح از مفهوم «سرمایه‌گذاری» ارائه نمی‌دهد. همین امر موجب شده است تا دیوان‌های داوری بین‌المللی در رویه خود، معیارهایی تفسیری برای تعیین سرمایه‌گذاری توسعه دهند. این معیارها عموماً شامل وجود تعهد سرمایه یا منابع دیگر، پذیرش ریسک، انتظار بازدهی اقتصادی، تداوم زمانی، و مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان هستند. چنین رویکردی نه تنها انعطاف‌پذیری مفهومی مناسبی را برای شمول انواع مختلف دارایی‌ها فراهم می‌کند، بلکه امکان ارزیابی دارایی‌های نامشهود مانند حقوق مالکیت فکری را نیز در بستر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی فراهم ساخته است.

در این چارچوب، شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری مستلزم آن است که این حقوق در تعریف مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری ذکر شده یا به طور ضمنی در قالب اصطلاحاتی چون «دارایی‌های نامشهود» یا «حقوق» گنجانده شده باشند. افزون بر آن، ارزیابی ماهیت سرمایه‌گذاری چنین حقوقی باید بر اساس معیارهای پذیرفته‌شده در نظام داوری بین‌المللی صورت گیرد. استفاده اقتصادی از حقوق مالکیت فکری، پذیرش ریسک تجاری مرتبط با آن، سرمایه‌گذاری منابع برای بهره‌برداری، و انتظار منفعت اقتصادی از جمله مؤلفه‌هایی هستند که نقش اساسی در تعیین ماهیت سرمایه‌گذاری این دسته از دارایی‌ها ایفا می‌کنند. (Barati, 2015, pp. 67-68)

از سوی دیگر، اهمیت حقوق داخلی کشور میزبان در ارزیابی مشروعیت، دامن و قابلیت حمایت حقوق مالکیت فکری انکارناپذیر است. معاهدات سرمایه‌گذاری به خودی خود نمی‌توانند مبنای ایجاد یا توسعه حقوق مالکیت فکری باشند؛ بلکه وجود و قابلیت اجرایی این حقوق عمده‌تاً تابع نظام قانونی داخلی است. در واقع، شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری تحت نظام ICSID، تنها زمانی محقق می‌شود که این حقوق مطابق با قانون کشور میزبان معتبر و قابل استناد بوده و ویژگی‌های سرمایه‌گذاری از منظر کنوانسیون نیز در مورد آن‌ها احراز شود.

در نتیجه، ادغام موفقیت‌آمیز مالکیت فکری در نظام حمایت از سرمایه‌گذاری مستلزم تلفیق ملاحظات ناشی از تفسیر معاهدات، معیارهای رویه داوری بین‌المللی، و الزامات حقوق داخلی کشور میزبان است. چنین رویکردی نه تنها توازن میان حمایت از سرمایه‌گذار و حاکمیت ملی را حفظ می‌کند، بلکه موجب افزایش مشروعیت و پیش‌بینی‌پذیری در حل‌وفصل اختلافات ناشی از دارایی‌های نامشهود خواهد شد.

یکی از چالش‌های اصلی در استفاده از داوری ایکسید برای حقوق مالکیت فکری، ماهیت سرزمینی این حقوق است. حقوق مالکیت فکری معمولاً تحت قوانین ملی تعریف و ثبت می‌شوند، که می‌تواند پیچیدگی‌هایی را در ارزیابی صلاحیت دیوان‌های ایکسید ایجاد کند. برای رفع این مشکل، برخی معاهدات سرمایه‌گذاری جدید، مانند معاهده تجارت آزاد اتحادیه اروپا-کانادا (CETA)، شامل ضامنی هستند که صراحتاً بیان می‌کنند که اعتبار حقوق مالکیت فکری باید توسط دادگاه‌های داخلی تعیین شود (Vadi, 2020, p. 171). این رویکرد به کاهش ادعاهای بی‌اساس و اطمینان از هماهنگی با قوانین ملی و بین‌المللی، مانند توافق‌نامه TRIPS، کمک می‌کند.

کنوانسیون ایکسید چارچوبی قوی برای حمایت از حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهد، به‌ویژه از طریق مکانیزم اجرای آرای داوری و انعطاف‌پذیری در تعریف سرمایه‌گذاری. آزمون سالینی، اگرچه به‌طور گسترده‌ای استفاده می‌شود، به‌صورت انعطاف‌پذیر اعمال شده و امکان تطبیق با انواع مختلف سرمایه‌گذاری، از جمله حقوق مالکیت فکری، را فراهم می‌کند. با این حال، هماهنگی با قوانین ملی و بین‌المللی برای اطمینان از استفاده مؤثر از داوری ایکسید در این زمینه ضروری است. سرمایه‌گذاران و دولت‌ها باید از این پیچیدگی‌ها آگاه باشند تا از مزایای کامل این مکانیزم بهره‌مند شوند.

معیار مشارکت در توسعه اقتصادی، به عنوان یکی از مؤلفه‌های کلیدی آزمون سالینی در داوری‌های مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)، نقشی محوری در تفسیر مفهوم سرمایه‌گذاری تحت ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید ایفا می‌کند. این معیار، که ریشه در مقدمه کنوانسیون ایکسید دارد و بر تقویت همکاری بین‌المللی برای توسعه اقتصادی تأکید می‌ورزد (Schreuer, 2001, p. 1120)، از سرمایه‌گذاران می‌طلبد که فعالیت‌هایشان تأثیر مثبتی بر اقتصاد کشور میزبان داشته باشد.



این حال، فقدان تعریف صریح از «سرمایه‌گذاری» در کنوانسیون، همراه با ماهیت ذهنی این معیار و دشواری‌های ارزیابی آن، به پیچیدگی‌هایی در رویه داوری منجر شده است. این نوشتار به تحلیل منشأ، کاربرد، انتقادات و تحولات این معیار در چارچوب داوری‌های ایکسید می‌پردازد، با تأکید بر رویکردی علمی و تخصصی.

منشأ معیار توسعه اقتصادی به اهداف بنیادین کنوانسیون ایکسید بازمی‌گردد که ترویج توسعه اقتصادی از طریق سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی را دنبال می‌کند. این معیار، در کنار سایر مؤلفه‌های آزمون سالیانی شامل تعهد منابع، پذیرش ریسک، و مدت‌زمان مشخص، به منظور ایجاد چارچوبی برای شناسایی سرمایه‌گذاری‌های مشمول صلاحیت ایکسید طراحی شده است. این حال، ارزیابی مشارکت در توسعه اقتصادی، به دلیل وابستگی به معیارهای کیفی مانند تأثیر بر تولید ناخالص داخلی، اشتغال‌زایی یا انتقال فناوری، چالش‌هایی را به همراه دارد. این امر به تفاسیر متفاوتی در داوری‌ها منجر شده است، به طوری که برخی دیوان‌ها این معیار را شرطی الزامی و برخی دیگر آن را ویژگی غیرالزام‌آوری تلقی کرده‌اند که در ارزیابی کلی سرمایه‌گذاری نقش دارد.

کاربرد معیار توسعه اقتصادی در داوری‌های ایکسید نشان‌دهنده تنوع در رویکردهای تفسیری است. برخی دیوان‌ها بر لزوم تأثیر ملموس و قابل اثبات بر اقتصاد کشور میزبان تأکید دارند، در حالی که دیگران رویکردی انعطاف‌پذیرتر اتخاذ کرده و این معیار را به عنوان یکی از ویژگی‌های معمول سرمایه‌گذاری، نه پیش‌نیازی اجباری، در نظر می‌گیرند. این عدم یکپارچگی در تفسیر، به ابهام در تعیین حدود صلاحیت ایکسید دامن زده و پرسش‌هایی در مورد چگونگی سنجش «مشارکت کافی» در توسعه اقتصادی ایجاد کرده است. (Blackaby et al., 2015, p. 456).

انتقادات به این معیار عمدتاً بر دو محور متمرکز است. نخست، برخی استدلال می‌کنند که این معیار با اصول تفسیر معاهدات مندرج در کنوانسیون وین (۱۹۶۹) سازگار نیست، زیرا معنایی محدودکننده به مفهوم سرمایه‌گذاری تحمیل می‌کند که در متن کنوانسیون ایکسید پشتیبانی نمی‌شود. دوم، ماهیت ذهنی و دشواری‌های اندازه‌گیری این معیار، مانند تعیین میزان تأثیر اقتصادی یا کیفی بودن معیارهای ارزیابی، به ناسازگاری در تصمیم‌گیری‌ها منجر شده است (IISD, 2012). در مقابل، مدافعان این معیار تأکید دارند که حفظ آن برای تحقق هدف اصلی کنوانسیون، یعنی ترویج توسعه اقتصادی پایدار، ضروری است. آن‌ها استدلال می‌کنند که این معیار به کشورهای میزبان امکان می‌دهد تا سرمایه‌گذاری‌ها را با اهداف توسعه‌ای خود هم‌راستا کنند، در حالی که حمایت‌های حقوقی لازم را برای سرمایه‌گذاران فراهم می‌آورد. تحولات اخیر در داوری‌های ایکسید نشان‌دهنده گرایش به سوی تفسیر انعطاف‌پذیرتر این معیار است. برخی دیوان‌ها با کاهش تأکید بر الزام‌آوری معیار توسعه اقتصادی، به مفهوم گسترده‌تری از سرمایه‌گذاری روی آورده‌اند که با ماهیت متنوع معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری هم‌خوانی دارد. با این حال، این رویکرد خطر گسترش بیش از حد صلاحیت ایکسید را به همراه دارد که ممکن است به تضعیف اهداف توسعه‌ای کنوانسیون منجر شود. در نتیجه، معیار توسعه اقتصادی همچنان در مرکز بحث‌های نظری و عملی داوری‌های سرمایه‌گذاری قرار دارد و نیازمند تعادل دقیق بین حمایت از سرمایه‌گذاران و تأمین منافع کشورهای میزبان است.

در معاهدات سرمایه‌گذاری مدرن، مانند معاهده تجارت آزاد اتحادیه اروپا-کانادا (CETA)، معمولاً سه معیار اول آزمون سالیانی (تعهد سرمایه، انتظار بازدهی، و پذیرش ریسک) به عنوان الزامات اصلی برای تعریف سرمایه‌گذاری در نظر گرفته می‌شوند (Klopschinski et al., 2020, p. 160). معیار توسعه اقتصادی اغلب به عنوان یک ویژگی اختیاری تلقی می‌شود یا به طور کامل کنار گذاشته می‌شود. این تغییر نشان‌دهنده تلاش برای کاهش ابهامات و ایجاد تعادل بین حمایت از سرمایه‌گذاران و منافع کشورهای میزبان است.

برای ارزیابی معیار توسعه اقتصادی در داوری‌های ایکسید، داوران می‌توانند از چندین شاخص کلیدی استفاده کنند. یکی از این شاخص‌ها بررسی این است که آیا سرمایه‌گذاری به نفع جامعه میزبان است، به عنوان مثال، از طریق بهبود شرایط اجتماعی یا اقتصادی برای مردم محلی. شاخص دیگر، انتقال دانش فنی است که نشان می‌دهد آیا سرمایه‌گذاری شامل انتقال فناوری یا مهارت‌های جدید به کشور میزبان بوده است یا خیر. همچنین، داوران تأثیر سرمایه‌گذاری بر تولید ناخالص داخلی (GDP) را ارزیابی می‌کنند تا مشخص شود آیا به رشد اقتصادی قابل توجهی منجر شده است. علاوه بر این، تأثیرات توسعه‌ای سرمایه‌گذاری، مانند بهبود زیرساخت‌ها یا ایجاد فرصت‌های شغلی، نیز مورد توجه قرار می‌گیرد. ای ارزیابی دقیق‌تر این معیار، داوران می‌توانند از داده‌های اقتصادی معتبر، مانند گزارش‌های بانک جهانی، استفاده کنند تا تأثیرات سرمایه‌گذاری را به صورت کمی و کیفی تحلیل کنند (IISD, 2012).



۴. عنصر تعهد سرمایه در آزمون سالینی

کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) فاقد تعریف صریحی برای اصطلاح «سرمایه‌گذاری» است، که این امر به دیوان‌های داوری امکان داده تا معیارهایی برای شناسایی فعالیت‌های واجد شرایط این عنوان ایجاد کنند. در این راستا، آزمون سالینی به عنوان چارچوبی کلیدی برای ارزیابی سرمایه‌گذاری‌ها مطرح شده است که شامل چندین معیار اساسی است. این معیارها برای تعیین اینکه آیا یک فعالیت اقتصادی، از جمله حقوق مالکیت فکری، می‌تواند به عنوان سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید شناخته شود، به کار گرفته می‌شوند.

نخستین معیار آزمون سالینی، لزوم تخصیص منابع قابل توجه، اعم از مالی یا غیرمالی، توسط سرمایه‌گذار به کشور میزبان است. این تعهد می‌تواند شامل سرمایه‌گذاری‌های مادی مانند زیرساخت‌ها یا دارایی‌های ناملموس مانند حقوق مالکیت فکری باشد. با این حال، صرف مالکیت یک حق مالکیت فکری، مانند علامت تجاری ثبت شده، بدون بهره‌برداری اقتصادی فعال در کشور میزبان، ممکن است برای احراز این معیار کافی نباشد، زیرا فقدان فعالیت اقتصادی ملموس، تعهد واقعی به منابع را زیر سؤال می‌برد معیار دوم، انتظار کسب سود یا منفعت اقتصادی است. در اقتصاد مدرن، حقوق مالکیت فکری به دلیل نقش محوری در نوآوری و دارایی‌های ناملموس، به منبعی کلیدی برای خلق ارزش تبدیل شده‌اند. سرمایه‌گذاران معمولاً از این حقوق از طریق بهره‌برداری مستقیم در بازار یا اعطای مجوز برای کسب سود استفاده می‌کنند. بنابراین، حقوق مالکیت فکری به طور کلی این معیار را برآورده می‌کنند، زیرا انتظار بازدهی اقتصادی از آن‌ها منطقی و متداول است.

سومین معیار، پذیرش ریسک فراتر از خطرات معمول تجاری است. سرمایه‌گذاری‌های مرتبط با حقوق مالکیت فکری ذاتاً با عدم قطعیت‌هایی همراه هستند، از جمله احتمال عدم موفقیت تجاری در بازار یا نقض حقوق توسط اشخاص ثالث. علاوه بر این، نگرانی‌هایی مانند ناکارآمدی مکانیزم‌های حفاظتی در کشور میزبان می‌تواند ریسک‌های اضافی را برای سرمایه‌گذار ایجاد کند. این ویژگی‌ها، حقوق مالکیت فکری را به عنوان سرمایه‌گذاری‌هایی با ریسک قابل توجه معرفی می‌کنند که با معیارهای کنوانسیون ایکسید هم‌خوانی دارند (Klopschinski et al., 2020, p. 163).

معیار چهارم، شرط وجود دوره زمانی مشخص، معمولاً بین دو تا پنج سال، برای فعالیت سرمایه‌گذاری است. حقوق مالکیت فکری، مانند علائم تجاری یا اختراعات، اغلب برای دوره‌های طولانی معتبر هستند و سرمایه‌گذاران انتظار دارند که این حقوق برای مدت قابل توجهی از فعالیت‌های اقتصادی پشتیبانی کنند. این ویژگی به طور کلی در مورد حقوق مالکیت فکری به راحتی محقق می‌شود، زیرا ماهیت بلندمدت این حقوق با معیارهای داوری هم‌راستا است. برخی مفسران، با این حال، استدلال کرده‌اند که شرط مدت‌زمان نباید به عنوان یک الزام سختگیرانه تلقی شود و تحلیل جامع شرایط معامله باید در اولویت قرار گیرد (Seyedin, Karchani, 2021, p. 54). معیار پنجم و بحث‌برانگیزترین عنصر آزمون سالینی، مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان است. این مشارکت می‌تواند از طریق افزایش درآمدهای مالیاتی، ایجاد فرصت‌های شغلی، یا بهبود سطح زندگی جامعه میزبان محقق شود. با این حال، ارزیابی عینی این معیار به دلیل ماهیت ذهنی آن دشوار است. برخی دیوان‌های داوری استدلال کرده‌اند که این معیار لزوماً یک شرط اساسی برای سرمایه‌گذاری نیست، بلکه نتیجه‌ای از حفاظت از سرمایه‌گذاری‌ها تحت کنوانسیون ایکسید است. این دیدگاه بر این اساس است که سه معیار اولیه (تعهد منابع، انتظار سود، و پذیرش ریسک) به طور ضمنی به توسعه اقتصادی منجر می‌شوند و نیازی به ارزیابی جداگانه این معیار نیست (Oke, 2021, p. 60). این رویکرد انعطاف‌پذیر در داوری‌های اخیر، به ویژه در مواردی که حقوق مالکیت فکری مطرح بوده‌اند، نشان‌دهنده تمایل به کاهش تأکید بر این معیار و تمرکز بر ویژگی‌های اقتصادی و حقوقی سرمایه‌گذاری است. در مجموع، آزمون سالینی چارچوبی منسجم برای ارزیابی سرمایه‌گذاری‌ها تحت کنوانسیون ایکسید فراهم می‌کند، اما تفسیرهای متفاوت دیوان‌های داوری نشان‌دهنده انعطاف‌پذیری و پیچیدگی در کاربرد آن است. حقوق مالکیت فکری، به دلیل ویژگی‌های منحصر به فردشان، معمولاً معیارهای این آزمون را برآورده می‌کنند، اما ارزیابی دقیق هر مورد به شرایط خاص آن بستگی دارد.

در چارچوب کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)، تعیین اینکه آیا حقوق مالکیت فکری می‌توانند به عنوان سرمایه‌گذاری شناخته شوند، نیازمند تحقق معیارهای خاص مندرج در آزمون سالینی و معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. این معیارها شامل تخصیص منابع قابل توجه، انتظار کسب سود، پذیرش ریسک، و مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان هستند.



با این حال، صرف ثبت یک حق مالکیت فکری، مانند علامت تجاری، بدون بهره‌برداری فعال در فعالیت‌های اقتصادی، نمی‌تواند به‌طور خودکار به‌عنوان سرمایه‌گذاری تلقی شود. چنین حقوقی تنها در صورتی ویژگی‌های سرمایه‌گذاری را احراز می‌کنند که به‌صورت فعال در فرایندهای تجاری مانند تولید، بازاریابی، یا فروش در کشور میزبان به کار گرفته شوند، زیرا این فعالیت‌ها مستلزم تعهد منابع، پذیرش ریسک‌های تجاری، و تداوم زمانی هستند (Klopschinski et al., 2014, p. 165).

بهره‌برداری اقتصادی از حقوق مالکیت فکری، مانند استفاده از علائم تجاری در بازار داخلی، می‌تواند از طریق ایجاد فرصت‌های شغلی، افزایش درآمدهای مالیاتی، یا تقویت انتخاب مصرف‌کننده به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمک کند. به‌طور مشابه، ثبت اختراعات خارجی می‌تواند انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه را تسهیل کند، که خود به رشد اقتصادی و ارتقای ظرفیت‌های صنعتی کمک می‌کند. این فعالیت‌ها نه‌تنها معیارهای آزمون سالیانی را برآورده می‌کنند، بلکه با اهداف کنوانسیون ایکسید، که بر ترویج توسعه اقتصادی از طریق حمایت از سرمایه‌گذاری تأکید دارد، هم‌راستا هستند.

با این حال، ارزیابی حقوق مالکیت فکری به‌عنوان سرمایه‌گذاری نیازمند بررسی دقیق و مورد به مورد است. صرف مالکیت یک حق مالکیت فکری، بدون بهره‌برداری فعال، فاقد ویژگی‌های اقتصادی لازم برای احراز تعریف سرمایه‌گذاری است، زیرا ثبت این حقوق اغلب اثری منفی دارد، مانند جلوگیری از استفاده رقبای، بدون اینکه به‌طور مستقیم منفعتی برای اقتصاد میزبان ایجاد کند. در مقابل، بهره‌برداری فعال از این حقوق، مانند تولید و فروش محصولات تحت یک علامت تجاری، مستلزم تخصیص منابع، پذیرش ریسک‌های بازار، و تداوم زمانی است که همگی ویژگی‌های یک سرمایه‌گذاری را به نمایش می‌گذارند. علاوه بر این، چنین فعالیت‌هایی می‌توانند از طریق ایجاد درآمدهای مالیاتی یا ارتقای زیرساخت‌های اقتصادی به توسعه کشور میزبان کمک کنند نقش قوانین داخلی کشور میزبان در تعیین وضعیت حقوقی حقوق مالکیت فکری به‌عنوان سرمایه‌گذاری حیاتی است. در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، سرمایه‌گذاری به‌عنوان «هر نوع دارایی» تعریف می‌شود که شامل حقوق مالکیت فکری نیز می‌گردد. با این حال، وجود قانونی این دارایی‌ها به قوانین داخلی کشور میزبان وابسته است، که تعیین می‌کند آیا یک حق مالکیت فکری به‌طور معتبر ثبت و محافظت شده است یا خیر. این وابستگی به قوانین داخلی، پیچیدگی‌هایی را در داوری‌های سرمایه‌گذاری ایجاد می‌کند، زیرا باید تعادل بین حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و احترام به چارچوب‌های حقوقی ملی حفظ شود (Klopschinski et al., 2014, pp. 169-170).

یکی از چالش‌های کلیدی در این حوزه، جلوگیری از سوءاستفاده از سیستم داوری سرمایه‌گذار-دولت است. برخی سرمایه‌گذاران ممکن است از این سیستم به‌عنوان ابزاری برای به چالش کشیدن تصمیمات قضایی مشروع کشورهای میزبان استفاده کنند، که می‌تواند به «سردی مقرراتی» منجر شود، یعنی وضعیتی که کشورها از وضع مقررات جدید به‌دلیل ترس از دعاوی داوری خودداری می‌کنند. این مسئله به‌ویژه برای کشورهای در حال توسعه نگران‌کننده است، زیرا ممکن است توانایی آن‌ها برای تنظیم سیاست‌های عمومی را محدود کند. بنابراین، ضروری است که تنها حقوق مالکیت فکری که به‌طور فعال در فعالیت‌های اقتصادی بهره‌برداری می‌شوند و به توسعه کشور میزبان کمک می‌کنند، به‌عنوان سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید شناخته شوند. این رویکرد نه‌تنها با اهداف حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی هم‌خوانی دارد، بلکه از استفاده نابجا از مکانیزم‌های داوری برای مقاصد غیرمرتبط با توسعه اقتصادی جلوگیری می‌کند (Oke, 2020, pp. 103-104).

در نتیجه، حقوق مالکیت فکری می‌توانند به‌عنوان سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید در نظر گرفته شوند، مشروط بر اینکه معیارهای آزمون سالیانی را برآورده کنند و به‌طور فعال در فعالیت‌های اقتصادی بهره‌برداری شوند. این فرایند نیازمند تعادل دقیق بین حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و احترام به قوانین داخلی کشور میزبان است، ضمن اینکه باید از سوءاستفاده از سیستم داوری برای به چالش کشیدن مقررات مشروع جلوگیری شود. تحلیل دقیق و مورد به مورد این حقوق، با توجه به نقش آن‌ها در توسعه اقتصادی و انطباق با چارچوب‌های حقوقی بین‌المللی و ملی، برای اطمینان از انسجام و عدالت در داوری‌های سرمایه‌گذاری ضروری است.

۵. نقش حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حقوق داخلی شناسایی مالکیت فکری به‌عنوان سرمایه‌گذاری

تعیین اینکه آیا حقوق مالکیت فکری می‌توانند به‌عنوان سرمایه‌گذاری در چارچوب کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) و معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی شناخته شوند، به تعامل پیچیده‌ای بین قواعد حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و قوانین



داخلی کشور میزبان وابسته است. این فرایند در درجه اول به اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری بستگی دارد، که وجود، اعتبار، و دامنه این حقوق را به نظام حقوقی داخلی کشور میزبان پیوند می‌دهد. حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، هرچند چارچوبی برای حمایت از دارایی‌های سرمایه‌گذاران خارجی فراهم می‌کنند، نمی‌توانند به‌طور مستقل حقوقی را ایجاد کنند که در قوانین داخلی به رسمیت شناخته نشده باشند. در نتیجه، تحلیل اولیه برای شناسایی یک حق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری، به ارزیابی وجود قانونی آن حق در نظام حقوقی داخلی وابسته است (Klopschinski et al., 2014, p. 173). تنها پس از تأیید این وجود قانونی است که معیارهای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مانند معیارهای آزمون سالیانی یا تعاریف مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری، برای تعیین وضعیت سرمایه‌گذاری به کار گرفته می‌شوند.

اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری، که به‌ویژه در مورد اختراعات، علائم تجاری، و حقوق کپی‌رایت برجسته است، به این معناست که یک حق مالکیت فکری تنها در صورتی در کشور میزبان معتبر است که به‌طور رسمی تحت قوانین داخلی آن کشور ثبت و به رسمیت شناخته شده باشد. این ویژگی به‌طور خاص در مورد اختراعات اهمیت دارد، زیرا الزامات ثبت اختراع در کشورهای مختلف متفاوت است و ثبت در یک کشور به معنای حفاظت خودکار در کشور دیگر نیست (Hekmatnia, 2011, p. 8). در نتیجه، یک اختراع که در کشور مبدأ سرمایه‌گذار ثبت شده است، نمی‌تواند به عنوان سرمایه‌گذاری تحت یک معاهده سرمایه‌گذاری در کشور میزبان محافظت شود، مگر اینکه مقامات آن کشور به‌طور رسمی آن را اعطا کرده باشند. این وابستگی به قوانین داخلی می‌تواند سرمایه‌گذاران را در موقعیت آسیب‌پذیری قرار دهد، زیرا حفاظت از دارایی‌های آن‌ها به تصمیمات مقامات کشور میزبان وابسته است، که ممکن است با اهداف سرمایه‌گذاری بین‌المللی در تضاد باشد (Adel, 2018, p. 348). معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی معمولاً سرمایه‌گذاری را به عنوان «هر نوع دارایی» تعریف می‌کنند، که می‌تواند حقوق مالکیت فکری را در بر گیرد. با این حال، این تعاریف نمی‌توانند به عنوان منبع مستقیم حقوق مالکیت فکری عمل کنند، زیرا وجود این حقوق در درجه اول توسط قوانین داخلی تعیین می‌شود. برای مثال، اگر یک حق مالکیت فکری در کشور میزبان به رسمیت شناخته نشود، حتی در صورت درج در تعریف سرمایه‌گذاری در معاهده، نمی‌توان آن را به عنوان دارایی قابل حفاظت تحت کنوانسیون ایکسید در نظر گرفت (Correa, 2004, p. 132). این محدودیت به این دلیل است که معاهدات سرمایه‌گذاری، حقوق جدیدی ایجاد نمی‌کنند، بلکه از حقوقی که قبلاً در نظام حقوقی داخلی وجود دارند، حمایت می‌کنند.

یکی از مسائل بحث‌برانگیز در این حوزه، وضعیت درخواست‌های ثبت اختراع است. برخی مفسران پیشنهاد کرده‌اند که حفاظت سرمایه‌گذاری می‌تواند از لحظه‌ای که سرمایه‌گذار فرایند درخواست ثبت اختراع را در کشور میزبان آغاز می‌کند، اعمال شود، حتی اگر حق نهایی هنوز اعطا نشده باشد. این دیدگاه مبتنی بر این استدلال است که درخواست‌های ثبت اختراع، به عنوان دارایی‌های ناملموس، می‌توانند به دلیل انتظار منطقی برای کسب حق و امکان اقدام علیه ناقضان، به عنوان سرمایه‌گذاری تلقی شوند (Vanhonacker, 2015, pp. 16-17). برخی معاهدات سرمایه‌گذاری، مانند معاهده دوجانبه ایالات متحده و جامائیکا (۱۹۹۷) یا کانادا و آرژانتین (۱۹۹۳)، به‌طور صریح از "اختراعات قابل ثبت" یا "حقوق مرتبط با اختراعات" حمایت می‌کنند، که ممکن است شامل درخواست‌های ثبت اختراع نیز باشد. با این حال، معاهداتی مانند توافق‌نامه جامع سرمایه‌گذاری آسه‌آن (۲۰۰۹) ممکن است درخواست‌های ثبت اختراع را از شمول حفاظت مستثنی کنند، که این تفاوت‌ها اهمیت متن دقیق معاهده و نیت طرفین را برجسته می‌کند (Liberti, 2010, p. 8).

در مواردی که معاهده سرمایه‌گذاری تعریف گسترده‌ای از دارایی ارائه می‌دهد، ممکن است این تصور ایجاد شود که حقوق مالکیت فکری فراتر از آنچه در قوانین داخلی به رسمیت شناخته شده‌اند، تحت حفاظت قرار می‌گیرند. با این حال، این دیدگاه با اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری در تعارض است، زیرا نمی‌توان حقی را که در قوانین داخلی وجود ندارد، به عنوان سرمایه‌گذاری محافظت کرد (Jozwik, 2014, p. 354). حتی در مواردی که معاهده به‌طور صریح به انواع خاصی از حقوق مالکیت فکری، مانند نشانه‌های جغرافیایی یا حقوق پرورش‌دهندگان گیاه، اشاره می‌کند، این حقوق تنها در صورتی واجد شرایط حفاظت هستند که توسط قوانین داخلی کشور میزبان به رسمیت شناخته شوند. این امر سؤالی را مطرح می‌کند که آیا کشور میزبان موظف است چنین حقوقی را ایجاد کند؟ پاسخ منطقی منفی است، زیرا اصل سرزمینی بودن به کشورها اجازه می‌دهد تا سیاست‌های مالکیت فکری خود را بر اساس نیازهای اجتماعی، اقتصادی، و فناوری تنظیم کنند (Vadi, 2015, p. 154).



در صورت بروز تعارض بین قوانین داخلی و معاهدات سرمایه‌گذاری، برخی مفسران معتقدند که مفاد معاهده باید اولویت داشته باشند، به‌ویژه اگر حفاظت گسترده‌تری را ارائه دهند (Vanhonnaeker, 2015, p. 18). با این حال، این دیدگاه با این واقعیت محدود می‌شود که معاهدات سرمایه‌گذاری نمی‌توانند حقوق جدیدی ایجاد کنند و تنها از حقوقی که در نظام حقوقی داخلی وجود دارند، حمایت می‌کنند (Correa, 2014, p. 135). دیوان‌های داوری باید از تفسیرهایی که تعهدات غیرمنطقی بر دولت‌های میزبان تحمیل می‌کنند یا جایگاه آن‌ها را به عنوان مراجع حقوقی فراملیتی ارتقا می‌دهند، اجتناب کنند. در عوض، تحلیل باید بر ارزیابی دقیق متن معاهده، نیت طرفین، و انطباق با قوانین داخلی متمرکز باشد تا تعادل بین حمایت از سرمایه‌گذاران و احترام به حاکمیت ملی حفظ شود.

به‌طور کلی، شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری نیازمند تمایز بین وجود قانونی این حقوق، که توسط قوانین داخلی تعیین می‌شود، و استفاده از آن‌ها در فعالیت‌های اقتصادی، که تحت معیارهای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی ارزیابی می‌شود. اقدامات نظارتی که استفاده از این حقوق را محدود می‌کنند، ممکن است موضوع داوری قرار گیرند، اما وجود این حقوق نمی‌تواند صرفاً بر اساس حقوق بین‌المللی تعیین شود. این رویکرد برای حفظ توازن بین حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و احترام به چارچوب‌های حقوقی داخلی ضروری است.

در چارچوب حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، یکی از مسائل کلیدی در شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری، تعیین دامنه حفاظت از دارایی‌های ناملموسی مانند درخواست‌های ثبت اختراع است. این موضوع به دلیل اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری، که وجود و اعتبار این حقوق را به قوانین داخلی کشور میزبان وابسته می‌کند، پیچیدگی خاصی دارد. برخی دیدگاه‌ها پیشنهاد می‌کنند که حفاظت سرمایه‌گذاری می‌تواند از لحظه‌ای که سرمایه‌گذار فرایند درخواست ثبت اختراع را در کشور میزبان آغاز می‌کند، اعمال شود. این استدلال مبتنی بر این فرض است که درخواست‌های ثبت اختراع، به عنوان دارایی‌های ناملموس، می‌توانند به دلیل انتظار منطقی برای کسب حق قانونی و امکان اقدام علیه نقض‌کنندگان، به عنوان سرمایه‌گذاری تلقی شوند، حتی اگر هنوز به‌طور رسمی ثبت نشده باشند (Vanhonnaeker, 2015, pp. 16-17). این دیدگاه در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است، که به‌طور صریح حفاظت از «اختراعات قابل ثبت» یا «حقوق مرتبط با اختراعات» را در بر می‌گیرند. برای مثال، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده و جامائیکا (۱۹۹۷) و کانادا و آرژانتین (۱۹۹۳) چنین فرمول‌بندی‌هایی را ارائه می‌دهند، که ممکن است شامل درخواست‌های ثبت اختراع نیز باشد. همچنین، معاهده ایالات متحده و مغولستان (۱۹۹۷) با اشاره به «اختراعات در تمامی حوزه‌های فعالیت بشری»، دامنه‌ای گسترده‌تر را پیشنهاد می‌کند که می‌تواند فراتر از اختراعات ثبت‌شده باشد (Liberti, 2010, p. 8). با این حال، رویکردهای متفاوتی در معاهدات سرمایه‌گذاری وجود دارد. برخی معاهدات، مانند توافق‌نامه جامع سرمایه‌گذاری آسه‌آن (۲۰۰۹)، درخواست‌های ثبت اختراع را از شمول حفاظت سرمایه‌گذاری مستثنی می‌کنند، در حالی که معاهداتی مانند توافق‌نامه هنگ‌کنگ و استرالیا (۱۹۹۳) یا معاهده پرو و آلمان (۱۹۹۵) با درج عباراتی مانند «دانش و فرایندهای تکنولوژیکی ثبت‌شده یا نشده»، رویکردی فراگیرتر اتخاذ می‌کنند. این تنوع در فرمول‌بندی‌ها، اهمیت تحلیل دقیق متن معاهده و نیت طرفین را در تعیین اینکه آیا درخواست‌های ثبت اختراع می‌توانند به عنوان سرمایه‌گذاری تحت حفاظت قرار گیرند، برجسته می‌کند (Klopschinski et al., 2014, p. 157). با این حال، درخواست‌های ثبت اختراع، به دلیل ایجاد صرفاً انتظار برای کسب حق و نه خود حق قانونی، از نظر حقوقی در وضعیت متزلزلی قرار دارند. اختراعات ثبت‌نشده به‌طور کلی از حفاظت کامل اختراع بهره‌مند نمی‌شوند، و این امر پرسش‌هایی را درباره مشروعیت در نظر گرفتن آن‌ها به عنوان سرمایه‌گذاری مطرح می‌کند.

معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به عنوان توافق‌هایی مبتنی بر رضایت متقابل دولت‌ها، بخشی از حاکمیت ملی را برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی واگذار می‌کنند. در مواردی که معاهده به‌طور صریح تعریفی گسترده ارائه می‌دهد که شامل «درخواست‌های ثبت اختراع» یا «اختراعات قابل ثبت» می‌شود، این عبارات می‌توانند به عنوان نشانه‌ای از نیت طرفین برای گسترش دامنه حفاظت تلقی شوند. با این حال، این گسترش نمی‌تواند اصل سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری را نادیده بگیرد، که وجود قانونی این حقوق را به قوانین داخلی کشور میزبان وابسته می‌کند (Klopschinski et al., 2014, p. 157). بنابراین، استدلال برای حفاظت از اختراعات ثبت‌نشده یا درخواست‌های ثبت اختراع، در صورتی که معاهده به‌طور صریح به آن‌ها اشاره نکند، با چالش‌های حقوقی مواجه است، زیرا چنین حقوقی فاقد وجود قانونی در نظام حقوقی داخلی هستند.



یکی از مسائل پیچیده‌تر، زمانی مطرح می‌شود که معاهدات سرمایه‌گذاری به انواع حقوق مالکیت فکری اشاره می‌کنند که در قوانین داخلی کشور میزبان به رسمیت شناخته نشده‌اند، مانند نشانه‌های جغرافیایی یا حقوق پرورش‌دهندگان گیاه. برخی مفسران معتقدند که در نبود اشاره صریح به نقش قوانین داخلی در معاهده، تعریف گسترده سرمایه‌گذاری ممکن است حفاظتی فراتر از آنچه در قوانین داخلی وجود دارد، ارائه دهد (Vanhonnaeker, 2015, p. 18). با این حال، این دیدگاه با این واقعیت محدود می‌شود که معاهدات سرمایه‌گذاری نمی‌توانند حقوق مالکیت فکری جدیدی ایجاد کنند که در قوانین داخلی وجود ندارند. اصل سرزمینی بودن، که به کشورها اختیار تنظیم سیاست‌های مالکیت فکری را بر اساس نیازهای اجتماعی، اقتصادی، و فناوری می‌دهد، مانع از آن می‌شود که یک حق مالکیت فکری فاقد اعتبار داخلی به عنوان سرمایه‌گذاری محافظت شود (Jozwik, 2014, p. 354). در نتیجه، تنها زمانی که قوانین داخلی انواع جدیدی از حقوق مالکیت فکری را به رسمیت بشناسند، می‌توان بررسی کرد که آیا این حقوق واجد شرایط حفاظت سرمایه‌گذاری هستند یا خیر. این امر سؤالی را مطرح می‌کند که آیا کشورهای میزبان موظف به ایجاد حقوق مالکیت فکری جدید برای انطباق با معاهدات سرمایه‌گذاری هستند؟ پاسخ منطقی منفی است، زیرا اصل سرزمینی بودن به کشورها اجازه می‌دهد تا چارچوب‌های حقوقی خود را به صورت مستقل تنظیم کنند. با این حال، در مواردی که معاهده به طور صریح به حقوقی مانند درخواست‌های ثبت اختراع یا اختراعات ثبت نشده اشاره می‌کند، تحلیل باید بر فرمول‌بندی معاهده، نیت طرفین، و هدف کلی آن متمرکز باشد. این فرایند نیازمند تدوین دقیق متون معاهدات است تا از ابهام و پیچیدگی جلوگیری شود و نیت واقعی طرفین به وضوح منعکس گردد.

در نهایت، ارزیابی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری نیازمند تمایز بین وجود قانونی این حقوق، که توسط قوانین داخلی تعیین می‌شود، و استفاده اقتصادی از آن‌ها، که تحت معیارهای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی بررسی می‌شود. اقدامات نظارتی که استفاده از این حقوق را محدود می‌کنند، ممکن است موضوع داوری قرار گیرند، اما وجود خود این حقوق نمی‌تواند صرفاً بر اساس حقوق بین‌المللی تعیین شود. دیوان‌های داوری باید از تفسیرهایی که تعهدات غیرمنطقی بر دولت‌های میزبان تحمیل می‌کنند یا جایگاه آن‌ها را به عنوان مراجع حقوقی فراملیتی ارتقا می‌دهند، اجتناب کنند (Correa, 2014, p. 135). این رویکرد تعادل لازم بین حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و حفظ حاکمیت ملی در تنظیم سیاست‌های مالکیت فکری را تضمین می‌کند.

نتیجه‌گیری

تحول مفهوم «سرمایه‌گذاری» در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به ویژه در پرتو گسترش دارای‌های نامشهود، موجب شده تا حقوق مالکیت فکری به طور فزاینده‌ای در کانون توجه موافقت‌نامه‌های دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری قرار گیرند. با این حال، تحلیل مفهومی و کارکردی این حقوق به عنوان دارای‌های سرمایه‌ای، نیازمند بازنگری در تفسیر سنتی از مفهوم سرمایه‌گذاری، و بازاندیشی در تعامل پیچیده میان نظام حقوق مالکیت فکری و رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی است.

مقاله حاضر نشان می‌دهد که گنجاندن حقوق مالکیت فکری در تعریف سرمایه‌گذاری مندرج در معاهدات، صرفاً شرطی اولیه برای برخورداری از حمایت‌های معاهده‌ای است و نمی‌تواند به تنهایی ضمانت‌کننده صلاحیت مراجع داوری یا شمول حمایت‌های ماهوی تلقی شود. چارچوب کنوانسیون ICSID نیز با ارائه مفهومی انعطاف‌پذیر اما فاقد تعریف صریح از «سرمایه‌گذاری»، لزوم ارزیابی مستقل و مضیق این حقوق را آشکار می‌سازد. در این راستا، آزمون سالینی و دیگر معیارهای رویه‌ای همچون وجود تعهد سرمایه، انتظار سودآوری، پذیرش ریسک و مشارکت در توسعه اقتصادی کشور میزبان، به عنوان چهارچوبی تحلیلی برای ارزیابی سرمایه‌گذاری‌ها مطرح شده‌اند که باید با توجه به ویژگی‌های خاص مالکیت فکری بازخوانی شوند.

تحلیل تطبیقی تصمیمات داوری برجسته بیانگر آن است که صرف تملک یک حق مالکیت فکری ثبت شده، بدون بهره‌برداری فعال اقتصادی از آن در کشور میزبان، نمی‌تواند معیارهای سرمایه‌گذاری را برآورده سازد. از این رو، «استفاده عملی و بهره‌برداری اقتصادی» از حقوق مالکیت فکری، عنصر کلیدی در تعیین صلاحیت و شمول حمایتی این حقوق در چارچوب سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود. افزون بر این، نحوه بهره‌برداری از حقوق مزبور باید منطبق با نظام قانونی کشور میزبان و در راستای اهداف توسعه‌ای آن باشد تا مفهوم توسعه اقتصادی نیز تحقق یابد.

از منظر حاکمیت ملی و حقوق داخلی، باید اذعان داشت که معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به تنهایی قادر به ایجاد یا اعطای حقوق



مالکیت فکری نیستند. این حقوق، ماهیتاً سرزمینی بوده و تابع قوانین موضوعه کشور میزبان هستند. بنابراین، مشروعیت و قابلیت حمایت حقوق مالکیت فکری باید در درجه نخست توسط نظام حقوقی داخلی کشور میزبان به رسمیت شناخته شده باشد تا بتوان آن را در نظام داوری بین‌المللی به عنوان سرمایه‌گذاری معتبر تلقی کرد. این موضوع نقش تعیین‌کننده‌ی حقوق داخلی را در تحلیل تطبیقی میان مقررات معاهده‌ای و واقعیت‌های قانونی برجسته می‌سازد.

نکته حائز اهمیت دیگر، ضرورت رعایت موازنه‌ای ظریف میان حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و جلوگیری از تضعیف سیاست‌گذاری عمومی کشور میزبان است. بهره‌گیری نادرست از نظام حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذار-دولت در حوزه مالکیت فکری می‌تواند منجر به پدیده «سردی مقرراتی» شود؛ جایی که دولت‌ها در اعمال صلاحیت‌های تقنینی و اجرایی خود، به‌ویژه در حوزه بهداشت عمومی، آموزش، دسترسی به دارو و فناوری‌های بومی، دچار خودسانسوری و انفعال شوند.

از منظر سیاست‌گذاری، مقاله تأکید می‌کند که دولت‌ها باید در فرایند مذاکره و تدوین معاهدات سرمایه‌گذاری، با دقت و شفافیت، حدود شمول و تعریف سرمایه‌گذاری را مشخص کنند و در صورت اراده برای پوشش حقوق مالکیت فکری، سازوکارهایی برای سنجش بهره‌برداری واقعی، تفسیر منطبق با اهداف توسعه‌ای، و ارجاع روشن به نظام حقوقی داخلی در متن معاهده بگنجانند. همچنین، توصیه می‌شود که مراجع داوری نیز در تفسیر مفاد معاهدات، از تداخل غیرموجه در حاکمیت قانون کشور میزبان اجتناب کنند و توازن میان حقوق سرمایه‌گذار و اختیارات حاکمیتی دولت را حفظ نمایند.

در جمع‌بندی، می‌توان گفت که تلاقی میان حقوق مالکیت فکری و حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، یکی از پیچیده‌ترین حوزه‌های نوظهور در حقوق بین‌الملل اقتصادی است که مستلزم رویکردی چندسطحی، منسجم و تفسیری میان‌رشته‌ای است. تنها از طریق چنین رهیافتی است که می‌توان همزمان از حقوق مشروع سرمایه‌گذاران حمایت کرد و حاکمیت و ظرفیت‌های تنظیم‌گری دولت‌ها را در حوزه منافع عمومی، به رسمیت شناخت و تقویت نمود.



References

1. Adel, M. (2018). Applicable Law in International Intellectual Property Disputes. *International Law Review*, 35(59), 345–375. 10.22066/cilamag.2018.31893 (In Persian)
2. Agreement between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments. (2016, September 8).
3. Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments. (1999, February 26).
4. Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment. (1991, November 5, entered into force 1993, April 29).
5. Agreement between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on the Protection and Promotion of Investments. (1995, July 24).
6. Australia-United States Free Trade Agreement (AUSFTA). (2005, January 1, Article 11.17:4).
7. Barati, A. A. (2015). *Oxid Jurisdiction System and Resolution of Investment Disputes*. Shahre Danesh Publications. (In Persian)
8. Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th ed.). Oxford University Press.
9. Correa, C. M. (2004). Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses. *Michigan Journal of International Law*, 26(1), 331–354.
10. Correa, C. M. (2014). Intellectual Property and International Investment Law: An Overview. *Journal of World Investment & Trade*, 15(1-2), 121–140.
11. Correa, C. M. (2020). *Intellectual Property as Protected Investment: Redefining the Reach of Investors' Rights*. Edward Elgar Publishing.
12. Frankel, S. (2020). *The Object and Purpose of Mingling Intellectual Property, Trade and Investment*. In Edward Elgar Publishing.
13. German Model Bilateral Investment Treaty. (2008, Article 1).
14. Hekmatnia, M. (2016). Territoriality Principle; Its Theoretical Basis and Effects in the Intellectual Property Rights System. *Islamic Law*, 13(48), 7–36. (In Persian)
15. ICSID Convention. (1965). *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. International Centre for Settlement of Investment Disputes.
<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>
16. Jozwik, B. (2014). Reconciling Intellectual Property Rights with International Investment Law. *European Intellectual Property Review*, 36(6), 351–360.
17. Klopschinski, S. (2020). Public Policy Considerations in Intellectual Property-Related International Investment Arbitration. In C. Geiger (Ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Investment Law* (pp. 218–249). Edward Elgar Publishing.
18. Klopschinski, S., Gibson, C., & Grosse Ruse-Khan, H. (2021). *The Protection of Intellectual Property Rights under International Investment Law*. Oxford University Press.
19. Liberti, L. (2010). *Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview*. OECD



- Working Papers on International Investment, 2010(01), 1–39. <https://dx.doi.org/10.1787/5kmfq1njzl35-en>
20. Mahdavi, A., & Barkhordari, S. S. (2008). Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment Flow (Iran Case). *Knowledge and Development*, 13(4), 101–120. (In Persian)
 21. Mehnertfar, Y., & Osmani, F. (2020). Effect of Intellectual Property Rights Protection on Economic Growth and Income Distribution in Iran. *Sociological Studies*, 13(49), 113–133. 10.30495/jss.2020.558273.1087 (In Persian)
 22. North American Free Trade Agreement (NAFTA). (1994, January 1, Article 1139).
 23. Oke, E. K. (2020). The ICSID Convention and Intellectual Property: A New Perspective. *Arbitration International*, 36(1), 101–120.
 24. Oke, E. K. (2021). *The Interface between Intellectual Property and Investment Law: An Intertextual Analysis*. Edward Elgar Publishing.
 25. Piran, H. (2012). *Legal Issues of International Investment*. Ganje Danesh Publications. (In Persian)
 26. Sayyedin, A., & Karchani, M. (2021). *Intellectual Property Rights*. Taha Publications. (In Persian)
 27. Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press.
 28. Shamsnejad, M. (2008). *Role of Intellectual Property Rights in Attracting Foreign Direct Investment*. Master's thesis, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. (In Persian)
 29. *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*. (2014). *Chicago Journal of International Law*, 15(1).
 30. *Treaty between the Federal Republic of Germany and the Islamic Republic of Pakistan Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*. (1959, November 25, Article 8(1)(a)).
 31. *Treaty between the United States of America and Jamaica*. (1997, Article 1(a)(iv)).
 32. *Treaty between the United States of America and Mongolia*. (1997, Article 1(1)(iv)).
 33. *Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*. (2005, November 4, Article 1).
 34. UNCTAD. (2020). *World Investment Report 2020: International Investment Promotion and Development*. United Nations Conference on Trade and Development. <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2020>
 35. UNCTAD. (2024). *World Investment Report 2024: Investment Facilitation and Digital Government*. United Nations Conference on Trade and Development. <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2024>
 36. Vadi, V. (2021). The Role of National and International Intellectual Property Law and Policy in Reconceptualising the Definition of Investment. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 46(2), 148–176. <https://doi.org/10.1007/s40319-020-01009-7>
 37. Vadi, V. S. (2015). Towards a New Dialectics: Pharmaceutical Patents, Public Health, and Foreign Direct Investments. *New York University Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*, 5(1), 113–195.
 38. Vanhonnaeker, L. (2015). *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: From Collision to Collaboration*.
 39. Yousefi Hajjiabad, R. (2014). *Role of Intellectual Property Rights in Supporting Foreign Direct Investment and*



Its Impact on Economic Growth and Development. National Conference on Economy, Management, and Iranian-Islamic Culture. Tehran: Islamic Azad University. (In Persian)

40. Ziaei, S. Y., & Javadi, S. (2019). Protection of Intellectual Property in International Investment Law. Journal of Legal Studies, 11(2), 55–72. 10.22099/jls.2019.5328 (In Persian)



An Analysis of the Factors Influencing the Illegal Economy in Iran

Siamak ShokouhiFard¹ , Ali Salmanpour^{2*} , Iraj Lotfi³ , Murad Nasiri Moghanloo⁴ 

1. Young Researchers and Elite Club, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran

2. Associate professor, Department of Economics, Marand Branch, Islamic Azad University, Marand, Iran

(*- Corresponding Author Email: Ali_Salmanpour@marandiau.ac.ir)

3. PhD Student, Department of Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

4. Instructor, Department of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

Received: 2025-01-24

Revised: 2025-05-16

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

ShokouhiFard, S.; Salmanpour, A.; Lotfi, I., & Nasiri Moghanloo, M. (2025). An Analysis of the Factors Influencing the Illegal Economy in Iran. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32(27): (73-94) (in Persian with English abstract). <https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.91834.1423>

1. INTRODUCTION

In a classification, the economy of any country can be divided into two parts: legal and illegal. The criterion for this classification is the ability to record and report economic activities in a formal and legal manner. The illegal economy encompasses many legal and illegal activities that are not approved and accepted by society and government and judicial authorities. Activities such as: exchange of stolen goods, drug trafficking, corruption, gambling and smuggling of goods are examples of illegal activities and matters such as failure to report realized income, job benefits, special cash discounts for employees and bartering of authorized goods to avoid paying taxes are also examples of legal activities included in the illegal economy. Various terms have been used for the illegal economy, such as shadow economy, informal economy, hidden economy, and underground economy. In the illegal economy, like in the legal economy, goods and services are produced, employment and income are created, but the activities in this sector are illegal and are not reflected in statistics. Due to its illegal nature, it constitutes a very important issue for the government and society. One of the necessities of recognizing and measuring this type of economic activity is to emphasize the necessity of calculating these items in the preparation of national accounts of countries. Considering the extent of the illegal economy in developing countries, economic units active in this sector play a major role in the economy and national accounts of these countries, and therefore the need to be aware of the trend and volume of illegal economic activities in order to prescribe efficient and correct policies is of great importance. According to the study by Chatterjee et al (2003) in developing countries where economic infrastructure plays an important role in the economic growth of these countries, the increase in the illegal sector of the economy, if it replaces the legal sector, leads to erosion and deficiencies in the tax bases, which results in lower production of the legal sector and ultimately lower economic growth. In addition to affecting economic growth, the illegal economy also affects other economic sectors. The more the illegal sector of the economy expands, the less tax revenue sources are reduced and the government's tax revenues decrease. The expansion of the illegal sector also has an inappropriate impact on economic and macro-economic planning and policy-making. In a decision-making system, policymakers make decisions based on an information system containing statistical indicators. If the information system is influenced by the illegal sector, policy-making will



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



not produce the desired results, because on the one hand, resources and on the other hand, results are evaluated with errors. In general, the general idea, supported by a large body of empirical data, is that the informal economy is an obstacle to economic development because it hinders foreign investment, foreign aid, private sector investment, taxation, entrepreneurship, and planning. Past research has also shown a causal relationship between the informal economy and reduced growth and investment, capital flows and liquidity crises, misallocation of resources, increased government spending and reduced government revenues, increased income inequality and increased poverty, inflation, and lower living standards for the general public. Some shortcomings in the structure of political power and decision-making processes, as well as how the people play their institutionalized role in the aforementioned processes, have caused problems in the formation of formal restrictions and their implementation, which create the basis for the expansion of illegal activities. Also, the existence and spread of administrative corruption can contribute to the growth of this phenomenon and expand the illegal economy. Favorable cultural contexts can also be effective in the continuation of illegal and clandestine production activities and their growth. Also, in Iran, the religious beliefs of the people also play a decisive role in the formation of a set of informal restrictions. In addition, the social characteristics of households and ethnic and tribal issues, along with the aforementioned cultural factors, have provided a suitable environment for participation in illegal and clandestine production activities. The above factors encompass a wide range of economic, political, legal, social, cultural and geographical characteristics of the country, which it is not possible to include all of them as quantitative variables within the framework of the intended measurement model. Therefore, an attempt is made to identify, as far as possible, the variables effective in reducing or expanding the illegal economy, using macroeconomic variables, and to provide suggestions to eliminate existing deficiencies and ultimately reduce the illegal economy.

2. PURPOSE

Based on the nature (purpose) of the present research, first, based on empirical studies and relevant theoretical literature, the economic factors affecting the illegal economy are identified and then the illegal economy variable is calculated quantitatively. Then, using econometric methods, the effects of these factors on the illegal economy variable are measured and analyzed. Finally, based on the estimated results, suggestions are presented for possible improvement of the situation.

3. METHODOLOGY

This research is applied in terms of purpose and the research is also regression in terms of analysis. So that multivariate linear regression models and Microfit software have been used for data analysis. The statistical population of the research includes countries whose data and information are available in the World Bank database, and among these countries, the Islamic Republic of Iran has been selected through purposive and accessible sampling. Documentary method was used to collect information related to the literature and research background, and data related to research modeling was extracted from databases. In this research, due to the type of data studied, the time series data econometric method was used and the research model is estimated using the auto-explanatory vector method with wide lags. It should be noted that in ARDL models, changes in a variable are explained by the lags of that variable itself, the values of other variables, and their lags. In the ARDL method, in addition to estimating the short-term dynamics of the model, the long-term relationship between the model variables is also estimated. Pesran and Shin (1995) showed that one of the advantages of the ARDL method is that it can obtain consistent estimates of the long-term coefficients regardless of whether the variables are $I(0)$ or $I(1)$.

4. FINDINGS

The illegal economy constitutes an important part of the economy in many countries, especially developing countries, and plays a major role in creating employment, production, and income. Accordingly, in the present study, the volume of the illegal economy was first calculated using the cash ratio method and then the desired model was fitted, the main variables of which are also introduced below.

- Tax burden: One of the set of formal restrictions affecting the economic activities of individuals in society is the laws and regulations related to the collection of various taxes and government fees. Evasion of paying taxes and fees by concealing activities or overstating expenses or understating income, etc., is a phenomenon



that is common in more or less all countries and is considered an important component of illegal production. The extent of this phenomenon and its importance in different societies depend on factors such as: the coherence and efficiency of the tax system, the tax culture of the society, and the rate of taxes and government fees.

- Trade restrictions: In many countries, especially developing countries, trade restrictions are not only applied through the tariff system, but these barriers are also realized in the form of banning the import or export of some items in general or temporarily, cutting off or limiting trade relations with a specific country or countries, making conditional or quotas on the import or export of a number of goods, etc. During the period under review, such restrictions have been imposed in Iran using a combination of trade and exchange regulations and have played an important role in the country's trade policies. This fact, along with the expectation formed in the literature on the illegal economy, regarding the importance of the relative volume of smuggling of goods in the total illegal and hidden production of developing countries, highlights the need to pay sufficient attention to the factors affecting this part of the black economy in Iran.
- In addition to the legal restrictions governing foreign trade, the flow of exchange and distribution of goods and services within the country can also be subject to supervisory, rationing, and pricing policies, the non-observance of which is tantamount to economic agents choosing to engage in illegal economic activity. It seems that during the period under review, government policies in this area have been accompanied by numerous and significant fluctuations. In particular, the outbreak of Iraq's imposed war against Iran naturally provided a suitable platform for expanding the scope of such restrictions.
- It is expected that as legal restrictions on foreign trade become less widespread, smuggling imports and exports will be less welcome and the size of the illegal economy will decrease. Such an expectation is consistent with both the logic of the relationship between legal restrictions and the formation of the illegal economy and with the policy prescriptions for combating the phenomenon of smuggling of goods through trade liberalization, which are evident in the literature on the subject.
- Consumer Price Index: The growth of the general level of consumer prices can affect the size of the illegal economy in various ways. The growth of this index can lead to the expansion of poverty. Considering the inequality of income distribution in the country, it can be expected that with the increase in the general level of consumer prices, more households will fall below the poverty line. Empirical observations also confirm the existence of such a relationship in the case of Iran. The inability to provide a minimum income sufficient to make a living through legal activities can be considered an effective factor in justifying the risks of individuals turning to illegal economic activities. Therefore, it is expected that with the expansion of the phenomenon of poverty, the size of the illegal economy will also grow, as a result, it can be expected that there will be a positive correlation between fluctuations in the general level of consumer prices and the size of the illegal economy.
- Unemployment: In measuring the illegal economy and related issues, most studies that have gone beyond the role of taxes in determining the causes of the emergence and growth of this phenomenon have considered unemployment as a factor affecting the spread of this phenomenon. Despite such theoretical agreement, there is serious disagreement and ambiguity regarding the direction of this factor's impact on the volume of the illegal economy. On the one hand, it is argued that with the spread of unemployment, the incentive to work in illegal areas increases, so we should expect an increase in the volume of the illegal economy, but on the other hand, it is argued that the unemployment rate is an indicator of macroeconomic performance and its increase can be a sign of the beginning of a period of economic recession and a decrease in demand for labor, both for formal activities and for illegal production. Thus, we can expect a decrease in the size of the illegal economy at the same time as unemployment increases.
- Economic growth: To the extent that increased economic growth is a sign of a country's increasing level of development, it can be expected that changes in this indicator have had an inverse effect on the relative size of the illegal economy. The more efficient the ruling legal order (the rationalization of legal restrictions and the efficiency of the organization implementing the restrictions and how to monitor their implementation), changes in social norms and values, and the prevalence of lawfulness, the coherence and authority of the state and social acceptance of its role, and the reduction of poverty and unemployment, all of which occur in parallel with and along with the improvement of the level of development of countries, provide the necessary grounds for reducing the volume of the illegal economy. But apart from the shortcomings that this indicator



has in explaining the development status of countries and thus making it ambiguous to judge the direction of its impact on the size of the illegal economy, there is another problem, which is that economic growth, like unemployment, is an indicator that indicates the general state of the country's macroeconomics, and its fluctuations reflect changes in macroeconomic and business conditions in all areas of economic activity, including hidden and illegal production. Therefore, from this perspective, it can be expected that with an increase in the value of this variable, the size of the illegal economy will also change incrementally, and vice versa.

5. CONCLUSION

Based on the results of the estimation, the following conclusions and suggestions are presented:

1. The positive impact of economic growth developments on the relative size of the illegal economy can be considered as confirmation of the view that this indicator, rather than being an indicator of the level of development of the country, is an indicator of the general macroeconomic situation of the country and its position in terms of economic cycles. Its positive fluctuations mean an improvement in the overall level of economic activities, both legal and illegal, and therefore, in this case, we can also witness the growth of the volume of the illegal economy.
2. The results show that removing some of the official restrictions on foreign trade, in the presence of serious social, cultural, economic, and geopolitical factors, has been effective in intensifying the smuggling trade. In the continued inefficiency of the government in formulating, implementing, and supervising the implementation of laws and regulations, it can ultimately lead to a change in the composition of smuggled goods and will not have much effect in reducing it.
3. The growth of the consumer price index in recent years has played an important role in shaping the trend of developments in the illegal economy in Iran during the aforementioned period. The repetition and continuation of such growth, as explained earlier, can provide a very favorable environment for individuals to turn to illegal and hidden production activities in various ways (spreading poverty). Therefore, curbing inflation, in addition to other economic and social goals, can be a determining factor in stopping the trend of increasing the volume of the illegal economy in the country.
4. The results of the estimates indicate that fluctuations in the tax burden have a significant impact on determining the size of the illegal economy. In general, if we are seeking to increase the tax burden with the aim of increasing government tax revenues, such an increase should be gradual, because otherwise, at least in the short term, we will witness the expansion of the size of the illegal economy and the failure to achieve the stated goal.
5. The positive coefficient of the unemployment rate in the model also indicates that with the increase in the unemployment rate and the lack of suitable jobs, individuals and, consequently, the economy are pushed towards illegal and hidden production activities, and this, in turn, causes an increase in the volume of the illegal economy. Therefore, it is clear that the best possible way to deal with this is to control the unemployment rate and create suitable job opportunities.
6. It seems that in the current state of the country's legal system, at least in areas where the implementation of approved policies depends on the participation and legal acceptance of society, achieving the goals of the appropriate policies is far from expected. In such a situation, trade liberalization can, in practice, lead to a further liberation and reduction of the state's power in exercising sovereignty. In other words, it is the empowerment of the state that leads to the rationalization of restrictions and the improvement of the quality of their implementation and supervision (regardless of the number of restrictions). When the state is inefficient, formal restrictions (whether too many or too few) can be an obstacle to improving the level of development and also a basis for the expansion of the illegal economy. Strengthening the government's capabilities in exercising sovereignty, by increasing its expertise and management capabilities, through being bound by meritocracy in attracting and promoting them, increasing people's participation in designing and drafting laws and regulations (creating formal institutions), organizing and implementing them, and also supervising their implementation, through expanding the intervention of judicial and civil institutions in these matters, is the main solution to get out of this situation and achieve a desirable legal system (within the framework of a non-authoritarian approach).

Keywords: Illegal Economy, Economic Growth, Economic Factors, Coexistence Vectors.



تحلیلی بر عوامل تأثیرگذار بر اقتصاد غیرقانونی در ایران

سیامک شکوهی فرد^۱، علی سلمانپورزنوز^{۲*}، ایرج لطفی^۳، مراد نصیری مغانلو^۴

دریافت: ۱۴۰۳/۱۱/۰۵ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۲۶ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

در یک تقسیم‌بندی کلی، اقتصاد هر کشور را می‌توان به دو بخش قانونی و غیرقانونی تقسیم نمود. اقتصاد غیرقانونی دربرگیرنده بسیاری از فعالیت‌هایی است که مورد تأیید و قبول جامعه و مقامات دولتی و قضائی نمی‌باشند. با در نظر گرفتن این موضوع که اقتصاد غیرقانونی در عین ناآشکار بودن می‌تواند از پتانسیل سرمایه‌ای بالائی برخوردار باشد که اگر چنین پتانسیلی به سمت اقتصاد قانونی سوق داده شود، می‌توان با اتکاء به قابلیت‌های جامعه در چارچوب قوانین حقوقی و همچنین بهره‌گیری صحیح از منابع و عوامل تولید، حرکت به سمت رشد اقتصادی معقول و پایدار را تسریع و تسهیل نمود. در این راستا برای بررسی مدل تحقیق، ابتدا پایایی متغیرهای موجود را توسط آزمون دیکی فولر تعمیم یافته مورد بررسی قرار داده و سپس به کمک مدل خود توضیح برداری با وقفه‌های گسترده و الگوی تصحیح خطا حجم اقتصاد غیرقانونی بررسی شده و همچنین با به‌کارگیری آزمون جوهانسن جوسیلیوس بردارهای همگرایی را تعیین و اثر تکانه‌های وارده بر بردارهای هم‌انباشتگی، بحث و تجزیه و تحلیل می‌شود. نتایج حاصله نشان می‌دهند که اقتصاد غیرقانونی در ایران تحت تأثیر متغیرهای رشد اقتصادی، محدودیت‌های تجاری، نرخ بیکاری، بار مالیاتی و شاخص قیمت مصرف کننده می‌باشد.

کلید واژه‌ها: اقتصاد غیرقانونی، رشد اقتصادی، عوامل اقتصادی، بردارهای هم‌انباشتگی

۱. باشگاه پژوهش‌گران جوان و نخبگان، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران.

۲. دانشیار، گروه اقتصاد، واحد مرند، دانشگاه آزاد اسلامی، مرند، ایران.

ایمیل نویسنده مسئول: Ali_Salmanpour@marandiau.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

۴. مربی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.



مقدمه

در یک تقسیم‌بندی، اقتصاد هر کشور را می‌توان به دو بخش قانونی و غیرقانونی تقسیم نمود. ملاک این تقسیم‌بندی قابلیت ثبت و گزارش فعالیت‌های اقتصادی به‌صورت رسمی و قانونی است. اقتصاد غیرقانونی دربرگیرنده بسیاری از فعالیت‌های قانونی و غیرقانونی است که مورد تأیید و قبول جامعه و مقامات دولتی و قضائی نمی‌باشند. فعالیت‌هایی مانند: تبادل کالاهای دزدی، تجارت مواد مخدر، فساد، قماربازی و قاچاق کالا؛ نمونه‌هایی از فعالیت‌های غیرقانونی و اموری از قبیل عدم گزارش درآمدهای تحقق‌یافته، مزایای شغلی، تخفیفات نقدی ویژه کارکنان و تهاثر کالاهای مجاز جهت اجتناب از پراخت مالیات نیز نمونه‌هایی از فعالیت‌های قانونی مشمول اقتصاد غیرقانونی می‌باشند (Shakibaei & Raeispour, 2007: 17).

برای اقتصاد غیرقانونی از تعبیر مختلفی همچون اقتصاد سایه، اقتصاد غیررسمی، اقتصاد پنهان، اقتصاد زیرزمینی استفاده شده است. (Naderan & Sedighi, 2009:1) در بخش اقتصاد غیرقانونی همانند اقتصاد قانونی، کالاها و خدمات تولید می‌شوند، اشتغال و درآمد ایجاد می‌شود، اما فعالیت‌ها در این بخش غیرقانونی بوده و در آمارها نیز منعکس نمی‌شود و به دلیل طبیعت غیرقانونی آن، موضوع بسیار مهمی را برای دولت و جامعه تشکیل می‌دهد.

اقتصاد غیرقانونی به دلایل مختلفی مانند اجتناب از پرداخت مالیات بردرآمد، ارزش افزوده و دیگر مالیات‌ها، خودداری از پرداخت هزینه‌های تأمین اجتماعی، اجتناب از رعایت معیارهای قانونی مشخص مانند حداقل دستمزد، بیشترین ساعات کار و اجتناب از رعایت روش‌های اداری مشخص از چشم مقامات عمومی پنهان نگه داشته می‌شود. شواهد فراوانی دال بر رشد فزاینده فعالیت‌های اقتصاد غیرقانونی به‌ویژه از دهه ۷۰ میلادی وجود دارد. یعنی زمانی که حضور و فعالیت‌های دولت در اقتصاد سراسر دنیا پررنگ‌تر شده است. این موضوع می‌تواند آثار زیانباری را بر تحلیل‌ها و سیاست‌گذاری‌ها و تخصیص منابع ایجاد کند. لذا با وجود اقتصاد غیرقانونی به احتمال زیاد سیاست‌های دولت بر پایه متغیرهای کلان اقتصادی ناموفق خواهد بود. به همین دلیل است که بسیاری از کشورها چه توسعه یافته و چه در حال توسعه سعی در برآورد اقتصاد غیرقانونی دارند (Hui- Kuang Yu et al, 2006: 471).

یکی از ضرورت‌های شناخت و اندازه‌گیری این نوع فعالیت‌های اقتصادی، تأکید بر لزوم محاسبه این اقلام در تهیه حساب‌های ملی کشورها می‌باشد. با توجه به گستردگی اقتصاد غیرقانونی در کشورهای در حال توسعه، واحدهای اقتصادی فعال در این بخش، نقش عمده‌ای در اقتصاد و حساب‌های ملی این کشورها دارند و بنابراین لزوم آگاهی از روند و حجم فعالیت‌های اقتصاد غیرقانونی به‌منظور تجویز سیاست‌های کارآ و درست، از اهمیت بالایی برخوردار است. بر اساس مطالعه شاترجی^۱ و همکاران (۲۰۰۳) در کشورهای در حال توسعه که زیرساخت‌های اقتصادی نقش مهمی در رشد اقتصادی این کشورها دارند، افزایش بخش غیرقانونی اقتصاد در صورتی که جایگزین بخش قانونی شود، منجر به فرسایش و کاستی در پایه‌های مالیاتی می‌شود که نتیجه آن نیز تولید کمتر بخش قانونی و درنهایت رشد اقتصادی پایین‌تر می‌باشد. اقتصاد غیرقانونی علاوه بر تأثیر بر رشد اقتصادی، بر بخش‌های دیگر اقتصادی نیز تأثیرگذار است. هرچه بخش غیرقانونی اقتصاد گسترده‌تر شود منابع دریافت مالیات کاسته شده و درآمدهای مالیاتی دولت تقلیل می‌یابد. همچنین گسترش بخش غیرقانونی، تأثیر نامناسبی بر برنامه‌ریزی‌ها و سیاست‌گذاری‌های اقتصادی و کلان دارد. در یک نظام تصمیم‌گیری، سیاست‌گذاران بر اساس یک نظام اطلاعاتی حاوی شاخص‌های آماری تصمیم‌گیری می‌کنند. اگر نظام اطلاعاتی تحت تأثیر بخش غیرقانونی باشد، سیاست‌گذاری‌ها نیز نتیجه مورد نظر را نخواهد داد، زیرا از طرفی منابع و از طرف دیگر نتایج با خطا مورد ارزیابی قرار می‌گیرند. (Mehrabi Boshrahadi, 2011: 181)

چاگ و اوپال^۲ (۱۹۸۶) در بررسی آثار اقتصاد غیرقانونی، بیان می‌کنند که وجود اقتصاد غیرقانونی در یک کشور همانند وجود غده سرطانی در بدن انسان است که به آهستگی، اما یقیناً، گسترش سراسری می‌یابد تا به زوال نهایی جامعه منجر شود. اقتصاد غیرقانونی، تمامی سطوح اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و قضائی یک جامعه را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

برخی نارسائی‌ها در ساختار قدرت سیاسی و فرایندهای تصمیم‌گیری و نیز چگونگی ایفای نقش نهادهای شده مردم در فرایندهای مذکور باعث شده است تا در شکل‌گیری محدودیت‌های رسمی و نحوه اجرای آن‌ها مشکلاتی پدید آید که زمینه‌ساز گسترش

1. Chatterjee.

2. Chugh & Uppal.



فعالیت‌های غیرقانونی شود. همچنین وجود فساد اداری و گسترش آن می‌تواند به رشد این پدیده کمک کرده و اقتصاد غیرقانونی را گسترش دهد. زمینه‌های مساعد فرهنگی نیز می‌توانند در تداوم فعالیت‌های تولیدی غیرقانونی و پنهان و رشد آن‌ها موثر باشند. همچنین در ایران، باورهای مذهبی مردم نیز نقش تعیین‌کننده‌ای در شکل‌گیری مجموعه محدودیت‌های غیررسمی دارند. علاوه بر این‌ها، خصوصیات اجتماعی خانوارها و مسائل قومی و قبیله‌ای در کنار عوامل فرهنگی مذکور، بستر مناسبی را برای حضور در فعالیت‌های تولید غیرقانونی و پنهان فراهم کرده است.

عوامل فوق، گستره وسیعی از ویژگی‌های اقتصادی، سیاسی، حقوقی، اجتماعی، فرهنگی و جغرافیایی کشور را در بر می‌گیرند که گنجانیدن همگی آن‌ها به صورت متغیرهای کمی در چارچوب الگوی اندازه‌گیری موردنظر، امکان‌پذیر نیست. بنابراین کوشش می‌شود با استفاده از متغیرهای اقتصاد کلان، تا حد امکان ضمن شناسایی متغیرهای موثر در کاهش یا بسط اقتصاد غیرقانونی؛ پیشنهاداتی را نیز در جهت رفع نقایص موجود و در نهایت کاهش اقتصاد غیرقانونی ارائه گردد. در این راستا ساختار پژوهش حاضر نیز بدین صورت است که ابتدا مبانی نظری مربوط به موضوع پژوهش ارائه شده و به دنبال آن مطالعات تجربی انجام شده در رابطه با موضوع تحقیق بیان می‌گردند. در ادامه، مدل تحقیق و متغیرهای آن معرفی شده و سپس نتایج برآورد مدل ارائه و تحلیل می‌گردند. در پایان نیز نتیجه‌گیری و پیشنهادات تحقیق بیان می‌شوند.

مبانی نظری

۱. فساد

در جوامع گوناگون، برحسب نگرش‌ها و برداشت‌ها، تعاریف گوناگونی از فساد به عمل آمده است. ریشه فساد فعل لاتین "rumpere" به معنای «شکستن» است. بنابراین در فسادچیزی می‌شکند یا نقض می‌شود. این چیز ممکن است رفتار اخلاقی یا شیوه قانونی یا غالباً مقررات حقوقی و اداری باشد. (Shokouhifard, 2020) فساد به تمامی شکل‌های گوناگون انحراف یا اعمال قدرت شخصی و استفاده نامشروع از مقام و موقعیت شغلی قابل اطلاق است. (Sardari, 2002) فساد زمانی پدیدار می‌شود که انحراف در نظام مقررات و سیاست‌گذاری زمینه آن را فراهم کرده و نهادهای بازدارنده آن اعم از قضائی و دواتی نیز ضعیف عمل کنند. فساد ریشه در تاریخچه اجتماعی و فرهنگی ملل، در توسعه سیاسی و اقتصادی آن‌ها و همچنین در سنت‌ها، سیاست‌های بوروکراتیک و مقررات قضائی کشورها پایه گذاری شده است. (Akca, 2006: 29)

براساس تعریف سازمان بین المللی شفافیت^۳، فساد سوء استفاده از قدرت سپرده شده برای منافع شخصی است. فساد موجب کاهش اعتماد، تضعیف دموکراسی، جلوگیری از توسعه اقتصادی و تشدید نابرابری، فقر و بحران زیست محیطی می‌شود. براساس این تعریف، افشای فساد و بازخواست مفسدان فقط در صورتی می‌تواند اتفاق بیفتد که نحوه عملکرد فساد و سیستم‌هایی که این فساد را امکان پذیر می‌سازند، شناسایی گردند. (Transparency International, 2018)

۱-۱. گسترش فساد اقتصادی

یکی از نتایج اجتناب‌ناپذیر رشد نامتوازن اقتصادی را می‌توان ظهور جلوه‌هایی از فساد اقتصادی دانست. در شرایطی که دولت به عنوان اصلی‌ترین بازیگر اقتصادی تلقی می‌شود، طبعاً امکان ضابطه‌زدایی اقتصادی از سوی نیروهای دولتی افزایش می‌یابد این امر منجر به فساد اقتصادی گردیده و زمینه را برای ظهور جلوه‌هایی از رضایت محدود و ناپایدار فراهم می‌سازد. به‌طور کلی، فساد اقتصادی در شرایطی شکل می‌گیرد که کارگزاران اجرایی و اداری، ضوابط پذیرفته شده قانونی را نادیده انگاشته و منافع اقتصادی خود را بر منافع عمومی و حکومتی ترجیح دهند. اگرچه فساد اقتصادی در تمامی جوامع وجود دارد، اما در جوامع در حال گذر از فراگیری و تنوع بیشتری بر خوردار می‌باشد. (Shokouhifard, 2024: 173)

به جهت اهمیت پدیده فساد در دنیا، تاکنون چندین شاخص برای اندازه‌گیری آن ارائه شده است. شاخص ادراک فساد (CPI)^۴ یکی از مهم‌ترین شاخص‌هایی است که توسط سازمان بین‌المللی شفافیت ارائه شده و به اندازه‌گیری فساد و مقایسه آن‌ها در کشورهای

3. Transparency International.

4. Corruption Perceptions Index.



مختلف می‌پردازد (Transparency International, 2018). در تازه‌ترین گزارش سازمان بین‌المللی شفافیت از شاخص ادراک فساد در سال ۲۰۲۳، ایران در میان ۱۸۰ کشور موجود در این شاخص در رتبه ۱۴۹ قرار گرفته است. امتیاز ایران در این شاخص ۲۴ بوده و در رتبه‌ای بسیار پایین در سطح منطقه و جهان قرار گرفته است. وضعیتی که حتی اگر نخواهیم آن را با شیوع چشم‌گیر فساد در بخش دولتی مترادف بدانیم، حداقل می‌توان به بی‌اعتمادی کارشناسان و فعالان بخش خصوصی به عملکرد نهادهای دولتی تعبیر کرد و آن را هشدار جدی برای نظام اقتصادی و حقوقی کشور قلمداد کرد. گفتنی است امتیاز ایران در این شاخص، ضعیف‌ترین امتیاز از سال ۲۰۰۹ تاکنون است (Transparency International, 2023).

مشاهده می‌شود که جمهوری اسلامی ایران با وجود داشتن آموزه‌ها و تعالیم اسلامی، ارزشی و اخلاقی در زمینه فساد، رتبه و جایگاه مناسبی ندارد. این امر نشان‌دهنده ضرورت انجام اقدامات و سیاست‌گذاری‌های کلان برای مبارزه با فساد و کاهش شکاف بین وضع موجود و وضع مطلوب می‌باشد. این در حالی است که در سیاست‌های کلی ابلاغی توسط مقام معظم رهبری بر هر دو موضوع اندازه دولت و جلوگیری از اقدامات، فعالیت‌ها و زمینه‌های فسادزا تأکید شده و این دو موضوع در بندهای ۱۵ و ۱۸ به وضوح منعکس شده است (Shokouhifard, 2024: 175). اما تاکنون عملاً گام مهمی در راستای کنترل فساد و بهبود رتبه‌بندی ایران در گزارشات بین‌المللی مربوط به فساد انجام نشده است.

بر این اساس و با مطالعه و بررسی مجموعه علل، عوامل و پیامدهای فساد اقتصادی، همچنین جایگاه جمهوری اسلامی ایران در شاخص‌های جهانی فساد، آمار و اطلاعات تعداد پرونده‌های عناوین مجرمانه‌ی اقتصادی در دستگاه قضائی کشور و نیز وضعیت جزئیات معوقات بانکی کشور و...؛ این نتیجه دست‌یافتنی می‌باشد که فساد کارکرد ضد توسعه‌ای در جمهوری اسلامی ایران داشته است.

۲. اقتصاد غیرقانونی

به علت ممنوع بودن انجام برخی از فعالیت‌های اقتصادی، براساس قوانین و مقررات جاری کشور و نیز به علت خودداری از پرداخت مالیات یا سایر عوارض و مخفی ماندن از برخی کنترل‌های قضائی و دولتی، بخشی از عملکرد عمومی اقتصاد کشورها به عمد از دید مأموران و واحدهای جمع‌آوری آمار و اطلاعات پنهان نگه داشته می‌شوند، این گروه از فعالیت‌های اقتصادی را اقتصاد غیرقانونی می‌نامند (Mohabati, 2019).

۱-۲. آثار اقتصاد غیرقانونی

بهاگواتی و هانسن^۵ (۱۹۷۳) استدلال نموده‌اند که قاچاق کالا، رفاه را افزایش نمی‌دهد و تنها در چارچوب شرایط خاصی، شاهد بهبود رفاه، با وجود قاچاق در اقتصاد خواهیم بود. آن‌ها می‌افزایند، اعمال درجه خاصی از حمایت از تولید در حضور قاچاق، نسبت به زمانی که قاچاق نباشد، رفاه کمتری را تولید می‌کند. در زمینه آثار کلان اقتصادی این پدیده نیز مطالعاتی انجام شده است. شاید مهم‌ترین و مجادله‌آمیزترین زمینه قابل توجه در این نگرش، اثر اینگونه فعالیت‌ها بر رشد تولید باشد. فری و وک‌هانمان^۶ (۱۹۸۴) مدعی هستند که رشد اقتصاد غیرقانونی، نرخ رشد تولید ناخالص داخلی را کاهش می‌دهد، چرا که باعث می‌شود نهادهای تولیدی (به‌ویژه نیروی کار) از اقتصاد قانونی خارج شوند. اشنایدر^۷ (۲۰۰۷) نیز ضمن تایید این موضوع بیان می‌نماید که کاهش اساسی در اقتصاد غیرقانونی منجر به افزایش معنی‌دار در درآمدهای مالیاتی و در نتیجه مقدار و کیفیت بیشتر کالاها و خدمات عمومی می‌شود که نهایتاً می‌تواند منجر به افزایش رشد اقتصادی گردد.

بررسی آثار اقتصاد غیرقانونی بر سایر متغیرهای اقتصاد کلان، بخش‌های دیگری از تلاش‌های پژوهش‌گران در چنین رویکردی به آثار این پدیده بوده است. فری و وک‌هانمان (۱۹۸۴) عنوان کرده‌اند که افزایش اقتصاد غیرقانونی به کاهش نرخ مشارکت نیروی کار و نیز ساعات کار در بخش رسمی می‌انجامد. گرچه گیلز^۸ (۱۹۹۹)، اثر این پدیده بر نرخ مشارکت نیروی کار را مبهم توصیف می‌کند و حتی شواهدی تجربی مبنی بر مثبت بودن آن در مورد اقتصاد نیوزلند ارائه می‌نماید.

5. Bhagwati & Hansen.

6. Frey & Weck-Hanneman.

7. Schnider.

8. Giles.



توماس^۹ (۱۹۸۹)، عنوان می‌نماید که فرار مالیاتی، موجب مخدوش شدن عدالت مالیاتی می‌شود و گیلز (۱۹۹۹) نیز این ادعا را تأیید می‌کند. باتاچاریا^{۱۰} (۱۹۹۹) نیز معتقد است که برقرار نبودن عدالت مالیاتی منجر به گریز از پرداخت مالیات می‌شود. بدین ترتیب نوعی مدار بسته در این زمینه تشکیل می‌گردد که پدیده فرار مالیاتی را تشدید می‌کند. باتاچاریا (۱۹۹۹) همچنین شواهدی تجربی در مورد اثر مثبت معنی دار اقتصاد غیرقانونی روی مخارج خانوار، به‌ویژه کالاهای بادوام ارائه می‌کند. همچنین اشنایدر (۲۰۰۷) پژوهش‌هایی ارائه نموده است که به اثر مثبت اقتصاد غیرقانونی بر مصرف انرژی پرداخته است. باتاچاریا (۱۹۹۹) در چارچوب یک الگوی ساده اقتصاد کلان، نشان می‌دهد که فرار مالیاتی، ضریب تکاثر را کاهش می‌دهد. گیلز (۱۹۹۹) نیز بیان می‌کند که رشد اقتصاد غیرقانونی بخش فزاینده‌ای از عرضه پول را که تحت کنترل نیست، بالا می‌برد و لذا سیاست تورمی را تحلیل می‌برد.

رویکردهای توسعه‌ای و نهادگرایی نیز به آثار محیطی پیدایش و رشد فعالیت‌های اقتصادی غیر قانونی پرداخته‌اند که در قضاوت نهایی پیرامون منافع و معایب ناشی از حضور و گسترش این پدیده و در نتیجه، نحوه برخورد با آن تأثیر دارد. فری و وک‌هانمان (۱۹۸۴) در یک ارزیابی کلی از فواید و هزینه‌های اجتماعی اقتصاد غیرقانونی، بهره‌وری بالای این بخش از فعالیت‌های اقتصادی را عمده‌ترین مزیت آن و غیرقانونی بودن بخش بزرگی از آن را عمده‌ترین ضرر آن اعلام می‌کند، چرا که منجر به شکست قوانین و مقررات می‌شود. گیلز (۱۹۹۹) با مرور ادبیات آثار فرار مالیاتی و اشاره به نتایجی از قبیل کاهش مسئولیت‌پذیری اجتماعی افراد و بنگاه‌ها، بیان می‌کند که فعالیت در اقتصاد غیرقانونی، تهدیدی جدی برای هر دو سیاست مالی و پولی و به موازات آن، برای قانون است. با رشد حجم نسبی اقتصاد غیرقانونی، پتانسیل فساد سیاسی و مالی، رشد می‌کند. همچنین به موازات آن پدیده‌ها، رشد فرار مالیاتی نیز به افزایش بدبینی درباره نقش و قدرت دولت و کارایی نظام مالیاتی می‌انجامد. این موضوع نیز در ادامه، حمایت عمومی برای فلسفه رعایت داوطلبانه، که پایه ثبات نظام مالیاتی در بسیاری از جوامع دموکراتیک است، را کاهش خواهد داد به‌طور خلاصه، ایده کلی که داده‌های تجربی زیادی آن را تأیید کرده، این است که اقتصاد غیرقانونی، مانعی برای توسعه اقتصادی محسوب می‌شود زیرا مانعی برای سرمایه‌گذاری خارجی، کمک‌های خارجی، سرمایه‌گذاری بخش خصوصی، مالیات‌ها، کارآفرینی و برنامه‌ریزی می‌باشد (Shokouhifard, 2022).

۳. جرایم اقتصادی

یکی از مهم‌ترین و پرتعدادترین پرونده‌های موجود در دادگاه‌ها مربوط به جرایم اقتصادی^{۱۱} است که بخش زیادی از پرونده‌های مراجع قضایی را تشکیل می‌دهد. جرایم اقتصادی در حقوق جزا، جرایمی است که اثرات و تبعات آن در ابعاد کلانی بر اقتصاد اجتماعی تأثیرگذار است. درخصوص جرایم اقتصادی، ماهیت اقتصادی آن اهمیت ندارد، بلکه اثر جرم است که آن را در دسته جرایم اقتصادی قرار می‌دهد. ممکن است وقوع جرم به‌صورت مستقیم ارتباطی به مسائل اقتصادی نداشته باشد اما اثرات آن باعث می‌شود تا اقتصاد جامعه دچار اختلال شود.

در ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی، جرایم اقتصادی در سطح کلان یعنی اختلال در نظام اقتصادی کشور را افساد فی الارض در نظر گرفته و برای مرتکب آن مجازات اعدام تعیین شده است. جرایم اقتصادی از این منظر حائز اهمیت است که باتوجه به شرایط اقتصادی جامعه، بخش زیادی از پرونده‌ها در محاکم قضایی و دادگاه‌ها مخصوص به جرایم اقتصادی است. لازم به ذکر است که حدود دو هزار عنوان مجرمانه در مجموعه قوانین کیفری کشور شناسایی شده که در این میان، بسیاری از آن‌ها می‌توانند از جرایم اقتصادی به‌شمار آیند. مهم‌ترین مصادیق جرایم اقتصادی عبارتند از: قاچاق کالا و ارز و اختلال در نظام ارزی کشور، پولشویی، احتکار، اختلاس، رانت، ربا و... (Lotfi, 2017: 148)

پیشینه تحقیق

اقتصاد غیرقانونی با ایجاد اختلال و تحریف در فعالیت‌های اقتصادی مختلف، باعث از بین رفتن نظارت و ناتوانی در اتخاذ سیاست‌های

9. Thomas.

10. Bhattacharyya.

11. Economic Offences.



اقتصادی بهینه و موثر می‌گردد. با توجه به این که تنها عده‌ی محدودی از فعالیت‌های غیرقانونی بهره‌میبند، لذا اثرات منفی آن بر ثروت شهروندان سالم ملموس و زیاد می‌باشد. مطالعات مختلفی به ارزیابی اقتصاد غیرقانونی و بررسی ابعاد و اثرات آن پرداخته‌اند که در ادامه مورد بررسی واقع می‌شوند. در این راستا، ابتدا مطالعات داخلی و سپس مطالعات خارجی پیرامون موضوع مطالعه ارائه می‌گردد.

مطالعات داخلی

عمادزاده و طباطبائی (۱۳۹۱) در مطالعه‌ای به تحلیل اقتصاد غیرقانونی و عوامل موثر بر آن در منتخبی از کشورهای توسعه یافته پرداخته‌اند. ایشان در این مطالعه از روش داده‌های تابلویی به منظور بررسی تأثیر متغیرهای اقتصادی و غیراقتصادی بر اقتصاد زیرزمینی پرداخته‌اند. نتایج این مطالعه با استفاده از روش داده‌های تابلویی نشان می‌دهد که در کشورهای توسعه یافته؛ سن، جنسیت، درصد اشتغال در بخش خدمات، سطح دانش عمومی، خود ارزیابی سیستم مالیاتی و درصد رشد GDP با اقتصاد غیرقانونی رابطه معکوس داشته و درصد اشتغال در بخش کشاورزی، نرخ نهایی مالیات و نرخ تورم، با اقتصاد غیرقانونی رابطه مستقیم دارند. نصرالهی و اردکانی (۱۳۹۱) در مطالعه‌ای به تخمین اقتصاد غیرقانونی و بررسی اثر آن روی آلودگی هوا در اقتصاد ایران طی دوره ۸۶-۱۳۵۴ پرداخته‌اند. نتایج مطالعه نشان می‌دهد که میانگین نسبت حجم اقتصاد غیرقانونی به تولید ناخالص داخلی طی دوره مطالعه معادل ۱۲/۲۵ درصد بوده و به طور متوسط، به ازای هر یک واحد افزایش در اندازه اقتصاد غیرقانونی، آلودگی هوا به مقدار ۰/۱۷ درصد افزایش می‌یابد.

شکیبایی و شادمانی (۱۳۹۳) در مطالعه‌ای اقتصاد غیرقانونی ایران طی بازه زمانی ۱۳۸۶-۱۳۴۹ را با استفاده از مدل سازی فازی چندمرحله برآورد نموده‌اند. نتایج مطالعه نشان می‌دهند که اثرگذاری تولید بخش خانوار بر روی اندازه اقتصاد غیرقانونی در ایران رو به کاهش است. همچنین اندازه اقتصاد غیرقانونی ایران طی این بازه زمانی به طور میانگین ۱۳ درصد تولید ناخالص داخلی برآورد گردیده است. نصرالهی و همکاران (۱۴۰۱) در پژوهش خود اثر اقتصاد غیرقانونی بر کیفیت زندگی با استفاده از مدل‌یابی معادلات ساختاری و روش علل چندگانه-شاخص چندگانه بررسی شده است. نتایج به‌دست‌آمده حکایت از تأثیر مثبت اقتصاد غیرقانونی بر کیفیت زندگی دارد. رحیم‌زاده و همکاران (۱۴۰۱) در مطالعه خود تأثیر فساد (اقتصاد غیرقانونی) بر شمول مالی در ایران و کشورهای منتخب عضو سازمان همکاری اسلامی طی بازه زمانی ۲۰۲۰-۲۰۰۵ را با استفاده از روش گشتاورهای تعمیم‌یافته سیستمی برآورد نموده‌اند. نتایج مطالعه نشان می‌دهند که در سطح معناداری ۵ درصد، مقدار باوقفه شمول مالی، سطح تولید ناخالص داخلی سرانه و آموزش بر شمول مالی، تأثیر مثبت و معناداری دارند. همچنین، تأثیر فساد بر شمول مالی، منفی و معنادار است. در سطح معناداری ۵ درصد، تأثیر گسترش کاربران اینترنتی و مشترکان تلفن همراه، بر شمول مالی مثبت و معنادار بوده و بالا بودن سهم زنان از کل جمعیت بر شمول مالی، تأثیر منفی و معناداری دارد. همچنین براساس نتایج، پیشنهاد می‌کنند که سیاست‌گذاران با کاهش انحصارات وسیع، از بین بردن ساختار رانتی، بالا بردن کیفیت قوانین و ایجاد شفافیت گسترده، سطح فساد کشورهای منتخب را کاهش و شمول مالی را افزایش دهند.

حسن‌مهیجر و همکاران (۱۴۰۴) در مطالعه‌ای تأثیر اندازه اقتصاد غیرقانونی یا غیررسمی را بر عملکرد بازارهای مالی و بانک‌ها در کشورهای عضو بریکس طی دوره ۲۰۲۰-۲۰۰۰ با استفاده از سیستم معادلات هم‌زمان بررسی کرده است. نتایج نشان می‌دهند که اندازه اقتصاد غیرقانونی تأثیر منفی هم بر عملکرد بازارهای مالی و هم بر عملکرد بانک‌ها داشته است؛ بنابراین، می‌توان گفت اقتصاد غیرقانونی از مهم‌ترین تعیین‌کننده‌های عملکرد بازارها و نهادهای مالی است. بنابراین، برنامه‌ریزی در جهت کاهش حجم اقتصاد غیرقانونی، شفافیت و ثبات سیاسی، بهبود شاخص توسعه انسانی و کنترل تورم می‌تواند عملکرد بازارها و مؤسسات مالی را تقویت کند.

مطالعات خارجی

دلانو^{۱۲} (۲۰۰۳) در مطالعه خود با استفاده از رویکرد معادله ساختاری، حجم اقتصاد غیرقانونی در ایتالیا را طی دوره زمانی ۲۰۰۰-۱۹۶۲ برآورد کرده است. در این مطالعه، وی از شاخصی تحت عنوان درجه تأثیر سیستم انتظامی، بهره‌برده و برای اجرای الگوی خود، از روش شاخص علل چندگانه-آثار چندگانه استفاده نموده است. میانگین حجم اقتصاد سایه در ایتالیا را در حدود ۲۵ درصد تولید

12. Dell'Anno.



ناخالص داخلی پیش‌بینی نموده است. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که اقتصاد غیرقانونی در ایتالیا از سال ۱۹۷۴ الی ۱۹۸۴ روندی صعودی داشته و در سال‌های بعد روند ثابتی را طی نموده است.

روگ^{۱۳} (۲۰۱۲) در مطالعه‌ای اثر کیفیت حاکمیت بخش عمومی بر اقتصاد غیرقانونی را برای ۳۵ کشور اروپایی بررسی نموده است. نتایج مطالعه با استفاده از معادلات ساختاری نشان می‌دهد که سطح توسعه کلی کشور، کیفیت حاکمیت عمومی و سیستم اداری عوامل تأثیرگذاری می‌باشند و باید مورد توجه سیاست‌گذاران باشند. ضمناً کمترین حجم برآورد شده برای اقتصاد غیرقانونی در این مطالعه مربوط به نیوزلند با یک درصد تولید ناخالص داخلی و بیشترین مقدار برای کشورهای رومانی و لتونی با ده درصد می‌باشد. شنایدر وهامتر^{۱۴} (۲۰۱۳) در مطالعه‌ای به بررسی اقتصاد غیرقانونی و تاثیرگذاری آن در کلمبیا پرداخته‌اند. در این مطالعه از روش تقاضای رایج برای اندازه‌گیری اقتصاد غیرقانونی در طول دوره ۲۰۱۲-۱۹۸۰ بر ای کلمبیا استفاده شده است. نتایج این بررسی نشان می‌دهد که اقتصاد غیرقانونی اثرات منفی بر بخش رسمی و رشد اقتصادی داشته است.

امودرو^{۱۵} (۲۰۱۹) با استفاده از رویکرد MIMIC در طی بازه زمانی ۱۹۹۱ الی ۲۰۱۸ به برآورد اقتصاد غیرقانونی و ضرر و منافع مالیاتی دولت نیجریه ناشی از وجود اقتصاد غیرقانونی می‌پردازد. نتایج این مطالعه نشان می‌دهد که درآمد مالیاتی به‌دست آمده تأثیر مثبت قابل توجهی بر رشد اقتصادی دارا می‌باشد در حالی که افت درآمد مالیاتی تأثیر منفی قابل توجهی بر تولید ناخالص داخلی دارد. همچنین یافته‌های این مطالعه نشان می‌دهند که ضررهای وجود فعالیت‌های اقتصاد غیرقانونی به دولت بیش از منافع آن بوده و در مجموع وجود اقتصاد غیرقانونی اثر منفی بر پیشرفت اقتصادی نیجریه دارد.

مادبی و تریزی^{۱۶} (۲۰۲۱) در مطالعه‌ای برای کشور تونس برای دوره ۲۰۱۶-۱۹۸۴ با روش NARDL این موضوع را بررسی کرده‌اند که چطور اقتصاد غیرقانونی در اثرگذاری رشد مالی روی رشد اقتصادی اثر بازدارنده دارد. نتایج حاکی از آن است که در صورت تغییر مثبت در اقتصاد غیرقانونی و برعکس، اثر بلندمدت رشد مالی منفی می‌شود؛ درحالی‌که تغییرات در اقتصاد سایه تأثیر درخور توجهی بر پیوند بین توسعه مالی و رشد اقتصادی در کوتاه مدت ندارد، در بلندمدت نقش مهمی در اقتصاد تونس ایفا می‌کند.

یاز^{۱۷} و همکاران (۲۰۲۴) در مطالعه خود به بررسی و اندازه‌گیری اندازه بخش غیرقانونی در بازار سوخت دیزل (گازوئیل) ترکیه با روش فیلتر کالمن پرداخته‌اند. در این پژوهش با استفاده از تولید ناخالص داخلی، مصرف گازوئیل رسمی و تعداد وسایل نقلیه موتوری دیزلی، میزان مصرف سوخت دیزل غیرقانونی مشاهده نشده بین ژانویه ۲۰۰۵ تا فوریه ۲۰۲۰ برای کشور ترکیه تخمین زده شده است. نتایج به‌دست آمده نشان می‌دهند که میزان مصرف دیزل غیررسمی در دوره ۲۰۱۴-۲۰۱۲ افزایش یافته است. از اواخر سال ۲۰۱۴ نیز این روند نزولی شده و پس از سال ۲۰۱۸ دوباره شروع به افزایش کرده است. طبق بررسی‌های به‌عمل آمده، این تاریخ‌ها با دوره‌های رکود اقتصادی، تحولات سیاسی و تصویب قوانین مبارزه با قاچاق در ترکیه مرتبط است.

روش تحقیق

این تحقیق از نظر هدف کاربردی بوده و همچنین پژوهش پیش‌رو از نظر نوع تحلیل نیز رگرسیونی می‌باشد. به‌طوری که برای تجزیه و تحلیل داده‌ها از مدل‌های رگرسیون خطی چند متغیره و از نرم افزار Microfit استفاده شده است. جامعه آماری تحقیق پیش‌رو، شامل کشورهایی است که داده‌ها و اطلاعات آن‌ها در پایگاه اطلاعاتی بانک جهانی^{۱۸} موجود می‌باشد که از بین این کشورها، به روش نمونه‌گیری هدفمند و در دسترس، کشور جمهوری اسلامی ایران انتخاب شده است. برای گردآوری اطلاعات مربوط به ادبیات موضوع و پیشینه تحقیق از روش اسنادی استفاده شده و داده‌های مربوط به مدل‌سازی تحقیق از پایگاه‌های اطلاعاتی استخراج شده است. در این پژوهش به دلیل نوع داده‌های مورد مطالعه از روش اقتصادسنجی داده‌های سری زمانی استفاده شده و مدل تحقیق با استفاده از روش

13. Ruge.

14. Schneider & Hametner.

15. Omodero.

16. Mhadhbi & Terzi.

17. Yaz.

18. World Bank.



خود توضیح برداری با وقفه‌های گسترده^{۱۹} برآورد می‌شود. لازم به ذکر است که در مدل‌های ARDL، تغییرات یک متغیر توسط وقفه‌های خود آن متغیر، مقادیر سایر متغیرها و وقفه‌های آن‌ها، توضیح داده می‌شود. در روش خودتوضیح با وقفه‌های گسترده (ARDL) در کنار تخمین پویایی‌های کوتاه‌مدت مدل، ارتباط بلندمدت متغیرهای مدل نیز برآورد می‌شود. پسران و شین^{۲۰} (۱۹۹۵)، نشان دادند که یکی از مزایای روش ARDL آن است که بدون توجه به I(۰) یا I(۱) بودن متغیرها، می‌توان برآوردهای سازگاری از ضرایب بلندمدت به‌دست آورد. مبتنی بر تجربیات تحقیقاتی، مدل مورد مطالعه در این تحقیق برگرفته از مطالعه اشنایدر و هامتنر (۲۰۱۳) به قرار ذیل می‌باشد.

$$Y_B = \alpha_1 + \alpha_2 UE + \alpha_3 EG + \alpha_4 CPI + \alpha_5 OE + \alpha_6 BU + \varepsilon \quad (۱)$$

که در آن:

YB: حجم اقتصاد غیرقانونی	CPI: شاخص قیمت مصرف کننده
UE: نرخ بیکاری	OE: محدودیت‌های تجاری
EG: رشد اقتصادی	BU: بار مالیاتی

مطابق مدل فوق متغیرهای تحقیق به‌صورت زیر معرفی و محاسبه می‌شوند:

$$\begin{aligned} C &= C_B + C_O & K_I &= \frac{C_I}{P_I} & i &= B, O \\ D &= D_B + D_O & & & & \\ V_O &= \frac{V_O}{C_O + D_O} & V_B &= \frac{V_B}{C_B + D_B} & B &= \frac{V_O}{V_B} \end{aligned}$$

۱. نحوه محاسبه حجم اقتصاد سایه:

که O معرف اقتصاد قانونی (ثبت شده) و B معرف اقتصاد غیرقانونی است. از ترکیب این روابط، درآمد (تولید) غیرقانونی به‌صورت زیر به‌دست می‌آید.

$$Y_B = \frac{1}{B} V_O \frac{(K_B + 1)(C - K_O D)}{(K_O + 1)(K_B D - C)}$$

C: حجم اسکناس و مسکوک در جریان، D: حجم سپرده‌های دیداری، Y: درآمد ملی.

K: نسبت اسکناس و مسکوک در جریان به سپرده‌های دیداری، V: سرعت گردش پول.

(۲) OE: محدودیت‌های تجاری:

(۴)

$$\text{محدودیت‌های تجاری} = \frac{\text{حاصل جمع واردات و صادرات کالا و خدمات}}{\text{تولید ناخالص داخلی}}$$

(۳) BU: بار مالیاتی:

(۵)

$$\text{بار مالیاتی} = \frac{\text{حاصل جمع مالیات بر شرکت‌ها و مالیات بر درآمد}}{\text{تولید ناخالص داخلی}}$$

آزمون‌های ایستایی

نتایج آزمون ایستایی متغیرهای تحقیق با روش‌های دیکی فولر تعمیم یافته و فیلیپس پرون به شرح جداول زیر است. در این روش‌ها طول وقفه در آزمون دیکی فولر تعمیم یافته (ADF) توسط نرم‌افزار Eviews و با معیار اطلاعاتی شوارتز بیزین (SIC) روش تخمین طیفی توسط نرم‌افزار مزبور با روش پیش فرض یعنی روش بارتلت کرنل (Bartlett Kernel) بوده و پهنای باند نیوی وست (Newey - West Bandwidth) به‌کار گرفته شده است.

19. ARDL.

20. Pesaran & Shin.



جدول ۱- نتایج آزمون‌های ایستایی روی مقادیر سطح متغیرها با روش ADF

متغیر	آماره	ارزش احتمال	طول وقفه
حجم اقتصاد غیرقانونی	۴/۹۷۱۶۳۵	۱/۰۰۰	۲
رشد اقتصادی	-۳/۷۱۹۷۸۰	۰/۰۳۳۴	۰
محدودیت‌های تجاری	-۲/۸۲۰۰۶۹	۰/۲۰۰۰	۲
بار مالیاتی	۱/۶۱۲۸۹۳	۱/۰۰۰	۲
شاخص قیمت مصرف کننده	۲/۵۸۰۶۲۳	۱/۰۰۰	۱
نرخ بیکاری	-۱/۷۰۳۷۴۲	۰/۷۲۹۵	۰

مأخذ: یافته‌های تحقیق

ملاحظه می‌شود که مطابق آزمون دیکی فولر متغیرهای حجم اقتصاد غیرقانونی، محدودیت‌های تجاری، بار مالیاتی، شاخص قیمت مصرف کننده و نرخ بیکاری نایبستا بوده ولی متغیر رشد اقتصادی در سطح ۵٪ معنی‌دار است. برای متغیرهای نایبستا تفاضل مرتبه اول آن‌ها با روش‌های ADF در جدول زیر بررسی می‌شوند.

جدول ۲- نتایج آزمون‌های ایستایی روی تفاضل مرتبه اول متغیرها با روش ADF

متغیر	آماره	ارزش احتمال	طول وقفه
حجم اقتصاد غیرقانونی	-۳/۴۵۳۲۵۱	۰/۰۶۰۲	۰
محدودیت‌های تجاری	-۴/۸۶۵۹۶۷	۰/۰۰۲۰	۰
بار مالیاتی	-۵/۴۹۹۱۵۸	۰/۰۰۰۴	۰
شاخص قیمت مصرف کننده	-۱/۷۵۲۷۰۱	۰/۷۰۵۸	۰
نرخ بیکاری	-۳/۹۷۵۸۰۳	۰/۰۱۸۷	۰

مأخذ: یافته‌های تحقیق

ملاحظه می‌شود که متغیرهای فوق همه به غیر از شاخص قیمت مصرف کننده، با یک تفاضل ایستا می‌شوند و لذا I(۱) یعنی انباشته از مرتبه اول هستند. شاخص قیمت مصرف کننده نیز با تفاضل مرتبه دوم به صورت جدول زیر ایستا می‌باشد.

جدول ۳- نتایج آزمون‌های ایستایی روی تفاضل مرتبه دوم متغیر شاخص قیمت مصرف کننده

متغیر	آماره	ارزش احتمال
شاخص قیمت مصرف کننده	-۱۹/۱۱۴۲۱	۰/۰۰۰

مأخذ: یافته‌های تحقیق



تخمین مدل ARDL:

با توجه به این که کلیه متغیرها در سطح خود ایستا نبوده‌اند و تنها EG در سطح خود ایستا می‌باشد. بنابراین در تخمین الگو، از مدل حداقل مربعات معمولی (OLS)، استفاده نمی‌شود و از مدل ARDL برای تخمین استفاده خواهد شد. برای این منظور از نرم افزار Microfit استفاده کرده و تخمین مورد نظر انجام شده که نتایج در جدول ۵ مشاهده می‌شود.

جدول ۴- نتایج برآورد مدل خودتوضیح باوقفه‌های گسترده برای حجم اقتصاد غیرقانونی

متغیرها	Coefficient	Sts.Error	T-Ratio	Sig
YB (-1)	۱٫۷۷۷۹	۰٫۰۸۰۷۵	۲۲٫۰۱۵۷	۰٫۰۰۰
UE	۲۷۹٫۵۶۲۰	۷۵٫۶۸۱۷	۳٫۶۹۳۹	۰٫۰۰۱
CPI	۲۶٫۸۳۱۵	۱۰٫۰۵۵۰	۲٫۶۶۸۵	۰٫۰۱۳
OE	۱۳۸۳٫۴	۸۱۱٫۰۲۶۴	۱٫۷۰۵۸	۰٫۰۹۹
BU	۳۹۰۶٫۸	۱۱۲۴٫۴	۳٫۴۱۴۵	۰٫۰۰۰
BU (-1)	-۷۶۳۱٫۰	۴۵۶۴٫۴	-۱۶٫۷۱۹۵	۰٫۰۰۰
EG	۰٫۰۲۳۶۸۰	۰٫۰۱۰۴۹۴	۲٫۲۵۶۴	۰٫۰۳۲
C	-۶۲۱۰٫۳	۲۳۱۱٫۵	-۲٫۶۸۶۷	۰٫۰۱۲
TREND	-۱۱۴٫۳۸۸	۵۵٫۶۳۹۴	-۲٫۰۵۵۹	۰٫۰۴۹
R-Squared	R-Bar-Squared		DW-Statistic	
.۹۹۹۶۵	.۹۹۹۵۵		۲٫۱۲۱۵	

مأخذ: یافته‌های تحقیق

هم‌چنان‌که نتیجه تحقیق نشان می‌دهد، تمامی متغیرها در سطح ۵ درصد معنی‌دار می‌باشند. مقادیر R^2 و R^2 تعدیل شده نیز نزدیک به هم و مقدار دوربین-واتسون (DW) مناسب است.

با توجه به نتایج حاصله از تخمین مشاهده می‌شود که بار مالیاتی با یک‌سال وقفه نیز هر دو در سطح ۱ درصد معنی‌دار بوده و با حجم اقتصاد غیرقانونی در ایران به‌ترتیب رابطه مثبت و منفی دارند و همچنین نرخ بیکاری، شاخص قیمت مصرف‌کننده، محدودیت‌های تجاری و رشد اقتصادی نیز رابطه مثبت با حجم اقتصاد غیرقانونی دارا می‌باشند. ضرایب به‌دست آمده بار مالیاتی، محدودیت‌های تجاری و نرخ بیکاری نیز نشان از تأثیر بالای آن در افزایش یا کاهش حجم اقتصاد غیرقانونی می‌باشند. نتایج آزمون‌های تشخیصی نیز مطابق جدول ۵ بیانگر عدم وجود خود همبستگی بین اجزای اخلاص و برازش خوب مدل است.



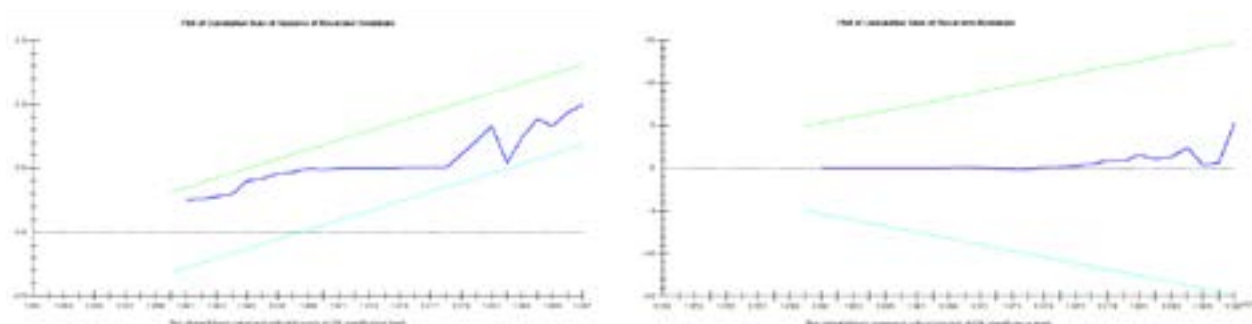
جدول ۵- آزمون‌های تشخیصی معادله حجم اقتصاد غیرقانونی

آزمون	روش ضریب لاگرانژ	روش F
خود همبستگی	۰/۱۶۰	۰/۲۲۸
شکل تبعی	۰/۱۴۹	۰/۱۲۵
نرمال بودن باقیمانده‌ها	۰/۳۳۹	-
ناهمسانی واریانس	۰/۱۶۵	۰/۱۸۴

مأخذ: یافته‌های تحقیق

به منظور بررسی ثبات ساختاری از آماره‌های Cusum و Cusumsq (ارائه شده توسط Brown) استفاده می‌شود. نرم افزار Microfit نمودارهای پسماند تجمعی و مجذور پسماند تجمعی را بین دو خط صاف فاصله اطمینان (۹۵٪) ارائه می‌کند که اگر نمودار داخل فاصله اطمینان باشد فرضیه صفر مبنی بر عدم وجود شکست ساختاری پذیرفته می‌شود.

نمودار ۱- Cusum و Cusumsq



مأخذ: یافته‌های تحقیق

حال الگوی حجم اقتصاد غیرقانونی را از نظر روابط بلند مدت متغیرها نیز مورد آزمون قرار می‌گیرد که نتایج آن در جدول ۶ ارائه شده است.

جدول ۶- نتایج برآورد بلندمدت با استفاده از روش خودتوضیح برداری با وقفه‌های گسترده

متغیرها	Coefficient	Sts.Error	T-Ratio	Sig
UE	-۳۵۹,۳۸۴۳	۱۰۳,۳۶۳۱	-۳,۴۷۶۹	۰,۰۰۲
CPI	-۳۴,۴۹۲۶	۱۰,۶۸۹۰	-۳,۲۲۶۹	۰,۰۰۳
OE	-۱۷۷۸,۴	۱۰۶۵,۲	-۱,۶۶۹۶	۰,۱۰۶
BU	۴۷۸۸۸۰,۷	۱۸۱۷۹,۵	۲۶,۳۴۱۸	۰,۰۰۰
EG	-۰,۰۳۰۴۴۱	۰,۰۱۴۵۲۴	-۲,۰۹۵۹	۰,۰۴۵
C	۷۹۸۳,۶	۳۱۷۴,۷	۲,۵۱۴۷	۰,۰۱۸
TREND	۱۴۷,۰۴۹۶	۷۵,۸۶۳۰	۱,۹۳۸۴	۰,۰۶۳

مأخذ: یافته‌های تحقیق



نتایج حاکی از وجود یک رابطه بلند مدت بوده و متغیرهای نرخ بیکاری، شاخص قیمت مصرف کننده، بار مالیاتی و رشد اقتصادی در سطح ۵٪ معنی دار می باشند. اما متغیر محدودیت های تجاری در بلند مدت معنی دار نمی باشد. حال وجود هم انباشتگی بین مجموعه ای از متغیرها بر مبنای آماری با استفاده از الگوی تصحیح خطا (ECM) مورد بررسی قرار می گیرد. ملاحظه می شود که در صورت بروز یک اختلال یا شوک و خارج شدن اقتصاد غیرقانونی از مسیر تعادلی بلندمدت خود که در جدول ۷ بیان شده، در هر دوره ۷۷٪ از خطای عدم تعادل کوتاه مدت به سوی تعادل بلندمدت تعدیل می شود.

جدول ۷- برآورد ضرایب الگوی تصحیح خطا

متغیرها	Coefficient	Sts.Error	T-Ratio	Sig
dUE	۲۷۹٫۵۶۲۰	۷۵٫۶۸۱۷	۳٫۶۹۳۹	۰٫۰۰۱
dCPI	۲۶٫۸۳۱۵	۱۰٫۰۵۵۰	۲٫۶۶۸۵	۰٫۰۱۲
dOE	۱۳۸۳٫۴	۸۱۱٫۰۲۶۴	۱٫۷۰۵۸	۰٫۰۹۹
dbU	۳۹۰۶۵۰٫۸	۱۲۴۳۵٫۴	۳۱٫۴۱۴۵	۰٫۰۰۰
dEG	۰٫۰۲۳۶۸۰	۰٫۰۱۰۴۹۴	۲٫۲۵۶۴	۰٫۰۳۲
dC	-۶۲۱۰٫۳	۲۳۱۱٫۵	-۲٫۶۸۶۷	۰٫۰۱۲
dTREND	-۱۱۴٫۳۸۸۶	۵۵٫۶۳۹۴	-۲٫۰۵۵۹	۰٫۰۴۹
ecm (-۱)	۰٫۷۷۷۸۹	۰٫۰۸۰۷۵۶	۹٫۶۳۲۶	۰٫۰۰۰

مأخذ: یافته های تحقیق

آزمون جوهانسن - جوسیلیوس

ابتدا وقفه بهینه مدل اقتصاد غیرقانونی با استفاده از معیار اطلاعاتی شوارتز بیزین انتخاب می شود. در جدول ذیل بر طبق این معیار، وقفه بهینه یک می باشد. استفاده از این معیار به علت به صرفه بودن آن است که کمترین وقفه را انتخاب می کند.

جدول ۸- انتخاب وقفه بهینه در آزمون جوهانسن جوسیلیوس

order	LL	AIC	SBC
۳	-۵۰۲٫۸۰۳۷	-۶۱۰٫۸۰۳۷	-۶۹۴٫۷۹۲۵
۲	-۵۸۵٫۶۴۲۲	-۶۵۷٫۶۴۲۲	-۷۱۳٫۶۳۴۷
۱	-۶۳۲٫۸۶۶۸	-۶۶۸٫۸۶۶۸	-۶۹۶٫۸۶۳۱
*	-۱۰۳۰٫۰	-۱۰۳۰٫۰	-۱۰۳۰٫۰

مأخذ: یافته های تحقیق

سپس با آزمون جوهانسن جوسیلیوس تعداد بردارهای همگرایی تعیین شده و بردارهای همگرایی تخمین زده می شود.



جدول ۹- تعیین تعداد بردارهای هم جمعی

مدل اقت صاد غیرقانونی			تعداد بردارهای هم جمعی		نوع آزمون
مقدار بحرانی در ۹۰٪	مقدار بحرانی در ۹۵٪	آماره	H_1	H_0	
۳۶,۸۴۰۰	۳۹,۸۳۰۰	۱۴۳,۰۰۵۷	$r = 1$	$r = 0$	$\lambda \max$
۳۱,۰۲۰۰	۳۳,۶۴۰۰	۸۱,۷۸۴۹	$r = 2$	$r \leq 1$	
۲۴,۹۹۰۰	۲۷,۴۲۰۰	۲۲,۶۹۸۰	$r = 3$	$r \leq 2$	
۱۹,۰۲۰۰	۲۱,۱۲۰۰	۲۱,۸۴۶۱	$r = 4$	$r \leq 3$	
۱۲,۹۸۰۰	۱۴,۸۸۰۰	۱۵,۷۳۶۰	$r = 5$	$r \leq 4$	
۶,۵۰۰۰	۸,۰۷۰۰	۵,۵۹۱۵	$r = 6$	$r \leq 5$	
۹۱,۴۰۰۰	۹۵,۸۷۰۰	۲۹۰,۶۶۲۳	$r \geq 1$	$r = 0$	$\lambda \text{ trace}$
۶۶,۲۳۰۰	۷۰,۴۹۰۰	۱۴۷,۶۵۶۶	$r \geq 2$	$r \leq 1$	
۴۵,۷۰۰۰	۴۸,۸۸۰۰	۶۵,۸۷۱۷	$r \geq 3$	$r \leq 2$	
۲۸,۷۸۰۰	۳۱,۵۴۰۰	۴۳,۱۷۳۶	$r \geq 4$	$r \leq 3$	
۱۵,۷۵۰۰	۱۷,۸۶۰۰	۲۱,۳۲۷۵	$r \geq 5$	$r \leq 4$	
۶,۵۰۰۰	۸,۰۷۰۰	۵,۵۹۱۵	$r \geq 6$	$r \leq 5$	
۰,۳۴۶۴۳	۰,۴۴۵۹۱	۰,۴۵۸۵۳	۰,۸۹۰۳۴	۰,۹۷۹۰۴	مقادیر ویژه
				۰,۱۴۰۲۶	

مأخذ: یافته‌های تحقیق

با آزمون اثر ۵ بردار و با آزمون حداکثر ریشه مشخصه نیز ۵ بردار هم جمعی بین متغیرهای مدل در سطح اطمینان ۹۵٪ مشخص می‌شود و در سطح ۹۰٪ نیز طبق هر دو آزمون ۵ بردار هم جمعی وجود دارد که تخمین این بردارها به شرح زیر است.



جدول ۱۰- تخمین بردارهای همجمعی

متغیرها	بردار اول		بردار دوم		بردار سوم	
	بردار همجمعی	بردار همجمعی نرمالیزه شده	بردار همجمعی	بردار همجمعی نرمالیزه شده	بردار همجمعی	بردار همجمعی نرمالیزه شده
YB	۰٫۲۴۴۰	-۱	-۰٫۴۳۴۵	-۱	۰٫۶۷۴۸۲	-۱
UE	۰٫۰۰۳۳	-۱۳۵٫۴۹۸	-۰٫۰۱۷۱۹	-۳۹۵٫۷۷	۰٫۰۲۰۳۹	-۳۰۲۲۱٫۷
CPI	۰٫۰۰۱۸	-۷۷٫۴۹۸۷	۰٫۷۹۷۶	۱۸٫۳۵۷۶	-۰٫۰۰۲۶۷	۳۹۵۹٫۱
OE	۰٫۰۲۵۲	-۱۰۳۴٫۰	-۰٫۰۱۰۶۸	-۲۳۴۰٫۲	۰٫۸۹۴۱۷	-۱۳۲۵۱۶
BU	-۱۲٫۲۹۶۳	۵۰۳۹۱۸٫۶	۱۸٫۶۶۸۶	۴۲۹۶۵۵٫۱	-۲٫۸۷۵۲	۴۲۶۱۰۷۶
EG	۰٫۲۲۱۱	-۰٫۰۰۹۰۶	۰٫۲۸۶۵۲	۰٫۰۰۶۵۵۹	۰٫۶۵۵۵۱	-۹٫۷۱۳۹

	بردار چهارم		بردار پنجم	
	بردار همجمعی	بردار همجمعی نرمالیزه شده	بردار همجمعی	بردار همجمعی نرمالیزه شده
YB	-۰٫۳۰۷۰۱	-۱	-۰٫۴۶۱۰۵	-۱
UE	-۰٫۰۴۶۴۳۷	-۱۵۱۲٫۵	۰٫۰۵۶۳۰۲	۱۲۲۱٫۴
CPI	-۰٫۰۰۶۸۲۵	-۲۲۲٫۳۱۴۷	-۰٫۰۰۸۳۱۹۵	-۱۸۰٫۴۸۵۵
OE	-۰٫۲۳۸۸۹	-۷۷۸۰٫۹	۰٫۴۸۲۲۲	۱۰۴۶۱٫۴
BU	۲۱٫۷۶۹۶	۷۰۹۰۴۵	۳۳٫۴۹۲۴	۷۲۶۵۸۹٫۳
EG	۰٫۳۵۴۴۳	۰٫۱۱۵۴۱	۰٫۲۸۸۲۴	۰٫۰۶۲۵۳۳

مأخذ: یافته‌های تحقیق

با توجه به نتایج به دست آمده، بردار پنجم دارای تفسیر اقتصادی مطابق تئوری می‌باشد. یعنی حجم اقتصاد غیرقانونی با نرخ بیکاری، محدودیت‌های تجاری، بار مالیاتی و رشد اقتصادی رابطه مثبت و با شاخص قیمت مصرف کننده رابطه منفی دارد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

اقتصاد غیرقانونی بخش مهمی از اقتصاد در بسیاری از کشورها، به‌ویژه کشورهای در حال توسعه را تشکیل می‌دهد و نقش عمده‌ای در ایجاد اشتغال، تولید و ایجاد درآمد ایفا می‌کند. بر این اساس در تحقیق حاضر حجم اقتصاد غیرقانونی ابتدا به روش نسبت نقد محاسبه شده و سپس مدل مورد نظر مورد برآزش قرار گرفت که عمده متغیرهای آن نیز به قرار ذیل معرفی می‌گردند.

• بار مالیاتی: یکی از مجموعه محدودیت‌های رسمی موثر بر فعالیت‌های اقتصادی آحاد جامعه، قوانین و مقررات مربوط به اخذ انواع مالیات و عوارض دولتی است. گریز از پرداخت مالیات و عوارض از طریق پنهان‌سازی فعالیت‌ها یا افزون‌نمایی هزینه‌ها و یا کم‌نمایی درآمدها و....، پدیده‌ای است که کمابیش در تمامی کشورها رایج است و اجزاء مهم تولید غیرقانونی به شمار می‌رود. وسعت این پدیده و میزان اهمیت آن در جوامع مختلف به عواملی همچون: انسجام و کارآمدی نظام مالیاتی، فرهنگ مالیاتی جامعه و نرخ مالیات‌ها و عوارض دولتی بستگی دارد.

• محدودیت‌های تجاری: در بسیاری از کشورها، به‌ویژه کشورهای در حال توسعه، محدودیت‌های تجاری تنها از طریق نظام تعرفه اعمال نمی‌شود بلکه این موانع به‌صورت‌ممنوعیت واردات یا صادرات برخی از اقلام به طور کلی یا به‌صورت‌موقت، قطع یا محدود



ساختن رابطه تجاری با کشور یا کشورهای خاص، مشروط ساختن یا سهمیه‌بندی مقداری واردات یا صادرات تعدادی از کالاها و... نیز تحقق می‌یابد. در طول دوره مورد بررسی در ایران نیز با استفاده از ترکیبی از مقررات تجاری و ارزی اینگونه محدودیت‌ها وضع شده‌اند و نقش مهمی را در سیاست‌های تجاری کشور ایفا کرده‌اند. این واقعیت در کنار انتظار شکل گرفته در ادبیات اقتصاد غیرقانونی، درباره اهمیت حجم نسبی قاچاق کالا در کل مجموعه تولید غیر قانونی و پنهان کشورهای در حال توسعه، ضرورت توجه کافی به عوامل موثر بر این بخش از اقتصاد سیاه در ایران را گوشزد می‌نماید.

- علاوه بر محدودیت‌های قانونی حاکم بر عرصه تجارت خارجی، جریان مبادله و توزیع کالاها و خدمات در داخل کشور نیز می‌تواند مشمول سیاست‌های نظارتی، سهمیه‌بندی و قیمت گذاری قرار گیرد که عدم رعایت آن‌ها به منزله انتخاب فعالیت اقتصادی در حیطه غیر قانونی، از سوی کارگزاران اقتصادی، است. به نظر می‌رسد در طول دوره مورد بررسی، سیاست‌های دولت در این زمینه با نوسانات متعدد و مهمی همراه بوده است. به‌ویژه وقوع جنگ تحمیلی عراق علیه ایران، به طور طبیعی بستر مناسبی را برای گسترش دامنه اینگونه محدودیت‌ها فراهم ساخت.

- انتظار می‌رود هر چه محدودیت‌های قانونی فراروی تجارت خارجی از گستردگی کمتری برخوردار گردد، واردات و صادرات قاچاق با استقبال کمتری مواجه و از حجم اقتصاد غیرقانونی کاسته شود. چنین انتظاری، هم با منطق مربوط به رابطه بین محدودیت‌های قانونی و شکل گیری اقتصاد غیرقانونی مطابقت دارد و هم با تجویزهای سیاستی، برای مقابله با پدیده قاچاق کالا، از طریق آزادسازی تجاری، که در ادبیات موضوع به چشم می‌خورد، سازگار است.

- شاخص قیمت مصرف کننده: رشد سطح عمومی قیمت کالاهای مصرفی از طرق مختلفی می‌تواند حجم اقتصاد غیرقانونی را تحت تأثیر قرار دهد. رشد این شاخص، می‌تواند منجر به گسترده‌تر شدن فقر شود. با عنایت به وضعیت نابرابری توزیع درآمد در کشور، می‌توان انتظار داشت که با افزایش سطح عمومی قیمت کالاهای مصرفی، خانوارهای بیشتری زیر خط فقر قرار گیرند. مشاهدات تجربی نیز وجود چنین رابطه‌ای را در مورد ایران تأیید می‌کند. ناتوانی در تأمین حداقل درآمد کافی برای گذران زندگی از طریق انجام فعالیت‌های قانونی می‌تواند عامل موثری در توجیه‌پذیری مخاطرات روی آوردن افراد به فعالیت‌های اقتصادی غیر قانونی قلمداد شود. لذا انتظار می‌رود با گسترش پدیده فقر، اندازه اقتصاد غیرقانونی نیز رشد یابد، در نتیجه می‌توان انتظار داشت همبستگی مثبتی بین نوسانات سطح عمومی قیمت کالاهای مصرفی و حجم اقتصاد غیرقانونی وجود داشته باشد.

- بیکاری: در اندازه‌گیری اقتصاد غیرقانونی و موضوعات مرتبط با آن، غالب پژوهش‌هایی که در علت‌یابی پیدایش و رشد این پدیده فراتر از عاملیت مالیات‌ها رفته‌اند، بیکاری را به عنوان یک عامل موثر بر گسترش این پدیده مورد توجه قرار داده‌اند. علیرغم وجود چنین توافق نظری، در خصوص جهت اثرگذاری این عامل بر حجم اقتصاد غیرقانونی اختلاف نظر و ابهام جدی وجود دارد. از یک سو استدلال می‌شود که با گسترش بیکاری، انگیزه فعالیت در حوزه‌های غیر قانونی افزایش می‌یابد لذا بایستی انتظار افزایش حجم اقتصاد غیرقانونی را داشته باشیم، اما از سوی دیگر، چنین استدلال می‌شود که نرخ بیکاری شاخصی از عملکرد کلان اقتصادی به شمار می‌آید و افزایش آن می‌تواند نشانه‌ای از آغاز دوره رکود اقتصادی و کاهش تقاضا برای نیروی کار، چه برای فعالیت‌های رسمی و چه برای تولید غیرقانونی، باشد. بدین ترتیب، می‌توان در انتظار کاهش اندازه اقتصاد غیرقانونی همزمان با افزایش بیکاری بود.

- رشد اقتصادی: تا آن‌جا که افزایش رشد اقتصادی، نشانه‌ای از بالاتر رفتن درجه توسعه یافتگی کشورها باشد، می‌توان انتظار داشت که تغییرات این شاخص اثر معکوسی بر اندازه نسبی اقتصاد غیرقانونی داشته است. کارآمدتر شدن نظم حقوقی حاکم (منطقی شدن محدودیت‌های قانونی و کارآمد شدن سازمان اجرای محدودیت‌ها و چگونگی نظارت بر اجرا)، تغییرات هنجارها و ارزشهای اجتماعی و رواج قانون‌پذیری، انسجام و اقتدار دولت و پذیرش اجتماعی نقش آن و کاهش فقر و بیکاری که همگی به موازات و همراه با ارتقاء سطح توسعه یافتگی کشورها رخ می‌دهد، زمینه‌های لازم برای کاهش حجم اقتصاد غیرقانونی را فراهم می‌آورد. اما جدای از کاستی‌هایی که این شاخص برای تبیین وضعیت توسعه‌یافتگی کشورها دارد و از این طریق قضاوت در مورد جهت اثرگذاری آن بر اندازه اقتصاد غیرقانونی را با ابهام مواجه می‌سازد، مشکل دیگری نیز وجود دارد و آن این که رشد اقتصادی، همانند بیکاری، شاخصی است که بیانگر وضعیت عمومی اقتصاد کلان کشور است و نوسانات آن منعکس کننده تغییرات در شرایط کلان اقتصادی و کسب و کار در تمامی حوزه‌های فعالیت اقتصادی، از جمله تولید پنهان و غیرقانونی است. لذا از این منظر می‌توان انتظار داشت که با افزایش مقدار این متغیر، اندازه اقتصاد غیرقانونی نیز تغییرات فزاینده داشته باشد و بالعکس.



- با مدنظر قرار دادن مطالب فوق الذکر و با توجه به نتایج حاصله از تخمین، پیشنهاداتی به شرح زیر ارائه می‌گردند:
۱. اهتمام جدی نهادهای ذیربط در مبارزه با اقتصاد غیرقانونی از جمله قوه قضائیه، دیوان محاسبات، سازمان بازرسی و.... همچنین اجرای سیاست‌هایی نظیر توسعه دولت الکترونیک، کاهش حجم دولت، بهبود فرهنگ و سطح اخلاق عمومی جامعه با ترویج تقبیح فساد و رشوه، جلوگیری از نفوذ دولت در دستگاه‌های نظارتی و بازرسی، حذف دستورالعمل‌ها و مقررات زاید که امکان سوءاستفاده و فساد را افزایش می‌دهند، اصلاح فرهنگ سازمانی، گسترش جریان آزاد اطلاعات و تشویق مردم به گزارش فساد، برقراری ثبات در قوانین مالی و اقتصادی، اعمال قوانین و مقررات پیش‌گیرانه و همچنین مقابله جدی و قاطع با مفسد اقتصادی.
 ۲. تقویت توانایی‌های دولت در اعمال حاکمیت، با افزایش توان کارشناسی و مدیریت آن، از طریق مقید بودن به شایسته‌سالاری در جذب و ارتقاء آنان؛ افزایش مشارکت مردم در طراحی و تدوین قوانین و مقررات (ایجاد نهادهای رسمی)، سازماندهی و اجرای آن و نیز نظارت بر اجرای آن، از طریق گسترش مداخله نهادهای قضائی و مدنی در امور مربوطه.
 ۳. کارآمدتر شدن نظم حقوقی حاکم (منطقی شدن محدودیت‌های قانونی و کارآمد شدن سازمان اجرای محدودیت‌ها و چگونگی نظارت بر اجرا)، تغییرات هنجارها و ارزش‌های اجتماعی و رواج قانون‌پذیری، انسجام و اقتدار دولت و پذیرش اجتماعی نقش آن.
 ۴. اتخاذ سیاست‌های مناسب در زمینه آزادسازی تجاری جهت بهره‌برداری از فرصت‌های تجاری و سرمایه‌ای موجود در اقتصاد جهانی و توسعه صادرات خدمات و کالاها در راستای افزایش توان تولیدی بنگاه‌ها.
 ۵. تثبیت اقتصادکلان، کنترل تورم و بیکاری با اعمال سیاست‌های سفت و سخت اقتصادی از سوی دولت و بانک مرکزی.
 ۶. اصلاح قوانین مربوط به بازار کار از جمله قانون کار، تامین اجتماعی و مالیات، همچنین تصویب قوانین پشتیبان مورد نیاز قانون تجارت به‌ویژه قانون بهبود فضای کسب و کار در جهت افزایش شفافیت و صراحت تمام آن‌ها به‌طوری‌که از هرگونه برداشت سلیقه‌ای جلوگیری نماید.
 ۷. حمایت اساسی دولت از کسب و کارها در قالب اعطای تشویق‌های مالیاتی، تسهیل در اخذ مجوز فعالیت، اخذ وام و اعتبار و حذف بروکراسی‌های زاید اداری.

References

1. Akcay, S. (2006). Corruption and human development. Cato Journal, 26(1), 29- 46. <https://doi.org/10.36009/CJ.26.1.2>.
2. Bhagwati, J.; Hansen, B. (1973). A Theoretical Analysis of Smuggling. Quarterly Journal of Economics, 87, 172-187.
3. Bhattacharyya, D.K. (1999). On the Economic Rationale of Estimating the Hidden Economy. The Economic Journal. 109(456), 348-359. <https://doi.org/10.1111/1468-0297.00437>.
4. Chatterjee, S.; Chaudhury, K.; Schneider, S. (2003). The size and development of the Indian shadow economy and a comparison with other 18 Asian countries: an empirical investigation. Discussion Paper, Department of Economics, University of Linz, Austria.
5. Chugh, R. L.; Uppal, J. S. (1986). Black Economy in India. New Dehli: Tata McGraw- Hill Pub.co. Ltd.
6. Dell' Anno, R. (2003). Estimating the Shadow Economy in Italy: A Structural Equation Approach. Discussion paper, University of Salerno, Departeman of Economics and Statistics. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1113830>.
7. Emadzadeh, M.; Tabatabaei, Z. (2012). An analysis of the underground economy and its influencing factors in selected developed countries. Macroeconomics Research Letter, 7(13), 83-96. (In Persian).



8. Frey, B. S.; Weck-Hanneman, H. (1984). The hidden economy as an 'unobserved' variable. *European Economic Review*, 26(1-2), 33-53. [https://doi.org/10.1016/0014-2921\(84\)90037-4](https://doi.org/10.1016/0014-2921(84)90037-4).
9. Giles, D. E. A. (1999). Modeling the hidden economy in the tax-gap in New Zealand. *Empirical Economics*, 24(4): 621-640. <https://doi.org/10.1007/BF01276759>.
10. Hasan Mhejir, J.; Hekmati Farid, S.; Reza Zadeh, A.; Mohammad Zadeh, Y. (2025). Examining the Influence of the Shadow Economy on the Performance of Financial Markets and the Banking Sector in BRICS Countries: A Panel SUR Approach. *Journal of Asset Management and Financing*, 13(2), 1-27. (In Persian).
11. Hui- Kuang Yu, T.; Wangb, D. H. M.; Chenc, S. G. (2006). A Fuzzy Logic Approach. To Modeling the Underground Economy in Taiwan. *Physica*, 36(2), 471-479. <https://doi.org/10.1016/j.physa.2005.09.058>.
12. Lotfi, I. (2017). Jurisprudential and Legal Study of Trapping in Irans Criminal Law. Tehran: Noreehm. (In Persian).
13. Mehrabi Boshraadi, H.; Kouchakzadeh, S.; Taboli, H. (2011). Whether Shadow Economy Threats Economic Growth? (Case Study: Iran). *Iranian Journal of Economic Research*, 15(45), 181-198. (In Persian).
14. Mhadhbi, K.; Terzi, C. (2022). Shadow economy threshold effect in the relationship finance-growth in Tunisia: A nonlinear autoregressive distributed lag approach. *Journal of International Development*, 34(3), 636-651. <https://doi.org/10.1002/jid.3693>.
15. Mohabati, Y. (2019). Studying the Status of the Black Economy in Iran and Providing Solutions. Fourth International Conference on Modern Research in Management, Economics and Development, <https://civilica.com/doc/914950>. (In Persian).
16. Naderan, E.; Sedighi, H. (2009). The Effect of Taxes and Their Components on Size of Underground Economy in Iran (1973-2003). *Journal of Economic Research*, 43(4), 1-26. (In Persian).
17. Nasrolahi, Z.; Talei Ardakani, S. (2013). Estimating Shadow Economy and the Impact on Air Pollution in Iran. *QJER*, 12(4), 27-54. (In Persian).
18. Nasrollahi, Z.; Rezaei, A.; Dehghan Banadkoki, F. (2022). Shadow Economy Effects on Quality of Life. *Stable Economy Journal*, 3(1), 98-131. <https://doi.org/10.48308/eco.2022.987321>. (In Persian).
19. Omodero, C.O. (2019). The financial and economic implications of underground economy: The Nigerian perspective. *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 8(2), 155-185. <https://doi.org/10.36941/ajis-2019-0014>.
20. Pesaran, M.H.; Shin, Y. (1995). Autoregressive Distributed Lag Modelling Approach to Cointegration Analysis. DAE Working Paper Series No. 9514, Department of Economics, University of Cambridge, Cambridge.
21. Rahimzadeh, F.; Shokouhifard, S.; Hazeri Niri, H. (2022). The Effects of Corruption on Financial Inclusion (A System Generalized Method of Moments approach). *Economic Modeling*, 16(57), 33-48. (In Persian).
22. Ruge, M. (2012). Public Governance and the Shadow Economy. The Berlin International Economic Congress.
23. Sardari, A. (2002). An approach to the administrative structure of developing countries. Proceedings of the Second Scientific and Research Conference on Supervision and Inspection in the Country, Tehran. (In Persian).
24. Schneide, F.; Hametner, B. (2013). The Shadow Economy in Colombia: Size and Effect on Economic Growth. Johannes Kepler University of Linz, Working Paper No. 1319. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2354426>.



25. Schneider, F. (2007). Shadow Economies and Corruption All Over the World: New Estimates for 145 Countries. *Economics*, 1(1), 1-53. <https://doi.org/10.5018/economics-ejournal.ja.2007-7>.
26. Shakibaei, A.; Raeispour, A. (2007). The Evolution of Shadow Economy in Iran A DYMIMIC Approach. *QJER*, 7(3), 17-36. (In Persian).
27. Shakibaei, A.; Shadmani, G. (2014). Estimating the Size of Shadow Economy in Iran Using Multi-level Fuzzy Modeling. *QJER*, 14(1), 59-77. (In Persian).
28. Shokohifard, S. (2020). The Impact of Corruption on Labor Market in Iran and Selected Islamic Countries: Quantile Regression Approach. Ph.D. Thesis, Islamic Economics, Islamic Azad University- Tabriz Branch. (In Persian).
29. Shokohifard, S. (2022). The Effects of Corruption on Financial Fragility in Iran: A Quantile Regression Approach. Postdoctoral research project, Economics, Payame Noor University. (In Persian).
30. Shokouhifard, S. (2024). The Effects of Different Indicators of Corruption on Labor Force Case Study: Selected MENA Countries. *Parliament and Economy*, 1(WINTER), 173-205. (In Persian).
31. Thomas, J.J. (1989). Quantifying the Black Economy: 'Measurement without Theory' Yet Again?. *The Economic Journal*, 109(456), 381-389.
32. Transparency International. (2018). Corruption Perceptions Index. <http://www.transparency.org>.
33. Transparency International. (2023). Corruption Perceptions Index. <http://www.transparency.org>.
34. Yaz, H. F.; Dogan, N.; Berument, M. H. (2024). A measure of the informal sector for the Turkish diesel market. *Economics, Planning, and Policy*, 16(7), 638-649. <https://doi.org/10.1016/j.ecosys.2024.101234>.



Cognitive Errors in Judicial Decision-Making from a Behavioral Law and Economics Perspective

Shahin Shamiaghdam¹ , Gholamreza. Asadi² 

1. Assistant Professor in Private Law, Department of Law, Islamic Azad University, Takestan, Iran.

2. PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Edalat University, Tehran, Iran.

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

Received: 2025-05-22

Revised: 2025-07-26

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Shamiaghdam, Sh.; Asadi, GH., (2025). Cognitive Errors in Judicial Decision Making from a Behavioral Law and Economic Prespective. Encyclopedia of Economic Law Journal, 32(27): (95-112) (in Persian with English abstract). <https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.92280.1428>

1. Introduction

Errors in judicial proceedings are not anomalies but inevitable consequences of complex decision-making processes. In many cases, these errors are not the result of intentional misconduct or ignorance but arise from cognitive biases that affect human judgment. The present paper adopts a behavioral law and economics framework to examine how such cognitive biases manifest in the judicial process, influence the quality and legitimacy of judicial decisions, and how their consequences can be mitigated through institutional, procedural, and economic tools.

Judges, like all human beings, are prone to cognitive shortcuts. These mental shortcuts, or heuristics, often provide efficient mechanisms for quick decision-making. However, they may lead to systematic deviations from rational judgment, known as cognitive biases. The article distinguishes between environmental or contextual biases (e.g., anchoring and framing) and internal biases (e.g., optimistic bias and hindsight bias), exploring how each type shapes judicial reasoning.

From a political standpoint, judicial errors—especially those stemming from cognitive biases—have a direct effect on the legitimacy of the judiciary. As the judiciary is an arm of governance, repeated instances of flawed judgment can erode public trust and weaken the perceived fairness and integrity of state institutions. In countries where the judiciary operates with a high degree of independence, these effects may be moderated. However, in centralized or authoritarian regimes, judicial errors may directly tarnish the legitimacy of the broader government. Economically, judicial error influences both economic development (qualitative) and economic growth (quantitative). Confidence in the judiciary encourages contractual relations, protects property rights, and ensures a predictable legal environment—all of which are essential preconditions for attracting investment and supporting economic development. The paper references empirical examples such as judicial reforms in China, demonstrating how improved adjudication correlates with accelerated development.

At a micro level, the predictability of court decisions plays a pivotal role in parties' willingness to engage in litigation or settle disputes out of court. A justice system plagued by unpredictability or systemic bias can increase transaction costs, discourage contract formation, and foster economic inefficiencies.

This paper provides an extensive typology of cognitive biases affecting judicial behavior, structured into two main categories: peripheral (external/contextual) biases and intrinsic (internal/personal) biases.

Peripheral Biases; These are decision-making distortions that arise due to the context in which a decision is made.



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



Judges often assess current cases based on prior similar cases, which may unconsciously influence the weight assigned to certain types of evidence. This can lead to overreliance on anecdotal memory or past experience rather than strict legal reasoning.

Anchoring Bias: Initial pieces of information, such as the amount of damages claimed, may disproportionately affect the outcome of a case, regardless of the relevance or accuracy of that information.

-Hindsight Bias: Judges, when assessing liability, particularly in tort or contractual cases, may assume that events were more foreseeable than they actually were, simply because they know the outcome. This affects determinations of negligence or foreseeability standards.

Framing Effects and Reference Dependence: The way legal arguments or evidence are presented (framed) can affect how they are interpreted. Minor changes in wording or sequence can significantly alter a judge's perception.

Intrinsic Biases; These stem from internal psychological predispositions and personal tendencies of the judge.

Optimism Bias: Judges may overestimate the accuracy or fairness of their own decisions. This overconfidence might reduce their receptiveness to appeals or criticism, affecting the likelihood of correction.

Endowment Effect: Judges may display a bias in favor of the status quo or existing entitlements, overvaluing what a party already possesses, and hesitating to disturb it even when legal arguments support change.

Omission Bias: Judges may be more tolerant of harms resulting from inaction than those resulting from direct actions, potentially skewing liability assessments.

-Extremeness Aversion (Threshold Aversion): Judges may avoid choosing options that are at extremes, instead favoring moderate outcomes. This bias can be manipulated by presenting a range of options to nudge decisions toward a desired middle ground.

2. PURPOSE

The article challenges traditional legal assumptions, particularly the notion that judges are purely rational actors who dispassionately apply legal rules. By introducing findings from cognitive psychology and behavioral economics, the study shows how even well-intentioned judges may reach biased decisions due to subconscious mental processes.

Furthermore, these biases can affect both factual and legal determinations. For instance, the value assigned to certain forms of evidence, or judgments about the credibility of witnesses, may be significantly influenced by psychological rather than legal criteria.

Building on this foundation, the primary purpose of the article is to expose the systematic and predictable nature of cognitive errors in judicial reasoning, thus reframing such errors not as isolated anomalies, but as inherent vulnerabilities of the human decision-making process. Rather than attributing mistakes to incompetence, corruption, or negligence, the study emphasizes the structural limitations of human cognition—particularly under conditions of time pressure, information overload, and the high-stakes nature of legal adjudication. In doing so, it opens the door to a more realistic and humane model of judicial behavior, one that aligns more closely with the actual functioning of the judicial mind.

Moreover, the article seeks to bridge a critical gap in Iranian legal scholarship, where the dominant discourse surrounding judicial error is focused primarily on questions of liability, immunity, and procedural recourse. While such concerns are important, they often fail to address the cognitive roots of error or explore preventive and corrective mechanisms from an interdisciplinary standpoint. By incorporating behavioral economic theory, the article introduces a new framework for understanding how judicial systems can become more resilient against error—not by expecting perfection from judges, but by designing processes that mitigate the risk and impact of inevitable human fallibility. Another core objective is to demonstrate that cognitive errors in judging have far-reaching consequences beyond the immediate parties to a dispute. Errors can destabilize broader legal, political, and economic systems by reducing public trust in the judiciary, undermining the predictability of legal outcomes, and increasing the transaction costs of litigation and contract enforcement. By articulating this broader impact, the study elevates the discussion from a purely legal or psychological concern to one of institutional integrity and national development. The article also aims to propose a structured framework of solutions, combining normative legal reasoning with insights from behavioral sciences. These include not only doctrinal recommendations—such as clearer standards of review and refined burdens of proof—but also institutional interventions, such



as judicial training on cognitive bias, implementation of “choice architecture” in courtroom procedures, and policies aimed at distributing the costs of error in a socially optimal manner. Importantly, the study does not seek to discredit the judiciary or diminish the authority of judges. On the contrary, by shedding light on the unconscious mechanisms that influence judicial behavior, it aspires to enhance the quality, transparency, and legitimacy of judicial decisions. In this sense, the article contributes both to legal theory and practical judicial reform, advocating a shift from an idealized image of judging toward a scientifically informed, policy-relevant understanding. Finally, the purpose of this research extends to stimulating further empirical and interdisciplinary inquiry, particularly within the context of Iran’s unique legal and cultural system. The article serves as both a theoretical foundation and a normative provocation, encouraging scholars, judges, and policymakers to reimagine legal accuracy not as an abstract ideal, but as a regulatory goal that can be systematically pursued through evidence-based reform.

3. METHODOLOGY

This study employs a multidisciplinary qualitative approach grounded in behavioral law and economics to explore the phenomenon of judicial cognitive errors. The research methodology is structured around a combination of theoretical analysis, interdisciplinary synthesis, and normative evaluation, designed to bridge legal doctrine with empirical insights from cognitive sciences and behavioral economics. The primary methodological framework is analytical-descriptive, relying on a comprehensive review of cognitive psychology literature, behavioral economic theories, and legal doctrine to identify, classify, and explain cognitive biases that affect judicial decision-making. To this end, landmark scholarly contributions such as those of Guthrie, Rachlinski, and Wistrich (2001), as well as seminal theories developed by Jolls (2006), are critically examined to form the theoretical foundation of the study. This analysis is supplemented by comparative insights from legal systems—particularly the United States and Japan—regarding the institutional structure of the judiciary and its interaction with the political system, enabling a contextual understanding of how institutional design may mitigate or exacerbate cognitive errors. Given the conceptual nature of the research question, the study does not utilize statistical tools or quantitative modeling. Instead, it adopts a cognitive error taxonomy approach, systematically categorizing common judicial biases such as anchoring, availability heuristics, over-optimism, endowment effects, dual forecasting, and threshold aversion. Each category is analyzed in terms of its psychological origin, its manifestation in judicial reasoning, and its potential implications for due process and legal outcomes. In addition to identifying the psychological basis of these errors, the research applies principles of normative behavioral law and economics to evaluate possible mechanisms for reducing or distributing the costs of such errors. These include the design of institutional safeguards, procedural reforms, training programs for judges, and cost-benefit models for cognitive error management. The methodology integrates economic reasoning with legal interpretation to assess the efficiency and fairness of different error-reduction strategies. The study further engages in a conceptual dissection of the direct and indirect effects of judicial error. Direct effects refer to binding legal consequences such as appellate reversals and liability, whereas indirect or situational effects include political legitimacy loss, economic instability, and reduced predictability of legal outcomes. This bifurcation allows for a more nuanced analysis of judicial error beyond the conventional liability-immunity discourse prevalent in Iranian legal literature. Moreover, the paper critiques the limitations of current legal research in Iran, where most studies tend to focus on judicial immunity and responsibility, neglecting the cognitive underpinnings of error and their broader societal consequences. By emphasizing the behavioral mechanisms underlying judicial mistakes, this research seeks to fill an existing gap and promote an interdisciplinary, forward-looking model for judicial reform. Importantly, while the study’s propositions and evaluations are grounded in theoretical logic and interdisciplinary reasoning, the methodology acknowledges the necessity of empirical validation through future research tailored to the specific legal and cultural context of Iran. Thus, this paper also serves as a call for more empirically driven, localized studies using experimental designs, judicial performance metrics, or case-based analysis to further substantiate the theoretical claims made herein.

4. FINDINGS

Judicial Training and Awareness: Educating judges about cognitive biases can help reduce their impact. Although awareness alone may not eliminate biases, it fosters mindfulness in decision-making and can improve objectivity.



Procedural Reforms: Adjusting procedural rules to account for bias can improve fairness. For example, mandating simultaneous presentation of all evidence can mitigate anchoring effects.

Data and Algorithmic Support: Incorporating data analytics or expert systems in judicial procedures can provide comparative benchmarks and reduce reliance on flawed heuristics.

Risk Distribution Frameworks: Recognizing the inevitability of judicial error, the article proposes models for distributing the risk of such errors fairly between plaintiffs and defendants. In criminal law, this is reflected in the principle of “beyond a reasonable doubt,” which favors the accused. In civil law, a balance must be achieved to ensure equitable outcomes.

Economic Cost-Benefit Analyses: Borrowing from microeconomic theory, the article suggests identifying the optimal level of resources to be invested in reducing judicial errors. This includes evaluating marginal costs and marginal benefits to prevent inefficient over-expenditure on procedural safeguards.

Legal Design through Behavioral Insights: Legal institutions should be redesigned in ways that “nudge” judges toward fairer decisions. This might include formatting of judicial forms, order of evidence presentation, or even how laws are drafted.

5. CONCLUSION

This article significantly contributes to the growing interdisciplinary field of behavioral law and economics by illustrating how cognitive psychology can inform and improve judicial processes. The key insight is that justice is not merely a function of legal norms or institutional independence, but also of human cognition. Acknowledging and addressing the imperfections in judicial reasoning does not undermine the judiciary—it strengthens it. This article significantly contributes to the growing interdisciplinary field of behavioral law and economics by illustrating how cognitive psychology can inform and improve judicial processes. The key insight is that justice is not merely a function of legal norms or institutional independence, but also of human cognition. Acknowledging and addressing the imperfections in judicial reasoning does not undermine the judiciary—it strengthens it. A judicial system that incorporates behavioral insights will be more transparent, accountable, and effective in delivering justice. Future research, especially empirical studies conducted within the context of specific legal cultures such as Iran, is essential to refine these insights and tailor interventions appropriately.

The article ends with a call for structural innovation: embracing cognitive limitations and designing systems that work with—rather than against—the psychology of judicial decision-making. In this way, we can achieve not just a formally correct legal process but a substantively fair and socially legitimate one. More broadly, the conclusion underscores that legal systems must evolve in response to the realities of human behavior. Just as technological advancements demand updates to legal codes, so too must developments in cognitive science prompt a rethinking of how legal actors make decisions. It is no longer sufficient to rely solely on formalistic rules or idealized assumptions of rationality; modern judicial systems must embed scientific knowledge into their foundations, recognizing that even well-meaning judges are subject to unconscious heuristics and biases. In practical terms, this means rethinking judicial training, procedural design, and institutional oversight. For example, judicial education must move beyond doctrinal competence to include cognitive awareness. Legal procedure must be sensitive to the psychological pressures faced by judges, especially under caseload burdens and time constraints. Appellate review structures should account for not only legal error but also patterns of cognitive misjudgment, and explore correction mechanisms that preserve fairness without undermining judicial authority. Furthermore, by demonstrating the indirect but profound economic and political consequences of cognitive errors—such as diminished trust in legal institutions, reduced predictability in economic transactions, and weakened perceptions of legitimacy—the article positions behavioral reform not merely as a legal concern but as a national development strategy. Legal accuracy, judicial efficiency, and the integrity of governance are all interlinked, and the path to their enhancement lies in recognizing and addressing how humans actually think, decide, and err. Ultimately, this article concludes that cognitive fallibility must be viewed not as a flaw to be ignored, but as a design feature to be managed. This requires humility from legal theorists, openness from judicial institutions, and innovation from policymakers. By integrating behavioral science into the structure and culture of judging, we can build a legal system that is more resilient, equitable, and responsive to the complex social realities it serves.

Keywords: Cognitive Errors, Judicial Decision-Making from, Behavioral Law and Economics



خطاهای شناختی قاضی از منظر تحلیل اقتصادی رفتاری

شاهین شامی اقدم^۱، غلامرضا اسدی^۲

دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۳ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۱۸ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

ارتکاب خطا در دادرسی جزئی اجتناب‌ناپذیر از این فرایند محسوب می‌شود. خطاهای مذکور موجب بروز آثاری متعدد می‌گردد که به‌ویژه از جنبه‌های سیاسی و اقتصادی واجد اهمیت زیادی است. از جنبه سیاسی، تأثیرگذاری خطا بر مشروعیت حاکمیت، به‌نسبت و میزان وابستگی دستگاه قضایی به حکومت بستگی دارد و از نظر اقتصادی آثار منفی آن بر رشد اقتصادی به‌عنوان معیاری کمی و بر توسعه اقتصادی به‌عنوان معیاری کیفی قابل‌توجه است. قسمتی از این خطاها ریشه در ساختار شناختی ذهن قاضی دارد. در واقع ذهن برای یافتن راهکارهای سریع در مواجهه با وقایع پیرامونی از الگوهای شناختی توأم با خطا تبعیت می‌کند؛ اما این راهکارهای سریع، فرایند دادرسی را با اشکال مواجه می‌نماید. تحقیقات شناختی نشان می‌دهند که انواع سوگیری‌های موسوم به قیاس، اتکا بر داده‌های اولیه، بیش‌خوش‌بینی، اثر برخورداری، پیش‌بینی دوگانه، و آستانه‌گریزی بخش مهمی از این الگوها را دربر می‌گیرد. این مقاله کوشش می‌کند تا با تبیین منشاء خطاها، به بیان آثار و ارائه راهکار مواجهه به آن‌ها بپردازد. این راهکارها ناظر بر شیوه‌های کاهش خطاهای شناختی، نحوه توزیع آن بین اصحاب دعوا و تعیین میزان هزینه بهینه برای کاهش خطاها می‌گردند. راهکارهای مذکور با وجود دارا بودن پشتوانه منطقی و استدلالی، نیازمند تحقیقات تجربی بیشتر با درنظر گرفتن شرایط حقوقی ایران می‌باشند.

واژگان کلیدی: خطای شناختی، قضاوت، اشتباه قاضی، تحلیل اقتصادی رفتاری

۱. استادیار گروه حقوق، واحد تاکستان، دانشگاه آزاد اسلامی، تاکستان، ایران

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



۱. مقدمه

قضات در مقام رسیدگی به دعاوی همواره در معرض ارتکاب انواع خطاها هستند. حتی قضات با تجربه و متخصص نیز علاوه بر خطاهای موردی؛ به صورت مستمر نیز در معرض ارتکاب خطاهای نظام‌مند و پیوسته^۱ هستند (Wistrich et al., 2001: 778). این خطاها در فرایند دادرسی و درنهایت صدور حکم علاوه بر ملاحظات ناشی از عدالت، چنانکه خواهیم دید آثار گسترده سیاسی و اقتصادی در پی دارند. در مواجهه با این واقعیت انکارناپذیر، بیشتر مطالعات صورت گرفته در حقوق ایران تمرکز خود را صرفاً بر جنبه ای از آثار این خطاها یعنی مسئولیت ناشی از خطا و حدود مصونیت قضات از خطاهای مربوطه قرار داده‌اند. در این تحقیقات، علت‌شناسی خطا و دیگر آثار اشتباهات قضایی علاوه بر مسئولیت و مصونیت از منظر توصیفی، از یک سو، و از سوی دیگر ارائه راهکار هنجاری به‌منظور کاهش و مدیریت آثار آن، مورد توجه واقع نشده‌است.^۲

این خطاها می‌توانند عمدی^۳ باشند که در این صورت در حوزه مطالعاتی فساد قضایی قرار می‌گیرند و یا این که ممکن است خطاها ناشی از لغزش ذهن در شناخت واقعیات باشند. مورد اخیر موسوم به خطاهای شناختی^۴ است.^۵ خطاهای نوع اخیر موضوع این مقاله است. تحلیل خطاهای شناختی قاضی حاصل پیوند میان‌رشته ای حقوق و علوم شناختی است که به‌طور خاص در حوزه دانش تحلیل اقتصادی رفتاری حقوق مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در تحلیل‌های اقتصادی رفتاری همانند تحلیل‌های اقتصادی کلاسیک، تمرکز مطالعه بر آثار قوانین حقوقی بر رفتار اشخاص و سنجش کارآمدی آن است؛ با این تفاوت که در تحلیل‌های اقتصادی رفتاری، به‌جای تکیه بر پیش‌فرض رفتار عقلانی، بر نحوه پردازش ذهن و خطاهایی می‌پردازد که ذهن در این‌میان دچار می‌شود. (Jolls, 2006) پیوند میان رشته‌ای مذکور نیز حاصل گرایش به تقویت و گسترش پیوندهای میان‌رشته ای در عصر حاضر می‌باشد. این‌گونه پیوندها می‌تواند موجب حصول کارایی بیشتر در حل مشکلات اجتماعی گردد. (Davaranpanah, 1384:17)

منظور از این تقسیم‌بندی آن است که خطای در قضاوت می‌تواند از یک سو تکالیف و اختیارات قانونی مستقیمی مانند الزام دادگاه تجدیدنظر استان به نقض رای خطاآمیز دادگاه بدوی ایجاد نماید که آثار تکلیفی خطا محسوب می‌شود. از سوی دیگر آثاری غیر مستقیم مانند تأثیرات سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و مانند آن بدون تحمیل الزام یا اختیار قانونی مشخص، آثار وضعی خطا به شمار می‌آیند.^۶

1. Systematic

۲. برای نمونه رجوع کنید به: صفایی، سید حسین؛ راضی، سپیده، مسئولیت مدنی قاضی و تحول آن در فقه و حقوق ایران و فرانسه، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۵، صص. ۱۲۳-۱۴۸؛ اسدی، لیلا، اشتباه قاضی و نحوه جبران خسارت، فقه و حقوق خانواده، بهار ۱۳۸۱، شماره ۲۵، صص. ۹-۲۵؛ رحیمی، حبیب‌الله، تحولات مسئولیت مدنی دولته سبب صدور و اجرای آرای قضایی با تصویب قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری جدید، پژوهش حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۵۹، صص. ۱۶۵-۱۸۸؛ ولیدی، محمد صالح، بررسی و تبیین ماهیت حقوقی اشتباه قاضی در تشخیص موضوع یا در تطبیق حکم در قانون مجازات اسلامی، دیدگاه‌های حقوق قضایی، بهار ۱۳۷۵، شماره ۱، صص. ۴۲-۵۶؛ سلطانی نژاد، هدایت‌الله، بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی قاضی، نامه مفید، پاییز ۱۳۷۶، شماره ۱۱، صص. ۱۴۵-۱۷۸.

۳. تحقیقات منتشر شده در خبرگزاری رویترز نشان می‌دهد در سال‌های اخیر قضات محلی و ایالتی آمریکا مکرراً به جهت ارتکاب تخلفات عمدی، مقبولیت عمومی خود را از دست داده‌اند. در این خصوص از جمله می‌توان به یکی از قضات ایالت آلاباما به دلیل بازداشت غیرقانونی صدها نفر اشاره کرد.

MICHAEL BERENS and JOHN SHIFFMAN in MONTGOMERY, ALABAMA; June 30, 2020, <https://www.reuters.com/investigates/special-report/usa-judges-misconduct/>

4. Cognitive biases

۵. برخی نویسندگان واژه bias را اعم از خطاهای عمدی و شناختی دانسته‌اند.

Kang, Jerry and Bennett, Mark W. and Carbado, Devon W. and Casey, Pamela and Dasgupta, Nilanjana and Faigman, David L. and Godsil, Rachel D. and Greenwald, Anthony and Levinson, Justin D. and Mnookin, Jennifer L., *Implicit Bias in the Courtroom* (March 20, 2012). *UCLA Law Review*, Vol. 59, No. 5, 2012, *UCLA School of Law Research Paper*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2026540>

۶. حکم تکلیفی در کتب قدما (مثل معالم و قوانین) تعریف شده به «ما یستعمل علی الإقتضاء أو التخییر» و حکم وضعی در مقابل آن قرار می‌گیرد.

تقریرات درس خارج اصول استاد موسوی جزایری، مبحث تفصیل بین احکام تکلیفیه و احکام وضعیه (۹۱/۰۱/۱۴):

<http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/jazayeri/osoool/90/910114/>



در مورد آثار تکلیفی تألیفات زیادی وجود دارد.^۷ اما آثار وضعی با وجود اهمیت بسیار، کمتر مورد توجه واقع شده است. در این مقاله بررسی خواهیم کرد که خطاهای شناختی طی چه فرایند شناختی این آثار وضعی را به جای می گذارند و چه راهکارهایی برای مقابله با آنها وجود دارد.

۲. آثار وضعی خطای قاضی

خطای در فرایند دادرسی و قضاوت فارغ از میزان تقصیر مؤثر در آن خطا موجب آثاری بیرونی خواهد بود. از میان این آثار، سه دسته آثار سیاسی، اقتصادی و نیز تأثیرات خطا بر قابلیت پیش بینی اشخاص مرتبط با دادرسی، با وجود حصری نبودن، به دلیل اهمیت بیشتر آنها در این بخش مورد بررسی قرار می گیرند.

۲-۱. آثار سیاسی

مشروعیت قوه قضاییه ذاتاً تابعی از کیفیت قضاوت است (Wistrich et al., 2001: 778) با توجه به این که دستگاه قضایی نوعاً بخشی از حاکمیت محسوب می شود، خطای قضاوت در دادرسی منجر به مخدوش شدن مشروعیت حکومت خواهد شد. هرچه وابستگی قوه قضاییه به حاکمیت بیشتر باشد، این خدشه شدیدتر خواهد بود. البته در برخی کشورها دادگستری به طور کامل وابسته به حکومت نیست؛ مانند ژاپن که غیر از دیوان عالی، در سایر مراجع آن، انتخاب و انتصاب قضات علاوه بر تصمیم حکومت نیازمند تأیید در رای گیری عمومی مردم نیز می باشد. همچنین در ایالات متحده آمریکا دست های از قضات مشروعیت خود را از قوه مجریه، دسته ای دیگر با اتکا به رای مجلس و دسته آخر با رای مستقیم مردم کسب می کنند. با این حال در غالب کشورها، دادگستری جزئی از حکومت محسوب می شود. (Savadkouhifar, 1380: 23) بنابراین فقدان مشروعیت دادگستری مستقیماً منجر به فقدان مشروعیت حکومت می گردد.

صرف نظر از میزان وابستگی قوه قضاییه به حکومت، با توجه به این که حقوق ماهوی در فرایند قضاوت صحیح امکان بروز و ظهور می یابد، خطاهای قضایی موجب بی ثباتی در اعمال حقوق افراد می شود. بی ثباتی مذکور تبعاً موجب کاهش اعتماد عمومی به پدیده الزام آور "حقوق" به عنوان یکی از ارکان قوه حاکم می گردد (Lash, 2014). علاوه بر این، هر چه قواعد حقوقی ماهوی بیشتری وضع شوند، مادامی که به نحو صحیح به اجرا در نیایند، نمی توانند موجب استقرار حاکمیت قانون در جامعه گردند (Kenneth, 2006). در نتیجه در اثر قضاوت نادرست، مفهوم حاکمیت قانون در معنی تبعیت از قوانین موضوعه و برقراری نظم و پیش بینی پذیر ساختن امور مختلف اجتماعی، اقتصادی و... (Hashemi, Ghafari, 1390:325) به عنوان یکی از الزامات سیاسی پذیرفته شده در حقوق بین الملل، مخدوش می گردد (Hajizadeh, Najandimanesh, Zarei, 1396:171)؛ زیرا حاکمیت قانون در این معنا صرفاً با اجرای دقیق احکام قانونی امکان پذیر خواهد بود. این امر موجب خواهد شد تا مشروعیت کشور در عرصه بین الملل نیز متزلزل گردد.

۲-۲. آثار اقتصادی

آثار اقتصادی از منظر شاخص کیفی توسعه اقتصادی و شاخص کمی رشد اقتصادی در این قسمت مورد بحث قرار می گیرد.

۷. رجوع کنید به: جعفرزاده، جعفر؛ جعفری هرنیدی، محمد؛ فرحزادی، رحمت؛ مباحث فقهی تجدینظرخواهی رای قضات، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۵۳، صص. ۵۵-۶۶؛ سلطانی نژاد، هدایت الله، بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی قاضی، نامه مفید، پاییز ۱۳۷۶، شماره ۱۱، صص. ۱۴۵-۱۷۸؛ حسن زاه، مهدی، موارد نقض احکام قضایی در فقه امامیه، پژوهش های فقهی، بهار ۱۳۹۹، دوره چهاردهم، شماره ۱، صص. ۸۳-۱۰۴؛ مرتضوی، سیدضیاء، سازگار ساختن دولت با مسئولیت جبران خسارت، گامی در استوار سازی عدالت، دانشگاه باقر العلوم (ع)، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۷۶، صص. ۱۲۳-۱۵۰؛ بادینی، حسن؛ شاهی دامن جانی، احد؛ راهکارهای جبران خسارت ناشی از اقدامات قانونی مقامات صالح، فقه و مبانی حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۹۲، سال چهل و ششم، شماره ۱، صص. ۱-۲۷؛ اسدی، لیلا، اشتباهات قاضی و نحوه جبران خسارت، فقه و حقوق خانواده، بهار ۱۳۸۱، شماره ۲۵، صص. ۹-۳۵؛ ولیدی، محمد صالح، بررسی و تبیین ماهیت حقوقی اشتباه قاضی در تشخیص موضوع یا در تطبیق حکم در قانون مجازات اسلامی، دیدگاه های حقوق قضایی، بهار ۱۳۷۵، شماره ۱، صص. ۴۲-۵۶؛ صفایی، سیدحسین؛ راضی، سپیده، مسئولیت مدنی قاضی و تول آن در فقه و حقوق ایران و فرانسه، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۵، صص. ۱۲۳-۱۴۸؛ احمدی، حسین؛ احمدی، موسی، بررسی فقهی-حقوقی مسوولیت و مصونیت قاضی، فقه و تاریخ تمدن، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۲۰، صص. ۹-۳۴؛ عزیزالهی، حجت؛ تولایی، علی؛ فرزانه وشاره، معین؛ محمد حسین زاده، عبدالرضا، مبانی فقهی جبران خسارت از سوی حکومت در خطای قاضی، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، بهار ۱۳۹۷، شماره ۵۱، صص. ۹۹-۱۱۸؛



۲-۲-۱. توسعه اقتصادی

افزایش کارایی قضاوت از طریق کاهش اشتباهات دادرسی موجب افزایش اعتماد عمومی به دستگاه قضایی می‌شود. این اعتماد، منشاء توسعه اقتصادی کشورها محسوب می‌گردد؛ زیرا توسعه دادرسی عادلانه سبب توسعه امنیت اقتصادی می‌شود (Seyfi Zeynab, Amir Aghdam, 1395: 157). هرچند تبیین دقیق ارتباط میان ارتقاء کیفیت دادرسی با توسعه اقتصادی با توجه به این که هر دو از مفاهیم کیفی هستند چندان آسان نیست، اما برخی مشاهدات استقرایی حکایت از وجود چنین ارتباطی دارند. نمونه بارز این امر، کشور چین است که همزمان با آغاز اصلاحات در نظام دادرسی، به توسعه اقتصادی چشم‌گیری دست یافت. این کشور پس از ورود به سازمان تجارت جهانی تلاش‌های بسیاری در جهت توسعه قضایی نمود. از جمله آن‌که از سال ۱۹۹۹ به اصلاحاتی در این راستا نسبت به قانون اساسی اقدام کرد. همچنین طرحی که دادگاه‌عالی خلق چین برای کارآمدی قضایی طرح کرده بود در سال ۲۰۰۲ به کنفرانس کنگره ملی ارائه شد. برخی معتقدند پیش از این اصلاحات، از آنجا که قواعد حقوقی دادرسی ذاتاً جنبه حمایت‌گرانه نسبت به حقوق مردم در مقابل حاکمیت داشته‌اند؛ در حالیکه قواعد ماهوی حقوق حافظ حقوق حاکمیت در برابر مردم بوده‌اند، به قواعد ماهوی حقوقی اهمیت بیشتری داده می‌شد؛ اما اصلاحات قضایی این روند را تغییر داد. (Zwier & Zhang, 2003; Zwier & Zhang, 2003) هم‌زمانی اصلاحات بنیادین در نظام قضاوتی و دادرسی کشور چین با تحولات اقتصادی این کشور یکی از مصادیق عملی تأثیر شگرف کارآمدی دادرسی بر توسعه اقتصادی را به تصویر می‌کشد.

۲-۲-۲. رشد اقتصادی

علاوه بر توسعه اقتصادی که مفهومی کیفی است امروزه تحقیقات تجربی متعدد اثبات نموده‌اند که رفع خطاهای قضایی بر رشد اقتصادی به‌عنوان مفهومی کمی و قابل اندازه‌گیری نیز تأثیرگذار است. تحقیقات نشان می‌دهند پیوند مستقیمی میان دادرسی صحیح و شایسته و رشد اقتصادی کشور وجود دارد. (Kenneth, 2006) این مطالعات حاکی از آن هستند که ناکارآمدی قضاوت به‌طور مستقیم تأثیری چشم‌گیر بر رشد اقتصادی کشورها دارند. (Ebrahimi, Meydari, Haji, 1392:33). در تحقیقی که به‌تازگی در حوزه اتحادیه اروپا انجام شده، ارتباط چشم‌گیری بین ساختار دستگاه قضایی از جهات گوناگون خصوصاً کارایی و کیفیت آن از یک سو و رشد اقتصادی از سوی دیگر ملاحظه شده‌است. (bovo & Leandro, 2017) هرچند دانسته‌های ما در خصوص جزئیات نحوه ارتباط رشد اقتصادی با ساختار قضایی هنوز اندک است. (Messick, 1999)، اما یافته‌های موجود حاکی از انکارناپذیر بودن نقش منفی خطای قضاوت در این خصوص است.

۲-۳. قابلیت پیش‌بینی

ارتکاب خطا در دادرسی بر قابلیت پیش‌بینی اصحاب دعوا نسبت به نتایج دعاوی تأثیرگذار است. حوزه مذکور از موضوعاتی است که در حقوق سنتی به آن پرداخته نشده‌است. ملاحظات مربوط به قابلیت پیش‌بینی، آثار فراوانی را می‌تواند در پی داشته‌باشد. این پیش‌بینی می‌تواند بر تصمیم‌گیری اشخاص نسبت به طرح یا عدم طرح دعوا و تبعاً تعداد دعاوی اثربخش باشد. همچنین این امر پیش از مرحله حدوث اختلاف بر انگیزه طرفین در انعقاد قرارداد نیز مؤثر است. در این قسمت به تبیین نقش خطاهای قاضی در قضاوت بر تعداد دعاوی دادگستری و نیز انگیزه طرفین برای انعقاد قرارداد می‌پردازیم.

۲-۳-۱. تأثیر قابلیت پیش‌بینی بر تعداد دعاوی

خطای در قضاوت موجب صدور آراء ناهمگون در دعاوی مشابه گردیده و این امر سبب بروز صدماتی به احساس ثبات^۸ حقوقی و قابلیت پیش‌بینی^۹ نتیجه فرایند دادرسی می‌شود. (Lash, 2014) تحلیلگران اقتصادی حقوق با ارائه مدل‌هایی تبیین نموده‌اند که چگونه خواهان و خوانده پیش از طرح دعوا از طریق ارزیابی متغیرهای گوناگونی مانند هزینه‌های پیشبرد دعوا، احتمال پیروزی در

8. stability

9. predictability



دادرسی و سود و زیان مورد انتظار از آن و مقایسه این نتایج با متغیرهای قابل تحقق در فرض سازش با طرف مقابل، تصمیم به ورود به فرایند دعوا یا سازش خارج از دادگاه می‌گیرند. (Sanchirico, 2010) طبق این مدل‌ها آنچه مانع سازش می‌شود برآورهای متفاوت از نتیجه دعوا از نظر هریک از خواهان و خوانده بالقوه است. به این ترتیب پیش بینی صحیح نتیجه دادرسی با ایجاد امکان برآورد صحیح از نتیجه دادرسی و تسهیل سازش، موجب می‌شود که دعاوی کمتری در دادگستری مطرح گردند و دعوا از طریق سازش خارج از دادگاه میان طرفین حل و فصل گردد. این امر از عوامل مهم کاهش هزینه‌های دادگستری محسوب می‌گردد. (Hesarkhani, pourostad, 1394: 57)

۲-۳-۲. تأثیر قابلیت پیش بینی بر تمایل به انعقاد قرارداد

قرارداد در ادبیات اقتصادی اصولاً پدیده‌ای مطلوب محسوب شده و موجب توزیع بهینه منابع در جامعه تلقی می‌گردد. این امر در نظر اقتصاددانان تاحدی مهم است که برخی از آنان از جمله رونالد کاوز، برنده جایزه نوبل اقتصاد، معتقد بود اگر انسان‌ها در فضایی عاری از هرگونه هزینه بتوانند آزادانه به معامله با یکدیگر بپردازند، آنگاه دیگر نیازی به قواعد حقوقی وجود نخواهد داشت؛ زیرا تعامل آزاد انسان‌ها منابع را به‌سوی بهینه سوق خواهند داد. (Coase, 1960) صرف‌نظر از این دنیای خیالی مورد نظر کاوز، در عالم واقع هرچه هزینه‌های معامله از قبیل هزینه‌های یافتن طرف معامله، مذاکره، انعقاد، اجرای قرارداد و غیره بیشتر باشد، احتمال شکل‌گیری قرارداد کاهش می‌یابد؛ زیرا اگر این هزینه‌ها بیش از سود مورد انتظار متعاملین از قرارداد باشد، طبیعتاً طرفین قرارداد از انعقاد آن صرف‌نظر خواهند کرد.

به این ترتیب هرچه هزینه معاملات بیشتر شود، تمایل مردم به انعقاد قرارداد کمتر خواهد شد. (Nasiri Aghdam, 1385:157) احتمال صدور رای اشتباه در صورت تحقق اختلاف و طرح دعوا در دادگاه جزئی از ریسک معامله و در زمره هزینه‌های اجرای قرارداد محسوب می‌شود؛ در نتیجه می‌تواند در کنار دیگر هزینه‌ها مانع از انعقاد قرارداد و در نتیجه عدم تخصیص بهینه منابع در جامعه گردد. در واقع متعاملین هنگام انعقاد قرارداد همواره به تحلیل هزینه و فایده می‌پردازند.

به این ترتیب صرفاً هنگامی دست به انعقاد قرارداد می‌زنند که در این تحلیل، سود بیش از زیان باشد. زیان در این معادله معنایی عام دارد و شامل هرگونه عدم مطلوبیت برای شخص می‌گردد. این عدم‌مطلوبیت اعم است از هزینه‌های چانه‌زنی، قراردادنویسی، هزینه‌های ناشی از اجرای قرارداد و عهدشکنی احتمالی و غیره. یکی از مهم‌ترین این هزینه‌ها، هزینه‌های دادگستری در صورت وقوع اختلاف میان متعاقدين است. هزینه‌های دادگستری نیز در معنای عام شامل کلیه هزینه‌های وصول حق از طریق دادگستری است که از جمله ریسک ناشی از خطای دادگاه در احراز واقع و صدور رای را در بر می‌گیرد.

۳. منشاء خطاهای شناختی

خطاهای شناختی^{۱۰} که سوگیری‌های شناختی نیز نامیده شده‌اند (Shoarinejad, 1375)، عبارتند از خطاهای تکرارشونده ذهن که بر تصمیمات یا قضاوت‌های انسان تأثیر می‌گذارند. گاهی این خطاها مربوط به حافظه هستند. به این صورت که شیوه به‌یادآوری مطالب ممکن است به دلایل مختلف همراه با خطا باشد یا این که موجب تفکر یا تصمیم‌گیری خطاآمیز شود. گاهی نیز این خطاها مربوط به نحوه توجه انسان‌ها به امور پیرامونی هستند. (Friedman, 2017) در فرایند قضاوت می‌توان خطاهایی که در اثر عوامل محیطی مانند رفتار اصحاب دعوا، شهود و غیره ایجاد می‌شوند خطاهای پیرامونی و خطاهایی که مستقیماً مربوط به تمایلات درونی قاضی هستند، خطاهای درونی نامید.

10. Cognitive bias



قضات نیز مانند دیگر انسان‌ها در تصمیم‌گیری‌های خود با سوگیری‌های سیستماتیک متعدد مواجه هستند.^{۱۲} به عبارت دیگر تصمیم‌گیری‌های فردی قضات، چیزی بیش از رفتار بر اساس انتخاب عقلانی^{۱۳} بوده و همراه با پدیده سوگیری‌های شناختی در رفتار و تصمیم‌گیری است. این امر به معنی ارتکاب خطاهای سیستماتیک (خطاهای تکرار شونده و غیر اتفاقی) در رفتار آن‌ها می‌باشد. این سوگیری‌ها موجب ارتکاب رفتارهای غیرعقلانی می‌شود. (Wright & Ginsburg, 2012)

علوم رفتاری با اعتقاد به این که رفتارهای انسانی فقط در چارچوب محدودیت‌های اقتصادی شکل نمی‌گیرد، گامی فراتر در تحلیل نحوه تصمیم‌گیری برداشته‌اند. در واقع تحلیلگران رفتاری معتقدند عملکرد انسان فقط بر پایه محدودیت‌های عقلانی شکل نمی‌گیرد؛ بلکه این رفتارها بسیار متأثر از دانسته‌ها، تجربیات، توانایی‌ها، اشتباهات ذهنی و دسته وسیعی از محدودیت‌های جسمی و روانی است. به این ترتیب انگیزه‌ها، رفتار انسان‌ها را شکل می‌دهد اما انگیزه‌ها، اغلب حاصل چیزهایی علاوه بر محاسبه عقلانی منافع هستند (Vars, 2013). مطالعات نشان داده که رویکردهای حقوقی مبتنی بر این پیش‌فرض که رفتار انسان‌ها همواره بر پایه الگویی عقلانی شکل می‌گیرد صحیح نیست لازم است با استفاده از روانشناسی شناخت، جامعه‌شناسی و دیگر علوم رفتاری بازسازی شود. (Parisi & Smith, 2005)

در این قسمت به بیان خطاهای پیرامونی و درونی که قضات در فرایند تصمیم‌گیری با آن‌ها مواجه هستند می‌پردازیم.

۱-۳. خطاهای پیرامونی

این خطاها شامل مصادیق خروج از رفتار عقلانی به سبب محیطی است که دادرس در آن محیط اتخاذ تصمیم می‌کند. خطاهای شناختی این دسته در اصطلاح «آثار پیرامونی»^{۱۴} نیز نامیده شده‌اند. این آثار هنگامی مشاهده می‌شوند که یک شخص در مواجهه با مجموعه‌ای از گزینه‌ها، در محیط‌های مختلف، تصمیمات متفاوتی اتخاذ می‌کند. به این ترتیب، این امر به معنی ناپایداری و بی‌ثباتی در سلسله ترجیحات و انتخاب‌های شخص خواهد بود. اصولاً سلسله ترجیحات و انتخاب‌های هر شخص در کوتاه‌مدت ثابت فرض می‌شود و تغییرات محیطی نباید موجب تغییر در آن‌ها شوند. اما در عمل، انسان‌ها ترجیحات معین و ثابتی ندارند؛ این امر در ادبیات تحلیل رفتاری حقوق موسوم به «ناپایداری ترجیحات»^{۱۵} است. در ادامه به بیان مصادیق این ناپایداری ترجیحات در رفتار قضات می‌پردازیم.

۱-۱-۳. قیاس^{۱۶}

انسان‌ها اغلب ارزیابی‌های خود نسبت به وقایع پیش‌رو را از طریق قضاوت بر مبنای موارد مشابه پیشین انجام داده و از این طریق کار ارزیابی را آسان می‌کنند. عملکرد ناخودآگاه ذهن در جریان ارزیابی امور به‌ترتیبی که گفته‌شد، به این دلیل صورت می‌گیرد که اغلب محاسبه دقیق هزینه‌ها و منافع مورد انتظار رویدادهای پیش‌رو و گزینه‌های مختلف قابل انتخاب، امری دشوار است. پس قیاس به عنوان یک میانبر شناختی^{۱۶} برای آسان شدن تصمیم‌گیری مورد استفاده ذهن قرار می‌گیرد. با این حال قیاس، می‌تواند منجر به خطا شود. (Sunstein, 2000:17)

قضات نیز در فرایند دادرسی در مقام ارزیابی ادله، ناخودآگاه ارزش هر دلیل را با توجه به داده‌هایی که از دعاوی پیشین به‌دست

۱۱. مثلاً اثبات شده است که مردم هنگام تصمیم‌گیری راجع به معاملات خود در بازار به دلیل دو سوگیری موسوم به «سوگیری قیاس» و «سوگیری محافظه کاری» دچار تفسیر نادرست از اطلاعات می‌گردند. به این ترتیب که اگر وضعیت معامله جدید را مشابه معاملات قبلی تشخیص دهند، سوگیری قیاس بروز داده و تمایلی بیش از حد از خود نشان می‌دهند. در مقابل چنانچه وضعیت معامله جدید با اطلاعات حاصل از معاملات قبلی مغایرت داشته باشد سوگیری محافظه‌کاری باعث می‌شود که تمایل کمتری به قرارداد از خود نشان دهند. همچنین سوگیری موسوم به «اغراق» موجب می‌شود که سرمایه‌گذاران حوزه بورس با شنیدن اخبار خوب بورسی، قیمت سهام را بیش از قیمت واقعی و با شنیدن خبر بد، قیمت سهام را کمتر از قیمت واقعی ارزیابی کنند.

نیکومرام، هاشم؛ رهنمای رود پستی، فریدون؛ هیبتی، فرشاد؛ یزدانی، شهره، تأثیر سوگیری شناختی سرمایه‌گذاران بورس اوراق بهادار تهران بر ارزشیابی سهام، دانش مالی تحلیل اوراق بهادار (مطالعات مالی)، بهار ۱۳۹۱، شماره ۱۳، صص. ۶۵-۸۲.

12. Rational choice
13. Framing effects
14. Preference reversals
15. Case-based Decisions
16. Cognitive shortcut



آورده‌اند برآورد می‌نمایند. این امر حتی می‌تواند منجر به آن شود که دادگاه‌ها به‌طور سیستماتیک نسبت به دلیلی خاص ارزیابی بیشتر یا کمتر از حد واقعی نمایند. مثلاً برخی نویسندگان معتقدند بعضی انواع خطاهای شناختی موجب می‌شوند که دادرس نسبت به ادله‌ای معین در جرائم خاص مانند جرائم جنسی، با توجه به سوابقی که از جرایمی از این دسته در ذهن دارند، ارزش‌دهی بیش از حد واقعی انجام دهند؛ در حالی که همین ادله در جرایم دیگر ارزش اقناعی پایین‌تری برای قضات ایجاد می‌کنند (Vars, 2013). البته قیاس همواره بر پایه نوع جرم صورت نمی‌گیرد؛ بلکه گاهی ویژگی‌هایی نظیر قومیت یا نژاد اصحاب دعوا در دادرسی مؤثر است. مطالعه‌ای تجربی در حقوق آمریکا نشان می‌دهد که نژاد، عاملی مؤثر در صدور رای دادگاه‌ها محسوب می‌شود. (Abrams, & Bertrand, 2013:347)

تحقیق تجربی در خصوص این که قضات دادگاه‌های ایران تا چه اندازه در امور موضوعی تحت تأثیر قیاس دعاوی پیشین هستند وجود ندارد. با این حال در امور حکمی طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی^{۱۷} قاضی مکلف است حکم هر دعاوی را از منابع مشخص شده استنباط کند و قیاس نسبت به دعاوی مشابه در زمره این منابع نیست. همچنین ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی^{۱۸} بیانگر منع استفاده از داده‌های دعاوی دیگر در دعاوی درحال رسیدگی است. به‌علاوه مواد قانونی ناظر بر الزام دادگاه بر صدور رای مستدل^{۱۹}، اعمال سوگیری در قضاوت را نهی می‌کنند. باوجود این خطاهای شناختی چنانکه ذکر شد به‌صورت ناخودآگاه ایجاد شده و قضاوت را تحت تأثیر قرار می‌دهند.

۳-۲. اتکا به داده‌های آغازین^{۲۰}

مطالعات تجربی نشان می‌دهند که انسان‌ها اغلب قضاوت خود از احتمالات را بر مبنای اطلاعاتی که زودتر به آن‌ها دست یافته‌اند انجام می‌دهند و توجه کمتری به ادله و داده‌هایی دارند که دیرتر از داده‌های آغازین به دست ایشان می‌رسد. (Sunstein, 2000: 17) برای مشخص شدن تأثیر این امر در امر قضاوت، در آزمایشی، یک پرونده مسئولیت مدنی نزد تعدادی از قضات جهت تعیین میزان خسارات مطرح گردید. به دسته‌ای از این قضات علاوه بر ارائه داده‌های اصلی مربوط به دعوا، گفته شد که خواننده به جهت کمتر بودن میزان خسارت واقع‌شده از نصاب قانونی صلاحیت دادگاه، ایراد عدم صلاحیت مطرح نموده است. نتیجه تحقیق نشان داد قضات دسته اخیر که با ایراد عدم صلاحیت مواجه بوده‌اند، تحت تأثیر این داده اولیه، خسارت را عملاً به‌میزانی بسیار کمتر از دیگر قضات که در معرض چنین ایرادی نبوده‌اند برآورد کرده‌اند (Wistrich et al., 2001: 778) به این ترتیب داده‌های اولیه صرف‌نظر از درستی و نادرستی، قضاوت را دچار خطا می‌نماید.

الزام بند ۶ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی به ارائه کلیه ادله در جلسه اول دادرسی می‌تواند با فراهم شدن امکان اقامه ادله به‌صورت یکجا از تأثیر این خطای شناختی بکاهد. با این حال طبق رویه قضایی، دلیل تا پایان رسیدگی ممکن است به پرونده اضافه شود؛ علاوه بر این که در بسیاری موارد ارائه دلیل نیازمند اقداماتی است که اقامه فوری آن را غیر ممکن می‌کند. بنا بر این خطای شناختی، می‌توان پیش‌بینی نمود که دادرس در قضاوت خود ادله‌ای را که در جلسه اول دادرسی ارائه شده را بیش از ادله فراهم‌شده پس از آن وزن‌دهی و ارزیابی می‌نماید؛ به این ترتیب، ادله‌ای مانند کارشناسی یا استعلام از ادارات، گواهی و مانند آن که فراهم آمدن آن‌ها نیازمند تمهیداتی است با ارزشیایی کمتر از میزان واقعی مواجه می‌شوند و در مقابل ادله‌ای مانند سند تقدیم‌شده همراه دادخواست وزن‌دهی بیشتری می‌گردند.

۱۷. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: قاضی مکلف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

۱۸. ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی: دادگاه‌ها مکلفند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند.

۱۹. این ضرورت از جمله در قانون اساسی جمهوری اسلامی (اصل ۱۶۶)، قانون اساسی مشروطه (اصل ۷۸ متمد)، قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ (ماده ۲۹۶) و قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ (ماده ۱۵۹) ذکر شده است.



۳-۱-۳. پیش بینی دوگانه^{۲۱}

انسان‌ها طبق این سوگیری پس از تحقق هر رخداد تصور می‌کنند که آن واقعه قابل پیش بینی بوده است. درحالی‌که اگر پیش از تحقق رخداد ارزیابی می‌نمودند، آن را غیرقابل پیش بینی تلقی می‌کردند. این سوگیری علاوه بر «پیش‌بینی دوگانه» موسوم به سوگیری «دخاله نتیجه»^{۲۲} نیز است؛ به این معنی که نتیجه‌های محقق شده در قضاوت شخص نسبت به امکان پیش بینی آن واقعه در گذشته مؤثر است. به این ترتیب این سوگیری عبارت از اتکا به نتایج و اطلاعات موجود در تحلیل امور مربوط به گذشته است. (Wittlin, 2015) سوگیری مذکور خصوصاً در اثبات تقصیر خواننده در دعاوی مسئولیت مدنی کاربرد بسیار دارد. (Baron, 2014: 704) به این صورت که قاضی پس از دعوا با رویدادی که محقق شده مواجه است و در برآورد قابلیت پیش بینی این رویداد توسط خواننده پیش از وقوع حادثه مرتکب اشتباه خواهد شد. در تحقیقی میدانی که با آزمایش تعداد زیادی از قضات در کشور آمریکا صورت گرفت، اثبات گردید هنگامی که قضات نتیجه یک واقعه را می‌دانند، آن واقعه را برای اصحاب دعوا قابل پیش‌بینی تلقی می‌کنند. (Guthrie, Rachlinski, Wistrich, 2001: 778) دعاوی متعددی در حقوق با موضوع قابلیت پیش‌بینی مواجه هستند که این خطای شناختی بر آن‌ها مستقیماً تأثیرگذار است. لزوم قابلیت پیش‌بینی ضرر در مسئولیت قراردادی یکی از مصادیق پراهمیت این امر است (Babai, 1398) در حقوق قراردادهای نیز برای احراز قوه‌قاهره بررسی قابلیت پیش‌بینی حادثه مطرح می‌شود. (Nikbakht, 1376: 97). خطای شناختی پیش‌بینی دوگانه موجب می‌شود تا در این موارد، قاضی انتظاری بیش از اندازه از توانایی پیش‌بینی اشخاص از ضرر، حادثه و مانند آن داشته باشد.

۳-۲. خطاهای درونی^{۲۳}

خطاهای درونی فارغ از عوامل بیرونی در فرایند تصمیم‌گیری شخص تأثیر می‌گذارند. ادبیات تحلیل رفتاری حقوق، روی انواع مختلفی از سوگیری‌های درونی تمرکز دارد. در ادامه به بیان مصادیق مهم این دسته و سایر انواع سوگیری درونی می‌پردازیم.

۳-۲-۱. بیش خوش بینی^{۲۴}

انسان در بسیاری موارد تمایل به خوش بینی دارد. این امر ظاهراً می‌تواند مطلوب باشد؛ اما ممکن است منجر به اشتباهات بزرگی شود. طبق این سوگیری اشخاص تمایل دارند ریسک مخاطرات محتمل برای خود را کمتر از مخاطرات احتمالی برای دیگران ارزیابی کنند. بنابر این سوگیری، انسان‌ها در ارزیابی ریسک رویدادهای پیش‌روی، با پدیده اعتماد و خوش‌بینی بیش از حد مواجه هستند. مصادیق این سوگیری در اعتقاد اکثریت مردم به این که آن‌ها کمتر از دیگران در معرض ریسک تصادف با اتومبیل، ابتلا به ایدز، حمله قلبی و مانند آن هستند قابل ملاحظه است. (Sunstein, 2000: 17) از این خطا با عنوان سوگیری مثبت گرایی افراطی^{۲۵} نیز تعبیر شده است. این خطا اشخاص را در معرض تصمیم‌گیری ارتکاب اعمال پرمخاطره قرار می‌دهد (Wittlin, 2015). سوگیری مذکور بر بسیاری از جنبه‌های دادرسی مؤثر است. به طور مثال خواهان ریسک شکست در دعوا و محکوم شدن به خسارات دادرسی را بی‌توجه به شدت و ضعف ادله خود، کمتر از میزان واقعی برآورد می‌نماید. همچنین می‌توان به ارزیابی شخص ارائه‌کننده سند معجول به دادگاه نسبت به کشف جعلیت سند، ارزیابی گواه دروغین نسبت به احتمال کشف فساد گواهی و مانند آن تحت تأثیر این سوگیری اشاره کرد.

با این وجود سوگیری مذکور صرفاً بر اصحاب دعوا تأثیرگذار نیست. به‌منظور ارزیابی این خطا در میان قضات پژوهشی صورت گرفت که در آن با ارائه پرسشنامه‌هایی از قضات خواسته شد که تخمین بزنند چند درصد از آراء ایشان در مرحله تجدیدنظر نقض می‌شود؟ تحلیل پاسخ‌های اخذ شده با استفاده از آمارهای نقض آراء در محاکم حاکی از تأثیر شدید بیش خوش بینی در برآوردهای انجام شده

21. Hindsight bias

22. Outcome bias

23. Self-control problems

24. Optimistic Bias

25. Over-optimism



توسط قضات بود. (Wistrich et al., 2001: 778) در بررسی دیگری نیز اثبات شده که قضات در برآورد میزان رضایت مندی اصحاب دعوا از آراء صادره توسط ایشان دچار بیش خوش بینی قابل توجهی هستند. (Eisenberg, 1994: 979). این خطا موجب می شود که قاضی اشتباه خود را به سختی بپذیرد. (Wistrich et al., 2001: 778) بنابراین می توان انتظار داشت از جمله در موارد شیوه های اعتراضی عدولی مانند واخواهی، اعاده دادرسی و اعتراض ثالث، این خطا نمایان شود.

۳-۲-۲. اثر برخورداری^{۲۶}

افراد در ارزیابی پیامدهای یک تصمیم، حساسیت های بیشتری به زیان های ممکن نسبت به منافع یا سودهای احتمالی دارند. این پدیده «ترس از زیان»^{۲۷} نام دارد. یکی از جلوه های ترس از زیان نوعی سوگیری به نام «اثر برخورداری»^{۲۸} است. این اثر به تمایل انسان برای ارزش گذاری بیش از حد نسبت به چیزی که در مالکیت دارد اشاره می کند. یعنی وقتی فرد صاحب یک کالا، حق یا وضعیت خاصی می شود متضرر نیست آن را به بهایی کمتر از ارزش ذهنی اش واگذار کند. این سوگیری محاسبه سود و زیان را با اشکالاتی مواجه می کند (Sunstein, 2000); اثر برخورداری مورد بیشترین توجه و بحث در میان سوگیری های شناختی مختلف در عرصه تحلیل حقوق رفتاری قرار گرفته است. از جمله این امر به دلیل آن صورت گرفته که هم اقتصاددانان و هم حقوق دانان رفتاری آن را قدرتمندترین سوگیری می دانند.

تحقیقی تجربی نشان می دهد که وقتی دعوایی نزد قضات مطرح می شود قاضی ممکن است نسبت به موقعیت فعلی یکی از طرفین دعوا (مثل وضعیت مالکیت) حساسیت ناعادلانه ای نشان دهد و ناخودآگاه به حفظ وضع موجود تمایل داشته باشد؛ حتی اگر طرف مقابل استحقاق بیشتری داشته باشد (Wistrich et al., 2001: 778) به این ترتیب اثر برخورداری موجب می شود تا ناخودآگاه گرایش به صدور حکم به نفع خواهان داشته باشند؛ زیرا موقعیت خواهان با نظم موجود ملازمه بیشتری دارد. از مفاهیم نزدیک به مفهوم پیش گفته، سوگیری سکون^{۲۹} است. طبق این سوگیری که از آن به «سوگیری امتناعی»^{۳۰} هم تعبیر شده است، انسان ها تمایل به ماندن در وضع موجود دارند و برای تغییر نیازمند محرکی قوی هستند. (Sunstein, 2000) همچنین برخی آن را به گرایش به بیشتر قابل مواخذه دانستن فعل ها نسبت به ترک فعل ها تعریف نموده اند. (Prentice, 2003 & Kohler)

۳-۲-۳. آستانه گریزی^{۳۱}

انسان ها از انتخاب آستانه ها گریزان هستند. در واقع آن ها ترجیح می دهند گزینه های میانه را به جای گزینه های واقع در آستانه ها انتخاب کنند. به طور مثال در خرید یک کالا با انواع مختلف، نوعاً گران ترین کالای موجود انتخاب نمی شود. این امر به سوگیری آستانه گریزی تعبیر می گردد. این که آیا یک گزینه در آستانه قرار دارد یا خیر بستگی به مقایسه آن با گزینه های دیگر دارد. مثلاً فرضی کنیم وقتی مردم در مقام انتخاب میان رادیویی کوچک به نام (الف) و رادیویی متوسط به نام (ب) هستند، اکثراً الف را انتخاب می کنند. در این صورت اگر رادیوی بزرگ سومی به نام (ج) هم وجود داشته باشد، آنگاه احتمالاً مردم به خرید (ب) تمایل خواهند داشت. بنابراین آگاهی داشتن از یک گزینه انتخاب نشده و ظاهراً غیرمرتبط می تواند موجب تغییر انتخاب میان گزینه های موجود گردد.

آستانه گریزی یکی از قواعد ساده علم اقتصاد کلاسیک مبنی بر این که گزینه های انتخاب نشده تأثیری در انتخاب انجام شده ندارند را زیر سوال می برد. این امر همچنین نتایج بزرگی در حقوق و به طور خاص قضاوت و همچنین پیش بینی های حقوقی دارد. مانند این که چه زمان ادله ابرازی اصحاب دعوا تأثیر بیشتری در اثبات دعوای ایشان خواهد داشت. بنابر این سوگیری، ارزیابی قاضی از

26. Endowment effect

27. Loss aversion

28. Endowment effect

29. Status Quo Bias

30. Omission bias

31. Extremeness Aversion



یک دلیل فقط تابع میزان قوت همان دلیل نیست؛ بلکه این ارزیابی بستگی به مجموعه ای از ادله مرتبط و حتی غیرمرتبط (غیرقابل پذیرش) دیگری دارد که همزمان به دادگاه ارائه شده است. (Sunstein, 2000) لذا می توان پیش بینی نمود که تعداد زیاد ادله ابرازی ولو آن که این ادله غیر مرتبط باشند موجب تقویت یک دلیل مرتبط می گردند. صرف نظر از جنبه کیفی میزان اقناع حاصل از دلیل، از منظر کمی نیز با توجه به این سوگیری، چنانچه خواسته خواهان به میزان بیشتری از استحقاق واقعی او زیادتر باشد، تمایل دادگاه به صدور حکم به میزان بالاتر افزایش می یابد.

۴. راهکار مواجهه با خطاهای شناختی

۴-۱. کاهش خطا

بعد از نشان دادن این که قضات تحت تأثیر طیفی از ارزیابی های حسی و سوگیری هستند، گروهی از محققان پیشنهاد نموده اند که قضات می توانند یاد بگیرند تا در خصوص تصورات شناختی، خود را تعلیم بدهند و سعی کنند تحت تأثیر خطاهایی که این تصورات ایجاد می کنند قرار نگیرند. اما باید توجه داشته باشیم که صرف آموزش در خصوص سوگیری ها فقط می تواند به کاهش اثر آن ها کمک کند. (Vars, 2013)

در مورد آنچه راجع به خطای قیاس قضات در ارزیابی ارزش گواهی گواهان گفتیم، برخی پیشنهاد داده اند قواعد گواهی باید از طریق مطالعات بیشتر اصلاح شوند و یا از طریق تعلیم قضات، ارزیابی ایشان از گواهی ارتقا یابد. برخی نیز معتقدند که موضوع خطاهای شناختی خصوصاً در گواهی دال بر این است که کارشناسی باید تا حد امکان جایگزین آن شود و جایگاه آن در اثبات حتی قوی تر از علم قاضی باشد. این نظر ریشه در آن دارد که دانش فنی کارشناسان مانع از سوگیری های شناختی است؛ درحالی که قضات بسیار تحت تأثیر پیش داوری ها و سوگیری ها هستند. با این حال باید توجه داشت کارشناسان هم مانند انسان های دیگر در معرض خطا هستند (Vars, 2013) و در نتیجه مشمول پیش داوری های سیستماتیک و خطاهای شناختی می باشند. لذا در آرائی که صرفاً با استناد به کارشناسی صادر می شوند، خطاهای شناختی بسیاری وجود دارد و برای رفع این مشکل باید نظریات کارشناسی با داده های آماری تکمیل یا جایگزین شوند.

لازم به ذکر است که تنها راه حداقل سازی هزینه های اثبات، یافتن میزان هزینه بهینه به طریقی که گفته شد نیست. برخی تحلیلگران راهکارهای دیگری را برای کاهش هزینه های اثبات پیشنهاد داده اند. مثلاً سالیوان و گیلبرت در مقاله ای نظریه ای تحت عنوان قانون اثباتی غیر صادقانه^{۳۲} پیشنهاد نموده اند. منظور از قانون غیر صادقانه این است که در عمل اثبات نقض قانون در مواردی که نقض چندان فاحش نیست بسیار دشوار بوده و با هزینه های بسیار همراه است. مثلاً اگر سرعت مجاز در جاده ای ۱۰۰ کیلومتر در ساعت باشد، عملاً اثبات این که اتومبیلی با سرعت ۱۰۴ کیلومتر در ساعت رانندگی نموده ممکن است دشوار باشد. پس می توان از ابتدا به نحو غیر صادقانه قانون را وضع نمود و سرعت مجاز را ۹۰ کیلومتر در ساعت اعلام نمود تا چنانچه راننده ای با سرعت ۱۰۴ کیلومتر بر ساعت رانندگی کرد، اثبات این نقض فاحش آسان و کم هزینه باشد. سالیوان این شیوه را قابل تعمیم به انواع ضمانت اجرای حقوقی و جلوگیری از خطای قضات در این حوزه می داند. (Sullivan Gilbert, 2019)

وضع ضمانت اجرای و جریمه نسبت به اصحاب دعوا در واکنش به طفره رفتن از بیان حقیقت، طریقه دیگری در کاهش هزینه های اثبات محسوب می شود (ghamami, Mohseni, 1397: 107) از جمله مصادیق این امر طفره رفتن از افشاء اطلاعات مربوط به دعوا می باشد. البته در حقوق ایران حکمی که مستقیماً عدم افشای اطلاعات در فرایند دادرسی را مشمول ضمانت اجرا دانسته باشد دیده نمی شود.

۴-۲. میزان بهینه هزینه برای کاهش خطا

طبیعی است که میان هزینه خطاهای احتمالی ناشی از صدور رای اشتباه، از یک سوی، و هزینه های جلوگیری از چنین خطاهایی، از سوی دیگر، رابطه عکس وجود دارد. به این معنی که هرچه هزینه بیشتری برای پیش گیری از خطا صرف شود، هزینه ناشی از خود خطا کمتر خواهد شد و این به معنی به دست آوردن سود حاصل از قضاوت درست است.



حال پرسش این است که برای حداقل سازی هزینه‌ها لازم است چه میزان از منابع صرف پیش‌گیری از خطا در قضاوت شود. مسلماً با توجه به محدود بودن منابع، مصرف میزانی نامحدود از منابع منطقی و ممکن نخواهد بود. بنابراین باید به دنبال نقطه‌ای باشیم که در آن میزان، هزینه برای پیش‌گیری از قضاوت نادرست، بهینه باشد (یعنی به‌مقداری برای جلوگیری از خطا هزینه شود که از هزینه ناشی از خطا کمتر باشد).

از منظر آموزه‌های علم اقتصاد، هنگامی این هزینه‌ها در نقطه حداقلی (مینیمم) قرار می‌گیرند که میزان هزینه نهایی (حاشیه‌ای)^{۳۳} با میزان سود نهایی برابر باشد. مقصود از میزان هزینه نهایی (حاشیه‌ای) هزینه اضافه نمودن آخرین واحد است؛ نه هزینه کل. در اقتصاد خرد، هزینه نهایی (MC) عبارت است از تغییر در هزینه کل در ازای تغییر یک واحد اضافی تولید در هر واحد زمان. به این معنی که هرگاه آخرین واحد هزینه‌ایی که برای پیش‌گیری از خطای در قضاوت می‌کنیم برابر شود با میزان آخرین واحد سودی که در اثر کاهش خطای در قضاوت برای ما حاصل می‌شود، این میزان، میزان هزینه بهینه است (تساوی سود و هزینه حاشیه‌ای). این قانون از مفاهیم مطرح در اقتصاد نئوکلاسیک است که منسوب به ریکاردو دانسته می‌شود. به‌طور مثال اگر مرتباً بر تعداد کارگرانی که روی یک قطعه زمین کشاورزی کار می‌کنند اضافه نماییم، نسبت مقدار تولید به تعداد کارگران به تدریج کاسته خواهد شد و از نقطه‌ای به بعد، نه تنها تولید بیشتر نمی‌شود، بلکه میزان تولید با توجه به هزینه‌های انجام‌شده کاهش می‌یابد.

در فضای دادرسی فرض کنیم برای جلوگیری از خطای در قضاوت در نوع خاصی از دعوا، مقرر شود که کارشناسان دادگستری در رشته مربوط به این دعوا باید دوره آموزشی خاصی را طی کنند و طی این دوره ۵ واحد هزینه داشته باشد، در صورتی که صرف این ۵ واحد هزینه موجب شود که ۱۰ واحد از میزان هزینه‌های ناشی از صدور رای اشتباه کسر شود، لازم است همچنان هزینه‌های بیشتری برای کاهش خطا انجام شود. زیرا هنوز میزان هزینه نهایی با سود نهایی برابر نیست و لذا در نقطه حداقلی قرار نگرفته‌ایم. حال اگر اقدام دیگری جهت کاهش هزینه‌های خطای در قضاوت انجام دهیم و این اقدام ۷ واحد هزینه در بر داشته باشد و در نتیجه این اقدام ۷ واحد از هزینه‌های خطای در قضاوت کاسته شود، در این صورت، هزینه نهایی پیش‌گیری با سود نهایی حاصل از پیش‌گیری برابر است. در این فرض، اقدامات و هزینه‌های پیش‌گیرانه از خطا باید در همین نقطه متوقف شود و این میزان به‌عنوان نقطه کارآمد (بهینه) دارای حداقل هزینه تلقی گردد. زیرا پس از این مقدار، برابر قانون بازدهی نزولی در علم اقتصاد، بازدهی حاصل شده کمتر از هزینه اعمال شده خواهد بود. در این صورت، اگر همچنان هزینه کردن جهت اقدامات پیش‌گیرانه را ادامه دهیم می‌توان انتظار داشت که اگر ۸ واحد هزینه پیش‌گیرانه صورت گیرد، سود نهایی کمتر از ۸ واحد به دست خواهد آمد که این امر مسلماً کارآمد نیست. البته لازم به‌ذکر است موضوع نحوه محاسبه این مقادیر در عمل همواره از چالش‌های پیش روی تحلیلگران اقتصادی حقوق بوده‌است که بررسی آن در میان نظرات مخالفان و موافقان قابل بحث در محل خود می‌باشد.

۳-۴. توزیع ریسک خطا

با توجه این که تحقق خطا در دادرسی اجتناب‌ناپذیر است، صرف‌نظر از اقداماتی که باید برای کاهش خطا انجام داد، ضروری است به این که آثار زیان بار بر چه کسی باید تحمیل شود نیز توجه نمود. عادلانه بودن نحوه این توزیع موجب می‌شود تا دستگاه قضایی مشروعیت و مقبولیت عمومی بیشتری بیابد. (Pardo, 2005) در واقع این که ریسک خطاهای احتمالی بیشتر بر عهده خواهان یا خوانده قرار گیرد، آثار مختلفی را به دنبال خواهد داشت.

در دعوای مدنی این امر معمولاً در ردیف ارزش‌های اخلاقی دادرسی مثل عدالت و برابری مورد مطالعه قرار می‌گیرد. از منظر اقتصادی لازم است که ریسک خطا به طور یکسان بین اصحاب دعوا توزیع شود. با اینحال ایجاد توازن در ریسک در عمل بسیار دشوار بوده و نیازمند دقت بسیار است، زیرا یک قاعده ممکن است صرفاً ریسک را بر عهده یکی از اصحاب دعوا بگذارد و درعین حال وضع چنین قاعده‌ای بنا به جهاتی دیگر ضروری باشد. قواعد بسیاری از این دست وجود دارند. مثلاً ماده ۲۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «... در صورتی که ادعای جعل یا اظهار تردید و انکار نسبت به سند شده باشد، دیگر ادعای پرداخت وجه آن سند یا انجام هر نوع تعهدی نسبت به آن پذیرفته نمی‌شود و چنانچه نسبت به اصالت سند همراه با دعوای پرداخت وجه یا انجام تعهد،



تعرض شود فقط به ادعای پرداخت وجه یا انجام تعهد رسیدگی خواهد شد و تعرض به اصالت قابل رسیدگی نمی‌باشد.» در این ماده طرح همزمان تعرض شکلی و ماهوی پذیرفته نشده به این معنی که اگر تعرض شکلی صورت گرفته ادعای انجام تعهد مورد پذیرش واقع نمی‌شود و برعکس اگر ادعای انجام تعهد صورت گرفته باشد، تعرضات شکلی قابل پذیرش نیست. به این ترتیب ریسک خطا در احراز واقعیت بر عهده طرفی که سند علیه او ابراز شده قرار می‌گیرد؛ زیرا مدعی علیه از اثبات انجام تعهد در فرض اول و تعرض نسبت به سند در فرض دوم محروم شده است که این امر هرچند طرح ادعاهای متعارض و متفاوت را محدود می‌کند، اما ریسک خطای در رسیدگی به زیان مدعی علیه را افزایش می‌دهد.

بنابراین برای ایجاد توازن در توزیع ریسک علاوه بر توجه به کارآمد بودن هر قاعده به تنهایی، لازم است به مجموع قواعد دادرسی مدنی و نحوه توزیع ریسک در تمامیت و ساختار کلی و مقررات دقت شود تا ارزیابی کارآمدی آن قواعد صحیح‌تر صورت گیرد. برخلاف دادرسی مدنی، در دادرسی کیفری تأکید بر دور کردن ریسک از متهم است. معیار معروف اقناع دادرسی در صدور آراء کیفری معیار موسوم به «ورای هر شک معقول» یا اصطلاحاً معیار «یقینی» است که بیانگر این رویکرد می‌باشد. این امر ریسک خطای قضاوت را عمدتاً بر عهده مدعی العموم قرار داده و متهم را تا حد زیادی از ریسک محکومیت نایجا دور می‌سازد. نظام دادرسی بدون رعایت این معیار که قادر به توزیع ریسک به این شیوه و به نحو مطلوب نباشد، محل حقوق اساسی افراد از جمله اصل برائت خواهد بود. (Pardo, The Nature and Purpose of Evidence Theory, 2013) به این ترتیب در توجیه عدم توزیع برابر ریسک در عرصه حقوق کیفری، اهداف دیگر دادرسی نظیر تأمین اصل برائت مورد استناد قرار می‌گیرد.

از میان علوم مختلفی که قواعد شناختی را مورد توجه قرار می‌دهند، علم اقتصاد و راهکارهای ارائه شده در آن خصوصاً نظریه رفتار مصرف‌کننده بر اساس مطلوبیت نهایی می‌تواند برای یافتن راهکار مناسب جهت نحوه توزیع مناسب ریسک بین اصحاب دعوا به کار آید. تحلیل رفتار مصرف‌کننده بر اساس مطلوبیت نهایی اولین بار توسط هرمن هنریش گوسن مطرح شد که مبتنی بر دو نیروی «رنج و لذت» ارائه شده در نظریات بنتام است. بر این اساس، گوسن در قانون اول خود معتقد است هرچه یک خریدار مقدار بیشتری از کالا در اختیار داشته باشد، تمایل او به پرداخت بیشتر برای به دست آوردن بیشتر از آن کالا کاهش می‌یابد. این امر به «اصل نزولی بودن مطلوبیت نهایی» مشهور شد. قانون دوم گوسن بیانگر آن است که حداکثر رضایت خاطر برای فرد هنگامی ایجاد می‌شود که او پول خود را بین خواسته‌های متعدد به نحوی مصرف کند که آخرین واحد پولی که برای هر خواسته خرج می‌کند، مطلوبیتی برابر همان واحد پول برای ایجاد کند؛ یعنی هزینه نهایی او با سود نهایی او برابر گردد. (Aboutalebdokht Shouraki, khalilian eshkezari, tavakoli, 1399:42) این قانون از اصول مورد تأکید اقتصاددانان نئوکلاسیک است تا آنجا که با توجه به تأکید بیش از حد نئوکلاسیک‌ها بر مطلوبیت نهایی (حاشیه‌ای)^{۳۴}، نام مارژینالیست یا نهاییون هم بر ایشان نهاده‌اند. مقصود از مطلوبیت نهایی مطلوبیتی است که برای شخص در اثر مصرف یک واحد بیشتر از منابع ایجاد می‌شود. قانون نزولی بودن مطلوبیت نهایی به این معنی است که انسان به لحاظ روانی همواره از واحدهای اولیه منابع کسب لذت و مطلوبیت بیشتری می‌نماید. بنابراین هرچه این منابع افزوده شوند، روند افزایش مطلوبیت نهایی رو به کاهش است (Gorji, Madani, 1394:31) خطای دادرسی در فرایند دادرسی موجب زیان یکی از طرفین و سود طرف دیگر می‌شود. بر این مبنا می‌توان استدلال نمود که توزیع برابر ریسک تحقق این خطاها با مبانی کارآمدی اقتصادی سازگار به نظر می‌رسد. بنابراین هرگاه ریسک بر عهده متداعیین به نحو برابر توزیع شود، در نقطه بهینه قرار خواهیم داشت. باید توجه داشت که ایجاد این توازن از طریق وضع قواعد دادرسی در عمل امری دشوار است و نیازمند تحلیل دقیق نحوه و میزان ریسک ناشی از هریک از احکام دادرسی است.

۵. نتیجه

نظام دادرسی، همچون هر سازوکار انسانی دیگر، همواره با محدودیت‌های ذهنی، شناختی و نهادی مواجه است. پژوهش حاضر با الهام از دیدگاه تحلیل اقتصادی رفتاری و با عبور از چارچوب‌های سنتی حقوقی، یکی از لایه‌های مغفول در فرآیند قضاوت را برجسته می‌کند: نقش ناگزیر خطاهای شناختی در تصمیم‌گیری قضات. این خطاها که برخاسته از عملکرد ذهن در شرایط پیچیده، فشار



زمانی، حجم اطلاعات، یا محیط تصمیم‌گیری هستند، نه تنها واقعیتی اجتناب‌ناپذیر در هر نظام قضایی به‌شمار می‌روند، بلکه بر کیفیت عدالت و اعتماد عمومی نیز تأثیری عمیق دارند.

این مطالعه نشان می‌دهد که بسیاری از خطاهای قضات برخلاف تصور رایج، محصول بی‌سوادی یا فساد نیست، بلکه تابعی از عملکرد ذهن انسان در شرایط عدم اطمینان است. از این رو، رویکردهای صرفاً تنبیهی یا انتزاعی برای مقابله با این پدیده کارآمد نیستند. باید آن را به‌مثابه یک «مسئله نهادی ساختاری» درک کرد که پاسخ به آن نیازمند طراحی ابزارهای رفتاری، آموزشی و فرآیندی است. یکی از مهم‌ترین نتایج نظری این مقاله، مشروعیت دادن به این ایده است که عدالت نه فقط محصول قانون و اخلاق، بلکه محصول شناخت و اقتصاد نیز هست. فهم قضاوت تنها در پرتو اصول حقوقی کلاسیک، فهمی ناقص خواهد بود. چراکه سوگیری‌های ذهنی در سطوح مختلف - از درک اولیه تا ارزیابی ادله، و از برآورد نتایج تا تصمیم نهایی - نقشی هم‌سنگ قواعد قانونی ایفا می‌کنند. به عبارت دیگر، عدالت بدون فهم ذهن قاضی ناقص است.

از حیث کاربری، مقاله نشان می‌دهد که رویکردهای اصلاحی نباید تنها بر افزایش نظارت یا الزام به استدلال حقوقی متمرکز شوند؛ بلکه نیازمند بازاندیشی در ابزارهای تصمیم‌سازی، استفاده نظام‌مند از داده‌های آماری، طراحی فرایندهای شفاف‌تر برای ارائه ادله و ارتقاء آموزش روان‌شناسی شناختی برای قضات هستیم. این بدان معناست که آینده عدالت در گرو همکاری نهادهای قضایی با علوم رفتاری، شناختی، و اقتصاد است.

از منظر سیاست‌گذاری، یافته‌ها بیانگر ضرورت عبور از دیدگاه‌های مطلق‌انگارانه نسبت به رأی قضایی است. تردید، عدم قطعیت و خطا بخش طبیعی این فرایند هستند. به همین دلیل، ایجاد نهادهای جبرانی مؤثر، همچون فرایندهای تجدیدنظر چندلایه، بازنگری در قواعد بار اثبات، و توسعه سامانه‌های ارزیابی عملکرد قضات نه به‌مثابه ابزار تنبیه، بلکه به‌مثابه سازوکارهای اصلاح سیستم، باید در دستور کار قرار گیرد.

از منظر پژوهشی، این مقاله نقطه عزیمت مهمی برای ورود عمیق‌تر به حوزه مطالعات میان‌رشته‌ای حقوق و علوم شناختی فراهم می‌آورد. مطالعات تجربی در ایران هنوز بسیار محدودند. لازم است پروژه‌های میدانی در سطح آراء صادره، تصمیمات هیئت‌های قضایی، و حتی رفتارهای غیررسمی قضات در مواجهه با پرونده‌ها اجرا شوند تا بتوان نقشه واقعی خطاهای شناختی در دادرسی را ترسیم و تحلیل کرد.

در نهایت، پژوهش حاضر بیش از آن‌که راه‌حلی قطعی ارائه دهد، دعوتی است برای بازاندیشی در بنیان‌های نظری عدالت. از این منظر، پذیرش محدودیت‌های انسانی و طراحی نهادی مبتنی بر آن، نه تضعیف دستگاه قضایی، بلکه تقویت آن در مسیر اعتماد عمومی و کارایی واقعی است. قضاوت عادلانه نه فقط به قانون‌مداری، بلکه به فهم ذهن، رفتار، و اقتصاد تصمیم نیز وابسته است. تنها در این چارچوب می‌توان به دستگاه قضایی‌ای دست یافت که نه تنها در ظاهر، بلکه در عمق، عادلانه، پاسخ‌گو و کارآمد باشد.



References:

1. Aboutalebdooght Shouraki, M., Khalilian Eshkezari, M., & Tavakoli, M. (2020, Spring & Summer). A -Comparative Study of Aims of Consumer in Islamic Economics and Mainstream Economics. Knowledge of Islamic Economics, 42.)in persian)
2. Babayi, A. (2019, Spring & Summer). Civil Liability Law and Non-Contractual Obligations. Tehran: Mizan Publishing.)in persian)
3. Davarpanah, M. (2005, Spring). Interdisciplinary Relations in Human Sciences: A Citation Analysis. Educational and Psychological Studies, 17-36.)in persian)
4. Ebrahimi, M., Meydari, A., & Haji, M. (Spring). The Effects of Judicial Process on Economic Growth of D8 Countries. Economic Researches & Policies, 33-60.)in persian)
5. Ghani Nezhad, M. (1986, November). Keynesian Revolution and Contemporary Economic Thought. Keyhane-Farhangi, 33, 17-19.)in persian)
6. Ghamami, M., & Mohseni, H. (2017). Transnational Civil Procedure. Tehran: Sherkat Sahami Enteshar.)in persian)
7. Gorji, A., & Madani, Sh. (2015, Autumn). An Evaluation of the Evolution from Classical to Neo-Classical and then New-Classical Schools: How New Are the New-Classicals? Economic Research, 31-68.)in persian)
8. Hassas Yeganeh, Y. (2006, Autumn & Winter). Challenges of Professional Judgment in Auditing. Official Accountant, 29-40.)in persian)
9. Haji Zadeh, M., Nezhadi Manesh, H., & Zarei, M. (2017, Spring). The Status of the Rule of Law in International Law. Public Law Research, 171-196.)in persian)
10. Hashemi, S., & Ghaffari, H. (2011, Summer). Reconsidering Formal and Substantive Interpretations of the Rule of Law. Legal Research, 5, 335-366.)in persian)
11. Hesar Khani, F., & Pourostad, M. (2015, Summer). Economic Analysis of Civil Procedure Based on Costs. Iranian & International Comparative Legal Research Quarterly, 8, 57-85.)in persian)
12. Khoshtinat, M., & Bostanian, J. (2007, Summer). Professional Judgment in Auditing. Experimental Studies of Financial Accounting, 18, 25-58.)in persian)
13. Mohaghegh Damad, S. (2009, Autumn & Winter). Shiite Ijtihad Developments: Schools, Domains and Methods (4): Taklifi and Waz'i Rulings in the Thought of Mohaqqiq Khorasani. Legal Research Journal, 50, 25-48. Retrieved from <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/563445>)in persian)
14. Naseri, A., & Ahmad-Ali Zadeh, A. (2015, Winter). The Effect of Perception Bias of Audit Report Users on Their Evaluation of Auditor's Decisions. Accounting Studies, 9, 109-124.)in persian)
15. Nasiri Aghdam, A. (2006, Spring & Summer). Transaction Cost Economics. Economic Essays, 157-208.)in persian)
16. Nikbakht, H. (1997, Spring). Effects of Force Majeure and Contract Termination. International Legal Journal, 97-126.)in persian)
17. Nouri Savadkouhi Far, S. (2001, Feb-Mar). A Comparative Study on the Legitimacy of Judges in the Legal System of the Islamic Republic of Iran and Other Systems. Dadresi, 30, 23.)in persian)
18. Seifi Zeinab, Gh., & Amiraghdam, R. (2016, Spring & Summer). A Comparative Study of Judicial Precedent Criticism in Securing Legal and Economic Security in Iran and Egypt. Jurisprudential Foundations of Islamic Law, 157-191.)in persian)
19. Shoari Nejad, A. (1996). Dictionary of Behavioral Sciences. Tehran: Amir Kabir Publishing.)in persian)



Analysis of Tax Crimes in the Direct Taxation Law from the Perspective of the Principle of Economic Stability Preservation

Mohammad Hussein Taheri¹ , Abolqasem Khodadi^{*2} 

1. Master of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Shahed University, Tehran, Iran

2. Associate Professor, Department of Law, Shahed University, Tehran, Iran

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

Received: 2025-02-24

Revised: 2025-06-10

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Taheri, M.H.; Khodadi, A. (2025). Analysis of Tax Crimes in the Direct Taxation Law from the Perspective of the Principle of Economic Stability Preservation. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32.(27): 113-132 (In Persian with English abstract).
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.92324.1429>

1. INTRODUCTION

The tax system of every country constitutes one of the fundamental pillars of government revenue generation and the realization of economic justice. In this regard, legislators have consistently sought to enact binding tax regulations to both increase public revenues and prevent tax evasion and related offenses. One of the key tools in this domain is the criminalization of tax violations. As reported by The Guardian in 2009, failure to pay taxes has been criminalized or is subject to deterrent sanctions in most countries worldwide (The Guardian, 2009).

In Iran, the Direct Taxation Act, as one of the most important tax laws, identifies eight types of tax offenses under Articles 161 and 274, prescribing severe penalties such as imprisonment ranging from six months to two years, corporal punishment (thirty-one to seventy-four lashes), deprivation of civil rights, and others.

It is important to note that while a strict approach toward such offenses may enhance financial transparency and reduce tax evasion, it may also adversely affect economic security, lead to capital flight, and place undue pressure on economic actors. This becomes particularly concerning given the country's current economic conditions and its urgent need for sustained and accelerated production growth, which has made improving the business climate more critical than ever.

Accordingly, it is essential to examine the principles underlying the criminalization of these offenses in order to assess their legitimacy, as well as the ability of legislators and law enforcers, such as tax auditors, to anticipate and prevent such violations. Given that taxation represents a key source of government revenue (Babaki & Effati, 2022: 29) and the tax system is one of the most vital components of state governance, addressing tax crimes is of particular importance as they can undermine the nation's economic system (Hassani & Mehra, 2015: 45). Therefore, the principle of "preserving economic stability" serves as a crucial foundation for the criminalization of tax-related offenses.



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



Nonetheless, the research hypothesis posits that most tax crimes are not fully aligned with this principle. Moreover, the nature of the target community for these offenses does not reasonably correspond with the severity of punishments such as imprisonment.

This article explores the concept of the principle of preserving economic stability, analyzing its relevance and relationship to tax crimes.

2. PURPOSE

The primary contribution of this study lies in evaluating the extent to which tax crimes align with the principle of preserving economic stability. This evaluation is crucial as it offers an opportunity to improve tax legislation and enhance the effectiveness of the national tax system. By carefully investigating the relationship between tax crimes and economic stability, the study aims to identify specific legal provisions that may, in their effort to impose severe penalties for tax violations, unintentionally undermine economic security. Such provisions could potentially lead to adverse outcomes like capital flight, which, in turn, might diminish the country's financial stability rather than promote transparency and compliance. The research thus encourages the rethinking of punitive measures and advocates for more balanced and economically appropriate tax policies that take into account the broader impacts on the national economy.

Furthermore, the findings of this study could serve as a valuable resource for lawmakers and policymakers, offering insights into the development of more effective and proportionate responses to tax violations. These responses would be in harmony with the current economic conditions of the country, ensuring that the tax system is both fair and effective. By fostering this alignment, the study promotes the creation of a tax system that not only generates revenue but also nurtures public trust. This trust is critical for encouraging voluntary tax compliance, which ultimately supports the long-term stability of both the fiscal and economic systems.

3. METHODOLOGY

This research adopts an analytical approach and primarily uses a documentary study method to examine the legal and economic aspects of tax crime legislation. The analysis is based on a thorough review of relevant legal texts, especially the Direct Taxation Law of Iran (2015), along with scholarly articles, judicial decisions, and official government reports. These resources provide essential context for understanding how tax offenses are defined and penalized in the legal system.

Through a systematic review of these materials, the study aims to evaluate how the criminalization of tax offenses aligns with the principle of economic stability. The collected data is analyzed within a qualitative legal framework, focusing on the interpretation of legal norms and their broader economic consequences. This methodological approach offers a clearer insight into the legislative rationale for imposing criminal penalties and allows for an assessment of the practical outcomes of enforcing these provisions within the Iranian context. By doing so, the study provides a comprehensive understanding of how tax crimes are addressed within the legal system and their impact on the country's economic stability.

4. FINDINGS

It appears that the only tax offense aligned with the principle of economic stability preservation and eligible for criminalization is the concealment of economic activity and the concealment of income derived from it, as outlined in Clause 2, Article 274 of the Direct Taxation Law. Given its widespread nature, this violation can pose a serious threat to economic transparency and the integrity of the country's financial system, potentially leading to economic instability.

In contrast, other tax offenses do not cause significant harm to the national economic system and can be effectively prevented through non-criminal measures (such as administrative fines, financial restrictions, and regulatory oversight). Thus, their criminalization under this principle appears neither logical nor reasonable. In



such cases, resorting to criminal sanctions is not only unnecessary but may also lead to increased judicial costs and impose undue pressure on economic actors.

5. CONCLUSION

The present study explores the extent to which the principle of preserving economic stability can serve as a legitimate and rational foundation for the criminalization of tax offenses under Iran's Direct Taxation Law. In doing so, the research begins by examining the legal characteristics and classifications of tax offenses, followed by an analysis of the theoretical underpinnings of criminalization through the lens of economic stability. Finally, the study compares these two components and evaluates the consistency and legitimacy of their interrelation within the framework of the existing legal structure.

Among the relevant provisions of the Direct Taxation Law, Articles 161 and 274 specifically address tax-related crimes. Article 161 provides for discretionary imprisonment of the sixth degree for certain tax violations, while Article 274 outlines a broader and more detailed framework of criminal penalties. This includes punishments such as imprisonment from six months to two years, monetary fines, flogging (between 31 and 74 lashes), deprivation of social rights for a duration of six months to five years, and even public disclosure of final court rulings through the media. Furthermore, Article 275, which pertains to legal entities rather than individuals, imposes penalties such as the prohibition of specific business activities and restrictions on issuing commercial documents, ranging from six months to two years. These legal measures indicate a strong reliance on criminal law as a regulatory tool within the tax system.

However, a nuanced interpretation of tax law—particularly in relation to the principle of economic stability—suggests that such extensive criminalization may not always be justified. A proper understanding of the legal and economic rationale behind punitive provisions is essential for enhancing the functionality of the tax system. This includes its role in revenue generation, enforcement of fairness, and the realization of tax justice. From this perspective, the study's findings indicate that Iran's legislature and, to a lesser extent, the judiciary, have in practice expanded the scope of criminal law to cover nearly all forms of tax evasion. Yet, this broad criminalization does not consistently reflect the underlying principle of economic stability.

In fact, among the numerous criminalized behaviors listed in the law, only Clause 2 of Article 274—which pertains to the concealment of economic activity and income derived from it—can be clearly and directly linked to the preservation of economic stability. This specific offense, due to its widespread nature and its detrimental impact on transparency, fair market competition, and the functionality of the financial system, can reasonably be classified as a genuine threat to national economic order. As such, its criminalization appears justified. In contrast, many other tax offenses outlined in the legislation do not pose a significant threat to macroeconomic stability and, thus, may not warrant criminal sanctions.

This observation raises an important point about the inconsistency of the legislature's approach. While certain serious offenses are left uncriminalized and addressed as mere administrative violations—such as those mentioned in Articles 51 and 211—others that pose less economic risk are subject to harsh criminal penalties. This imbalance reflects a lack of coherence in legislative intent and policy, undermining both the legitimacy and efficacy of the current tax enforcement regime.

Moreover, this lack of coherence appears to have broader implications for the business environment in Iran. Evidence from recent reports, particularly the National Monitoring of the Business Environment (2024) by the Iran Chamber of Commerce Research Center, indicates that tax collection practices—including arbitrary audits and inconsistent enforcement—rank as the fourth most significant obstacle to business activity in Iran. This places tax-related challenges ahead of issues like state interference in pricing, unfair competition from state-owned enterprises, and lack of modern technologies. These findings suggest that the legislative framework does not adequately prioritize economic facilitation or business predictability. (Iran Chamber of Commerce Research Center, 2024)



From a legal and social perspective, imprisoning individuals who actively contribute to the national economy is inconsistent with the principles of human dignity and justice. Many instances of tax evasion result from the complexity of tax laws and weaknesses in oversight mechanisms, rather than purely criminal intent. Moreover, some business owners believe that tax officials often presume them to be thieves or criminals by default, leading them to lie in self-defense. Nevertheless, these business owners acknowledge that producers are an integral part of the government structure, not adversaries. They argue that producers should not be the most accessible targets for applying pressure or complicating the business environment; rather, improved production generates higher revenues for the government (Heydarinejad & Colleagues, 2018).

In light of these findings, a reconsideration of the current criminalization approach to tax offenses seems both timely and necessary. Several factors reinforce this recommendation: the low number of imprisoned tax offenders, the urgent need to reduce the prison population, the goal of protecting government revenue, and the potential benefits of reclassifying certain criminal offenses as non-criminal violations. By drawing on the pre-2016 tax code, a path forward could involve transforming criminal tax offenses into administrative violations, handled through civil penalties, financial sanctions, and regulatory enforcement mechanisms.

Such a shift would reduce the burden on the judicial system and promote a more balanced, efficient, and trust-based tax enforcement model. Moreover, administrative tools—such as substantial monetary fines, temporary suspension of financial privileges, and mandatory compensation for damages—could serve both deterrent and corrective purposes, without the harsh social and economic consequences associated with criminal penalties. This approach would also align with broader decriminalization policies and global trends toward alternative dispute resolution and non-penal enforcement in tax systems.

Ultimately, by revisiting the criminalization of tax offenses and shifting toward preventive, administrative, and economically proportionate sanctions, the Iranian tax system can move toward greater transparency, improved compliance, and restored public trust. This, in turn, would not only enhance the stability of government revenues but also contribute to the overall health and resilience of the national economy.

Keywords: The principle of economic stability preservation, principles of criminalization, tax offenses, principle of economic security.



تحلیل جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم از منظر اصل حفظ ثبات اقتصادی

محمدحسین طاهری^۱؛ ابوالقاسم خدادی^{۲*}

دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۰۶ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۳/۲۰ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

مالیات یکی از منابع اصلی تأمین مالی دولت است؛ در این راستا، قانون‌گذاران همواره کوشیده‌اند با تدوین مقررات الزام‌آور، ضمن افزایش درآمدهای عمومی، از بروز فرار مالیاتی و سایر تخلفات مرتبط پیش‌گیری نمایند. در قوانین مالیاتی ایران نیز به همین منظور «قانون مالیات‌های مستقیم» مصوب سال ۱۳۹۴، هشت رفتار را در مواد (۱۶۱) و (۲۷۴) جرم‌انگاری نموده است. تبیین اصول جرم‌انگاری جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم به علت بهبود محیط کسب‌وکار، تقویت اعتماد به نظام مالیاتی، پیش‌بینی‌پذیرتر نمودن روبه‌اخذ مالیات برای فعالان اقتصادی و اجتناب از آسیب‌های خطرناک مجازات‌های تعیین شده نظیر حبس و منع از اشتغال، ضروری است. هدف این پژوهش که به شیوه توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است، بررسی میزان انطباق جرایم مالیاتی مقرر در قانون مالیات‌های مستقیم با یکی از اصول جرم‌انگاری تحت عنوان «اصل حفظ ثبات اقتصادی» است. این اصل از آنجا که یکی از مهم‌ترین اهداف جرم‌انگاری جرایم مالیاتی است و در ایجاد اطمینان در فضای کسب‌وکار، تقویت نظام اقتصادی، افزایش شفافیت و پیش‌گیری از فرار مالیاتی مؤثر است، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. آن‌چه از پژوهش حاضر مستفاد شد آن است که هفت جرم از جرایم مالیاتی با اصل حفظ ثبات اقتصادی در تعارض است و تنها جرمی که طبق این اصل قابل توجیه است «اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن» است؛ این امر نیز در صورتی است که به طور کلی فعالیت اقتصادی مخفی شود و تحت عنوان مشاغل غیررسمی شناخته شود. این یافته می‌تواند در اصلاح قوانین و سیاست‌گذاری‌های مالیاتی جهت تقویت امنیت اقتصادی و کاهش آثار منفی مجازات‌ها راهگشا باشد.

کلید واژه‌ها: اصل حفظ ثبات اقتصادی، اصول جرم‌انگاری، جرایم مالیاتی، اصل امنیت اقتصادی، فعالیت اقتصادی.

۱. کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق، دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول: Email: a.khodadi@gmail.com)



۱. مقدمه

نظام مالیاتی هر کشور یکی از ارکان اصلی تأمین منابع مالی دولت و تحقق عدالت اقتصادی است. در این راستا، قانون‌گذاران همواره تلاش کرده‌اند تا با وضع مقررات مالیاتی الزام‌آور، از یک‌سو درآمدهای عمومی را افزایش دهند و از سوی دیگر، به اذعان گزارش گاردین در سال ۲۰۰۹، عدم پرداخت مالیات در اکثر کشورهای جهان جرم‌انگاری شده و یا ضمانت اجرای بازدارنده دارد. (The Guardian, 2009) در ایران، قانون مالیات‌های مستقیم به عنوان یکی از مهم‌ترین قوانین مالیاتی، هشت جرم مالیاتی را در مواد (۱۶۱) و (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم تعیین کرده است و برای آن‌ها مجازات‌های سنگین نظیر حبس از شش ماه تا دوسال، شلاق از سی و یک تا هفتاد و چهارضربه، محرومیت از حقوق اجتماعی و... وضع نموده است.

باید توجه داشت رویکرد سخت‌گیرانه نسبت به این جرایم هرچند می‌تواند موجب افزایش شفافیت مالی و کاهش فرار مالیاتی شود، اما از سوی دیگر، ممکن است منجر به کاهش امنیت اقتصادی، فرار سرمایه و حتی فشار بر فعالان اقتصادی شود. این در حالی است که با توجه به وضعیت اقتصادی کشور و نیاز جدی به رشد سریع و مستمر تولید، تسهیل فضای کسب و کار اهمیت دوچندان یافته است. بنابراین، بررسی اصول جرم‌انگاری این جرایم به منظور بررسی مشروعیت آن‌ها و امکان پیش‌گیری و پیش‌بینی قانون‌گذار و مجریان قانون نظیر میزان مالیاتی امری ضروری است. با توجه به این که مالیات یکی از منابع درآمدی دولت است (Babaki and Effati, 2022: 29) و نظام مالیاتی یکی از حیاتی‌ترین نظامات دولتی محسوب می‌شود، مقابله با جرایم مالیاتی از این جهت که به نظام اقتصادی کشور خدشه وارد می‌کند محل توجه است. (Hassani and Mehra, 2015: 45) از این رو اصل «حفظ ثبات اقتصادی» مبنای مهمی برای جرم‌انگاری جرایم مالیاتی است. با این وجود فرضیه پژوهش آن است که عموم جرایم مالیاتی با این اصل سازگار نیست. همچنین شخصیت جامعه هدف این جرم با مجازات‌های سنگینی همچون حبس، تناسب منطقی ندارد. در این مقاله به تشریح «اصل حفظ ثبات اقتصادی» پرداخته شده است و نسبت آن با جرایم مالیاتی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

۲. تشریح اصل حفظ ثبات اقتصادی

اصل حفظ ثبات اقتصادی بر ضرورت جرم‌انگاری رفتارهایی که به ساختارهای اقتصادی کشور آسیب وارد می‌کنند، تأکید دارد. هدف این اصل، پیش‌گیری از تهدیداتی است که امنیت مالی و پایداری اقتصادی جامعه را مختل می‌سازند که منتهی به امنیت حقوقی می‌شود. این امنیت حقوقی مستلزم قوانین روشن، صریح، در دسترس، قابل پیش‌بینی و عادلانه‌ای است که باید از جانب نظام‌های کیفری از اجرای آن مطمئن شد (Jafari, 2016: 96). بر همین اساس، برخی قوانین کیفری برای تضمین انسجام نظام اقتصادی و مقابله با جرایمی که تعادل مالی کشور را تهدید می‌کنند، تدوین شده‌اند که از موارد آن می‌توان به قانون مبارزه با پولشویی و قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور اشاره کرد.

در نظام‌های حقوقی مطلوب، جرم‌انگاری یک رفتار باید مبتنی بر اصول عقلانی و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی باشد. یکی از مهم‌ترین معیارها برای جرم‌انگاری، تأثیر آن رفتار بر ساختارهای اقتصادی کشور است. در شرایطی که یک عمل موجب تهدید جدی بر ثبات بازارهای مالی، امنیت سرمایه‌گذاری یا نظم اقتصادی گردد، مداخله قانونی معقول به نظر می‌رسد (Ebrahimi and Sadeghnejad Naeini, 2014: 153). به عبارت دیگر می‌توان گفت رفتاری مشمول جرم‌انگاری بر مبنای اصل حفظ ثبات اقتصادی می‌شود که لطمه‌ای جدی، گسترده و مؤثر به ارکان حیاتی اقتصاد کشور یا یک بخش استراتژیک وارد کند؛ به گونه‌ای که منافع عمومی اقتصادی، ثبات مالی یا امنیت اقتصادی کشور در معرض خطر باشد که از آن به «معیار شدت آسیب اقتصادی»^۱ یاد می‌شود. همچنین باید توجه داشت در صورتی که ابزارهای غیرکیفری مانند ابزارهای اداری، نظارتی، مدنی یا انضباطی در پیش‌گیری و مقابله با رفتار مورد نظر ناکارآمد باشند و ضمانت اجرای کیفری به‌عنوان آخرین راهکار^۲ ضرورت یابد، می‌توان به این اصل تمسک جست.

1. Economic Harm Severity

2. Ultima Ratio



رفتارهایی مانند فساد مالی، پول‌شویی، فرار مالیاتی و اختلال در بازار ارز می‌توانند آسیب‌های گسترده‌ای به چرخه اقتصادی کشور وارد کنند و موجب بی‌اعتمادی عمومی و کاهش سرمایه‌گذاری‌های داخلی و خارجی شوند. از این‌رو، جرم‌انگاری این قبیل رفتارها نه تنها در راستای تأمین عدالت اجتماعی است، بلکه ابزاری برای حفاظت از ثبات اقتصادی، امنیت مالی و توسعه پایدار محسوب می‌شود. در این چارچوب، قوانین باید به گونه‌ای طراحی شوند که از یک سو بازدارنده و از سوی دیگر، منطبق با معیارهای حقوق بشری و اصول انصاف باشند. با این وجود قانون‌گذار باید به اثرات جرم‌انگاری آن نیز توجه نماید تا بازدارندگی از جرم که امری مثبت است به بازدارندگی از فعالیت اقتصادی منجر نشود.

۲-۲. ریشه تاریخی - فلسفی اصل حفظ ثبات اقتصادی

این اصل ریشه در نظریه‌های اقتصادی و اجتماعی دارد که بر اهمیت تنظیم رفتارهای اقتصادی برای حفظ ثبات، رشد و عدالت اقتصادی تأکید دارند. اصل حفظ ثبات اقتصادی، ریشه در نظریات اقتصادی، اجتماعی و فلسفی دارد. این اصل از ضرورت ایجاد و حفظ نظم اقتصادی برای جلوگیری از فروپاشی جوامع و اطمینان از توسعه پایدار ناشی شده است. ریشه‌های تاریخی این اصل در موارد زیر قابل شناسایی است.

بننام در نظریه سودگرایی خود تأکید کرد که قوانین کیفری می‌توانند از رفتارهای اقتصادی مخرب جلوگیری کنند و در به حداکثر رساندن رفاه عمومی یاری رسانند. (۱۷۸۹: ۳۱۰) در قرن بیستم، جان مینارد کینز بر اهمیت تنظیمات دولتی و قانونی برای کنترل بازارهای مالی و جلوگیری از بحران‌های اقتصادی تأکید کرد. (۱۹۳۶: ۲۰۹)

علاوه بر موارد فوق در کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز با به‌کارگیری این اصل قواعدی تصویب شده است. به طور مثال در کنوانسیون پالرمو در سال ۲۰۰۰ با هدف جرم‌انگاری فعالیت‌هایی مانند پول‌شویی و قاچاق انسان که به ثبات اقتصادی آسیب می‌زنند، تصویب شد. در سال ۲۰۰۳، سازمان ملل متحد در کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد^۳ تأکید کرد که رفتارهایی مانند فساد، اختلاس و پول‌شویی می‌توانند به شدت به ثبات اقتصادی آسیب بزنند و باید جرم‌انگاری شوند. اصل حفظ ثبات اقتصادی در جرم‌انگاری از نظریات اقتصادی کلاسیک و مدرن و همچنین اسناد حقوقی بین‌المللی نشأت گرفته است. این اصل تأکید می‌کند که قوانین کیفری باید برای جلوگیری از رفتارهایی که پایداری اقتصادی و رفاه عمومی را تهدید می‌کنند، تدوین شوند.

در قوانین کیفری ایران نیز این اصل پایه برخی از جرم‌انگاری‌ها قرار گرفته است. به طور مثال می‌توان به جرم‌انگاری پول‌شویی به‌ویژه طبق قانون اصلاح قانون مبارزه با پول‌شویی مصوب ۱۳۹۷ اشاره کرد. این قانون به جرم‌انگاری انتقال یا مخفی‌سازی عواید حاصل از فعالیت‌های مجرمانه‌ای همچون قاچاق با هدف جلوگیری از ردیابی آن پرداخته است. چنین سیاستی مستقیماً با حفظ سلامت نظام اقتصادی کشور و شفافیت مالی پیوند دارد. در همین راستا، جرم‌انگاری اخذ رشوه در معاملات اقتصادی نیز بر مبنای اصل حفظ اقتصادی توجیه‌پذیر است. بر اساس ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری، رشوه در نظام اقتصادی موجب تضعیف شفافیت و اعتماد عمومی می‌شود و جرم‌انگاری آن با هدف حفظ سلامت اقتصادی صورت گرفته است.

از سوی دیگر، احتکار کالاهای اساسی، به‌ویژه در شرایط بحران اقتصادی، در ماده ۵ قانون تعزیرات حکومتی مورد جرم‌انگاری قرار گرفته است. احتکار، با ایجاد کمبود مصنوعی و برهم زدن نظم بازار، تهدیدی جدی برای ثبات اقتصادی محسوب می‌شود. افزون بر این، قانون مجازات اخلالگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹ (اصلاحی ۱۳۹۶) با جرم‌انگاری رفتارهایی نظیر قاچاق، اخلال در نظام پولی و بانکی، و جرایم مالی گسترده، حاوی ضمانت اجرای سنگینی از جمله اعدام و حبس‌های طولی‌المدت است. این اقدامات قانونی نشان‌دهنده نقش کلیدی اصل حفظ اقتصادی در سیاست جنایی ایران به‌ویژه در حمایت از امنیت اقتصادی و ثبات بازارهای مالی است.

3. United Nations Convention against Corruption (UNCAC)



۳. جرایم مالیاتی

قانون‌گذار سال ۱۳۹۴ در قالب یک نوآوری، ماده (۲۷۴) را به قانون مالیات‌های مستقیم افزود. وی تلاش نمود در این ماده تمامی رفتارهای مجرمانه که مرتکب آن مؤدی مالیاتی بوده است را در قالب هفت بند بیان نماید. با این وجود همچنان ماده (۱۶۱) را می‌توان جدا از موارد مطرح شده در ماده (۲۷۴) دانست. در ادامه به تشریح رفتارهای مجرمانه در این مواد پرداخته شده است.

۳-۱. جرم از تصرف خارج کردن اموال مورد تأمین مالیاتی از سوی مودی یا شخص ثالث (پس از ابلاغ)

در ماده (۱۶۱) قانون مالیات‌های مستقیم اظهار شده است: «در مواردی که مالیات مودی هنوز قطعی نشده یا مراحل اجرایی آن طی نشده است و بیم تفریط مال یا اموال از طرف مودی به قصد فرار از پرداخت مالیات می‌رود اداره امور مالیاتی باید با ارائه دلایل کافی از هیأت حل اختلاف مالیاتی قرار تأمین مالیات را بخواهد و در صورتی که هیأت صدور قرار را لازم تشخیص دهد ضمن تعیین مبلغ، قرار مقتضی صادر خواهد کرد. اداره امور مالیاتی مکلف است معادل همان مبلغ از اموال و وجوه مودی که نزد وی یا اشخاص ثالث باشد تأمین نماید در این صورت مودی و اشخاص ثالث پس از ابلاغ اخطار کتبی اداره امور مالیاتی حق نخواهند داشت اموال مورد تأمین را از تصرف خود خارج کنند مگر این که معادل مبلغ مورد مطالبه تأمین دهند و در صورت تخلف علاوه بر پرداخت مطالبات مذکور، مشمول مجازات حبس تعزیری درجه شش نیز خواهند بود.»

این ماده به موضوع تأمین مالیات و جلوگیری از اقداماتی که به قصد فرار از پرداخت مالیات صورت می‌گیرد، پرداخته است. این ماده ابزار قانونی را برای اداره امور مالیاتی فراهم می‌کند تا در صورت وجود شواهد کافی مبنی بر قصد مؤدی برای تفریط اموال با هدف فرار مالیاتی، بتواند اموال وی را تأمین کند. در ادامه به تحلیل این ماده پرداخته شده است.

۳-۱-۱. عناصر تشکیل‌دهنده جرم

- **عدم قطعی شدن مالیات:** این ماده زمانی اعمال می‌شود که مالیات مؤدی هنوز قطعی نشده یا در مرحله اجرایی قرار ندارد.
- **وجود بیم تفریط اموال:** باید دلایلی وجود داشته باشد که نشان دهد مؤدی قصد دارد اموال خود را به منظور فرار از مالیات تفریط کند.
- **درخواست هیأت حل اختلاف:** اداره امور مالیاتی ملزم است دلایل کافی را به هیأت حل اختلاف ارائه دهد و از آن هیأت، صدور قرار تأمین مالیات را درخواست کند.
- **صدور قرار:** در صورتی که هیأت حل اختلاف دلایل ارائه‌شده را کافی بداند، قرار تأمین مالیات را صادر خواهد کرد.

۳-۱-۲. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

برای بررسی دقیق ماده موردنظر و ارتباط آن با اصل حفظ ثبات اقتصادی، باید بخش‌های مختلف ماده تجزیه و تحلیل شود تا نشان داده شود کدام قسمت از مواد مصداق این اصل هستند:

«بیم تفریط مال یا اموال از طرف مؤدی به قصد فرار از پرداخت مالیات»

این بخش از ماده به احتمال تفریط اموال مؤدی و تلاش او برای فرار از پرداخت مالیات اشاره دارد. بر اساس اصل حفظ ثبات اقتصادی، جرم‌انگاری باید برای جلوگیری از اقداماتی که موجب بی‌ثباتی اقتصادی و تهدید امنیت مالی کشور می‌شوند، اعمال شود. قانون‌گذار ممکن است این رفتار را یک تهدید بالقوه برای نظام مالیاتی و به تبع آن، برای ثبات اقتصادی بداند. اما مشکل اصلی این توجیه آن است که اصل حفظ ثبات اقتصادی ایجاب می‌کند که جرم‌انگاری زمانی انجام شود که یک رفتار، تهدید جدی برای ساختارهای اقتصادی کشور باشد. (Ebrahimi & Sadeghnejad Naeini, 2014: 153) در اینجا، فرار مالیاتی، هرچند ممکن است منجر به کاهش منابع مالی دولت شود، اما لزوماً موجب بی‌ثباتی اقتصادی در سطح کلان نمی‌شود. بنابراین، استناد به اصل حفظ ثبات اقتصادی برای جرم‌انگاری این رفتار محل تردید است؛ زیرا این تخلف، مستقیماً تهدیدی برای اقتصاد کلان محسوب نمی‌شود.



«اداره امور مالیاتی باید با ارائه دلایل کافی از هیأت حل اختلاف مالیاتی قرار تأمین مالیات را بخواهد»

در این بخش، اختیار قانونی به اداره امور مالیاتی داده شده است تا در صورت مشاهده احتمال تفریط اموال، درخواست صدور قرار تأمین مالیات کند. در نگاه نخست، این اقدام ممکن است برای جلوگیری از کاهش منابع درآمدی دولت و جلوگیری از تأثیرات منفی بر ثبات اقتصادی توجیه شود. اگر مؤدی دارایی‌های خود را از دسترس خارج کند، ممکن است دولت در وصول مالیات دچار مشکل شود و این موضوع، به‌ویژه در مواردی که فرار مالیاتی گسترده باشد، می‌تواند پیامدهای اقتصادی داشته باشد. اما نسبت این بخش از ماده با اصل حفظ ثبات اقتصادی دچار خدشه است، زیرا در بسیاری از موارد، دولت می‌تواند با ابزارهای غیرکیفری مانند اصلاح قوانین مالیاتی، افزایش شفافیت مالی و اعمال جریمه‌های مالی مؤثر، از وقوع چنین تخلفاتی جلوگیری کند، بدون آن‌که نیازی به جرم‌انگاری داشته باشد. از سوی دیگر، نمی‌توان به‌طور قطعی اثبات کرد که توقیف اموال مؤدی پیش از اثبات بدهی مالیاتی، لزوماً به حفظ ثبات اقتصادی کمک خواهد کرد. در واقع، اعمال چنین محدودیت‌هایی ممکن است باعث کاهش اعتماد سرمایه‌گذاران به نظام مالیاتی شود و حتی در برخی موارد، به فرار سرمایه و کاهش سرمایه‌گذاری‌های مولد منجر شود که خود می‌تواند بر خلاف روح اصل حفظ ثبات اقتصادی باشد.

«اداره امور مالیاتی مکلف است معادل همان مبلغ از اموال و وجوه مؤدی که نزد وی یا اشخاص ثالث باشد تأمین نماید»

در این بخش، اداره مالیاتی موظف شده است که اموال مؤدی را به میزان مالیات مورد مطالبه، توقیف کند. این اقدام ممکن است در راستای حفظ منابع مالی دولت و جلوگیری از کاهش درآمدهای مالیاتی، که به‌نوعی ثبات اقتصادی را تحت تأثیر قرار می‌دهند، در نظر گرفته شود. دولت می‌تواند این اقدام را به‌عنوان ابزاری برای اطمینان از پرداخت مالیات و جلوگیری از خروج غیرقانونی سرمایه توجیه کند.

اما مشکل این توجیه آن است که اصل حفظ ثبات اقتصادی ایجاب می‌کند که قوانین مالیاتی باید به‌گونه‌ای طراحی شوند که اعتماد و امنیت اقتصادی را تقویت کنند (Rafiei, 2019: 118)؛ نه این که باعث ایجاد نگرانی در میان فعالان اقتصادی شوند. اگر دولت بدون قطعیت بدهی مالیاتی، اقدام به توقیف اموال کند، ممکن است برخی از فعالان اقتصادی احساس ناامنی کنند و در نتیجه، سرمایه‌گذاری‌های خود را کاهش دهند یا حتی دارایی‌های خود را از کشور خارج کنند، که این امر، برخلاف حفظ ثبات اقتصادی است. بنابراین، این ماده، به‌جای کمک به تقویت اقتصاد، ممکن است خود باعث افزایش عدم اطمینان اقتصادی و کاهش انگیزه سرمایه‌گذاری شود که این امر نسبت آن را با اصل حفظ ثبات اقتصادی مخدوش می‌کند.

«در صورت تخلف... مشمول مجازات حبس تعزیری درجه شش خواهند بود»

در این بخش، برای مؤدی یا اشخاص ثالثی که برخلاف دستور اداره مالیاتی عمل کنند، مجازات کیفری پیش‌بینی شده است. از منظر اصل حفظ ثبات اقتصادی، ممکن است پیش‌بینی مجازات کیفری برای مقابله با فرار مالیاتی، به‌عنوان ابزاری برای حفظ عدالت مالیاتی و جلوگیری از کاهش منابع دولت توجیه شود. این اقدام می‌تواند به‌عنوان یک عامل بازدارنده برای جلوگیری از تخلفات مالیاتی گسترده تلقی شود.

اما مشکل اصلی این بخش آن است که اعمال مجازات سنگین نظیر حبس برای تخلفی که ماهیت مالی دارد، ممکن است تأثیر منفی بر فعالیت‌های اقتصادی داشته باشد و موجب کاهش انگیزه برای فعالیت‌های قانونی شود. اصل حفظ ثبات اقتصادی ایجاب می‌کند که نظام مالیاتی باید به‌گونه‌ای باشد که موجب ترس و دلسردی فعالان اقتصادی نشود، بلکه با ابزارهای کارآمد و شفاف، افراد را به رعایت قوانین مالیاتی تشویق کند. (Ebrahimi & Sadeghnejad Naeini, 2014: 170) در اینجا، اعمال مجازات حبس برای این تخلف، ممکن است به‌جای ایجاد بازدارندگی مؤثر، باعث افزایش عدم اطمینان اقتصادی و کاهش تعاملات مالی سالم شود. در نتیجه می‌توان ادعا نمود این ماده، بیش از آن‌که در راستای حفظ ثبات اقتصادی باشد، ممکن است به‌عنوان عاملی برای کاهش امنیت اقتصادی و بی‌اعتمادی نسبت به قوانین مالیاتی عمل کند که این امر، نسبت آن را با اصل حفظ ثبات اقتصادی مخدوش می‌سازد.



۲-۳. تنظیم دفاتر، اسناد و مدارک خلاف واقع و استناد به آن

این رفتار مطابق بند (الف) ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم، جرم شناخته شده است. این بند از ماده در بخش نخست ماده (۲۰۱) قانون مالیات‌های مستقیم با تفصیل بیشتری به آن پرداخته شده است: «هرگاه مودی به قصد فرار از مالیات از روی علم و عمد به ترازنامه و حساب سود و زیان یا به دفاتر و اسناد و مدارکی که برای تشخیص مالیات ملاک عمل می‌باشد و بر خلاف حقیقت تهیه و تنظیم شده است استناد نماید ... علاوه بر جریمه‌ها و مجازات‌های مقرر در این قانون از کلیه معافیت‌ها و بخشودگی‌های قانونی در مدت مذکور محروم خواهد شد.»

با عنایت به هر دو ماده مستفاد می‌گردد این جرم به معنای آن است که اگر یک شخص، به طور عمدی و با هدف فرار از پرداخت مالیات، دفاتر یا اسناد یا مدارکی را تنظیم کند که با واقعیت مالی و اقتصادی فعالیت‌های آن‌ها مطابقت نداشته باشد و در راستای فرار مالیاتی به آن استناد کند مجرم است. (Abdollahi & Moulabeygi, 2022: 356) به عبارت ساده‌تر، اگر اشخاص سعی کنند با ارائه اطلاعات نادرست یا ساختگی به سازمان امور مالیاتی، مالیات کمتری پرداخت کنند رفتار مجرمانه انجام داده‌اند.

۱-۲-۳. عناصر تشکیل‌دهنده جرم

- **تنظیم دفاتر، اسناد و مدارک:** این شامل هر نوع سندی می‌شود که برای محاسبه مالیات مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ از جمله دفاتر حسابداری، فاکتورها، رسیدها و...
- **خلاف واقع بودن:** اطلاعات مندرج در این اسناد باید با واقعیت مالی و اقتصادی مغایرت داشته باشد؛
- **استناد به اسناد خلاف واقع:** شخص باید از این اسناد برای محاسبه و پرداخت مالیات یا ارائه به سازمان امور مالیاتی هم استفاده کند.

۵-۲-۳. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

تنظیم اسناد و مدارک خلاف واقع باعث ارائه اطلاعات نادرست به نظام مالیاتی می‌شود که در نتیجه آن، توانایی دولت برای وصول مالیات و مدیریت منابع مالی کاهش می‌یابد. این رفتار نظم و ثبات مالی کشور را می‌تواند تهدید کند. این رفتار به منابع مالی دولت آسیب می‌زند و ظرفیت دولت برای ارائه خدمات عمومی و اجرای پروژه‌های توسعه‌ای را کاهش می‌دهد.

دفاتر و اسناد خلاف واقع، اطلاعات گمراه‌کننده‌ای در اختیار سازمان‌ها و نهادهای نظارتی قرار می‌دهند. این اطلاعات نادرست می‌توانند تصمیمات اقتصادی اشتباه، کاهش اعتماد سرمایه‌گذاران و آسیب به فعالیت‌های اقتصادی را به دنبال داشته باشند. شفافیت اقتصادی یکی از ارکان نظام اقتصادی مطلوب و ثبات اقتصادی است. (Sadeghnejad Naeini, 2024: 62) جرم‌انگاری این رفتار به ارائه اطلاعات صحیح و جلوگیری از تضعیف شفافیت اقتصادی کمک می‌کند.

با این وجود، این جرم از منظر اصل حفظ ثبات اقتصادی، می‌تواند تا حدودی در تناسب با این اصل مورد تردید قرار گیرد. اصل حفظ ثبات اقتصادی بر جرم‌انگاری رفتارهایی تأکید دارد که به صورت جدی به ساختارها و بنیان‌های اقتصادی کشور آسیب می‌زنند. با این حال، می‌توان پرسید که آیا تمامی رفتارهای مربوط به تنظیم دفاتر و اسناد خلاف واقع، در هر سطح و ابعادی، به طور قطعی و مستقیم تهدیدی جدی برای ثبات اقتصادی کشور محسوب می‌شوند یا خیر.

همچنین، اصل حفظ ثبات اقتصادی بر رفتارهایی متمرکز است که بنیان‌های مالی و اقتصادی کشور را به طور اساسی تهدید می‌کنند، مانند جرایم سازمان‌یافته اقتصادی (قاچاق ارز و پولشویی) یا فعالیت‌هایی که منجر به فروپاشی بازارهای کلان می‌شوند. در مقایسه با این موارد، جرایم مالیاتی مانند «تنظیم اسناد خلاف واقع» بیشتر تأثیری محدود بر درآمد دولت دارد تا آسیبی کلان به ثبات اقتصادی.

بنابراین، جرم‌انگاری این رفتار، با وجود تأثیرات مالی آن، ممکن است در چارچوب اصل حفظ ثبات اقتصادی به عنوان یک معیار جرم‌انگاری، دچار چالش باشد.

۳-۳. اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن

این جرم به معنای آن است که اگر یک شخص، به طور عمدی، به هر نحوی فعالیت اقتصادی خود را کلاً مخفی نماید و نهاد مالیاتی



را از آن مطلع نکند (به طور مثال از طریق اظهارنامه) و درآمدی که بدین طریق به دست آورده را کتمان نماید، مشمول جرم فرار مالیاتی شده است.

شایان ذکر است «کتمان درآمد» مطابق بخشنامه شماره ۱۷۹۴۰ سازمان امور مالیاتی کشور در تاریخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۲ به «درآمدی که مؤدی در طول یک سال مالیاتی از فعالیت‌های اقتصادی خود به دست آورده اما در دفاتر قانونی خود ثبت ننموده و در اظهارنامه مالیاتی نیز ابراز نکرده باشد» اطلاق می‌شود. در ادامه بر اساس دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۳۱۶۸ مورخ ۱۴۰۰/۳/۱۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، بیان شد صرف این که درآمد، در اظهارنامه مالیات عملکرد مؤدی مرقوم نگردیده باشد، کتمان درآمد محقق گردیده است.

لازم به ذکر است که تشریح مفهوم کتمان درآمد در بخشنامه‌ها و آرای صادره از سوی دیوان مذکور، ناظر بر ماده (۱۹۲) قانون مالیات‌های مستقیم بیان شده و به منظور تبیین بند (۲) ماده (۲۷۴) این قانون مطرح نشده است. علاوه بر این، بند (۱) ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم، واژه اسناد را به صورت مطلق مورد استفاده قرار داده است که شامل اظهارنامه‌های مالیاتی نیز می‌شود (عبداللهی و مولایی، ۱۴۰۱: ۳۵۶). بنابراین، کتمان بخشی از درآمد مالیاتی، مشمول مصادیق بند (۱) خواهد بود و ذکر مجدد آن در بند (۲) لغو است.

از سوی دیگر، یکی از آثار منفی ناشی از تلقی کتمان بخشی از درآمد به عنوان مشمول بند (۲)، این است که مؤدی مالیاتی که تنها بخشی از درآمد خود را به سازمان امور مالیاتی اعلام نکرده است، به دو عنوان مجرمانه محکوم خواهد شد. در حالی که شخصی که به صورت کلی فعالیت اقتصادی خود را پنهان کرده و درآمد حاصل از آن را به طور کامل کتمان می‌کند، تنها به یک عنوان مجرمانه محکوم می‌شود. این امر منجر به نابرابری در مجازات و ایجاد نوعی تناقض در اجرای عدالت کیفری خواهد شد. بنابراین می‌توان ادعا کرد جرم اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن صرفاً ناظر به اشخاصی است که هیچ اطلاعی از فعالیت اقتصادی خود به سازمان امور مالیاتی نداده‌اند و درآمد حاصل از آن فعالیت را کتمان می‌نمایند.

۳-۳-۱. عناصر تشکیل دهنده جرم

- **اختفا:** پنهان کردن و ثبت نکردن فعالیت‌های اقتصادی در دفاتر رسمی؛ رفتار مجرمانه اختفاء، به صورت ترک فعل نیست برخلاف مفهوم کتمان کردن بلکه به صورت فعل است یعنی مجموعه رفتارهای مثبت مرتکب که باعث پوشاندن رفتار اقتصادی از چشم ممیزان و ناظران مالیاتی می‌گردد.
- **کتمان:** عدم ارائه اطلاعات درباره درآمدها.

۳-۳-۲. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

اختفای فعالیت اقتصادی منجر به اشتغال غیر رسمی می‌شود. اشتغال غیررسمی حدود ۶۰ درصد از حجم اقتصاد ایران را به خود اختصاص می‌دهد.^۴ با توجه به حجم گسترده این جرم می‌تواند ادعا کرد این فرار مالیاتی به کاهش درآمدهای مالیاتی دولت منجر شده است. اشتغال غیررسمی با این حجم گسترده، با چالش‌های متعددی همراه است که می‌تواند تأثیرات منفی گسترده‌ای بر اقتصاد و ساختارهای اجتماعی بگذارد. گسترش اشتغال غیررسمی می‌تواند به بی‌ثباتی اقتصادی و تضعیف اعتماد عمومی به دولت منجر شود، زیرا نبود شفافیت و نظارت بر این بخش، زمینه‌ساز فساد و فعالیت‌های غیرقانونی می‌شود. همچنین امکان قاعده‌گذاری برای اشتغال غیررسمی وجود ندارد و بیشتر احتمال دارد به فساد و حق‌خوری از کارگران و کارمندان منجر شود. این موضوع توانایی دولت در تأمین مالی خدمات عمومی و پروژه‌های عمرانی را کاهش داده و برنامه‌ریزی اقتصادی کشور را مختل می‌کند. دولت‌ها برای تأمین بودجه خود به درآمدهای مالیاتی وابسته‌اند. کتمان درآمد باعث می‌شود که برخی اشخاص از پرداخت مالیات قانونی خود شانه خالی کنند، در حالی که سایرین مجبور به تحمل بار مالیاتی بیشتری می‌شوند. این موضوع نابرابری مالیاتی ایجاد کرده و رقابت سالم در محیط اقتصادی را تضعیف می‌کند. عدالت مالیاتی و رقابت سالم از پایه‌های ثبات اقتصادی هستند.



کتمان درآمد و اختفای فعالیت اقتصادی، اطلاعات مالی و اقتصادی نادرستی به نظام مالیاتی ارائه می‌دهد. این اطلاعات گمراه‌کننده می‌توانند برنامه‌ریزی‌های اقتصادی دولت و پیش‌بینی‌های مالی را با مشکل مواجه کنند. شفافیت اقتصادی برای برنامه‌ریزی‌های صحیح و حفظ ثبات اقتصادی ضروری است. رفتارهایی مانند کتمان درآمد، اعتماد عمومی به عدالت و شفافیت نظام اقتصادی را تضعیف می‌کند. این بی‌اعتمادی می‌تواند باعث کاهش مشارکت افراد در فعالیت‌های اقتصادی و مالیاتی شود و ثبات اقتصادی را تهدید کند.

اگر اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد به‌طور گسترده ادامه پیدا کند، می‌تواند منجر به کاهش شدید درآمدهای مالیاتی، افزایش بدهی‌های دولت و کاهش توانایی اقتصادی دولت در مدیریت بحران‌ها شود. این وضعیت می‌تواند به بحران‌های اقتصادی بلندمدت منجر شود. با کنترل این رفتارها، دولت می‌تواند از بی‌ثباتی اقتصادی و پیامدهای ناشی از آن جلوگیری کند. اصل تفسیر مضیق رفتار مجرمانه اقتضاء دارد تا این منظور قانون‌گذار از اختفاء را اختفای کلی یک فعالیت اقتصادی بدانیم. بنابراین اگر کسی مودی مالیاتی محسوب شود و بابت همان رشته صنفی مشمول مالیات شود رفتار اقتصادی خود را مخفی نکره است؛ هرچند شاید برخی معاملات خود را در اظهارنامه ذکر نکند (اختفای جزئی). اما اگر در یک رشته صنفی دیگر مشغول فعالیت اقتصادی است و مجموعه رفتارهایی برای پوشاندن و دیده نشدن این رفتار انجام داده تا مشمول مالیات نشود (اختفای کلی) این رفتار مصداق این بند از ماده قانونی است. با این وجود بسیاری از ابزارهای غیرکیفری، مانند جریمه‌های مالی سنگین، اصلاحات اداری، ایجاد شفافیت در نظام مالیاتی و تقویت سازوکارهای گزارش‌دهی، می‌توانند تأثیری مشابه یا حتی بیشتر در حفظ منابع مالی دولت و ثبات اقتصادی داشته باشند. این ابزارها ممکن است بتوانند بدون توسل به جرم‌انگاری از تأثیرات منفی اختفای درآمد بر اقتصاد جلوگیری کنند.

۳-۴. ممانعت از دسترسی مأموران مالیاتی به اطلاعات مالیاتی و امتناع از تکالیف قانونی

عنوان دقیق این جرم در بند (۳) ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم «ممانعت از دسترسی مأموران مالیاتی به اطلاعات مالیاتی و اقتصادی خود یا اشخاص ثالث در اجرای ماده (۱۸۱) این قانون و امتناع از انجام تکالیف قانونی مبنی بر ارسال اطلاعات مالی موضوع مواد (۱۶۹) و (۱۶۹ مکرر) به سازمان امور مالیاتی کشور و وارد کردن زبان به دولت با این اقدام» است. این بند دو جرم «ممانعت از دسترسی مأموران مالیات به اطلاعات مالیاتی و اقتصادی» و «عدم انجام تکالیف قانونی مبنی بر ارسال اطلاعات مالی» را در بر دارد. منبع استناد جرم اول ماده (۱۸۱)، و منبع جرم دوم مواد (۱۶۹) و (۱۶۹ مکرر) قانون مالیات‌های مستقیم است.

۳-۴-۱. عناصر تشکیل‌دهنده جرم

- هرگونه اقدام عمدی برای ممانعت از دسترسی مأموران مالیاتی به اطلاعات لازم؛
- ممانعت یا خودداری از ارائه اسناد و مدارک مالی مرتبط با فعالیت‌های اقتصادی. این عمل می‌تواند به صورت مستقیم (مانند خودداری از ارائه اسناد) یا غیرمستقیم (مانند پنهان کردن یا نابود کردن مدارک) انجام شود؛
- جلوگیری از وصول مالیات مودی و زیان رساندن به دولت از طریق کاهش درآمدهای مالیاتی؛
- عدم ارائه اسناد و مدارک مالیاتی؛
- جلوگیری از دسترسی مأموران مالیاتی به دفاتر یا سیستم‌های مالی؛
- ارائه اطلاعات ناقص یا نادرست درباره فعالیت‌های اقتصادی یا درآمدها؛
- نابود کردن یا پنهان کردن اسناد و مدارک مالی.

۳-۴-۲. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

اطلاعات مالیاتی و اقتصادی که از سوی مؤدیان به سازمان امور مالیاتی ارائه می‌شود، نقش کلیدی در تدوین و اجرای سیاست‌های اقتصادی دولت دارد. کتمان این اطلاعات یا جلوگیری از دسترسی مأموران مالیاتی به آن‌ها، ممکن است باعث ارائه داده‌های نادرست و در نتیجه اختلال در تصمیم‌گیری‌های اقتصادی دولت می‌شود. ممانعت از ارتکاب این رفتار، از بروز اختلال در برنامه‌ریزی‌های اقتصادی جلوگیری کرده و کمک می‌کند که دولت بتواند بر اساس اطلاعات دقیق و شفاف، سیاست‌گذاری‌های مؤثری انجام دهد.



لازم به ذکر است ثبات اقتصادی معمولاً تحت تأثیر عواملی همچون بحران‌های مالی، تورم شدید، سقوط ارزش پول ملی، اختلالات عمده در بازارهای مالی و جرایم کلان اقتصادی مانند پول‌شویی، فساد مالی گسترده و فرار مالیاتی سازمان‌یافته قرار می‌گیرد. در مقابل، امتناع از ارائه اطلاعات مالیاتی، حتی اگر به کاهش درآمد دولت منجر شود، معمولاً تأثیر فوری، مستقیم و جدی بر ساختارهای اقتصادی کشور ندارد. این رفتار بیشتر به‌عنوان یک تخلف اداری و مالی محسوب می‌شود که تأثیر آن تدریجی و غیرمستقیم است. اگرچه عدم شفافیت مالی می‌تواند چالش‌هایی را برای نظام مالیاتی ایجاد کند، اما نمی‌توان آن را در زمره تهدیدات فوری و جدی علیه ثبات اقتصادی کشور قرار داد. بنابراین، جرم‌انگاری این رفتار بر مبنای حفظ ثبات اقتصادی ممکن است توجیه کافی نداشته باشد. امتناع از ارائه اطلاعات مالیاتی بیشتر به‌عنوان یک تخلف از قوانین مالیاتی و نظارتی محسوب می‌شود تا یک عامل تهدیدکننده جدی برای ثبات اقتصاد کشور. چنین رفتاری ممکن است مشکلاتی را در فرآیند وصول مالیات و افزایش شفافیت اقتصادی ایجاد کند، اما تأثیر آن به اندازه‌ای نیست که بتوان آن را به‌عنوان تهدیدی برای ثبات کلان اقتصادی تلقی کرد. این تمایز نشان می‌دهد که جرم‌انگاری این رفتار، با اصل حفظ ثبات اقتصادی، از منظر شدت تهدید، همخوانی کامل ندارد.

یکی از اصول جرم‌انگاری در چارچوب حفظ ثبات اقتصادی این است که در صورت امکان استفاده از ابزارهای غیرکیفری مؤثر، نیازی به جرم‌انگاری نیست (Jareborg, 2005: 521-523). در این مورد، دولت می‌تواند از مکانیزم‌های غیرکیفری مانند جریمه‌های مالی، تعلیق فعالیت‌های اقتصادی و کاهش یا لغو معافیت‌های مالیاتی برای وادار کردن اشخاص حقیقی و حقوقی به ارائه اطلاعات مالیاتی استفاده کند.

اگر این ابزارها بتوانند بدون نیاز به مجازات کیفری، همان هدف را محقق کنند، جرم‌انگاری این رفتار نه تنها ضرورتی ندارد، بلکه ممکن است منجر به تحمیل هزینه‌های اضافی بر نظام قضایی و اقتصادی شود. اعمال مجازات‌های کیفری باید در مواقعی استفاده شود که هیچ جایگزین دیگری قادر به پیش‌گیری و کنترل رفتار موردنظر نباشد، در حالی که در این مورد، روش‌های جایگزین کارآمدی وجود دارند.

در برخی موارد، جرم‌انگاری بیش‌ازحد در حوزه مالیاتی می‌تواند اثرات معکوسی بر اقتصاد و فعالیت‌های اقتصادی مشروع داشته باشد. در صورتی که جرم‌انگاری این رفتار منجر به افزایش سخت‌گیری‌های غیرضروری و برخوردهای کیفری گسترده شود، ممکن است برخی از فعالان اقتصادی را به سمت روش‌های غیررسمی و پنهانی سوق دهد. برای مثال، ممکن است شرکت‌ها و کسب‌وکارها برای اجتناب از پیامدهای کیفری، از فعالیت‌های رسمی فاصله بگیرند و به سمت اقتصاد زیرزمینی حرکت کنند. این امر نه تنها کمکی به حفظ ثبات اقتصادی نمی‌کند، بلکه موجب کاهش شفافیت اقتصادی و کاهش مشارکت فعالان اقتصادی در سیستم رسمی مالیاتی خواهد شد. بنابراین، جرم‌انگاری این رفتار می‌تواند برخلاف هدف اولیه خود عمل کرده و حتی به بی‌ثباتی اقتصادی منجر شود.

به‌نظر می‌رسد جرم‌انگاری این رفتار مالیاتی بیشتر در راستای تقویت نظام مالیاتی و افزایش درآمدهای دولت صورت گرفته است تا مقابله با تهدیدات جدی علیه ثبات اقتصادی کشور. این تمایز بسیار مهم است، زیرا اگر هدف از جرم‌انگاری، صرفاً تأمین درآمدهای مالیاتی باشد، نمی‌توان آن را در چارچوب اصل حفظ ثبات اقتصادی توجیه کرد. درست آن است که سیاست‌های مالیاتی به‌گونه‌ای تنظیم شوند که بیشتر بر ایجاد انگیزه برای گزارش‌دهی داوطلبانه و افزایش شفافیت اقتصادی تمرکز دارند، نه بر جرم‌انگاری گسترده رفتارهای مالیاتی. از این رو، اگر هدف اصلی این جرم‌انگاری، تنها افزایش درآمد دولت و کنترل بهتر اطلاعات مالیاتی باشد، نمی‌توان آن را در قالب حفظ ثبات اقتصادی توجیه کرد.

۳-۵. عدم وصول یا کسر مالیات مودیان دیگر و ارسال آن به سازمان امور مالیاتی

عنوان صریح این جرم در ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم «عدم انجام تکالیف قانونی مربوط به مالیات‌های مستقیم و مالیات بر ارزش افزوده در رابطه با وصول یا کسر مالیات مودیان دیگر و ایصال آن به سازمان امور مالیاتی در مواعید قانونی تعیین شده» است. برای ارتکاب این جرم وجود هر سه عنصر «عدم کسر یا وصول»، «عدم ایصال» و «عدم رعایت مواعید قانونی» ضروری است.



۳-۵-۱. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

عدم ارائه اطلاعات دقیق و به‌موقع درباره مالیات مودیان دیگر، باعث کاهش شفافیت در نظام اقتصادی می‌شود. این عدم شفافیت، برنامه‌ریزی اقتصادی دولت را مختل کرده و ارزیابی دقیق از وضعیت اقتصادی کشور را دشوار می‌کند. شفافیت اقتصادی یکی از مؤلفه‌های کلیدی ثبات اقتصادی است.

وقتی افراد یا نهادهایی که مسئول کسر یا وصول مالیات مودیان دیگر هستند، به این وظایف عمل نمی‌کنند، بار مالیاتی بیشتری بر دوش مودیان قانون‌مدار قرار می‌گیرد. این امر باعث کاهش عدالت مالیاتی و ایجاد نابرابری در جامعه می‌شود. نابرابری مالیاتی و بی‌عدالتی، موجب بی‌اعتمادی به نظام اقتصادی و اجتماعی می‌شود. عدم انجام تکالیف مالیاتی توسط برخی افراد یا نهادها، می‌تواند به یک الگوی رفتاری تبدیل شود و سایرین را نیز به تخلفات مشابه ترغیب کند. گسترش چنین رفتارهایی می‌تواند نظم اقتصادی را مختل کرده و بی‌ثباتی اقتصادی را افزایش دهد.

باوجود این جرم «عدم انجام تکالیف قانونی مربوط به مالیات‌های مستقیم و مالیات بر ارزش افزوده در رابطه با وصول یا کسر مالیات مودیان دیگر و ایصال آن به سازمان امور مالیاتی در مواعد قانونی تعیین شده» از منظر اصل حفظ ثبات اقتصادی در جرم‌انگاری ممکن است دچار چالش‌هایی شود.

این رفتار می‌تواند منجر به کاهش درآمدهای مالیاتی دولت شود، اما این تأثیر غیرمستقیم و تدریجی است و لزوماً موجب بی‌ثباتی اقتصادی نمی‌شود. برای مثال، جرایمی مانند پول‌شویی گسترده، قاچاق ارز یا اقدامات مالی که موجب خروج سرمایه از کشور می‌شوند، تهدیدات جدی برای ثبات اقتصادی محسوب می‌شوند. اما تأخیر در ایصال مالیات‌های وصول‌شده، به‌خصوص اگر در مقیاس کوچک و به‌صورت فردی رخ دهد، تأثیر آن در حدی نیست که موجب اختلال در ثبات اقتصادی کشور شود. این موضوع نشان می‌دهد که نمی‌توان این رفتار را در زمره تهدیدات کلان اقتصادی قرار داد و جرم‌انگاری آن ممکن است غیرضروری باشد. بنابراین، اگر هدف قانون‌گذار حفظ ثبات اقتصادی باشد، باید بر راهکارهای تشویقی و تقویت سازوکارهای اداری تمرکز کند، نه صرفاً جرم‌انگاری رفتارهایی که می‌توانند از طریق روش‌های غیرکیفری مدیریت شوند. این نشان می‌دهد که جرم‌انگاری این رفتار ممکن است برخلاف هدف اولیه خود، نتیجه‌ای معکوس بر ثبات اقتصادی داشته باشد. بنابراین، استناد به اصل حفظ ثبات اقتصادی برای توجیه جرم‌انگاری آن از نظر مفهومی دچار اشکال است.

۳-۶. تنظیم معامله و قرارداد به نام خود یا دیگری

عنوان صریح این جرم در ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم «تنظیم معاملات و قراردادهای خود به نام دیگران یا معاملات و قراردادهای مودیان دیگر به نام خود برخلاف واقع» است. این جرم زمانی محقق می‌شود که فرد یا شرکت، معاملات و قراردادهای خود را به نام اشخاص دیگر تنظیم کند یا بالعکس، معاملات و قراردادهای مودیان دیگر را به نام خود ثبت کند، به‌گونه‌ای که برخلاف واقعیت باشد. این رفتار موجب عدم شفافیت مالیاتی و فرار از مالیات می‌شود. معمولاً این رفتار با هدف کاهش تعهدات مالیاتی، کتمان درآمد یا استفاده از معافیت‌های مالیاتی انجام می‌شود.

۳-۶-۱. عناصر تشکیل‌دهنده جرم

- ثبت معاملات یا قراردادهای واقعی خود به نام اشخاص ثالث؛
- ثبت معاملات یا قراردادهای دیگران به نام خود، بدون آن‌که واقعی باشد؛
- معامله باید انجام شده باشد.

۳-۶-۲. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

یکی از اهداف نظام مالیاتی، ایجاد نظم و ثبات در اقتصاد جامعه است. رفتارهایی مانند تنظیم معاملات و قراردادهای خلاف واقع، این نظم را مختل کرده و شناسایی درآمدها و مالیات‌های واقعی را دشوار می‌سازد. در نتیجه، عدالت اقتصادی و مالیاتی زیر سؤال می‌رود و بی‌نظمی در نظام مالیاتی گسترش می‌یابد. معاملات غیرواقعی و سوءاستفاده از ابزارهای قانونی، اعتماد عمومی به عدالت



و شفافیت نظام مالیاتی را کاهش می‌دهد. وقتی مردم شاهد باشند که برخی افراد یا شرکت‌ها با تخلفات مالیاتی از پرداخت سهم منصفانه خود شانه خالی می‌کنند، اعتماد به کارآمدی و عدالت نظام اقتصادی کاهش می‌یابد. اعتماد عمومی، یکی از ارکان کلیدی نظم عمومی است.

نظام مالیاتی، یکی از ستون‌های ایجاد نظم اقتصادی است. رفتارهایی که موجب کاهش شفافیت و نادیده گرفتن قوانین مالیاتی می‌شوند، کارکرد این نظام را مختل کرده و به گسترش بی‌نظمی منجر می‌شوند. تنظیم معاملات و قراردادهای غیرواقعی، به افرادی که این تخلف را انجام می‌دهند، مزیت ناعادلانه‌ای در برابر رقبای خود می‌دهد. این رفتار، رقابت سالم اقتصادی را تضعیف می‌کند. با این وجود اگر هدف از جرم‌انگاری این رفتار، حفظ شفافیت مالی و جلوگیری از کاهش درآمدهای مالیاتی باشد، روش‌هایی مانند افزایش ابزارهای نظارتی، اصلاح قوانین مالیاتی برای کاهش انگیزه‌های فرار مالیاتی و استفاده از فناوری‌های دیجیتال برای کنترل نقل و انتقالات مالی می‌تواند بدون نیاز به مداخله کیفری، همان هدف را تأمین کند. بنابراین، جرم‌انگاری این رفتار ممکن است نه تنها در حفظ ثبات اقتصادی کمکی نکند، بلکه با افزایش بی‌اعتمادی اقتصادی و سخت‌گیری‌های غیرضروری، فعالیت‌های تجاری و اقتصادی را دشوارتر کند.

۳-۷. انجام ندادن تکالیف قانونی در مورد تنظیم و تسلیم اظهارنامه مالیاتی در سه سال متوالی

عنوان صریح این جرم در ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم «خودداری از انجام تکالیف قانونی درخصوص تنظیم و تسلیم اظهارنامه مالیاتی حاوی اطلاعات درآمدی و هزینه‌ای در سه سال متوالی» است. این جرم زمانی محقق می‌شود که مودی مالیاتی، برخلاف الزام قانونی، از ارائه اظهارنامه مالیاتی حاوی اطلاعات دقیق درآمد و هزینه‌های خود به سازمان امور مالیاتی، آن هم به صورت مکرر در سه سال متوالی، خودداری کند. این تکالیف شامل مراحل تنظیم، تسلیم و رعایت الزامات مربوط به اظهارنامه مالیاتی است.

۳-۷-۱. انطباق جرم با اصل حفظ ثبات اقتصادی

اظهارنامه‌های مالیاتی، ابزار اصلی دولت برای شناسایی درآمدهای مودیان و دریافت مالیات بر اساس عدالت و شفافیت هستند. عدم پیگیری قانونی مؤدیانی که اظهارنامه مالیاتی ارائه نمی‌کنند، می‌تواند اعتماد شهروندان به نظام مالیاتی و حاکمیت قانون را کاهش دهد. این بی‌اعتمادی ممکن است مشارکت عمومی در پرداخت مالیات را کاهش دهد و به تضعیف کلی نظام اقتصادی بینجامد. همچنین نبود قوانین الزام‌آور برای ارائه اظهارنامه‌های مالیاتی، مشوقی برای رشد اقتصاد غیررسمی خواهد بود، که این امر می‌تواند به کاهش توانایی دولت در کنترل فعالیت‌های اقتصادی و کاهش منابع مالیاتی منجر شود.

تنظیم و تسلیم اظهارنامه مالیاتی، اطلاعات دقیقی از وضعیت درآمدی و مالی افراد و شرکت‌ها فراهم می‌کند. این اطلاعات برای سیاست‌گذاری اقتصادی، پیش‌بینی درآمدهای دولت و برنامه‌ریزی‌های کلان امر با ارزشی است. عدم ارائه این اطلاعات، شفافیت اقتصادی را کاهش داده و نظام مالیاتی را مختل می‌کند.

اگر با رفتارهایی مانند عدم تسلیم اظهارنامه مالیاتی مقابله نشود، این رفتارها ممکن است به یک الگو برای سایر مودیان تبدیل شوند و به گسترش فرهنگ تخلف مالیاتی منجر شوند. این امر باعث کاهش بیشتر درآمدهای مالیاتی و بی‌ثباتی اقتصادی خواهد شد. رفتارهایی مانند عدم ارائه اظهارنامه مالیاتی و فرار از پرداخت مالیات، اعتماد عمومی به نظام مالیاتی و عدالت اقتصادی را کاهش می‌دهند. این کاهش اعتماد، می‌تواند موجب کاهش سرمایه‌گذاری و خروج سرمایه از کشور شود که تهدیدی جدی برای ثبات اقتصادی است. افزون بر این، یکی از ویژگی‌های رفتارهایی که نظم عمومی را مختل می‌کنند، این است که بلافاصله موجب واکنش گسترده اجتماعی می‌شوند و تأثیر آن‌ها بر امنیت و هماهنگی اجتماعی، غیرقابل انکار است. اما عدم ارائه اظهارنامه مالیاتی در یک دوره سه ساله، هرچند ممکن است برای دولت مشکل‌ساز باشد، موجب واکنش اجتماعی، ناآرامی عمومی یا اختلال در نظم اجتماعی نمی‌شود. این رفتار، برخلاف جرایمی مانند پول‌شویی گسترده، فرار مالیاتی کلان یا تخلفات مالی که موجب بحران‌های مالی می‌شوند، تأثیر فوری و گسترده‌ای بر جامعه ندارد.

۳-۸. استفاده از کارت بازرگانی دیگران

این جرم زمانی رخ می‌دهد که شخص (اعم از حقوقی و حقیقی) به صورت عمدی و آگاهانه از کارت بازرگانی متعلق به دیگران برای



انجام معاملات یا واردات و صادرات کالاها استفاده کند، به‌طوری‌که تعهدات مالیاتی حاصل از این فعالیت‌ها به نام صاحب کارت بازرگانی ثبت شده و مرتکب از پرداخت مالیات فرار کند. این رفتار به‌دلیل ماهیت فریبکارانه آن، علاوه بر آسیب به نظام مالیاتی، باعث تضییع حقوق صاحبان کارت بازرگانی نیز می‌شود. شایان ذکر است این جرم و جرم مذکور در ماده (۱۶۱) تنها جرایم مالیاتی هستند که قانون‌گذار برای ارتکاب آن‌ها اراده و قصد را لازم دانسته است و مطلق ندانسته است.

۳-۸-۱- عناصر تشکیل‌دهنده جرم

- استفاده از کارت بازرگانی اشخاص حقیقی یا حقوقی دیگر برای انجام واردات یا صادرات؛
- عدم ثبت معاملات و درآمدهای واقعی به نام مرتکب؛
- جرم عمدی آگاهانه و با قصد فرار از پرداخت مالیات یا کاهش تعهدات مالیاتی.

۳-۸-۲. انطباق با اصل حفظ ثبات اقتصادی

استفاده از کارت بازرگانی دیگران برای فرار از مالیات موجب توزیع ناعادلانه بار مالیاتی می‌شود. در این حالت، مؤدیانی که به‌درستی و به‌صورت شفاف مالیات خود را پرداخت می‌کنند، تحت فشار بیشتری قرار می‌گیرند، درحالی‌که فراریان مالیاتی از این بار معاف می‌شوند. همچنین این نوع تخلف می‌تواند منجر به تقویت و گسترش اقتصاد غیررسمی (زیرزمینی) شود. افرادی که از کارت بازرگانی دیگران استفاده می‌کنند، معمولاً تمایل دارند فعالیت‌های اقتصادی خود را از دید نهادهای نظارتی پنهان نگه دارند، که این امر باعث کاهش شفافیت اقتصادی و دشوار شدن سیاست‌گذاری‌های مالی و اقتصادی می‌شود.

این در حالی است که عمده‌تأ سوءاستفاده از کارت بازرگانی دیگران اغلب با فساد مالی، رشوه‌دهی و شبکه‌های غیرقانونی همراه است. این پدیده می‌تواند فرصت‌های ناعادلانه‌ای برای برخی افراد ایجاد کند و فضای اقتصادی کشور را به سمت رانت‌جویی و سوءاستفاده از قوانین هدایت کند.

همچنین در بسیاری از موارد، دارنده اصلی کارت بازرگانی که کارت خود را در اختیار فرد دیگری قرار داده است، ممکن است با پیگرد قانونی مواجه شود. مسئولیت‌های مالیاتی و حتی کیفری ممکن است متوجه فردی شود که در ظاهر صاحب کارت است، حتی اگر از سوءاستفاده انجام شده آگاهی نداشته باشد.

توجه به این نکته ضروری است که اگر با رفتارهایی مانند استفاده از کارت بازرگانی دیگران برای فرار مالیاتی مقابله نشود، این رفتارها می‌توانند به یک رویه عادی تبدیل شده و نظم اقتصادی را مختل کنند. گسترش چنین تخلفاتی می‌تواند موجب کاهش همکاری اقتصادی افراد با دولت شود.

با وجود این باید توجه داشت «استفاده از کارت بازرگانی اشخاص دیگر به منظور فرار مالیاتی» از منظر اصل حفظ ثبات اقتصادی در جرم‌انگاری ممکن است دچار چالش‌هایی شود. یکی از چالش‌های اصلی در توجیه جرم‌انگاری این رفتار از منظر حفظ ثبات اقتصادی این است که استفاده از کارت بازرگانی اشخاص دیگر، حتی اگر به قصد فرار مالیاتی انجام شود، لزوماً به بی‌ثباتی اقتصادی منجر نمی‌شود. برخلاف جرایمی مانند پول‌شویی گسترده، دستکاری بازارهای مالی، فساد اقتصادی کلان یا قاچاق سازمان‌یافته که مستقیماً موجب ایجاد بحران‌های مالی و کاهش اعتماد عمومی به نظام اقتصادی می‌شوند، این رفتار عمده‌تأ یک اقدام برای کاهش تعهدات مالیاتی است که تأثیر آن بیشتر در چارچوب درآمدهای دولتی باقی می‌ماند و به‌طور مستقیم موجب اختلال گسترده در ثبات اقتصادی نمی‌شود.

علاوه بر این، اصل حفظ ثبات اقتصادی ایجاب می‌کند که جرم‌انگاری باید ناظر به رفتارهایی باشد که باعث کاهش اعتماد عمومی به بازارهای مالی، فرار سرمایه، نوسانات شدید اقتصادی یا بحران‌های مالی کلان شوند. درحالی‌که استفاده از کارت بازرگانی دیگران، هرچند تخلف محسوب می‌شود، اما تأثیر آن در حدی نیست که بتوان آن را به‌عنوان یک تهدید فوری علیه ثبات اقتصادی قلمداد کرد. این رفتار، برخلاف ورشکستگی‌های متقلبانه، سوءاستفاده از اطلاعات داخلی بازارهای مالی یا فرار گسترده سرمایه که موجب فروپاشی اقتصادی می‌شوند، تأثیر مستقیم و گسترده‌ای بر اقتصاد کشور ندارد.



یکی دیگر از چالش‌های توجیه این جرم از منظر حفظ ثبات اقتصادی این است که ابزارهای غیرکیفری متعددی وجود دارند که می‌توانند بدون نیاز به اعمال مجازات کیفری از وقوع این تخلف جلوگیری کنند. دولت می‌تواند با تشدید نظارت‌های مالیاتی، اعمال جریمه‌های مالی متناسب، ایجاد سیستم‌های ثبت دیجیتال برای کنترل استفاده از کارت‌های بازرگانی و تقویت سازوکارهای نظارتی، این تخلف را کاهش دهد. در چنین شرایطی، اگر روش‌های غیرکیفری بتوانند به‌طور کارآمد از وقوع این تخلف جلوگیری کنند، جرم‌انگاری آن غیرضروری خواهد بود و استناد به اصل حفظ ثبات اقتصادی برای توجیه آن دچار خدشه می‌شود.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر به تحلیل میزان انطباق «اصل حفظ ثبات اقتصادی» به‌عنوان یک مبنای جرم‌انگاری با جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم پرداخته است. در این راستا، ابتدا جرایم مالیاتی و ویژگی‌های آن‌ها تحلیل شد، سپس اصل جرم‌انگاری «حفظ ثبات اقتصادی» به‌عنوان مبنای مشروعیت‌بخشی به قوانین کیفری بررسی گردید و در نهایت، این دو حوزه با یکدیگر تطبیق داده شد. از بین مواد قانون مالیات‌های مستقیم، مواد (۱۶۱) و (۲۷۴) به جرم مالیاتی پرداخته است. ماده (۱۶۱) ابزار قانونی را برای اداره امور مالیاتی فراهم می‌کند تا در صورت وجود شواهد کافی مبنی بر قصد مؤدی برای تفریط اموال با هدف فرار مالیاتی، بتواند اموال وی را تأمین کند. در صورتی که اموال تفریط یا منتقل شد، مرتکب به مجازات حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌گردد.

در ماده (۲۷۴) قانون مذکور نیز به هفت مورد دیگر جرایم مالیاتی مبنی بر «تنظیم اسناد خلاف واقع و استناد به آن»، «اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن»، «ممانعت از دسترسی مأموران مالیاتی به اطلاعات مالیاتی و امتناع از تکالیف قانونی»، «عدم انجام وصول یا کسر مالیات مودیان دیگر و پرداخت به سازمان امور مالیاتی»، «تنظیم معامله و قرارداد به نام خود یا دیگری»، «انجام ندادن تکالیف قانونی در مورد تنظیم و تسلیم اظهارنامه مالیاتی در سه سال» و «استفاده از کارت بازرگانی اشخاص دیگر به منظور فرار مالیاتی» پرداخته شده است.

برای جرایم این ماده، مجازات‌های درجه شش پیش‌بینی شده است که این مجازات‌ها شامل حبس بیش از شش ماه تا دو سال، جزای نقدی، شلاق از سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه، محرومیت از حقوق اجتماعی بیش از شش ماه تا پنج سال، انتشار حکم قطعی در رسانه‌ها و برای اشخاص حقوقی مطابق ماده (۲۷۵) این قانون، مجازات شامل ممنوعیت از یک یا چند فعالیت شغلی و ممنوعیت از اصدار برخی اسناد تجاری به مدت شش ماه تا دو سال است.

پرداخت به این جرایم و شفاف‌سازی مبانی جرم‌انگاری آن‌ها، گامی مؤثر جهت ایجاد یک محیط کسب‌وکار شفاف و قابل پیش‌بینی است. با تعیین دقیق معیارهای رفتاری مالیاتی، فعالان اقتصادی می‌توانند به روشنی حدود مجاز و ممنوع فعالیت‌های مالی خود را تشخیص دهند و از بروز مشکلات حقوقی ناشی از عدم آگاهی جلوگیری کنند. علاوه بر پیش‌گیری از وقوع جرایم مالیاتی، تبیین مبانی قانونی به فعالان اقتصادی کمک می‌کند تا به صورت آگاهانه و مسئولانه در انجام تعهدات مالی خود عمل کنند. این امر نه تنها به تقویت اعتماد عمومی به نظام مالیاتی کمک می‌کند، بلکه به ایجاد یک رقابت سالم و عادلانه در محیط کسب‌وکار نیز منجر می‌شود. به‌طور کلی می‌توان گفت شناخت صحیح اصول و ضوابط تفسیر قوانین مالیاتی، با عنایت به اقتضائات این حوزه کمک شایانی در بهبود نظام مالیاتی چه از حیث درآمدی و تنظیم‌گری نظام مالیاتی و چه از حیث تحقق عدالتی خواهد کرد.

(Majlis Research Center, 2023: 8)

آنچه از مقاله حاضر استنباط شد آن است که می‌توان به صورت اغراق‌آمیز ادعا نمود قانون‌گذار و برخی قضات عملاً هر رفتاری که منجر به عدم پرداخت مالیات می‌شود را جرم‌انگاری نموده است. در این میان تنها بند (۲) ماده (۲۷۴) قانون مالیات‌های مستقیم، مبنی بر اختفای فعالیت اقتصادی و کتمان درآمد حاصل از آن، به دلیل حجم گسترده آسیب‌های آن به این اصل قابل انتساب است. البته با این توضیح که منظور، اختفاء کلی فعالیت اقتصادی باشد؛ یعنی مجموعه رفتارهای مثبت که باعث پوشاندن یک فعالیت اقتصادی از نظر ممیزان و ناظران مالیاتی گردد. با این تعریف اختفاء فعالیت اقتصادی، شامل اختفای جزیی یک فعالیت اقتصادی برای مودی مالیاتی یا عدم درج آن در اظهارنامه (ترک فعل) نمی‌شود. به عبارت دیگر می‌توان گفت قانون‌گذار رویه واحدی در جرم‌انگاری رفتارهای منجر به فرار مالیاتی در پیش‌نگرفته است. اصلی‌ترین دلیل این ادعا، تخلف



بودن محدود رفتارهایی است که با سیاق جرایم مالیاتی هماهنگ است اما به عنوان جرم تعیین نشده‌اند؛ نظیر مواد (۵۱) و (۲۱۱) در قانون مالیات‌های مستقیم.

در نتیجه نظر به گستردگی قلمرو این جرایم و عدم اخذ رویه واحد در جرم‌انگاری آن‌ها، به نظر می‌رسد سامان‌دهی و رفع سختی فضای کسب‌وکار، از اولویت‌های مورد توجه قانون‌گذار نبوده است. آمارها نیز این گزاره را تأیید می‌کند. مطابق آمارهای سال جاری، اخذ مالیات با شاخص «رویه‌های ناعادلانه ممیزی و دریافت مالیات» در گزارش‌های فصلی «پایش ملی محیط کسب‌وکار ایران» چهارمین عامل سختی فضای کسب‌وکار شناخته شده است. این شاخص بالاتر از عواملی نظیر «دخالت‌های غیرمنطقی نهادهای حاکمیتی در تعیین قیمت بازار»، «وجود رقابت غیرمنصفانه شرکت‌ها و مؤسسات دولتی»، «بی‌تعهدی طرف‌های قرارداد و معامله به اجرای تعهدات» و «کمیود فناوری‌های نوین و تجهیزات مورد نیاز» بوده است. (Iran Chamber of Commerce Research Center, 2024)

این در حالی است که برآورد عملکرد قانون‌گذار مطابق با قواعد و اصول حاکم بر قوانین مالیاتی نیست. به طور مثال با عنایت به مجازات‌های سنگین جرایم مالیاتی، «اصل سهولت مالیات» مبنی بر ایجاد مساعدترین شرایط برای مؤدی جهت پرداخت مالیات و اجتناب از ایجاد کم‌ترین مشکل در این راستا، (Majlis Research Center of the Islamic Consultative Assembly, 2023: 10) محل توجه نبوده است. همچنین در مورد اصل «تفسیر به نفع مودی مالیاتی» باید گفت در نظام مالیاتی ایران، با توجه به نحوه نگارش اصل پنجاه و یکم قانون اساسی که به‌صورت سلبی بیان شده است، اصل بر عدم پرداخت مالیات است؛ مگر به موجب قانون. از آنجا که مالیات در نظام حقوقی ایران به صورت استثنایی مطرح شده است، در مقام تفسیر قوانین مالیاتی (وضع مالیات، معافیت مالیاتی، هزینه‌های قابل قبول و...)، صرفاً باید به ظاهر و متن عبارات قانونی دقت داشت و نمی‌توان با استناد به روح قوانین مالیاتی دامنه شمول قانون را توسعه داد. (Majlis Research Center of the Islamic Consultative Assembly, 2023: 9) باوجود این مطابق اظهارنظرهای برخی صاحبان کسب‌وکار این مهم با رفتار ممیزان و سازمان امور مالیاتی سازگار نیست (Rahmati, Eghbal, Zahedi Motlagh, & Colleagues, 2020).

مجازات‌های سنگین تعیین شده برای جرایم مالیاتی نیز می‌تواند تبعات منفی گسترده‌ای بر کسب‌وکارها داشته باشد. یکی از مشکلات اصلی این مجازات‌ها، تأثیر مخرب آن بر فعالان اقتصادی و سرمایه‌گذاران است. هنگامی که برای فرار مالیاتی، مجازات‌هایی مانند حبس، شلاق یا محرومیت‌های طولانی‌مدت در نظر گرفته می‌شود، این امر باعث ایجاد ناامنی در فضای کسب‌وکار و کاهش انگیزه کارآفرینان می‌شود. بسیاری از افراد ممکن است به دلیل ترس از مجازات‌های سختگیرانه، حتی در انجام فعالیت‌های مالی قانونی نیز دچار تردید شوند که در نهایت منجر به کاهش رشد اقتصادی می‌شود. به عبارت دیگر می‌توان گفت جرایم مالیاتی بیش از آن‌که بازدارندگی برای ارتکاب جرم ایجاد کند، بازدارندگی از فعالیت اقتصادی ایجاد می‌کند. به همین واسطه برخی از صاحبان کسب‌وکار آسیب‌دیده، از فعالیت تولیدی فاصله گرفته و مسیر دلالی و سرمایه‌گذاری در بازار سکه و زمین در پیش گرفته‌اند. (Heydarinejad & Colleagues, 2018)

علاوه بر این، مجازاتی همچون زندان نه‌تنها باعث اصلاح فرد نمی‌شود، بلکه ممکن است او را با محیط‌های نامطلوب و افراد مجرم دیگر مواجه کند که می‌تواند تأثیر منفی بر طرز فکر و عملکرد وی بگذارند. یک فردی که صرفاً مرتکب فرار مالیاتی شده است، در زندان با مجرمان خطرناک در ارتباط قرار می‌گیرد و این امر ممکن است موجب تغییر رفتار او به سمت جرائم سنگین‌تر شود. در مقابل، اعمال جرم‌های مالی متناسب، مانند افزایش میزان مالیات پرداختی همراه با جرایم نقدی، می‌تواند اثر بازدارنده مؤثرتری داشته باشد و فرد را به بازگشت به مسیر قانونی بدون آسیب‌های اجتماعی و اقتصادی سوق دهد. زندان نه‌تنها باعث اصلاح فرد نمی‌شود، بلکه ممکن است او را با محیط‌های نامطلوب و افراد مجرم دیگر مواجه کند که می‌تواند تأثیر منفی بر طرز فکر و عملکرد وی بگذارند. یک فردی که صرفاً مرتکب فرار مالیاتی شده است، در زندان با مجرمان خطرناک در ارتباط قرار می‌گیرد و این امر ممکن است موجب تغییر رفتار او به سمت جرائم سنگین‌تر شود.

از منظر حقوقی و اجتماعی، زندانی کردن افرادی که در اقتصاد کشور فعال هستند، با اصول کرامت انسانی و عدالت تناسب ندارد. بسیاری از فرارهای مالیاتی ناشی از پیچیدگی‌های قوانین مالیاتی و ضعف‌های نظارتی است، نه صرفاً نیت مجرمانه. این در حالی است که برخی صاحبان کسب‌وکار معتقدند ماموران مالیاتی، ایشان را به صورت پیش‌فرض دزد یا مجرم می‌پندارند و برای دفاع از خود



دروغ می‌گویند. ۵. باوجود این خود صاحبان کسب‌وکار قائل بر این هستند که تولیدکننده از بدنه دولت است؛ نه مقابل آن. تولیدکننده دم دست‌ترین گزینه برای اعمال فشار و سخت شدن فضای کسب‌وکار نیست؛ بلکه هرچقدر تولید بهبود یابد، درآمد بیشتری برای دولت ایجاد می‌شود. (Heydarinejad & Colleagues, 2018)

در این راستا پیشنهاد می‌شود با توجه به مواردی نظیر تعداد محدود زندانیان جرایم مالیاتی، ضرورت کاهش جمعیت زندانیان، اهمیت حفظ درآمدهای دولت و قابلیت جایگزینی جرایم با تخلفات در راستای سیاست‌های قضازدایی، پیشنهاد می‌شود جرم‌انگاری در حوزه مالیاتی بازنگری شود. به‌ویژه با استناد به قوانین پیش از سال ۱۳۹۵، این امکان وجود دارد که جرایم مالیاتی به‌عنوان تخلفات مالیاتی تعریف شده و از مسیرهای غیرکیفری، نظیر ضمانت‌های مدنی و اداری، به مقابله با تخلفات پرداخته شود. چنین رویکردی، نه تنها بار دستگاه قضایی را کاهش می‌دهد، بلکه با رویکرد بازدارنده و غیرکیفری، نظم مالیاتی را حفظ خواهد کرد.

علاوه بر این، تبدیل جرایم مالیاتی به تخلفات مالیاتی می‌تواند ابزارهای جایگزینی مانند جریمه‌های سنگین، محرومیت از امتیازات مالی و اقتصادی و الزام به جبران زیان‌های وارده را تقویت کند. این اقدامات، ضمن تأمین اهداف بازدارندگی و پیش‌گیری، از تأثیرات منفی مجازات‌های کیفری، نظیر برچسب‌زنی اجتماعی و آسیب به فعالیت‌های اقتصادی جلوگیری می‌کند. در نهایت، بازنگری در جرم‌انگاری مالیاتی و اتخاذ سیاست‌های تخفیفی و جایگزین، می‌تواند به اصلاح ساختار نظام مالیاتی، کاهش تخلفات و تقویت اعتماد عمومی نسبت به دولت و نظام مالیاتی منجر شود.

5. <https://www.pgnews.ir/?p=217578>



References

1. Abdollahi, H., & Moulabeygi, G. (2022). Tax law with an analytical-applied approach (2nd ed.). Tehran: Jangal Publications. (In Persian).
2. Babaki R, Efati M. The Effect of Tax Structure on Economic Growth in Iran. J Tax Res 2022; 30 (54):29-54. (In Persian). doi: 10.52547/taxjournal.30.54.29
3. Bentham, J. (1789). An introduction to the principles of morals and legislation. London: Oxford University Press.
4. Ebrahimi, Sh.; Sadeghnejad Naeini, M. (2014). A criminological analysis of economic crimes. Journal of Criminal Law Research, 2(5), 147-174. (In Persian).
5. Hassani, J., Mehra, N. (2015). Critiques on the concept of "economic crimes" in the Islamic penal code of Iran. Criminal law and Criminology Studies, 2. 45-69. (In Persian). doi: JQCLCS-201506-1031 (R1)
6. Heydarinejad, Z., Rahmati, F. S., Zahedi Motlagh, H., & Colleagues. (2018). The concerns of people's businesses with the government. Tehran: Hossein Zahedi Motlagh. (In Persian).
7. Iran Chamber of Commerce Research Center. (2023b). National monitoring of Iran's business environment (28th period). (In Persian).
8. Iran Chamber of Commerce Research Center. (2024c). National monitoring of Iran's business environment (33rd period). (In Persian).
9. Jafari, M. (2016). Criminalization in the law of economic activities. Contemporary Comparative Law Studies, Spring & Summer. (7th period). 96. (In Persian).
10. Jareborg, N. (2005). Criminalization as last resort (Ultima Ratio). Ohio State Journal of Criminal Law, 2(Spring), 521-534. Guest Editor(s): R. A. Duff.
11. Keynes, J. M. (1936). The general theory of employment, interest, and money. Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York: Palgrave Macmillan.
12. Majlis Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (2023). Strategic report on the principles and rules of tax law interpretation (Report No. 18893). (In Persian).
13. Rafiei, H. (2019). The criminalization model of money laundering and its impact on the economic system in the Iranian legal system and international instruments. Journal of Modern Criminal Law Studies, 159, 111-126.
14. Rahmati, F. S., Farkhondeh-Eghbal, M., Zahedi-Motlagh, H., & Colleagues. (2020). The concerns of people's businesses with the Iranian Tax Administration. Tehran: Tina-ye Tehrani. (In Persian).
15. Sadeghnejad Naeini, M. (2024). The role of transparency in preventing economic crimes. Encyclopedia of Economic Law, 31(25), 57-79. (In Persian). doi: 10.22067/economlaw.2024.86561.1346
16. Tax Gap Reporting Team. (2009, February 5). In the country where tax evasion is no crime, Swiss private banks are unrepentant about siphoning off other governments' income. The Guardian. Retrieved from www.theguardian.com/business/2009/feb/05/tax-gap-avoidance-switzerland



Feasibility of personal data transfer during mergers and acquisitions

Nasrin Tabatabai Hesari^{1*} , Amir mohammad Ghorban nia² 

1. Associate Professor, Department of Law, University of Tehran, Tehran, Iran.

2. Master of Private Law, Department of Law, University of Tehran, Tehran, Iran.

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

Received: 2025-05-05

Revised: 2025-08-02

Accepted: 2025-08-26

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Tabatabai Hesari, N; Ghorban nia, A.M. (2025). Feasibility of personal data transfer during mergers and acquisitions. Encyclopedia of Economic Law Journal, 32 (27): (133-152) (in Persian with English abstract).
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.92401.1432>

1. INTRODUCTION

Corporate restructuring through mergers and acquisitions (M&A) has long been a vital strategy for businesses seeking growth, diversification, and competitive advantage. Companies often engage in these processes to gain access to new markets, innovative technologies, and a broader portfolio of tangible and intangible assets. Traditionally, these assets include physical infrastructure, intellectual property rights, brand equity, and financial capital. However, in the current data-driven digital economy, digital assets—particularly personal data—have emerged as a core component of corporate value.

In today's interconnected world, data is widely recognized as the “new oil”—a key economic driver that powers digital innovation and operational efficiency. Among the various forms of data, personal data has attained unique importance due to its widespread application in shaping business strategies. It plays a pivotal role in enhancing customer experience, optimizing targeted advertising, generating predictive insights through analytics, and enabling the development of artificial intelligence tools.

Notably, personal data not only contributes to financial valuation during due diligence processes but also often determines the success or failure of the post-merger integration. As such, acquiring companies are increasingly interested in the quality, scope, and transferability of personal data held by target firms. However, unlike traditional corporate assets, personal data is not freely alienable or unconditionally transferrable; it is intricately bound to individual privacy rights and subject to complex legal and ethical standards.

The evolving regulatory landscape presents a multifaceted challenge. In jurisdictions such as the European Union (EU), the General Data Protection Regulation (GDPR) places stringent restrictions on the collection, use,



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



and transfer of personal data, particularly in the context of M&As. In contrast, the United States adopts a more fragmented, sectoral, and market-oriented approach, emphasizing economic utility while still acknowledging privacy risks. In jurisdictions like Iran, the absence of a comprehensive data protection regime further complicates the situation, leading to a reliance on contractual mechanisms and general legal principles to govern data transfers.

As personal data increasingly becomes a strategic asset for corporate growth, its classification as a transferrable asset in M&A deals raises fundamental questions of legality, legitimacy, and ethical responsibility. This research explores whether and under what conditions personal data can be legally transferred during such transactions.

2. PURPOSE

The primary purpose of this study is to address a critical and increasingly relevant legal question: Is the transfer of personal data permissible and enforceable within the framework of corporate mergers and acquisitions, especially when data constitutes a significant part of the target company's value? More specifically, the research investigates whether such data—which is simultaneously an economic asset and a protected category of information—can be transferred in a manner consistent with prevailing legal standards and ethical expectations.

This inquiry is especially important given the dual character of personal data. It represents both a commercial resource capable of generating revenue and competitive advantage, and a sensitive category of information subject to legal safeguards grounded in fundamental human rights. Thus, any analysis of data transfer in M&A deals must reconcile these competing dimensions.

Moreover, this research seeks to shed light on how different jurisdictions have addressed this tension, and what lessons may be drawn for policymakers, corporate counsel, and data protection officers.

3. METHODOLOGY

This study adopts a descriptive-analytical methodology, combining doctrinal legal research with comparative analysis. The research draws from a wide array of written and digital library resources, including statutes, judicial decisions, regulatory guidance, academic commentary, and corporate practices.

By comparing legal frameworks from the European Union, the United States, and Iran, the study identifies both convergences and divergences in how different legal systems conceptualize and regulate the transfer of personal data in corporate restructuring processes. Special attention is given to the legal doctrines of data ownership, consent, data subject rights, and the contractual and technical safeguards necessary to legitimize such transfers.

4. FINDINGS

4-1. Economic and Corporate Interests

In market-oriented jurisdictions such as the United States, the economic rationale for data transfer in M&A transactions is frequently prioritized. The transfer of personal data is often viewed through the lens of economic efficiency and value maximization. This perspective aligns with the general principle of freedom of contract and the legal capacity of corporations to acquire and dispose of assets, including intangible ones.

Contractual provisions, including privacy policies, data-sharing agreements, and terms of service, often serve as the legal basis for data transfer. While the U.S. lacks a unified federal data protection law, sector-specific regulations such as the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) and the California Consumer Privacy Act (CCPA) impose certain restrictions. Nevertheless, the overall orientation remains supportive of data mobility, especially when accompanied by notice and opt-out mechanisms.

4-2. Regulatory Stringency in the European Union

The EU's GDPR sets a high standard for the lawful transfer of personal data in M&A scenarios. Under GDPR, data transfers require a lawful basis under Article 6 and must comply with the principles of purpose limitation, data



minimization, and accountability. Moreover, Article 7 emphasizes the need for freely given, specific, informed, and unambiguous consent, which may be difficult to secure in the context of bulk data transfers during M&A transactions.

Importantly, the GDPR considers the interests of the data subject to outweigh purely economic considerations. The principle of “privacy by design and by default” mandates that companies integrate data protection into their business processes, including due diligence and post-merger integration. Additionally, cross-border data transfers are restricted unless adequate safeguards are in place, such as standard contractual clauses or binding corporate rules.

4-3. Emerging Legal Framework in Iran

Iran presents a developing case where personal data regulation remains fragmented. While the Constitution guarantees a general right to privacy, and the Electronic Commerce Law includes provisions on data confidentiality, Iran lacks a standalone comprehensive data protection statute similar to the GDPR or the CCPA.

As a result, companies primarily rely on contracts, internal policies, and sector-specific rules to manage data during M&A transactions. This legal vacuum increases transaction risks and creates ambiguity regarding the permissibility and limitations of personal data transfers. The draft Personal Data Protection Bill in Iran, if enacted, could introduce more clarity and align the national framework with international standards.

4-4. Challenges of Ownership and Consent

A central legal challenge in the transfer of personal data is the issue of ownership. Unlike traditional assets, personal data is not “owned” by companies in an absolute sense. Instead, it is subject to the ongoing control and rights of the data subject. This fundamental difference alters the legal nature of transactions involving personal data, requiring companies to treat it as a right-based interest rather than a commodity.

Consequently, obtaining meaningful consent becomes a legal necessity. In large-scale M&A transactions, where thousands or millions of data subjects are involved, securing individual consent retroactively can be impractical, raising questions about the validity of bulk transfers. Failure to obtain such consent can render the transaction unlawful and expose companies to regulatory sanctions and civil liability.

5. Data Security and Confidentiality Requirements

The obligation to maintain data security and confidentiality during the transfer process is a shared concern across jurisdictions. M&A transactions are often characterized by intensive data flows, making them vulnerable to data breaches, leaks, and unauthorized access.

Legal requirements and best practices demand the implementation of technical and organizational measures, including encryption, pseudonymization, and secure access protocols. Due diligence must assess not only the value of data assets but also the risk exposure and compliance history of the target firm regarding data protection. Any negligence in this regard can have severe reputational and legal consequences, including fines and litigation.

5. CONCLUSION

In jurisdictions with free-market orientations, such as the United States, economic analyses and corporate interests may justify the transfer of personal data as part of M&A transactions. However, even within such frameworks, companies must adhere to applicable legal requirements concerning notice, consent, and data security. In contrast, the European Union's GDPR places significant constraints on the transfer of personal data, prioritizing individual rights and requiring robust legal bases and protective measures. Transfers without sufficient justification or proper safeguards are likely to be deemed unlawful.

In countries with developing legal frameworks, such as Iran, the absence of comprehensive and harmonized data protection legislation creates a grey area. Companies are advised to proceed cautiously, relying on explicit contractual provisions, industry standards, and, where possible, ethical best practices.



The study recommends that companies involved in M&A activities undertake rigorous data mapping and classification exercises prior to initiating transactions. They should establish clear protocols for assessing data-related liabilities and ensure that privacy notices are updated to reflect potential changes in data ownership. Furthermore, data protection authorities should issue sector-specific guidelines to facilitate lawful data transfers during M&A transactions. Cross-border cooperation and international harmonization efforts, such as adequacy decisions or mutual recognition agreements, may also help reconcile divergent legal standards. Ultimately, as data becomes an indispensable corporate asset, its legal treatment in the context of corporate transactions must evolve in tandem with technological, ethical, and regulatory developments. The legal community must remain proactive in crafting adaptive strategies that protect individual privacy without stifling legitimate business activities.

Keywords: Acquisition, Asset Transfer, Data Ownership, Merger, Privacy.



امکان سنجی انتقال داده‌های شخصی ضمن ادغام و تحصیل شرکت‌ها

نسرين طباطبائی حصاری^{۱*}، امیرمحمد قربان نیا^۲

دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۱۵ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۱۱ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۴ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

از آنجایی که در بازارهای مدرن، دارایی‌های دیجیتال از جمله داده‌ها، از اهمیت و کاربرد تجاری بسیاری برخوردارند، بخش بزرگی از موفقیت توسعه خارجی و ادغام و تحصیل شرکت‌ها، به انتقال داده‌ها ضمن این فرایندها گره خورده است؛ لکن اکثر این داده‌ها را داده‌های شخصی کاربران، مشتریان و کارمندان تشکیل می‌دهند. با عنایت به ابهام در مورد مالکیت و کارکرد اقتصادی این نوع خاص از داده‌ها و نگرانی‌های مربوط به حریم خصوصی، قابلیت انتقال آن‌ها به عنوان دارایی شرکت‌ها، با چالش‌های حقوقی مواجه است. لذا پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای مکتوب و دیجیتال، ضمن مطالعه تطبیقی مقررات این حوزه در کشورهای پیشرو مثل آمریکا و اتحادیه اروپا در کنار مقررات ایران، به این پرسش اصلی پرداخته است که آیا انتقال داده‌های شخصی به عنوان دارایی ضمن ادغام و تحصیل شرکت‌ها ممکن است یا خیر؟ یافته‌های این نوشتار نشانگر این امر است که دلایلی از جمله رویکردهای تحلیل اقتصادی، اهمیت منافع عمومی و لزوم توجه به منافع مشروع شرکت‌ها، در کشورهایی با بازار آزاد، مثل آمریکا، انتقال‌پذیری داده‌های شخصی را توجیه می‌کنند؛ هر چند وجود دغدغه‌های حقوق بشری در قالب موانع قانونی و قراردادی در کنار الزامات فنی و عملی انتقال امن داده‌ها ضمن حفظ محرمانگی، قابلیت انتقال داده‌های شخصی را محدود و نیازمند کسب رضایت اشخاص موضوع داده می‌نمایند.

کلیدواژه‌ها: ادغام شرکت، انتقال دارایی، تحصیل شرکت، حریم خصوصی، مالکیت داده‌ها.

۱. دانشیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول، Email: nasrintaba@ut.ac.ir)
۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



مقدمه

در نگاه مدرن، بازارهایی سودآور تلقی می‌شوند که رقبا و بازیگران فعالی دارند (Alborzi, 1382: 72). از این رو، بسیاری از شرکت‌های کوچک برای بقا و حفظ رقابت‌پذیری، به توسعه خویش روی می‌آورند (Razavi et al, 1398: 4). این توسعه گاه از طریق روش‌های بیرونی شامل ادغام و تحصیل محقق می‌شود. فرایندهای اخیر نه‌تنها در حوزه حقوق رقابت و بازار، بلکه در ابعاد مالی، فنی و حقوقی از جمله در زمینه انتقال دارایی‌ها، پیچیدگی‌هایی دارند. در این فرایندها، تمام یا بخشی از دارایی‌ها، حقوق و تعهدات یک شرکت به شرکت دیگر منتقل می‌شود.

در خصوص انتقال اموال سنتی مانند اموال منقول و غیرمنقول و حقوق و تعهدات متعارف، به‌سبب وجود قوانین روشن و رویه‌های تثبیت‌شده، مشکلات کمتر است. اما در خصوص دارایی‌های نامشهود، به‌ویژه داده‌ها و اموال دیجیتال، چالش‌ها و ابهامات فراوانی وجود دارد. حتی با اینکه انتقال برخی داده‌ها مانند اموال فکری و اسرار تجاری، به‌دلیل قابلیت اثبات مالکیت و وجود قوانین مشخص، کم‌چالش‌تر است، اما انتقال داده‌های شخصی همچنان با موانع حقوقی متعددی روبروست.

در بازارهای دیجیتال امروز، داده‌های شخصی به‌واسطه کارکردهای راهبردی و اقتصادی، از جمله تحلیل بازار، تحقیق و توسعه، تبلیغات هدفمند، بازاریابی، شناسایی نیاز مشتریان، تصمیم‌گیری خودکار و تسریع فرایندها، از مهم‌ترین دارایی‌های شرکت‌ها به‌شمار می‌آیند. به همین دلیل، توان بهره‌برداری و انتقال این داده‌ها در فرایندهای ادغام و تحصیل، نقشی اساسی در موفقیت معامله، ارزیابی شرکت و تعیین ارزش آن دارد. با این حال، داده‌های شخصی به‌علت پیوند مستقیم با حقوق بنیادین، هویت فردی و حریم خصوصی اشخاص، تفاوت‌های بنیادینی با سایر دارایی‌ها دارند و همین امر، انتقال آن‌ها را حتی در چارچوب‌های قانونی و تجاری پیچیده می‌سازد. در نتیجه، پرسش‌هایی درباره امکان و شرایط چنین انتقالی مطرح می‌شود. از یک سو، ادغام و تحصیل بر تجمیع کلیه منابع و دارایی‌های شرکت‌ها استوار است و داده‌های شخصی نیز با ارزش تجاری بالا، بخشی از این منابع‌اند. از سوی دیگر، به‌دلیل نگرانی‌های مرتبط با حریم خصوصی، این داده‌ها را نمی‌توان صرفاً دارایی اقتصادی دانست. بنابراین، بررسی امکان انتقال داده‌های شخصی در چارچوب این فرایندها، اهمیت ویژه‌ای دارد.

پژوهش حاضر، با روش توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر منابع مکتوب و دیجیتال کتابخانه‌ای، تلاش دارد تا با نگاهی تطبیقی به مقررات اتحادیه اروپا، ایالات متحده و ایران، به این پرسش‌ها پاسخ دهد: آیا داده‌های شخصی، که با حقوق اشخاص پیوند دارند، می‌توانند به‌عنوان دارایی‌های شرکت منتقل شوند؟ یا ویژگی‌های ذاتی آن‌ها مانع چنین انتقالی است؟ هر یک از رویکردهای اقتصادی و حقوق بشری چه نقشی در این زمینه ایفا می‌کنند؟ فرضیه پژوهش آن است که در نظام‌هایی مانند اتحادیه اروپا، به‌دلیل اولویت حریم خصوصی، محدودیت‌های بیشتری برای انتقال داده‌ها وجود دارد؛ درحالی‌که در نظام‌هایی چون آمریکا، با محوریت اقتصاد آزاد، چنین محدودیت‌هایی کمتر است. برای بررسی این فرضیه، مقاله از دو بخش اصلی تشکیل شده است؛ نخست: ادغام و تحصیل شرکت‌ها و نقش داده‌ها در این فرایندها؛ دوم: امکان انتقال داده‌های شخصی، که خود در دو قسمت به دلایل توجیهی و موانع انتقال می‌پردازد. از نظر زمانی، تمرکز بر منابع عمده‌تأسیس از سال ۲۰۱۸، و از نظر مکانی، محدود به حقوق اتحادیه اروپا، آمریکا و ایران است. همچنین باید تأکید شود که از نظر موضوعی، این مقاله به بررسی مراحل و تشریفات انتقال نمی‌پردازد، بلکه تنها امکان یا عدم امکان انتقال داده‌های شخصی در چارچوب ادغام و تحصیل شرکت‌ها را بررسی می‌نماید.

پیشینه پژوهش

با توجه به نوظهور بودن موضوع و بی‌توجهی قانون‌گذار ایران به مسائل مرتبط با داده‌های شخصی، وضعیت حقوقی این داده‌ها در فرض ادغام و تحصیل شرکت‌ها همچنان ناشناخته باقی مانده است. اگرچه طرح‌ها و لوایح متعددی در این حوزه مطرح شده‌اند، اما به‌دلیل سرنوشت نامشخص آن‌ها، در قوانین و منابع فارسی، به‌ویژه در مقالات و پایان‌نامه‌ها، بحث مستقیمی در این زمینه دیده نمی‌شود. اغلب منابع یا به ادغام و تحصیل از منظر حقوق رقابت پرداخته‌اند یا به مباحث کلی حفاظت از داده‌های شخصی. همچنین موضوع مالکیت داده‌ها عمدتاً در چارچوب فقهی و با تکیه بر مفهوم مالیت مطرح شده است. بیشتر پایان‌نامه‌های مرتبط نیز به حوزه‌های فنی و مهندسی تعلق دارند و بر جنبه‌های تکنیکی و الزامات فنی حفاظت از داده‌ها تمرکز می‌کنند.



از این‌رو، با وجود منابع متعدد فارسی درباره داده‌های شخصی، خلأ حقوقی در خصوص جنبه‌های خاصی مانند انتقال داده‌ها در فرایندهایی نظیر ادغام و تحصیل مشهود است. برای مثال، برخی کتاب‌های فارسی درباره حقوق داده‌ها، اصول کلی پردازش را شرح داده‌اند و برخی دیگر از منظر حقوق رقابت^۲، مفاهیمی کلی درباره داده‌ها مطرح کرده‌اند. این مطالب بیشتر به صورت پراکنده در مقالات نیز تکرار شده‌اند^۳. البته در یک مقاله^۴ به مبانی تبادل داده‌ها با تمرکز بر مالکیت و رضایت اشاره شده، درحالی‌که پژوهش حاضر به صورت خاص به تبادل داده‌ها در قالب ادغام و تحصیل می‌پردازد؛ فرایندی که ویژگی‌ها و چالش‌های خاص خود را دارد. از سوی دیگر، این نوشتار رویکردی کاربردی‌تر اتخاذ کرده و ضمن تحلیل مبانی توجیهی و موانع انتقال داده‌ها، به ابعاد فنی این موضوع نیز پرداخته است.

بنابراین، منابع فارسی موجود بیشتر محدود و غیرمستقیم‌اند^۵ و تکیه اصلی این پژوهش بر منابع خارجی است که در ادامه به آن‌ها ارجاع خواهد شد. البته حتی در منابع خارجی نیز، بحث مستقیم درباره موضوع مورد نظر اندک است و معمولاً از زاویه حقوق رقابت یا اقدامات فنی و عملی در چارچوب مشاوره‌های حقوقی مرتبط با ادغام و تحصیل مطرح می‌شود؛ بدون آن‌که به مبانی نظری موضوع بپردازند.

بخش اول. توسعه خارجی شرکت و نقش داده‌های شخصی در این فرایندها

بررسی حقوقی انتقال داده‌ها در فرایندهایی مانند ادغام و تحصیل، نیازمند درک دقیق پیوند متقابل میان ساختار حقوقی شرکت‌ها و داده‌های تحت اختیار آن‌ها است. از یک سو، تغییراتی که در نتیجه ادغام یا تحصیل رخ می‌دهد، اعم از تغییر شخصیت حقوقی و مدیریت یا کنترل داده‌ها، مستقیماً بر سرنوشت داده‌های موجود اثر می‌گذارد. از سوی دیگر، داده‌های شخصی به عنوان دارایی، خود به یکی از عناصر کلیدی در رشد بیرونی شرکت‌ها بدل شده‌اند. این داده‌ها در تحلیل بازار، ارزیابی عملکرد، بررسی پیشنهادات، تصمیم‌سازی و مذاکرات مرتبط با ادغام و تحصیل نقش اساسی دارند. همچنین، گستره و کیفیت داده‌های موجود نزد شرکت‌ها می‌تواند در ارزش‌گذاری معاملاتی و ایجاد انگیزه برای طرف‌های خواهان ادغام یا تحصیل تأثیرگذار باشد.

۱. توسعه خارجی شرکت‌ها

توسعه فعالیت‌های شرکت‌های تجاری معمولاً به دو روش صورت می‌گیرد. در روش نخست، شرکت با افزایش نیروی انسانی، خرید یا اجاره تجهیزات، وسایل حمل‌ونقل و دیگر دارایی‌ها و همچنین کاهش نقش واسطه‌ها، ظرفیت تولید و سودآوری خود را افزایش می‌دهد. این روش را توسعه داخلی^۶ می‌نامند. در مقابل، شرکت ممکن است با یک یا چند شرکت دیگر ادغام شود یا کنترل یک شرکت دیگر را در اختیار گیرد که از آن با عنوان توسعه خارجی^۷ یاد می‌شود. (Rejali et al, 1392: 72)

در حقوق انگلستان، ادغام به حالتی گفته می‌شود که کنترل دو یا چند شرکت، به‌ویژه شرکت‌های سهامی، تحت سلطه یک شرکت واحد قرار می‌گیرد. (Clarkson & Miller, 1982: 339) در قانون درآمد داخلی ایالات متحده^۸ نیز ادغام شامل انتقال دارایی‌ها،

۱. انصاری، باقر. (۱۳۸۷). آزادی اطلاعات، چاپ اول، دادگستر، تهران/ انصاری، باقر. (۱۳۹۰). حقوق حریم خصوصی، چاپ سوم، سمت، تهران/ انصاری، باقر. (۱۴۰۲). حقوق داده‌ها، اصول پردازش داده‌های شخصی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران/ انصاری، باقر. (۱۳۹۳). حقوق رسانه، چاپ پنجم، سمت، تهران/ انصاری، باقر و عطار، شیما و صالحی، امیرحسین. (۱۴۰۲). حقوق داده‌ها و هوش مصنوعی، مفاهیم و چالش‌ها، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران/ انصاری، باقر و عطار، شیما. (۱۴۰۲). حقوق کاربران فضای مجازی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران/ نخجوانی، نرگس. (۱۴۰۰). حقوق حمایت از داده‌های شخصی، چاپ اول، کتاب طه، قم.

۲. رهبری، ابراهیم. (۱۳۹۲). حقوق انتقال فناوری، چاپ اول، سمت، تهران/ رهبری، ابراهیم و حسینی سنگانی، وحید. (۱۳۹۸). حقوق رقابت در عرصه مالکیت‌های فکری، چاپ اول، جلد اول و دوم، سمت، تهران.

۳. به مقالات مذکور در متن پژوهش حاضر ارجاع داده شده است.

۴. اسماعیلی، محسن و نریمان پور، مهدی. (۱۴۰۳). مبانی حقوقی تبادل داده‌های شخصی (مطالعه تطبیقی در مقررات عمومی حفاظت از داده اتحادیه اروپا و حقوق ایران)، حقوق اسلامی، ۲۱(۸۲)، ۱۲۳-۱۶۵.

۵. تنها منبع فارسی موجود در این زمینه، پایان‌نامه‌ای (قربان نیا، امیرمحمد. (۱۴۰۳). وضعیت حقوقی داده‌های اشخاص در فرض تملک و ادغام شرکت‌ها، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه تهران) است که به شکل مستقیم به بحث مذکور می‌پردازد.

6. Internal Growth

7. External Growth

8. Internal Revenue Code 1986.



سرمایه یا سهام شرکت فروشنده در قبال پول یا سهام شرکت خریدار، یا ترکیب‌هایی است که طبق قوانین ایالتی انجام می‌شود. (Stebbins & Hartmann, 2025) بر اساس ماده ۳ مقرر ۲۰۰۴ اتحادیه اروپا^۹ نیز، ادغام هنگامی رخ می‌دهد که دو یا چند شرکت مستقل با یکدیگر ترکیب شوند یا یک یا چند شرکت، کنترل مستقیم یا غیرمستقیم شرکت(های) دیگر را به‌دست آورند. در آخر و در حقوق ایران، بند ۱۶ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، ادغام را فرایندی می‌داند که در آن چند شرکت با محو شخصیت حقوقی خود، شخصیت جدیدی ایجاد می‌کنند یا در شخصیت موجود دیگری جذب می‌شوند.^{۱۰} نکته مهم در ادغام، کسب مدیریت و کنترل بر شرکت هدف است؛ صرفاً بهره‌برداری مالی، بدون کنترل مدیریتی، ادغام محسوب نمی‌شود. (Kusstatscher & Cooper, 2005: 20) اما در تحصیل، یک شرکت با به‌دست آوردن سهام کنترلی یا مالکیت عمده دارایی‌های شرکت هدف، بر آن تسلط می‌یابد. در این حالت، شخصیت حقوقی شرکت هدف معمولاً حفظ می‌شود و تنها ساختار مدیریتی و کنترلی آن دستخوش تغییر می‌گردد. (DePamphilis, 2018: 21)

با استناد به تعاریف بالا، می‌توان سه اثر مهم ادغام و تحصیل را برشمرد:

۱. تغییر در شخصیت حقوقی شرکت‌ها؛ که در ادغام با محو شخصیت حقوقی شرکت هدف و در تحصیل با بقای آن به شکل شرکت تابعه یا انحلال احتمالی به تصمیم مدیران جدید نمود می‌یابد (Miller, 2008: 339).
 ۲. انتقال دارایی‌ها؛ شامل تمام دارایی‌ها در ادغام و تمام یا بخشی از اموال یا سهام در تحصیل،
 ۳. انتقال حقوق و تعهدات؛ به‌ویژه نسبت به قراردادهای اموال منتقل‌شده، از مدیران سابق به مدیران جدید (Rejali et al, 1392: 80-100)
- در این میان، دو اثر اخیر یعنی انتقال دارایی‌ها و قائم‌مقامی، اهمیت ویژه‌ای در خصوص داده‌های شخصی در اختیار شرکت‌ها دارد. با توجه به زبان کلی قوانین و منابع علمی درباره انتقال تمام دارایی‌های شرکت، این پرسش مطرح می‌شود که آیا داده‌ها نیز، اعم از داده‌های مالی، اسرار تجاری، اطلاعات اموال فکری، کلان‌داده‌ها، پایگاه‌های داده و داده‌های اشخاص حقیقی مانند کارکنان، کاربران و مشتریان، قابل انتقال هستند؟ به عبارت دیگر، آیا این داده‌ها می‌توانند: ۱. در ادغام به‌طور واقعی منتقل شوند و ۲. در تحصیل دارایی، قابل خریداری تلقی گردند؟ پاسخ به این پرسش منوط به پذیرش داده‌های شخصی به‌عنوان دارایی یا اموالی تحت اختیار شرکت است؛ موضوعی که در ادامه بررسی خواهد شد. در صورت پذیرش این امر، اثر مهم دیگری نیز به‌وجود می‌آید: کلیه حقوق و تعهدات شرکت نسبت به این داده‌ها، از جمله قراردادهای مربوط به جمع‌آوری و پردازش آن‌ها (نظیر خط‌مشی‌های حریم خصوصی)، با انحلال شرکت قبلی و در قالب قائم‌مقامی، به شرکت جدید منتقل می‌شود که البته از حیثه موضوعی این پژوهش خارج است.

۲. بررسی داده‌های شخصی به‌عنوان دارایی شرکت‌ها

برای بررسی امکان انتقال داده‌های شخصی در فرایندهایی چون ادغام و تحصیل، ابتدا باید وضعیت حقوقی این داده‌ها در چارچوب مفاهیم دارایی و مال روشن شود. گام نخست در این مسیر، تعریف داده‌های شخصی و تعیین حدود مفهومی آن‌هاست. در مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا^{۱۱} که از مهم‌ترین و تأثیرگذارترین اسناد در حوزه حمایت از داده‌ها به‌شمار می‌رود، داده شخصی در بند ۱ ماده ۴ به‌عنوان «هرگونه اطلاعات مرتبط با شخص حقیقی شناسایی‌شده یا قابل‌شناسایی» تعریف شده است. شخص قابل‌شناسایی نیز کسی است که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، به‌ویژه با ارجاع به شناسه‌هایی نظیر نام، شماره شناسایی، داده‌های مکانی، شناسه آنلاین یا ویژگی‌های خاص جسمی، روانی، ژنتیکی، اقتصادی یا اجتماعی، قابل شناسایی باشد. در نظام حقوقی ایران نیز تلاش‌هایی برای ارائه تعریف صورت گرفته است. بند «ب» ماده ۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات،

9. Council Regulation (EC) No 139/2004 EU Merger Regulation (EUMR)

۱۰. در اکثر منابع، تحصیل ذیل یکی از انواع ادغام تحت‌عنوان ادغام عملی تعریف می‌شود. ادغام عملی یعنی خرید سهام و یا تحصیل دارایی شرکت دیگر، بدون محو شخصیت حقوقی شرکت هدف. با این حال باید توجه داشت که در فرایند تحصیل، شرکت خریدار به‌طور رسمی سهام یا دارایی‌های شرکت هدف را به‌دست می‌آورد؛ ولی در ادغام عملی، یک شرکت بدون انجام مراحل رسمی ادغام، دارایی‌ها یا سهام شرکت دیگری را کسب می‌کند، به طوری که در عمل، با کسب تمام دارایی‌ها، شرکت هدف در شرکت اول ادغام می‌گردد. لذا تحصیل فرایندی رسمی و قانونی است که نیاز به تأیید سهامداران و نهادهای نظارتی دارد ولی ادغام عملی به منظور دستیابی به کنترل عملیاتی و مدیریتی شرکت هدف است که بدون طی مراحل پیچیده قانونی انجام می‌شود. لذا رویه منابع علمی و قانونی در عدم تفکیک میان ادغام و تحصیل از این جهت قابل انتقاد است.

11. E.U. General Data Protection Regulation (GDPR) 2016



گرچه تعریف دقیقی ارائه نمی‌دهد، اما مصادیقی مانند نام و نام خانوادگی، نشانی محل سکونت و کار، وضعیت خانوادگی، عادت‌های فردی، ناراحتی‌های جسمی، شماره حساب بانکی و رمز عبور را به‌عنوان داده‌های شخصی برشمرده است. تعاریف مشابهی با تعریف اروپایی داده‌های شخصی نیز در ماده ۱ پیش‌نویس لایحه حمایت از داده‌ها و حریم خصوصی در فضای مجازی، ماده ۲ طرح الزام به انتشار داده و اطلاعات و طرح حفاظت از داده‌های شخصی (هر دو مصوب ۱۴۰۳) ارائه شده است.

با در نظر گرفتن این تعاریف، داده‌های شخصی نوعی اطلاعات منتسب به اشخاص حقیقی‌اند که، در بسیاری از موارد، در اختیار شرکت‌ها قرار دارند و واجد ارزش اقتصادی، تحلیلی و تجاری هستند. از این‌رو، بررسی امکان انتقال آن‌ها مستلزم تعیین جایگاه این اطلاعات در ساختار دارایی‌های شرکت است. دارایی، مفهومی عام می‌باشد که اقسام مختلفی را دربرمی‌گیرد که یکی از مهم‌ترین آن‌ها «اموال» است. با توجه به ویژگی‌های خاص داده‌های شخصی، تنها قالب قابل تصور برای تحلیل حقوقی آن‌ها در چارچوب دارایی‌های شرکت نیز همین قسم می‌باشد. بنابراین، در ادامه تلاش می‌شود ابتدا با مروری بر مباحث نظری و عرفی، امکان شناسایی داده‌های شخصی به‌عنوان مال بررسی شود تا زمینه تحلیل امکان انتقال آن‌ها در فرایندهای ادغام و تحصیل فراهم آید.

از منظر حقوقی، مال به چیزی گفته می‌شود که دو ویژگی اساسی داشته باشد: اول، مفید بوده و نیاز مادی یا معنوی را برآورده سازد؛ دوم، قابلیت اختصاص یافتن به شخص یا گروه معینی را داشته باشد (Katouzian, 1398: 9). تعاریف دیگر نیز مال را چیزی می‌دانند که دارای ارزش دادوستد و مبادله باشد و بتوان در برابر آن پول یا مال دیگری دریافت کرد (Emami, 1377: 19). همچنین می‌توان گفت مال چیزی است که انسان بتواند از آن بهره‌مند شده و امکان تملک آن فراهم باشد. البته برخی معیارهای دیگر نیز، از جمله کارکرد و ارزش قانونی، عقلایی، و شرعی در ایران برای مال بودن یک چیز، متصور است (Adl, 1385: 31). این تعاریف در نظام‌های حقوقی مختلف و رویه قضایی به‌طور گسترده پذیرفته شده‌اند.^{۱۲}

با توجه به این معیارها، داده‌های شخصی در بسیاری موارد واجد ویژگی‌های یک مال هستند. این داده‌ها کارکردهای مشخص و ارزش اقتصادی و عقلایی دارند (Bahmanpouri et al, 1393: 238-242). حتی اطلاعات افراد عادی نیز می‌تواند در بازار داده‌ها قابل استفاده و تبادل باشد (Singh, 2016: 138). موفقیت کسب‌وکارهای نوآورانه به حجم و کیفیت داده‌های شخصی در دسترس آن‌ها وابسته است و همین امر موجب تلاش گسترده بخش‌های عمومی و خصوصی برای جمع‌آوری و پردازش این داده‌ها شده است. علاوه بر این، داده‌های شخصی معمولاً قابل انتساب به افراد معین بوده و این انتساب، شرط مهم دیگری برای مال بودن آن‌هاست. بنابراین، در عرف کنونی، تردیدی در مال بودن داده‌های شخصی وجود ندارد (Latifzadeh, 1401: 367). از منظر قانونی نیز، نشانه‌هایی از پذیرش مالیت داده‌ها در نظام حقوقی ایران دیده می‌شود. ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی به ارزش مادی اطلاعات و اسرار تجاری اشاره دارد و مواد ۷۴۲، ۷۴۳ و ۷۵۳ قانون مجازات اسلامی اصلاحی ۱۴۰۳، ضمن جرم‌انگاری برخی اعمال، به قابلیت معامله داده‌ها پرداخته‌اند. همچنین، مواد ۸ و ۱۲ قانون جرائم رایانه‌ای با جرم‌انگاری تخریب و سرقت داده‌ها، که در ماهیت مستلزم مال بودن است، مؤید همین دیدگاه‌اند. البته داده‌ها با اموال سنتی تفاوت دارند و در بسیاری کشورها، در زمره اموال ناملموس با ماهیت دیجیتال دسته‌بندی می‌شوند. (Van Erp, 2023: 11)

با وجود امکان شناسایی داده‌ها به‌عنوان «مال»، درباره امکان اعمال مالکیت بر آن‌ها اتفاق نظر وجود ندارد. دیدگاه موافق، که بیشتر از نظام حقوقی آمریکا سرچشمه می‌گیرد (Purtova, 2009: 508)^{۱۳}، قائل به اعمال حق مالکیت بر داده‌های شخصی از طریق کنترل و دسترسی کامل افراد به داده‌های مربوط به خود (بر پایه اصولی شبیه به اصل تسلیط در حقوق ایران) است. این رویکرد، راه را برای

۱۲. پاورقی: این مسئله از مذاقه در منابع ذیل قابل استنباط است:

A. In U.S. (1. United States Code (U.S.C. (28 U.S.C. § 3002(12) – Definitions (Property) 2. Kaiser Aetna v. United States (444 U.S. 164 [1979])).
B. In E.U. (Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 17 – Right to property)
C. In U.K. (1. Theft Act 1968 Section 4 – “Property” 2. Oxford v Moss [1979] 68 Cr App R 183)
D. In Germany (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) – German Civil Code § 90 – Begriff der Sache)
E. In France (Code civil (Civil Code of France Article 544).

۱۳. در حقوق آمریکا به‌دلیل ناتوانی قوانین مربوط به داده‌ها در تأمین حریم خصوصی اطلاعاتی افراد، ایده مالکیت بر داده‌ها و تجاری‌سازی آن‌ها، بیش از هرجای دیگری مطرح شد و مورد توجه قرار گرفت.



تجاری‌سازی داده‌ها و امکان ورود آن‌ها به عرصه معاملات و انتقال هموار می‌سازد. در همین راستا برخی نظریه‌پردازان، تلقی مالکانه از داده‌های شخصی را واجد کارکردهای اصلاحی می‌دانند. به باور آنان، اگر افراد مالکان قانونی داده‌های خود تلقی شوند، شرکت‌ها ناچار خواهند بود هزینه‌های اجتماعی ناشی از جمع‌آوری و استفاده وسیع از داده‌ها را در تصمیم‌گیری‌های اقتصادی‌شان وارد کنند (Samuelson, 1995: 8).

چنین درونی‌سازی‌ای می‌تواند موجب بازاندیشی در مدل‌های تجاری مبتنی بر گردآوری بی‌حد داده‌ها شود و شرکت‌ها را به سمت استفاده مسئولانه‌تر از داده‌ها سوق دهد. از منظر اقتصادی نیز این دیدگاه می‌تواند قیمت‌گذاری داده‌ها را عادلانه‌تر کرده و انگیزه شرکت‌ها برای استخراج بی‌رویه اطلاعات کاربران را کاهش دهد (YING, 2021: 189). از حیث کنترلی نیز، این رویکرد بیشترین میزان اختیار را به افراد می‌دهد و زمینه‌ساز تعاملات دوطرفه مبتنی بر رضایت آگاهانه است (Bergelson, 2005: 19).

با این حال، گروهی دیگر نسبت به کارآمدی اقتصادی این الگو ابراز تردید کرده‌اند. به‌ویژه آنکه بازار حریم خصوصی در عمل ناکاراست. برای مثال و در فرض تجاری‌سازی داده‌ها، شرکت‌ها توانایی تفکیک قیمت بر اساس میزان اهمیت حریم خصوصی^{۱۴} برای کاربران را ندارند. کاربران اغلب تنها با انتخابی دوگانه مواجه‌اند: یا داده‌های خود را با قیمت واحد و از پیش تعیین‌شده ارائه دهند یا از آن صرف‌نظر کنند. این سازوکار تفاوت میان افراد حساس به حریم خصوصی و دیگران را نادیده می‌گیرد (Schwartz, 2004: 2077).

از سوی دیگر، شواهد حاکی از آن است که کاربران درک دقیقی از ارزش واقعی داده‌های شخصی‌شان ندارند و نمی‌دانند که در برابر خدمات یا مشوق‌های ظاهراً رایگان، چه اطلاعات ارزشمندی را واگذار می‌کنند؛ گاه حتی ارزش داده‌ها فراتر از خدمت دریافتی است. علاوه بر این، آگاهی عمومی نسبت به شیوه‌های پردازش داده بسیار محدود است و اغلب افراد از پیامدهای اشتراک‌گذاری داده‌ها باخبر نیستند. ترکیب این ناآگاهی با عدم تقارن اطلاعاتی میان کاربران و شرکت‌ها، و بهره‌برداری این شرکت‌ها از جهت‌گیری‌های روان‌شناختی، منجر به انتخاب‌هایی می‌شود که عملاً با منافع فردی در تضاد هستند (Galli, 2021).

از منظر حقوقی نیز، بررسی قوانین حمایت از داده‌های شخصی در سطح جهانی نشان می‌دهد که، نخست: حقوق اعطاشده به افراد، محدودتر از حقوق ناشی از مالکیت سنتی است و دوم: برخی از این حقوق، با قواعد مالکیت و انتقال اموال ناسازگارند. برای نمونه، حق بازپس‌گیری رضایت یا درخواست حذف داده‌ها با اصل لزوم قرارداد، در فرض پذیرش مالکیت، در تعارض است (Esmaeili & Narimanpour, 1403: 131-152).

از همین‌رو، منتقدان مالکیت سنتی بر داده‌های شخصی بر این باورند که حقوق ناظر به داده‌ها باید در چارچوب مقررات خاص حمایت از داده‌ها یا اسناد حقوق بشری و مرتبط با حریم خصوصی تفسیر شوند، نه قواعد سنتی مالکیت و قرارداد. دلیل این دیدگاه، پیوند بنیادین داده‌های شخصی با کرامت انسانی، حریم خصوصی و حقوق بشر است. در نتیجه، پذیرش مالکیت و امکان معامله آزاد داده‌ها، ممکن است به تقلیل این داده‌ها به صرف اموال اقتصادی منجر شود، در حالی که داده‌ها به دلیل ویژگی‌های غیررقابتی، غیرانحصاری و قابلیت استفاده هم‌زمان توسط افراد متعدد، با اصول و ویژگی‌های مالکیت^{۱۵} ناسازگار هستند.

افزون بر آن، مطابق اصل «محدودیت حقوق عینی»^{۱۶} در اغلب نظام‌های حقوق نوشته، این حقوق تنها در موارد تصریح‌شده توسط قانون قابل شناسایی‌اند (Akkermans, 2015: 1-4). این اصل نه‌تنها به تعداد حقوق عینی بلکه به موضوع^{۱۷} آن‌ها نیز مربوط می‌شود. چنان‌که در حقوق آلمان، به استناد همین اصل، اموال ناملموس مانند مالکیت فکری و داده‌ها، واجد شرایط مالیت و تملک نیستند.

14. Privacy price discrimination

۱۵. درمورد مالکیت برخی اصول و ویژگی‌ها در نظام حقوق نوشته مطرح شده‌اند، از جمله اصل انحصار (Exclusivity)، مطلق بودن (Absoluteness) و دائمی بودن (Perpetuity) مالکیت. درمورد داده‌های شخصی، به‌دلیل ۱. امکان دسترسی و استفاده هم‌زمان افراد متعدد، ۲. عدم امکان اعمال مطلق هرگونه تسلط، از جمله برای مثال عدم امکان انتقال داده‌های در اختیار شرکت‌ها یا دسترسی به آن‌ها بدون دلیل موجه و ۳. نقض ویژگی دائمی بودن برای مثال در فرضی که داده‌ها پس از تجزیه و تحلیل و تبدیل به اطلاعات از کنترل افراد موضوع داده خارج شده و در تسلط کامل شرکت قرار می‌گیرند، به ترتیب تمام سه اصل فوق قابل نقض بوده و لذا در نظر گرفتن مالکیت بر داده‌ها، با اصول و ویژگی‌های مالکیت سنتی ناسازگار می‌باشد.

برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: صفایی، حسین. (۱۳۹۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی جلد اول (اشخاص و اموال)، چاپ ۲۵، میزان، تهران، ص ۱۹۱ و / کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۸). اموال و مالکیت، چاپ ۵۰، میزان، تهران، ص ۱۸۳ و

Van Erp, S. J., & Akkermans, B. (2012). Cases, materials and text on property law. Oxford: Hart Publishing.

16. principle of Numerus Clausus

17. Object



در واقع، شناسایی داده‌ها به‌عنوان مال قابل تملک، حتی بدون افزودن به شمار حقوق عینی، موجب ورود موضوع جدیدی به قلمرو مالکیت و در نتیجه، تغییر نظام سنتی آن می‌گردد؛ تغییری که با فلسفه وجودی اصل محدودیت حقوق عینی، در تعارض است (Zahedi & Chavoshi Lahrood, 1401: 556).

با توجه به مجموع مباحث پیش‌گفته، پذیرش مالکیت سنتی بر داده‌های شخصی، چه برای اشخاص موضوع داده و چه برای شرکت‌ها، قابل دفاع نیست. از این رو، برخی آن را در زمره حقوق مالکیت فکری (Glancy, 2016: 1) و برخی در قالب اسرار تجاری تحلیل کرده‌اند (Bottis, 2018: 207). با این حال، رویکرد واقع‌بینانه‌تر آن است که برای داده‌های شخصی نوعی «مالکیت خاص» یا «حق کنترلی» قائل شویم؛ حقی که امکان دسترسی، نظارت و اعمال برخی حقوق را به موجب مقررات حمایت از داده‌ها برای فرد فراهم می‌کند. اما این حق، به‌دلیل فاصله ماهوی با مالکیت سنتی، بیشتر به «حق کنترل» یا «استحقاق محدود» شباهت دارد تا مالکیت به معنای شناخته شده. البته هرچند پذیرش مالکیت، امکان انتقال داده‌ها را از منظر اقتصادی تقویت می‌کند، اما لزوماً شرط لازم برای انتقال‌پذیری نیست.^{۱۸} انتقال داده‌ها می‌تواند مبتنی بر دلایل دیگر، نظیر رضایت، قرارداد یا الزامات قانونی، نیز موجه باشد. این موضوع در ادامه، در بخش دوم بررسی خواهد شد.

در عین حال، با توجه به دلایل حقوقی، اجتماعی و اقتصادی، شناسایی دارایی‌های دیجیتال، از جمله داده‌های شخصی، امری ضروری به نظر می‌رسد (Panahi et al, 1399: 244). بر این اساس، اشخاص با اعطای اجازه جمع‌آوری داده‌ها، مثلاً از طریق پذیرش خط‌مشی‌های حریم خصوصی و استفاده از خدمات شرکت‌ها، به‌طور محدود و در چارچوب قرارداد، حق بهره‌برداری از داده‌های خود را به شرکت‌ها منتقل می‌کنند (Tabatabaei Hesari & Sahranavard, 1403: 14). از این منظر، داده‌ها را می‌توان در زمره دارایی‌های تحت اختیار شرکت‌ها دانست، نه دارایی‌های متعلق به آن‌ها. برخی نیز داده‌ها را صرفاً «شبه‌دارایی»^{۱۹} معرفی کرده‌اند (Lauren Henry Scholz, 2016: 1113). با این حال، حتی در فرض پذیرش داده‌ها به‌عنوان دارایی شرکت، پرسش اساسی این است که آیا این دارایی‌ها همچون سایر اموال شرکت، قابل انتقال در فرایندهایی نظیر ادغام یا توسعه تجاری هستند یا خیر؟ پاسخ به این پرسش نیازمند بررسی دقیق مبانی انتقال داده‌ها و ملاحظات قانونی، قراردادی و فنی است (Walton, 2024). در واقع، انتقال داده‌های شخصی، برخلاف دارایی‌های سنتی، مطلق و بدون قید نیست و تنها در صورت وجود مبنای قانونی و رعایت ضوابط خاص ممکن می‌شود. از این رو، در تحلیل حقوقی می‌توان دو رویکرد اصلی را از یکدیگر متمایز کرد: رویکرد مبتنی بر مالیت و مالکیت، که امکان انتقال داده‌ها را توجیه می‌کند، و رویکرد حقوق بشری، که بر تعیین محدودیت‌ها و شرایط انتقال تمرکز دارد (Esmaeili & Narimanpour, 1403: 129).

بخش دوم. بررسی انتقال‌پذیری داده‌های شخصی ضمن ادغام و تحصیل شرکت‌ها

با توجه به ارزش اقتصادی و کارکردهای گسترده داده‌ها در روابط تجاری، گردش آزاد و بهره‌برداری وسیع از آن‌ها، پدیده‌ای دور از انتظار نیست (Tabatabaei Nejad, 1389: 2). در این میان، از یک‌سو ضرورت تقویت فعالیت‌های تجاری در کشورهای در حال توسعه و حفظ جایگاه رقابتی در کشورهای پیشرفته به‌عنوان مبانی اقتصادی و از سوی دیگر، قواعد مندرج در نظام‌های حقوقی مختلف، همگی بر امکان انتقال داده‌های شخصی صحنه می‌گذارند.

در فضای حقوقی امروز سیاست‌های قانون‌گذاری به‌تدریج از ترجیح مطلق حقوق فردی به سمت توازن میان منافع عمومی و حقوق اشخاص موضوع داده تغییر جهت داده‌اند. در واقع، داده‌های شخصی به‌عنوان بخشی از دارایی‌های دیجیتال، نقش مهمی در ارزش‌گذاری شرکت‌ها، به‌ویژه در فرایندهای ادغام و تحصیل دارند. از این رو، تبیین مبانی حقوقی و محدودیت‌های انتقال داده‌ها برای حفظ مزیت رقابتی و در عین حال صیانت از حقوق اشخاص، ضروری است (Tienari & Varaa, 2016: 3). نکته مهم آن است که با

۱۸. به‌عنوان مثال در حقوق آلمان مواردی مانند داده و حقوق مالکیت فکری تحت عنوان امتیازهای قابل معامله شناسایی شده و اساساً مال به حساب نمی‌آیند. این امتیازات با استفاده از عقود غیرمعین مورد نقل و انتقال قرار می‌گیرند.

۱۹. توصیف داده‌های شخصی به‌عنوان شبه‌دارایی (quasi-property) به این معناست که داده‌ها مانند دارایی‌های سنتی (مثل ملک یا پول) قابل تملک به معنای کامل نیستند، اما برخی ویژگی‌های دارایی را دارند. مانند امکان کنترل، انتقال یا استفاده اقتصادی.



توجه به عدم پذیرش مالکیت سنتی بر داده‌های شخصی، منظور از «انتقال» در اینجا، نه انتقال به معنای حقوقی انتقال مالکیت، بلکه جابه‌جایی و تغییر در کنترل‌گر یا دارنده اختیار دسترسی به داده‌ها می‌باشد.

۱. مبانی و دلایل توجیهی

۱-۱. مبانی اقتصادی

در کشورهای در حال توسعه، انتقال داده‌ها با هدف ایجاد بازارهای آزاد و در کشورهای توسعه‌یافته برای حفظ جایگاه رقابتی در عرصه جهانی، امری پذیرفته شده است. به‌ویژه برای مثال در ایالات متحده، با نبود قانون جامع فدرال در حوزه حمایت از داده‌ها و حمایت از رقابت و بازارهای آزاد و همین‌طور تأکید بر آزادی اطلاعات و بیان (بر پایه متمم اول قانون اساسی)، فضای حقوقی مساعدی برای گردش آزاد داده‌ها فراهم آمده است. افزون بر این، رویکرد غالب در آمریکا، شرکت‌محور است، نه شخص‌محور و قوانین برخی ایالات مانند کالیفرنیا و ویرجینیا نیز بیشتر در قالب حمایت از مصرف‌کنندگان، داده‌ها را در چارچوب بازار تحلیل می‌کنند. به عبارت دیگر، اشخاص موضوع داده، بخشی از نظام بازار تلقی می‌شوند نه افراد نیازمند حمایت مطلق (Ansari & Ansari, 1391: 18).

در ادبیات اقتصادی نیز سرمایه‌های نامشهود شرکت‌ها، از جمله داده‌های شخصی، سهم فزاینده‌ای از ارزش کل شرکت را تشکیل می‌دهند. تحقیقات نشان داده‌اند شرکت‌هایی با سهم بالای سرمایه نامشهود، بیشتر در معرض معاملات ادغام و تحصیل قرار دارند؛ زیرا از منظر اقتصادی، انتقال داده‌ها به شرکت‌هایی که توانایی بهره‌برداری مؤثرتر دارند، قابل توجیه و مطلوب است (Mamun et al., 2021: 1-2). برای مثال پلتفرم‌هایی مانند گوگل و فیسبوک با استفاده از داده‌های کاربران، خدمات شخصی‌سازی شده و تبلیغات هدفمند ارائه می‌دهند که هم موجب سودآوری برای شرکت و هم ارزش‌آفرینی برای کاربران می‌شود. بنابراین اصل اقتصادی «خلق ارزش» نیز پردازش و انتقال داده‌ها را در چارچوب معاملات تجاری توجیه می‌کند؛ زیرا ماندن داده‌ها در اختیار اشخاص حقیقی و بلااستفاده ماندن آن‌ها، نسبت به بهره‌برداری سازمان‌یافته توسط شرکت‌ها، منافع کمتری در پی دارد (Bruegel, 2016). از این منظر، انتقال داده‌ها نوعی بازگشت ارزش خلق‌شده به کاربران تلقی می‌شود.

در مطالعات مربوط به آثار اقتصادی ادغام و تحصیل نیز، نتایجی همچون افزایش سهم بازار، سودآوری سهام‌داران، تنوع خدمات، صرفه‌جویی عملیاتی و حتی افزایش اشتغال دیده می‌شود. در مواردی که این ادغام‌ها مبتنی بر داده هستند، به‌ویژه با بهره‌گیری از فناوری‌های نوین، احتمال تحقق این نتایج مثبت افزایش می‌یابد (Sogomi et al., 2022: 17-22). افزون بر این، از منظر اقتصاد شرکت، ادغام می‌تواند منجر به ارتقای ظرفیت برنامه‌ریزی، بهبود حاکمیت شرکتی و بهره‌برداری مؤثرتر از داده‌ها گردد؛ و در نتیجه، حفاظت بهتر از داده‌های شخصی را نیز ممکن سازد (Tanveer et al., 2023: 543).

علاوه بر آنچه گفته شد، اصل کاهش هزینه‌های معاملاتی نیز از جمله مبانی اقتصادی مهم در توجیه انتقال داده‌ها در فرایند ادغام و تحصیل به شمار می‌رود. از آنجا که داده‌ها می‌توانند پیش از انعقاد قرارداد، وضعیت واقعی شرکت را آشکار کرده و پس از آن نیز در برنامه‌ریزی‌های عملیاتی نقش مؤثری ایفا کنند، انتقال آن‌ها به کاهش ریسک معاملات و بهینه‌سازی منافع و هزینه‌ها برای طرفین می‌انجامد. همچنین اصل بهینه‌سازی منابع، جمع‌آوری و پردازش داده‌ها را در اختیار شرکت‌های متخصص، کارآمدتر از افراد عادی دانسته و این بهره‌برداری را مفید برای چرخه‌های تجاری و اقتصادی جامعه تلقی می‌کند. در دنیای مدرن، داده‌ها به‌عنوان منابع اولیه جدید در اقتصاد دیجیتال شناخته می‌شوند و استفاده مؤثر و نظام‌مند از آن‌ها نه تنها یک مزیت، بلکه ضرورتی اقتصادی است. افزون بر این، اصل «هزینه‌های اتکا» نیز بیانگر آن است که زمانی هزینه‌هایی که شرکت‌ها صرف گردآوری، پردازش و تبدیل داده‌ها به اطلاعات ارزشمند می‌کنند توجیه‌پذیر است که امکان بهره‌برداری از این داده‌ها از طریق فعالیت‌های تجاری و معاملاتی برای شرکت‌ها فراهم باشد (Tabatabaei Hesari & Sahranavard, 1403: 4).

با این حال، باید توجه داشت که تحلیل‌های اقتصادی، هرچند می‌توانند در سیاست‌گذاری کلان، شکل‌دهی رویکرد قانون‌گذار و رفع ابهام‌های تفسیری مؤثر باشند، اما به تنهایی نمی‌توانند مبنایی مستقل برای پردازش و انتقال داده‌ها، به‌ویژه در کشورهایی با نظام حقوقی روشن و قوانین مشخص، تلقی شوند. از همین‌رو، بررسی مبانی قانونی انتقال داده‌ها نیز در کنار ملاحظات اقتصادی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

۱-۲. مبانی قانونی

با پذیرش داده‌ها به‌عنوان دارایی، همان‌طور که پیش‌تر بررسی شد، در فرض ادغام یا تحصیل که منجر به انحلال شخصیت حقوقی



شرکت دارنده داده می‌شود، این داده‌ها به عنوان دارایی‌های تحت اختیار شرکت منحل شده (نه دارایی‌های متعلق به آن)، به شرکت جدید منتقل می‌شوند. اما چنین انتقالی تنها زمانی معتبر و پذیرفتنی است که مشروع و قانونی باشد. در حالی که نظام حقوقی ایران مقرره مشخصی در این زمینه ندارد، تجربه کشورهایی مانند آمریکا در ایالت‌های کالیفرنیا و ویرجینیا و نیز اتحادیه اروپا (مطابق ماده ۶ مقرره عمومی حفاظت از داده‌ها) نشان می‌دهد که انتقال داده‌های شخصی در ادغام یا تحصیل، صرفاً در چارچوب یکی از مبانی زیر قابل توجیه است:

۱. رضایت اشخاص موضوع داده.
۲. ضرورت اجرای قرارداد: مانند زمانی که شرکت خدمات ابری ارائه می‌دهد و برای حفظ دسترسی کاربر به فضای ذخیره‌سازی پس از ادغام، نیازمند انتقال داده‌ها به شرکت خریدار است. باید توجه داشت که این بند ناظر به تعهدات شرکت در برابر کاربر است، نه تعهدات قراردادی بین شرکت‌ها که بدون رضایت کاربران نمی‌تواند بر حقوق آن‌ها اثر بگذارد.
۳. الزام قانونی: در مورد ادغام و تحصیل معمولاً مصداق ندارد، چراکه تعهدات ناشی از معامله، قراردادی‌اند نه قانونی.
۴. حمایت از منافع حیاتی افراد: صرفاً در مواردی که بدون انتقال داده‌ها ادامه‌ی خدمت‌رسانی حیاتی (مثلاً خدمات پزشکی یا اضطراری) ممکن نباشد.
۵. تأمین منافع عمومی: بیشتر مربوط به اهداف تحقیقاتی یا آماری است و نه منافع اقتصادی شرکت.
۶. منافع مشروع شرکت‌ها در بهره‌برداری تجاری منصفانه از داده‌ها (EDPB, 2024).

در عمل دو مبنای رضایت اشخاص و منافع مشروع شرکت‌ها مهم‌ترین مبانی محسوب می‌شوند. بحث مربوط به رضایت، در بخش بعدی به طور مستقل بررسی خواهد شد؛ اما در برخی موارد، شرکت می‌تواند با اتکا به منافع مشروع و بدون رضایت مستقیم کاربران، داده‌ها را منتقل کند (EDPB, 2023)؛ مشروط بر آنکه سه شرط کلیدی زیر رعایت شود:

نخست: شرکت باید اثبات کند دارای منافع مشروع واقعی و قابل قبولی است. مثلاً شرکتی فناوری‌محور در حال ادغام است و مدعی می‌شود که برای ادامه ارائه خدمات شخصی‌سازی‌شده به کاربران (مثل پیشنهادهای متناسب یا یادآوری تنظیمات قبلی)، نیاز به انتقال داده‌های آن‌ها دارد. در این حالت، شرکت باید نشان دهد که منافع اقتصادی و عملیاتی مزبور، واقعی، مشخص و مشروع‌اند. **دوم:** شرکت باید نشان دهد که انتقال داده‌ها برای تحقق آن منافع ضروری است و راه‌حل جایگزینی وجود ندارد. در ادامه مثال بالا، اگر انتقال سوابق جست‌وجو یا تنظیمات حساب کاربران برای حفظ کیفیت خدمات الزامی باشد، این ضرورت باید مستند شود. اما اگر هدف مذکور با داده‌هایی غیرشناسایی‌پذیر یا با استفاده از روش‌هایی مانند مستعارسازی قابل دستیابی باشد، انتقال مستقیم داده‌های شخصی مجاز نخواهد بود. سوم: شرکت باید میان منافع خود و حقوق و آزادی‌های اشخاص موضوع داده، تعادل ایجاد کند. برای نمونه، اگر داده‌های مورد انتقال شامل اطلاعات حساس مثل وضعیت پزشکی یا اطلاعات مربوط به کودکان باشد، و کاربران نیز انتظار چنین انتقالی را نداشته باشند، باید بررسی شود که آیا منافع تجاری شرکت بر احتمال آسیب به حقوق کاربران برتری دارد یا نه. در چنین شرایطی، شرکت باید اقدامات جبرانی مانند رمزگذاری، محدودسازی دسترسی یا شفاف‌سازی کامل برای کاربران انجام دهد. اگر با وجود این تدابیر، آسیب‌های احتمالی سنگین‌تر از منافع شرکت باشد، انتقال داده‌ها توجیه‌پذیر نخواهد بود (Autoriteit, 2023).

۲. موانع و محدودیت‌ها

در برابر رویکردهای اقتصادی، توجه به حفظ حریم خصوصی اشخاص از طریق حمایت از داده‌های شخصی آنان، از یک سو منجر به وضع شرایط و محدودیت‌هایی برای پردازش و انتقال داده‌ها در قوانین این حوزه شده و از سوی دیگر، در مواردی حتی به منع انتقال داده‌ها انجامیده است. افزون بر دغدغه‌های حقوق بشری، شکل‌گیری دیدگاه‌هایی درباره تجارت مسئولانه و مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها نیز نقش مؤثری در تقویت حفاظت از داده‌ها داشته است. این رویکردها، از طریق اسنادی چون: اصول راهنمای سازمان



همکاری و توسعه اقتصادی برای بنگاه‌های تجاری^{۲۰}، پیمان جهانی سازمان ملل متحد^{۲۱} و اصول راهنمای سازمان ملل درباره بنگاه‌های تجاری و حقوق بشر (۲۰۱۱)، شرکت‌ها را به رعایت مسئولیت‌های اخلاقی و اجتماعی، از جمله در حوزه حریم خصوصی، ملزم کرده‌اند (Ansari, 1402: 86-80).

علاوه بر این، قراردادهای میان شرکت‌ها و کاربران درباره گردآوری و پردازش داده‌ها نیز تعهداتی برای شرکت‌ها ایجاد می‌کند که می‌تواند محدودیت‌هایی برای انتقال داده‌ها به دنبال داشته باشد. بر این اساس، در ادامه، موانع و محدودیت‌های قانونی، قراردادی و فنی انتقال داده‌ها بررسی خواهد شد.

۱-۲. موانع قانونی انتقال داده‌ها

با توجه به اینکه مالکیت به‌عنوان مبنای حمایت از داده‌ها پذیرفته نشده، حق اشخاص بر حریم خصوصی اصلی‌ترین پایه‌ی محدودیت پردازش و انتقال داده‌های شخصی در نظام‌های حقوقی حمایتی به شمار می‌رود. در تعریف این حق، حریم خصوصی به‌عنوان بخشی از زندگی هر فرد در نظر گرفته می‌شود که به طور نوعی، عرفی یا با اعلام قبلی، فرد انتظار دارد دیگران بدون رضایت وی وارد آن قلمرو نشوند، اطلاعات مربوط به آن را مشاهده نکنند یا مورد تعرض قرار ندهند (Ansari, 1390: 38). در آیین‌نامه اجرایی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ایران نیز، این مفهوم به‌صورت بخشی از زندگی افراد تعریف شده است که انتظار دارند بدون رضایت یا اجازه قانونی، نقض نشود.

حریم خصوصی در بعد اطلاعاتی مستقیماً با حق بنیادی‌تری تحت‌عنوان «حق تعیین سرنوشت» مرتبط است. از این منظر، اشخاص باید کنترل داده‌های خود را در اختیار داشته باشند تا از دسترسی اشخاص ثالث به اطلاعات‌شان جلوگیری کنند (Taghavi Fard et al, 1396: 308). البته با آنکه حق بر حریم خصوصی یک حق بنیادین بشر به شمار می‌رود، در جامعه مدرن که اقتصاد آن به شدت بر بهره‌برداری تجاری از داده‌ها استوار است، نمی‌تواند مطلق اجرا شود. هر حقی، حتی حریم خصوصی، باید در تعادل با حقوق مشروع دیگران مانند حق شرکت‌ها برای پردازش منصفانه داده‌ها برای اهداف تجاری قرار گیرد. در نتیجه، قوانین مختلف در حوزه داده‌ها، اصول و قواعدی را برای پردازش پیش‌بینی کرده‌اند تا ضمن جلوگیری از آسیب به حریم افراد، امکان استفاده محدود و مسئولانه شرکت‌ها نیز فراهم شود.

با توجه به این مبانی، برای بررسی موانع قانونی انتقال داده‌ها، باید به مقررات حمایتی داده‌ها رجوع کرد. هرچند در این مقررات بندهای مستقلی درباره انتقال وجود ندارد، اما چون در مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا، انتقال جزو مصادیق پردازش تلقی شده (ماده ۴، بند ۲)، تمامی محدودیت‌ها و شروط پردازش، بر انتقال نیز بار می‌شود.

بر اساس قوانین آمریکا (قانون حریم خصوصی ۱۹۷۴^{۲۲} و اصلاحات ۲۰۲۰)، اصول پردازش سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، مقررات حقوق ایران (از جمله طرح حفاظت از داده‌های شخصی سال ۱۴۰۳ و ماده ۵۹ قانون تجارت الکترونیکی) و به‌ویژه مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا، می‌توان اصول مشترکی برای پردازش و انتقال داده‌ها استخراج کرد. این اصول عبارت‌اند از:

۱. مشروعیت قانونی (مانند وجود رضایت یا منافع مشروع) ۲. شفافیت و اطلاع‌رسانی به کاربران درباره نوع داده‌های مورد انتقال، مقصد انتقال و اهداف استفاده ۳. تعیین هدف مشخص و عدم استفاده از داده‌ها در اهدافی غیر از آنچه اعلام شده ۴. ضرورت و حداقلی بودن انتقال داده‌ها برای تکمیل ادغام یا تحصیل ۵. تضمین دقت، امنیت و محرمانگی داده‌ها (مثلاً از طریق رمزنگاری یا محدودسازی دسترسی)^{۲۳} ۶. پاسخ‌گویی و مسئولیت‌پذیری پردازشگران و شرکت‌های درگیر انتقال.

همچنین از محدودیت‌های قانونی انتقال داده‌ها، زمانی است که این انتقال به‌صورت فرامرزی انجام شود. در این حالت، نظارت سخت‌گیرانه‌تری وجود دارد (Saleh Abadi et al, 1396: 18). برای نمونه، در اتحادیه اروپا مواد ۴۴ تا ۵۰ مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها تصریح کرده‌اند که انتقال داده به خارج از اتحادیه تنها در صورت تأیید کمیسیون اروپا مبنی بر وجود استانداردهای حفاظتی کافی در کشور مقصد مجاز است. کمیسیون اروپا نیز فهرست کشورهای مجاز را به‌صورت دوره‌ای منتشر می‌کند. در ایران، قانون

20. The OECD Guidelines for Multinational Enterprises 1976

21. UN Global Compact

22. Privacy act of 1974.

۲۳ این مسئله در بند ۱۱۴ قانون برنامه هفتم توسعه نیز مورد تأکید قرار گرفته است.



خاصی برای این موضوع وجود ندارد، اما طرح حفاظت از داده‌های شخصی ۱۴۰۳ (که هنوز شان قانونی ندارد)، انتقال فرامرزی داده‌ها را منوط به تأیید مرجع خاصی دانسته است.

در نهایت، از دیگر موانع قانونی انتقال داده‌ها در ادغام و تحصیل‌های داده‌محور، قواعد حقوق رقابت هستند. این قواعد از ایجاد انحصار یا موقعیت مسلط به واسطه ادغام شرکت‌های داده‌محور جلوگیری می‌کنند. البته این قواعد صرفاً در صورتی مانع انتقال داده‌ها می‌شوند که انتقال موجب اخلاص در رقابت بازار گردد. از آنجایی که در برخی موارد، ادغام حتی به افزایش رقابت و کاهش انحصار نیز منجر می‌شود (Burns, 1957: 60)، اغلب دخالت مراجع رقابتی حداقلی بوده و لذا نقض حریم خصوصی، به‌تنهایی نمی‌تواند مبنای ورود این نهادها قرار گیرد (Zand & Ansari, 1403: 126-130).

۲-۲. موانع قراردادی انتقال داده‌ها

در بازارهای دیجیتال معاصر، شرکت‌ها علاوه بر پایبندی به الزامات قانونی، با تنظیم اسناد داخلی مانند خط‌مشی‌های حریم خصوصی و شرایط استفاده از خدمات و نیز اخذ رضایت از کاربران، بخشی از تعهدات خود را در قالب خودتنظیمی ایفا می‌کنند. این اسناد، ضمن اطلاع‌رسانی درباره نحوه استفاده از داده‌ها و افزایش شفافیت، می‌توانند به‌صورت پیش‌بینی در تعریف حدود اختیارات شرکت در پردازش یا انتقال داده‌ها نقش ایفا کنند و در مواردی نیز مسئولیت شرکت را کاهش دهند.

در این میان، محتوای این اسناد اهمیت بسیاری دارد. گاه شرکت‌ها در خط‌مشی‌های خود، با صراحت انتقال داده‌ها به اشخاص ثالث را ممنوع می‌دانند. نمونه بارز آن، پرونده‌ی ورشکستگی رادیوشاک^{۲۴} در سال ۲۰۱۵ است. در این پرونده، تلاش شرکت برای فروش داده‌های مشتریان با مخالفت کمیسیون تجارت فدرال آمریکا مواجه شد؛ زیرا در خط‌مشی‌های پیشین، شرکت تعهد کرده بود که داده‌های شخصی مشتریان را به اشخاص ثالث واگذار نکند. بنابراین، انتقال داده‌ها در این فرایند ممنوع اعلام شد. این نمونه نشان می‌دهد که تعهدات قراردادی شرکت‌ها در قالب اسناد حریم خصوصی، می‌تواند مانعی حقوقی برای انتقال داده‌ها در رویدادهایی مانند ادغام یا ورشکستگی باشد. در مقابل، ممکن است در همین اسناد، حق انتقال داده‌ها به شرکت خریدار در صورت ادغام یا تحصیل پیش‌بینی شده باشد. با این حال، برای اعتبار چنین شرطی، لازم است این حق به‌گونه‌ای صریح، با ذکر موارد، شرایط و محدودیت‌های انتقال و اطلاع از امکان اعتراض یا پس گرفتن رضایت در موارد خاص، تدوین شده باشد (Meyer, 2015).

همان‌طور که بیان شد، یکی از مهم‌ترین مبانی قانونی و قراردادی انتقال داده‌ها، کسب رضایت افراد موضوع داده‌ها است. این رضایت معمولاً از طریق پذیرش قراردادهای استفاده از خدمات یا خط‌مشی‌های حریم خصوصی، اخذ می‌شود. اما صرف وجود یک بند رضایت‌نامه کافی نیست. رضایت باید آزادانه، آگاهانه، مشخص و بدون ابهام باشد؛ در غیر این صورت، نه تنها فاقد اعتبار است، بلکه ممکن است خود، به مانعی برای انتقال قانونی داده‌ها تبدیل شود (Ansari & Attar, 1402: 156). مسئولیت اثبات وجود چنین رضایتی با چنین شرایطی نیز بر عهده شرکت‌ها است. در موارد مربوط به داده‌های حساس، معمولاً رضایت صریح نیز مورد نیاز می‌باشد (Orrick, 2015). در حقوق ایران نیز، نمونه‌هایی از توجه به رضایت در زمینه داده‌های شخصی وجود دارد. از جمله، بند ۱۱۴ قانون برنامه هفتم توسعه و آیین‌نامه اجرایی آن در سال ۱۴۰۳، که دسترسی شرکت‌ها و پلتفرم‌های خصوصی به اطلاعات و سوابق معاملاتی اشخاص نزد نهادهای عمومی را منوط به کسب رضایت طرفین معامله دانسته‌اند. هرچند در این مواد، انتقال داده به معنای خاص مورد بحث نیست، اما همین شرط رضایت نشان می‌دهد که مقنن با در نظر گرفتن اصول بنیادین حمایت از داده‌ها، به‌ویژه در سطح قراردادی، در جهت تضمین کنترل اشخاص بر داده‌های خود گام برداشته است.

اگر رضایت اشخاص به‌درستی و در قالب قراردادهای حریم خصوصی جلب نشود و مبنای قانونی دیگری نیز وجود نداشته باشد، انتقال داده‌های شخصی ممکن نخواهد بود. در این شرایط، افراد از حقوقی برخوردارند از جمله:

۱. حق اعتراض به انتقال داده‌ها که در صورت ارائه دلایل موجه، منجر به توقف آن می‌شود.
۲. حق درخواست محدودسازی انتقال و پردازش داده‌ها پس از معامله، در صورتی که اهداف یا روش‌های پردازش قبلاً اعلام نشده باشند.
۳. حق حذف داده‌ها در صورت بازپس‌گیری رضایت. این حقوق در مقررات اتحادیه اروپا، قوانین فدرال و ایالتی آمریکا، قانون تجارت الکترونیکی ایران و طرح‌های ملی حمایت از داده‌ها پیش‌بینی شده‌اند (Vrabec, 2021: 38). همچنین، آیین‌نامه اجرایی بند «ت» ماده ۱۱۴ قانون



برنامه هفتم توسعه ایران، حذف داده‌ها ظرف یک ساعت پس از انجام معامله را راهکاری برای حفظ حریم خصوصی افراد دانسته است. گرچه مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها در اتحادیه اروپا، مستقیماً به خط‌مشی‌های حریم خصوصی اشاره نکرده است، اما بسیاری از مواد مرتبط با شفافیت و اطلاع‌رسانی را می‌توان با این اسناد مرتبط دانست، چراکه درج جزئیات در این اسناد یکی از ابزارهای اصلی شفاف‌سازی است. در همین راستا، قانون حریم خصوصی مصرف‌کنندگان کالیفرنیا (۲۰۱۹) ^{۲۵} و دستورالعمل اجرایی حفاظت از اطلاعات کاربران در ایران (۱۴۰۲)، شرکت‌ها را به تنظیم چنین اسنادی ملزم کرده‌اند. بر این اساس بهتر است شرکت‌ها در اسناد حریم خصوصی، شرطی برای پیش‌بینی امکان انتقال داده‌ها، همراه با شرایط و جزئیات آن درج کنند (Termsfeed, 2024).

در نهایت، کلیه حقوق و تعهدات قراردادی میان شرکت هدف ادغام یا تحصیل و مشتریان آن، همراه با قراردادهای خط‌مشی حریم خصوصی، به شرکت یا مدیران جدید منتقل می‌شود. بنابراین، شرکت جدید نیز باید همان محدودیت‌ها و اهدافی را که پیش‌تر برای استفاده از داده‌ها تعیین شده‌اند رعایت کند. به‌ویژه، نمی‌توان از داده‌های شخصی موجود برای اهدافی استفاده کرد که پیش‌تر اعلام نشده و رضایت کاربران نیز نسبت به آن‌ها اخذ نشده است. علت این الزام، استمرار اعتبار قرارداد اولیه تا پایان دوره پردازش داده‌ها است. همچنین، اگر کاربر رضایت خود را بازپس گیرد، این اقدام به‌منزله فسخ قرارداد پردازش بوده و شرکت منتقل‌الیه مکلف است داده‌های او را از سامانه‌های خود حذف کند. چنین محدودیت‌هایی می‌تواند به‌شدت ارزش تجاری داده‌های شرکت هدف را کاهش دهد و بر توانایی شرکت خریدار در بهره‌برداری از داده‌ها پس از ادغام اثر منفی بگذارد. به همین دلیل، پیش از انجام معامله، بررسی دقیق اسناد حریم خصوصی موجود و ارزیابی توان پایبندی به تعهدات مندرج در آن‌ها، ضروری است و در ارزش‌گذاری نهایی نقش مهمی دارد. علاوه بر این، در متن قرارداد ادغام یا تحصیل نیز ممکن است شروطی برای تضمین امنیت و حفظ حریم داده‌های مشتریان شرکت سابق درج شود. این تعهدات می‌تواند شامل الزاماتی نظیر: حفظ محرمانگی، تعیین استانداردهای فنی مشخص، استفاده از نهادهای مستقل برای ارزیابی امنیت اطلاعات، ممیزی‌های دوره‌ای، جداسازی فیزیکی داده‌ها، رمزگذاری، مستعارسازی و کنترل دسترسی باشد. هدف از این الزامات، تضمین حفاظت از داده‌های مشتریان و جلوگیری از شکایات حقوقی، آسیب به اعتماد عمومی یا کاهش سودآوری شرکت پس از معامله است. همچنین، هزینه اجرای این اقدامات باید در قیمت معامله (ثمن قرارداد) لحاظ شود (FWM, 2014).

۲-۳. موانع فنی و عملیاتی انتقال داده‌ها

از دیگر موانع مهم انتقال داده‌های شخصی در فرایند ادغام و تحصیل، چالش‌های فنی و عملیاتی است که گاهی آن‌قدر پیچیده می‌شوند که عملاً امکان انتقال داده‌ها را از میان می‌برند. یکی از این چالش‌ها، ناسازگاری میان سیستم‌های اطلاعاتی شرکت‌هاست. در بسیاری از موارد، شرکت‌ها از نرم‌افزارها، پلتفرم‌ها یا پایگاه‌های داده‌ای متفاوتی استفاده می‌کنند که با یکدیگر همخوانی ندارند. این ناسازگاری باعث می‌شود که داده‌ها به‌راحتی قابل خواندن یا پردازش نباشند. برای رفع این مشکل، ابتدا باید عملیات تبدیل، استانداردسازی و یکپارچه‌سازی داده‌ها انجام شود، تا داده‌ها به شکل قابل استفاده در سیستم جدید منتقل شوند. این فرایند زمان‌بر، پرهزینه و نیازمند استفاده از فناوری‌هایی است که امنیت داده‌ها را در حین انتقال تضمین می‌کنند (Raysync, 2022).

عامل مهم دیگر، ضعف در ارزیابی ریسک‌های امنیتی است. اگر پیش از انتقال، داده‌های شخصی به‌درستی شناسایی، طبقه‌بندی و بررسی نشوند، ممکن است در طول یا پیش از فرایند انتقال، نقض حریم خصوصی یا افشای داده‌ها رخ دهد. این موضوع نه تنها می‌تواند منجر به اعتراض اشخاص موضوع داده یا ورود مراجع نظارتی شود، بلکه ممکن است با جریمه‌های مالی، آسیب به شهرت شرکت و در نهایت توقف فرایند ادغام یا تحصیل همراه گردد. انجام ارزیابی‌های امنیتی دقیق، نیازمند منابع مالی، انسانی و فنی قابل توجهی است؛ منابعی که معمولاً در جریان ادغام و تحصیل شرکت‌ها، به‌ویژه در شرکت‌های دچار بحران مالی که اتفاقاً به همین دلیل در حال ادغام یا تحصیل هستند، به‌سختی فراهم می‌شوند. گاهی نیز حتی با وجود ارزیابی، راهکار مؤثری برای کاهش برخی ریسک‌ها وجود ندارد. به همین دلیل، ارزیابی ریسک در بسیاری از موارد، خود به یک مانع مستقل و جدی برای انتقال داده‌ها تبدیل می‌شود (Guntrip, 2024).

افزون بر این، هزینه‌های عملیاتی مرتبط با تأمین ساختارها و فرایندهای فنی مناسب جهت انتقال داده‌ها نیز قابل توجه‌اند (Eleftheriou et al, 2018: 106). این هزینه‌ها شامل تهیه و ارتقای زیرساخت‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری، استخدام کارشناسان امنیت داده و صرف زمان برای طراحی و اجرای فرایندهای ایمن انتقال است. همچنین انتقال امن داده‌ها مستلزم به‌کارگیری تدابیر

25. California consumer privacy act 2019.



حفاظتی دقیق از جمله رمزنگاری، مستعارسازی، اعمال کنترل‌های دسترسی، استفاده از سامانه‌های احراز هویت و پیاده‌سازی مکانیزم‌های نظارتی مستمر است. علاوه بر این، در قراردادهای اشتراک‌گذاری داده‌ها نیز باید مسئولیت‌ها، محدودیت‌ها و روش‌های جبران خسارت به‌صراحت مشخص شود. (Ureason, 2024)

حجم بالای داده‌ها نیز مانع مهم دیگری به‌شمار می‌آید. شرکت‌های بزرگ معمولاً داده‌های شخصی فراوانی را در اختیار دارند. انتقال این حجم عظیم از داده‌ها، هم پرهزینه و هم زمان‌بر است. در بسیاری از موارد، زیرساخت‌های موجود در شرکت منتقل‌الیه، ظرفیت لازم برای مدیریت و پردازش این حجم از داده‌ها را ندارند. برای حل این مشکل، لازم است از فناوری‌های پیشرفته و روش‌های مدیریت داده بهره‌گیری شود. (SNP, 2024)

در مجموع، این موانع فنی نشان می‌دهند که انتقال داده‌های شخصی در فرایند ادغام و تحصیل، بدون برنامه‌ریزی دقیق، ارزیابی ریسک، فراهم کردن زیرساخت‌های مناسب و رعایت الزامات قانونی و امنیتی، می‌تواند با اختلال جدی مواجه شده و حتی متوقف گردد.

نتیجه‌گیری

پردازش و انتقال داده‌های شخصی، در صورتی که به‌درستی انجام شود، می‌تواند ارزش افزوده بیشتری برای پلتفرم‌های دیجیتال، شرکت‌ها و حتی کاربران داشته باشد. دسترسی به داده‌ها و تحلیل آن‌ها، ضمن کاهش عدم تقارن اطلاعاتی و تسهیل تراکنش‌های کارآمد، تبلیغات هدفمند را ممکن می‌سازد. این امر نه‌تنها موجب افزایش تقاضا در بازار و سودآوری بیشتر شرکت‌ها می‌شود، بلکه آن‌ها را به بهبود کیفیت کالا و خدمات ترغیب می‌کند. از سوی دیگر، کاربران نیز خدمات و تبلیغاتی متناسب با نیازها و ترجیحات خود دریافت می‌کنند. با این حال، تحقق این منافع مشترک، مشروط به ایجاد احساس امنیت در کاربران نسبت به استفاده از داده‌هایشان و تضمین حریم خصوصی آنان از طریق رعایت الزامات قانونی و به‌کارگیری تدابیر فنی مؤثر است. تعادل میان بهره‌برداری اقتصادی از داده‌ها و حفظ حقوق بنیادی افراد، ضرورتی است که در بسیاری از موارد نادیده گرفته می‌شود. به‌ویژه در فضای دیجیتال معاصر که از یک‌سو تحت تأثیر نیاز شدید شرکت‌ها به داده برای رشد اقتصادی و رقابت‌پذیری قرار دارد و از سوی دیگر باید اصول کرامت انسانی و حق بر حریم خصوصی را در مرکز توجه قرار دهد.

در چنین بستری، بررسی امکان انتقال داده‌های شخصی در فرایندهایی چون ادغام و تحصیل، نیازمند توجه به هر دو جنبه اقتصادی و حقوق بشری است. اجماع موجود در میان حقوق‌دانان درباره مالیت داده‌های شخصی، امکان انتقال آن‌ها به‌عنوان دارایی را در چارچوب این فرایندها قابل توجیه می‌سازد. هرچند برخی به نظریه مالکیت بر داده‌ها استناد می‌کنند، اما همان‌طور که توضیح داده شد، پذیرش مالکیت به‌معنای سنتی آن بر داده‌های شخصی، با ساختارهای حقوقی کنونی همخوانی ندارد. در واقع ضرورتی برای توجیه مالکیت نیز وجود ندارد، چراکه مبانی قانونی و اقتصادی موجود، انتقال داده‌ها را از حیث «حق کنترل» و «دسترسی» توجیه‌پذیر می‌سازند، بدون آنکه نیاز به انتقال مالکیت به‌معنای قراردادی آن باشد. از آنجا که قوانین حمایت از داده‌های شخصی عمدتاً با رویکرد حقوق بشری تنظیم شده‌اند، شرایط، تشریفات و محدودیت‌های ناظر بر انتقال، باید با اصولی چون شفافیت، اطلاع‌رسانی مؤثر، کسب رضایت آزادانه، رعایت استانداردهای امنیتی، الزامات انتقال فرامرزی و همچنین ملاحظات حقوق رقابت، انطباق داشته باشند.

در عمل نیز، بسیاری از کشورها و شرکت‌های فناوری پیشرو، در تطبیق با این اصول قانونی و با بهره‌گیری از ابزارهای خودتنظیم‌گری، اقدام به تنظیم اسناد حریم خصوصی و قراردادهایی می‌کنند که در آن‌ها نحوه پردازش، انتقال و استمرار تعهدات در قبال داده‌های کاربران، به‌روشنی تبیین شده است. این اسناد به‌ویژه در فرایندهای ادغام و تحصیل، اهمیت بسزایی یافته‌اند و الگویی برای دیگر بازیگران بازار به‌شمار می‌آیند. علاوه بر تعهدات قراردادی، رعایت تمهیدات فنی برای انتقال ایمن داده‌ها، شرطی اساسی برای موفقیت این فرایند است. به همین دلیل، موانع عملیاتی و ریسک‌های امنیتی باید پیش از هرگونه تراکنش به‌دقت بررسی و مدیریت شوند.

در نهایت، یافته‌های این پژوهش حاکی از آن است که انتقال داده‌های شخصی در چارچوب ادغام و تحصیل شرکت‌ها، امکان‌پذیر است؛ اما این انتقال باید تابع ضوابط مشخص و اصول قانونی دقیق باشد. رعایت حقوق اشخاص موضوع داده و نیز رعایت استانداردهای امنیتی، شرط اساسی اعتبار چنین انتقالی است. بی‌توجهی به این ملاحظات، نه‌تنها مانع انتقال داده‌ها می‌شود، بلکه اعتماد عمومی را نسبت به شرکت کاهش داده و می‌تواند موجب بروز چالش‌های حقوقی، عملیاتی و کاهش مزیت رقابتی در بازار گردد. در مقابل، رعایت این اصول، راه را برای توازن میان منافع تجاری شرکت‌ها و حقوق کاربران هموار می‌سازد.



References

1. Adl, Mustafa. (2006). Civil Law, second edition, Taha Publications, Qazvin.
2. Akkermans, Bram. (2015). The Numerus Clausus of Property Rights. M. Graziadei and L. Smith, eds., Comparative Property Law: Global Perspectives, Cheltenham: Edward Elgar, 2016, Maastricht Faculty of Law Working Paper, 1-23. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2693667>.
3. Alborzi, Sadrollah. (1382). Creating favorable conditions for company mergers. Taavon Journal, 148, 72-77. (In Persian)
4. Ansari, Bagher. (1390). Privacy Law. Ed 3, Samt Publications, Tehran, Iran. (In Persian)
5. Ansari, Bagher. (1402). Principles of Personal Data Processing. First Edition, Enteshar Company Publications, Tehran, Iran. (In Persian)
6. Ansari, Bagher & Ansari, Esmail. (1391). Economic Analysis of Information Law. Comparative Law Review Journal, 3(2), 1-21. (In Persian)
7. Ansari, Bagher & Attar, Shima. (1402). Rights of Cyberspace Users. First Edition, Enteshar Company Publications, Tehran, Iran. (In Persian)
8. Autoriteit Persoonsgegevens. (2023). Legal bases from the GDPR explained. Available at: (<https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/themes/basic-gdpr/gdpr-basics/legal-bases-from-the-gdpr-explained>) Visited 2025/01/15.
9. Bahmanpouri, Abdollah & Shadmanfar, Mohammad Reza & Pourgholami Farashbandi, Mojtaba. (2014). A jurisprudential study of the ownership of computer data, Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, 47(2), 231-244, doi: 10.22059/jjfil.2014.53403.
10. Bergelson, Vera. (2003). It's Personal But is it Mine? Toward Property Rights in Personal Information, UC Davis Law Review, 37(379), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=870070>.
11. Bottis, M. & Bouchagiar, G. (2018). Personal Data v. Big Data: Challenges of Commodification of Personal Data, Open Journal of Philosophy, 8, 206-215. doi: 10.4236/ojpp.2018.83015.
12. Bruegel. (2016). The economic value of personal data for online platforms. firms and consumers, Available at: (<https://www.bruegel.org/blog-post/economic-value-personal-data-online-platforms-firms-and-consumers>) Visited 2025/07/01.
13. Burns, Joseph W. (1957). Legal, Economic and Political Considerations Involved in Mergers. Vanderbilt Law Review, 11, 59-84.
14. Clarkson, Kenneth W. & Miller, Roger LeRoy. (1982), Industrial Organization, Theory, Evidence, and Public Policy, McGraw-Hill Book Company, London.
15. DePamphilis, D. (2018), Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: An Integrated Approach to Process, Tools, Cases, and Solutions. 9th ed. Academic Press, New York.
16. Edwin W. Miller, (2008), Merger & Acquisition, Blackwell, New York.
17. Eleftheriou, Iliada & Embury, Suzanne M. & Moden, Rebecca, et al. (2018). Data journeys: Identifying social and technical barriers to data movement in large, complex organisations, Journal of Biomedical Informatics, 78, 102-122.
18. Emami, Hassan. (1377). Civil law. Volume 1, Ed 2, Eslamie Publications, Tehran, Iran. (In Persian)
19. Esmaeili, Mohsen & Narimanpour, Mahdi. (1403). Legal Basis of Personal Data Exchange (Comparative Study of EU General Data Protection Regulations and Iranian Law). Islamic Law, 21(82), 123-165. (In Persian)
20. European Data Protection Board. (2023). Process personal data lawfully. Available at: (https://www.edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/process-personal-data-lawfully_en) Visited 2025/01/12.



21. European Data Protection Board. (2024). Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)(f) GDPR.
22. Financier Worldwide Magazine. (2014). The value of data assets in a US M&A deal. Available at: (<https://www.financierworldwide.com/the-value-of-data-assets-in-a-us-ma-deal-three-key-questions-to-ask>) Visited 2025/01/26.
23. Galli, Ermes. (2021). The commodification of our digital identity, Available at: (https://www.filodiritto.com/commodification-our-digital-identity#_ftn47) Visited 2025/06/31.
24. Glancy, Dorothy J. (2016). Personal Information as Intellectual Property, Available at: (https://www.law.berkeley.edu/files/belt_IPSC2010Glancy2.pdf).
25. Guntrip, Mark. (2024). The Top 5 Barriers to Data Sharing and How to Overcome Them. Available at: (<https://www.immuta.com/blog/the-top-5-barriers-to-data-sharing-and-how-to-overcome-them/>) Visited 2025/01/14.
26. Katouzian, Nasser. (2019). Property and Ownership, fifty edition, Mizan Publications, Tehran.
27. Kusstatscher, Verena & Cooper, Cary L. (2005). Managing Emotion in Merger and Acquisition, Edward Elgar Publishing, UK.
28. Latifzadeh, Mahdih & Qabouli Dorafshan, Seyyed Mohammad Mahdi & Mohseni, Saeed & Abedi, Mohammad. (1401). Identifying the nature of personal data and searching for an appropriate legal basis to support it in the Iranian legal system, Studies in Islamic Jurisprudence and Law, 14(27), 361-394. doi: 10.22075/feqh.2021.22153.2696.
29. Lauren Henry Scholz. (2016). Privacy as Quasi-Property, 101 Iowa L. Rev. 1113-1142, Available at: (<https://ir.law.fsu.edu/articles/418>).
30. Mamun, Abdullah & Dev, Mishra & Lei, Zhan. (2021). The value of intangible capital transfer in mergers. Journal of Economics and Business, 117, 1-18.
31. Meyer, Catherine D. (2015). Transferring Customer Data in an Asset Sale. Available at: (<https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/transferring-customer-data-in-an-asset-sale.html>) Visited 2025/01/25.
32. Orrick. (2015). Fines Issued for Transfer of Customer Data in an M&A Asset Deal. Available at: (<https://www.orrick.com/en/Insights/2015/08/Fines-Issued-for-Transfer-of-Customer-Data-in-an-MA-Asset-Deal>) Visited 2025/1/17.
33. Panahi, Mahdi & Shams, Ahmad & Mohammad Taheri, Mahmood Reza. (1399). Explain the concept of property and their types in the virtual world. Islamic Law Research Journal, 21(1), 243-266. (In Persian)
34. Purtova, Nadezhda. (2009). Property in Personal Data: A European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation. European Journal of Legal Studies 2(3), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract-2363634>.
35. Raysync. (2022). 3 Challenges Faced by Big Data Transfer Technology. Available at: (<https://www.raysync.io/news/3-challenges-faced-by-big-data-transfer-technology/>) Visited 2025/01/20.
36. Razavi, Seyyed Ali & Razavi, Seyyed Muhammad & Pasban, Muhammad Reza. (1398). The Legal Nature of Merger of Companies; A Comparative Study in Imamiyah Jurisprudence. Iranian and Egyptian Law, Civil Jurisprudence Doctrines, 19, 3-32.
37. Rejali, Mohsen & Rashvand, Mehdi & Badee Sanaye Esfahani, Amin. (1392). Legal Nature of Transferring Debts within Merging Public Companies and its impacts on Non-shareholder Creditors and Debtors. Dadgostari Legal Journal, 77(84), 70-102. (In Persian)
38. Saleh Abadi, Zahra & Soleiman Dehkordi, Elham & Hosseini, Saede. (1396). Principles governing the protection of personal data with emphasis on the Iranian legislative system. The Second International Conference



- and the Fourth National Conference on Management and Humanities Research, Tehran, Iran. (In Persian)
39. Samuelson, Pamela. (2000). Privacy As Intellectual Property? *Stanford Law Review*, 52(5), 1-42.
 40. Schwartz, Paul M. (2005), Property, Privacy, and Personal Data, *HARVARD LAW REVIEW*, 117, 2055-2128, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=721642>.
 41. Singh, A. (2016). Protecting Personal Data as a Property Right, *ILI Law Review*, 123-139.
 42. SNP. (2024). Data transformation challenges in mergers and acquisitions, Available at: (<https://www.snpgroup.com/en/resources/blog/data-transformation-challenges-in-mergers-and-acquisitions/>) Visited 2025/06/31.
 43. Sogomi, Frankline & Thurania, Monica & Kamau, Charles. (2022). Economic Impact of Mergers and Acquisitions in Corporate World: An African context. *African Journal of Commercial Studies*, 1, 15-26.
 44. Stebbins, Ann Beth & Hartmann, Thad, (2025), Mergers & Acquisitions Laws and Regulations USA 2025, Available at: (<https://iclg.com/practice-areas/mergers-and-acquisitions-laws-and-regulations/usa>) Visited 2025/06/31.
 45. Tabatabai Hesari, Nasrin & Sahranavard, Ghazaleh. (1403). Digital Assets as Security. *Economic Law Journal*, 31(26), 1-21. (In Persian)
 46. Tabatabaei Nejad, Mohammad. (1389). Information as An Asset for Domestic Companies. The Second National Conference on Promoting Domestic Power, Tehran, Iran. (In Persian)
 47. Taghavi Fard, Mohammad Taghi & Mohammad Reza, Taghavi & Faghihi, Mehdi and Jamshidi, Mohammad Javad. (2017). A Comparative Study on Information Privacy Protection Acts in Iran and Selected Countries. *Majlis and Rahbord*, 24(89), 301-333. (In Persian)
 48. Tanveer, Hussain & Abongeh A, Tunyi & Jacob, Agyemang. (2023). Corporate governance transfers: the case of mergers and acquisitions. *International Journal of Disclosure and Governance*, 21, 543-567.
 49. Termsfeed. (2024). Business Transfer Clause in Privacy Policy. Available at: (<https://www.termsfeed.com/blog/business-transfer-privacy-policy/>), Visited 2025/01/10.
 50. Tienari, J. & Vaara, E. (2016). Identity construction in mergers and acquisitions: A discursive sensemaking perspective. *Handbook of Organizational Identity*, Oxford University Press, England.
 51. Ureason. (2024). Data Sharing - The Barriers. Available at: (<https://www.ureason.com/resources/data-sharing-part-2/>) Visited 2025/01/14.
 52. Van Erp, Sjef. (2023). The Future of Private Law between Sustainability Challenges and the Digital Revolution.'Managed Retreat' and Digital Assets as Examples. SSRN, 1-14.
 53. Vrabec, Helena U. (2021). Data Subject Rights under the GDPR with a Commentary through the Lens of the Data-driven Economy. Oxford University Press, England.
 54. Walton, Chris. (2024). Legal Aspects of Mergers and Acquisitions. Available at: (<https://etonvs.com/legal-aspects-of-mergers-and-acquisitions/>) Visited 2025/01/26.
 55. YING, HU. (2021). Private and common property rights in personal data, 173-201.
 56. Zahedi, Mahdi & Chavoshi Lahrood, Ebrahim. (1401). Comparative Study of the principle of Numerus Clausus in the intellectual property rights. *Comparative Law Review Journal*, 13(2), 553-575. (In Persian)
 57. Zand, Hossein & Ansari, Bagher. (1403). Data Protection in Iranian Statutory Law. Ed 2, Enteshar Company Publications, Tehran, Iran. (In Persian)



An analysis of the Constitutional Political Economy and Its Relation to Legal Discourse: Explaining the Distinction of Fundamental Concepts in the Framework of Interdisciplinary Studies

Amir Hossein Bamati tousi^{1*} , Mustafa Mansourian² , Mohammad Barzegar Khosravi³ 

1. Master's student in public law, Department of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

(*- Corresponding Author Email: amirtousi77@gmail.com)

2. Assistant Professor, Department of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

3. Assistant Professor, Economic Law group, Parliament Research Center, Tehran, Iran

Received: 2025-05-22

Revised: 2025-07-26

Accepted: 2025-08-20

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Bamati tousi, A. H; Mansourian, M., & Barzegar Khosravi, M. (2025). An analysis of the Constitutional Political Economy and Its Relation to Legal Discourse: Explaining the Distinction of Fundamental Concepts in the Framework of Interdisciplinary Studies. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32(27): (153-173) (in Persian with English abstract).
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.93339.1452>

1. INTRODUCTION

Constitutional political economy is a theoretical and interdisciplinary approach that seeks to explain the nature and function of diverse and alternative legal models that have a fundamental place in the institutional order of societies. This epistemological domain, on the one hand, has a close and structural relationship with the knowledge of Constitutional law, and on the other hand, by utilizing the analytical tools and conceptual capacities of economics, it attempts to analyze the motivational mechanisms of institutions and provide a coherent and effective framework for designing and regulating the rules governing economic and political behavior. The economic analysis of constitutions, also known as 'constitutional economics' or 'constitutional political economy' is a young research program. Standard economics used to focus on the analysis of choices within rules, thus assuming rules to be exogenously given and fixed. Constitutional economics broadens this research program by analyzing the choice of rules, using the established method of economics, i.e. rational choice.

"Law" in the sense of specific rules enacted by legislators, initially played a marginal role in normative analysis. as soon as the study of constitutional rules became the focus of scientific inquiry, It is obviously necessary to give explicit attention to constitution. Like law and economics, the CPE paradigm is primarily concerned with the comparative analysis of social, economic, and political institutions. But its foundational assumptions offer a distinct contrast to the mainstream neoclassical paradigm that has dominated law and economics as a field. As a result, the CPE research paradigm provides a unique perspective on subject areas traditionally treated within law and economics. Although the two terms 'rule' and 'law' are common and frequently used in legal discourse and have consistently held a prominent position in studies within this field, the question of why this theoretical approach—despite its



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



significant analytical potential— has not been given due and appropriate attention in legal science is a matter that requires serious reflection and examination. Therefore, the first step toward explaining and developing this issue is to clarify its fundamental concepts and systematically outline its relationship with the field of law. Accordingly, the present study seeks to take a step towards developing and deepening this theoretical framework by analyzing concepts such as “political economy,” “constitutional rules,” and “constitution” from the perspective of the Constitutional Political Economy, and by comparing this approach with common readings in Law. This paper, by focusing on the explaining the fundamental concepts of the constitutional political economy and analyzing its similarities and differences with the legal approach, aims to open a new horizon for the theoretical and methodological development of this perspective. The present article, with a comparative and analytical approach, attempts to identify the existing conceptual and theoretical gaps and contribute to the enrichment of the interdisciplinary literature on the link between law and economics.

2. PURPOSE

Constitutional Political Economy (CPE) is a component of a broader range of theoretical approaches in modern economics, including public choice theory, new institutional economics, the economics of property rights, law and economics, among others. They all aim at rectifying the institutional deficit of orthodox neoclassical economics by focusing attention on how socioeconomic-political processes are shaped by the rules and institutions within which they unfold. CPE’s distinguishing feature is the particular attention it pays to the choice of rules as a means to make such processes better serve the preferences of the individuals involved.

The necessity and significance of research in this field stem from the fact that the formation, selection, and evolution of constitutional rules and their institutional consequences in the real world, must be continuously examined. A review of the literature in the field of Constitutional Political Economy shows that—despite extensive research on this perspective and its relationship with other social sciences—there is currently a lack of studies that compare its fundamental concepts with those of the legal approach. Therefore, the purpose of this research is to explain the concepts of political economy, constitution, and constitutional rules within this approach, and to evaluate these concepts in comparison with the legal perspective. Finally, the differences between these two approaches are analyzed from both methodological and Theoretical foundations perspectives.

3. METHODOLOGY

This article employs a descriptive-analytical approach to explore the theoretical foundations of Constitutional Political Economy. It relies primarily on library-based resources, scholarly debates, and conceptual developments within the field. Drawing on the insights of leading scholars in economics, law, and the social sciences, the study aims to provide a comprehensive understanding of the core concepts and the interrelations among them.

4. FINDINGS

Political economy is an analytical method in economics that analyzes political behavior and institutions. Political economy is an approach that includes the political environment in the analytical model of economic policy-making. Considering this approach makes it possible to show the reasons for the deviation of resources from the Pareto optimum in the economy. One of the foundational principles of political economy is the existence of heterogeneous social group interests, which lead to social conflict arising from policy decisions. In other words, the diversity of interests results in different social groups having varying preferences toward institutions. From this standpoint, law—as an institution—holds significant importance within the framework of political economy. Buchanan’s work shows that by coining the term “political economy,” he sought to distinguish his approach from both neoclassical economics and modern political science.

The analysis of the constitution within the framework of constitutional political economy requires moving beyond the traditional view of it as a binding legal text and transitioning to a more analytical and functional level. In this approach, the constitution is not merely seen as a legal document, but as a set of rules that regulates



collective behavior at foundational levels and defines the framework for subsequent decision-making. These rules, in essence, establish the “rules of the game”; rules that organize governing institutions, the distribution of power, policy-making processes, and the limits of authority of political actors. Through studying the works of scholars in this approach, five concepts of the constitution have been inferred: (1) The Constitution As a Social Contract, (2) The Constitutional Contract As Principal-Agent Relationship, (3) The Constitutional Contract As a Precommitment Device, (4) The Constitution As a Bundle of Conventions and (5) The Constitution As the Result of an Evolutionary Process. Each of these concepts has a detailed explanation, which is included in the article. Scholars of Constitutional Political Economy interpret “law” as something employed by actors as a means to implement the game based on the “underlying rules of the game” defined by the game theorist. In this sense, “law” establishes a framework of game constraints; an effort to send behavioral signals and coordinate around a specific equilibrium in the game. To clarify the discussion and better understand the meanings attributed to “laws,” it is necessary to distinguish between “nine types” of rules, which can be represented in a three-by-three matrix. One of the dimensions of this matrix consists of the distinction between primary and secondary and tertiary rules. Primary rules are those rules that directly grant rights or impose obligations. Secondary rules then relate to the ways in which primary rules may be made, revised or rescinded and Tertiary rules might then be identified as rules identifying particular ‘modes of play’. The second dimension of the matrix that describes the anatomy of rules is provided by the form of the rule in question rather than its logical type, and again we may identify three forms of particular relevance: the constitutional, the legal and the informal. A constitutional rule is one that is entrenched and protected within a constitutional framework (whether that framework is formulated in a document called a constitution or not); a legal rule is one that carries the force of law, but not constitutional protection, so that it lies in the domain of everyday politics; an informal rule is then a rule that carries no legal or constitutional force but nevertheless is recognized as a rule by relevant individuals. All of the rules classified within this structured framework hold significance in the approach of Constitutional Political Economy. Any attempt to reduce or overlook this relatively rich and complex structure of rules is considered unacceptable. As a general rule, it should be noted that a constitutional rule primarily refers to a set of formal and informal constraints within which political markets can operate. These constraints—whether written or unwritten—define the boundaries within which political actors may engage. In the analysis of legal rules embedded in the constitution, two major approaches with distinct theoretical horizons can be identified. The first, the constitutional law approach, seeks to explain legal structures and institutions, drawing on disciplines such as history, philosophy, religion, politics, sociology, and economics. The second, the constitutional political economy approach, aims to explain the functional characteristics of diverse sets of legal rules and fundamental institutions that constrain the choices and actions of economic and political actors. In addition to differing in levels of analysis and methodology, these two approaches also exhibit fundamental distinctions in their epistemological aims and theoretical perspectives. Constitutional law is a branch of public law that examines the fundamental rules and principles which define the structure of power, the scope of institutional authority, the fundamental rights of citizens, and the mechanisms of checks and balances among the branches of government. In this approach, the constitutional text is analyzed and interpreted as a legal document, with an emphasis on the conformity of laws and political practices to the legal principles it enshrines. In contrast, the constitutional political economy approach focuses on the formation of constitutional rules, the incentives behind rule selection, and the institutional and economic consequences of each. Within this framework, the constitution is not merely viewed as a legal text, but as a socio-economic institution whose purpose is to structure the rules of the game and reduce transaction costs at the macro level. In other words, this approach seeks to answer the question of which sets of social rules best promote peaceful coexistence and mutually beneficial cooperation among individuals. Constitutional law primarily focuses on the post-constitutional level—that is, the interpretation and implementation of existing codified rules. In contrast, the constitutional political economy approach concentrates on the pre-constitutional level, analyzing how the rules of the game are selected and designed. The first approach is based on the principles and techniques of legal interpretation. In contrast, the second approach adopts rational



choice as its methodological foundation, utilizing tools from economics such as normative theories, empirical data, and randomized experiments.

5. CONCLUSION

This paper seeks to examine the constitutional political economy approach and its fundamental concepts—namely “political economy”, “constitution” and “constitutional rule”—and to analyze its relationship with the legal discourse. The conceptual framework of constitutional political economy draws a distinction between rule-making and action within rules, or between the selection of rules and decision-making under existing rules. It thus focuses on the selection of the rules of the collective game and adopts this as the core of its analysis. A distinctive and central feature of this approach is: how laws and institutions can be improved to secure the mutual benefit of all involved actors. Ultimately, the efforts of constitutional political economy aim to provide guidance to those engaged in the process of legal reform or constitutional change. In other words, this approach is designed to offer normative advice on constitutional rules and to provide a normative framework for the comparative analysis of institutions. By analyzing the works of scholars in this field, five distinct concepts of “constitution” were deduced. The first three approaches share the implicit assumption that a constitution can be created from scratch. It is in some of the central assumptions that these approaches differ from each other. The social contract theory assumes that all actors possess broad rationality. The principal-agent approach introduces the possibility of asymmetrical information between principals and agents. The notion that a constitution is a precommitment device introduces the possibility that actors might suffer from time-inconsistent preferences or lack of self-control.

Given that constitutional rules constitute the central focus of this approach, this study seeks to offer a clear and coherent framework for the subjects under investigation by presenting a precise matrix of the concept of “constitutional rule.” All rules included in this structured classification—regardless of whether they are effectively protected at the constitutional level—are subject to analysis within the framework of constitutional political economy. Answering the question of whether a given legal rule establishes a framework of constraints within social, political, and economic orders is of great significance; if the answer is affirmative, that rule falls within the scope of constitutional political economy studies.

The findings of this study indicate that constitutional law differs from the constitutional political economy approach in seven key dimensions. The first approach focuses on the interpretation and explanation of the principles and rules set forth in the text of the constitution, while the second centers its analysis on the formation, selection, and evolution of fundamental rules and their institutional consequences. These two approaches also define the concept of a constitution differently: in the former, it is regarded as a binding legal document; in the latter, it is understood as a “rule of the game.” Furthermore, the first approach is grounded in the principles and techniques of legal interpretation, whereas the second is based on rational choice theory and employs tools from economics, such as normative theories, empirical data, and randomized experiments.

In conclusion, it can be stated that the constitutional political economy, as a scientific methodology, provides a framework for studying legal knowledge. Explaining and analyzing the functions of this approach within legal studies is among the thought-provoking subjects for future research. Regardless of these considerations, the effort to utilize scientific methods in the realm of legislation is regarded as both an inevitable necessity and a desirable endeavor. Therefore, the expansion of this approach in legislation-related research can be considered a systematic and scientifically grounded attempt to enhance analytical approaches in the field of law. By using the analytical tools of the constitutional political economy, it can hope for the possibility of applying a coherent scientific method in the field of legal knowledge. In this regard, it is appropriate to pay attention to the expansion of this approach in the form of empirical studies in future research; Studies that, by identifying challenges in the field of law and legislation, provide the basis for presenting uplifting policy propositions.

Keywords: Constitutional Political Economy, Constitutional Economics, economic analysis of constitution, law and Economics



تحلیلی بر اقتصاد سیاسی قواعد اساسی و نسبت آن با گفتمان حقوقی: تبیین تمایز مفاهیم بنیادین در چهارچوب مطالعات میان‌رشته‌ای

امیرحسین بامتی طوسی^{ID}، مصطفی منصوریان^{ID}، محمد برزگر خسروی^{ID}

دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۰۱ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۰۴ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۹ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، به‌عنوان رهیافتی نظری و میان‌رشته‌ای، در پی تبیین ماهیت و کارکرد الگوهای متنوع و بدیل حقوقی است که از جایگاه بنیادین در نظم نهادی جوامع برخوردارند. این قلمرو معرفتی، از یک‌سو با دانش حقوق اساسی ارتباطی تنگاتنگ و ساختاری دارد و از سوی دیگر، با بهره‌گیری از ابزارهای تحلیلی و ظرفیت‌های مفهومی علم اقتصاد، می‌کوشد سازوکارهای انگیزشی نهادها را واکاوی و چهارچوبی منسجم و اثربخش برای طراحی و تنظیم قواعد حاکم بر رفتارهای اقتصادی و سیاسی ارائه نماید. در این مقاله، مفاهیم بنیادین این رهیافت مورد واکاوی قرار گرفته و نسبت آن با گفتمان حقوقی بررسی می‌شود. از این رو، در گام نخست، اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به‌مثابه یک رهیافت علمی صورت‌بندی مفهومی می‌شود و سپس مفاهیم بنیادین آن یعنی «اقتصاد سیاسی»، «قواعد اساسی» و «قانون اساسی» به‌صورت مبسوط مورد تحلیل قرار می‌گیرند. تمرکز اصلی پژوهش بر تبیین تمایزات نظری، مفهومی و روش‌شناختی میان این رهیافت و علم حقوق است. این پژوهش با اتخاذ رویکردی توصیفی-تحلیلی نشان می‌دهد که تلقی این رهیافت از مفاهیمی چون قاعده اساسی و قانون اساسی به‌رغم اشتراکاتی که با قرائت حقوقی رایج دارد، واجد تفاوت‌هایی اساسی در مبانی نظری است. یافته‌های این پژوهش مؤید آن است که حقوق اساسی از نظر روش‌شناسی، ابزار تحلیل، هدف و سطح تحلیل با رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی تفاوت‌های بنیادینی دارد. در رویکرد نخست، تمرکز بر تبیین و تفسیر اصول و قواعد مندرج در متن قانون اساسی است، در حالی‌که رویکرد دوم، نحوه شکل‌گیری، انتخاب و تحول قواعد اساسی و پیامدهای نهادی آن‌ها را در کانون تحلیل خود قرار می‌دهد. حقوق اساسی بر پایه اصول و فنون تفسیر حقوقی (هرمنوتیک حقوقی) استوار است، در حالی‌که اقتصاد سیاسی قواعد اساسی بر مبنای انتخاب عقلانی شکل گرفته و از ابزارهای علم اقتصاد همچون نظریه‌های هنجاری، داده‌های تجربی و آزمایش‌های تصادفی بهره می‌گیرد. این نوشتار نخستین گام برای گفت‌وگوی مفهومی میان این دو دستگاه نظری محسوب می‌شود.

کلیدواژه‌ها: اقتصاد سیاسی قانون اساسی، اقتصاد قانون اساسی، تحلیل اقتصادی قانون اساسی، حقوق و اقتصاد

۱. دانشجوی کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول Email: amirtousi77@gmail.com)

۲. استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران

۳. استادیار، گروه حقوق اقتصادی، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، ایران



مقدمه

تحلیل اقتصادی قواعد اساسی، که همچنین به عنوان «اقتصاد قانون اساسی» یا «اقتصاد سیاسی قواعد اساسی» شناخته می‌شود، یک برنامه تحقیقاتی نوظهور است. اقتصاد متعارف^۱ عموماً بر تحلیل انتخاب‌ها و تصمیم‌گیری‌ها در چهارچوب قوانین تمرکز دارد و بنابراین قوانین را به صورت برونزا، داده شده و ثابت فرض می‌کند. اقتصاد سیاسی قواعد اساسی این برنامه تحقیقاتی را گسترش می‌دهد و به تحلیل نحوه انتخاب و تعیین خود قواعد و قوانین، با استفاده از روش مرسوم اقتصاد، یعنی انتخاب عقلانی^۲ می‌پردازد. (Voigt, 2017: 228)

اقتصاد سیاسی قواعد اساسی توسط دانشمندان علم اقتصاد بنیان‌گذاری شده و به رویکرد اقتصادی پایبند مانده است. «قانون» به معنای قاعده‌گذاری‌های مشخصی که توسط قانون‌گذاران صورت می‌گیرد، در تحلیل‌های هنجاری اولیه، نقش حاشیه‌ای داشت. به محض این که در مطالعات علمی به تحلیل اثرات قواعد اساسی پرداخته شد، لازم شد تا به طور مشخص به قانون اساسی توجه شود. برنامه تحقیقاتی اقتصاد سیاسی قواعد اساسی که بیشتر به عنوان اقتصاد قانون اساسی شناخته می‌شود و به طور کامل در آثار برنده جایزه نوبل، جیمز بوکانان، بسط یافته است، مانند آنچه که در مطالعات حقوق و اقتصاد مورد واکاوی قرار می‌گیرد، عمدتاً به تحلیل مقایسه‌ای نهادهای اجتماعی، اقتصادی و سیاسی می‌پردازد. با این حال، مفروضات بنیادین آن تفاوت چشم‌گیری با جریان اصلی نئوکلاسیک که بر حوزه حقوق و اقتصاد مسلط شده است، دارد. در نتیجه، این رویکرد، دیدگاه منحصر به فردی درباره موضوعاتی که به طور سنتی در حوزه حقوق و اقتصاد مورد بررسی قرار می‌گیرند، ارائه می‌دهد (Vanberg, 2017: 275 & Vanberg). این برنامه پژوهشی که از دهه (۱۹۷۰) با انتشار کتاب «محاسبه رضایت»^۳ آغاز شد، در عرض شش دهه، به یک روش‌شناسی کلیدی در مطالعه نهادهای حقوقی تبدیل شده است. هرچند دو اصطلاح «قاعده» و «قانون» از مفاهیم رایج و مکرر در گفتمان حقوقی‌اند و همواره جایگاه برجسته‌ای در مطالعات این حوزه داشته‌اند، اما پرسش از این که چرا این رویکرد نظری با وجود ظرفیت‌های تحلیلی چشم‌گیر، همچنان در دانش حقوق مورد توجه شایسته و درخور قرار نگرفته است، محل تأمل و بررسی جدی است. از این رو، نخستین گام در مسیر تبیین و بسط این مسئله، روشن‌ساختن مفاهیم بنیادین آن و ترسیم نسبت آن با دانش حقوق به شکل روشمند است. بر همین اساس، در پژوهش پیش رو، کوشیده شده است تا با تحلیل مفاهیمی چون «اقتصاد سیاسی»، «قواعد اساسی» و «قانون اساسی» از منظر اقتصاد سیاسی قواعد اساسی و مقایسه این رویکرد با قرائت رایج در علم حقوق، گامی در جهت توسعه و تعمیق این چهارچوب نظری برداشته شود. با لحاظ مفاد پیش‌گفته، تمایز اساسی مقاله حاضر با سه پژوهش فارسی مرتبط در این حوزه، یعنی «بررسی مبانی و ابزارهای اقتصاد قانون اساسی و کاربرد آن در مهندسی قانون اساسی» (Kadkhodaei & Aghaei Togh, 2011: 64) که به دنبال تبیین اقتصاد سیاسی قانون اساسی، ابزارهای تحلیلی آن و کاربرد این رویکرد در مهندسی قانون اساسی است، و مقاله «اقتصاد قانون اساسی و انصاف» (Pasbani Sowme'eh, 2011: 63) که به دنبال بررسی میزان امکان‌پذیری اعمال مسئله انصاف در نظریه اقتصاد قانون اساسی است و همچنین مقاله «ظرفیت نظریه اقتصاد سیاسی قانون اساسی جهت انضباط بخشی مدیریت بخش عمومی» (Dadgar, 2011: 109) که در آن ضمن بررسی نظریه اقتصاد سیاسی قانون اساسی، به ظرفیت‌سنجی آن به منظور انضباط بخشی به مدیریت‌های گوناگون بخش عمومی می‌پردازد، در آن است که این نوشتار با تمرکز بر تبیین مفاهیم بنیادین اقتصاد سیاسی قواعد اساسی و تحلیل وجوه اشتراک و افتراق آن با رویکرد حقوقی، در صدد گشودن افقی نوین برای توسعه نظری و روش‌شناختی این رهیافت است. پژوهش حاضر با نگاهی تطبیقی و تحلیلی، سعی دارد خلأهای مفهومی و نظری موجود را شناسایی کرده و به غنای ادبیات میان‌رشته‌ای در پیوند میان حقوق و اقتصاد یاری رساند.

این پژوهش در قالب شش گفتار سامان‌دهی شده است. مقاله با مرور کلی اقتصاد سیاسی قواعد اساسی آغاز می‌شود، سپس در گفتار دوم، مفهوم «اقتصاد سیاسی» و ارتباط آن با قانون اساسی مورد واکاوی قرار می‌گیرد. نحوه تلقی اندیشمندان این رویکرد از

1. Standard economics

2. rational choice

3. The Calculus of Consent



مفهوم «قانون اساسی»، موضوع گفتار سوم این نوشتار را تشکیل می‌دهد. در ادامه، در گفتار چهارم به صورت‌بندی مفهوم «قاعده اساسی» از منظر اقتصاد سیاسی قواعد اساسی پرداخته می‌شود و نسبت آن با برداشت حقوقی از قواعد بنیادین بررسی می‌شود. در گفتار پنجم تلاش می‌شود تا تفاوت‌های رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی با گفتمان حقوقی تبیین شود. در نهایت در گفتار ششم به جمع‌بندی مباحث و تأملاتی در باب امکان گفت‌وگوی مفهومی میان این دو دستگاه نظری اشاره دارد.

۱. مروری بر اقتصاد سیاسی قواعد اساسی

اقتصاد سیاسی قواعد اساسی بخشی از مجموعه گسترده‌تری از رویکردهای نظری در اقتصاد مدرن است که شامل انتخاب عمومی، اقتصاد نهادی جدید، اقتصاد حقوق مالکیت و حقوق و اقتصاد می‌باشد. همه این رویکردها به دنبال رفع کاستی‌های نهادی اقتصاد نئوکلاسیک ارتدکس با تمرکز بر چگونگی شکل‌گیری فرایندهای اجتماعی-اقتصادی-سیاسی توسط قواعد و نهادهایی است که به موجب آن بسط می‌یابد. ویژگی متمایز این رویکرد، توجه ویژه‌ای است که به انتخاب قواعد به‌عنوان ابزاری جهت بهبود این فرایندها دارد (Vanberg, 2018: 260).

برخی معتقدند که اقتصاد سیاسی قواعد اساسی را به بهترین شکل می‌توان به‌عنوان «علم اقتصاد قواعد»^۴ توصیف کرد (Brennan and Hamlin, 1998: 265; Vanberg, 1998: 72; Van den Hauwe, 2005: 223). برای درک این که منظور از «اقتصاد قواعد» چیست، مفید است که با یک تمایز کلیدی که در قلب فعالیت‌های اقتصاد سیاسی قواعد اساسی قرار دارد، آغاز کنیم؛ یعنی سطح قانون اساسی و سطح مادون قانون اساسی. به‌وسیله هریک از این دو سطح می‌توان به بررسی تعاملات اجتماعی و سیاسی پرداخت. سطح «مادون قانون اساسی»^۵ (که گاهی به آن «سطح اقدامات» نیز گفته می‌شود) به این موضوع می‌پردازد که چگونه افراد می‌توانند اهداف مختلف خود را در یک چهارچوب نهادی معین پیگیری کنند. از آنجایی که نهادها (قواعد)، فرصت‌ها و محدودیت‌هایی را که افراد با آن‌ها مواجه هستند، شکل می‌دهند، بنابراین تأثیرات قابل‌توجهی بر چگونگی تعامل افراد با یکدیگر و ماهیت نظامی که از این تعاملات حاصل می‌شود، دارند. همان‌طور که‌هایک بیان کرده است، چهارچوب قواعد بر چهارچوب اقدامات تأثیر می‌گذارد (Hayek, 1969: 22). به عبارت دیگر، تجزیه و تحلیل در سطح مادون قانون اساسی با این سؤال محوری روبه‌رو است که افراد چگونه در چهارچوب یک مجموعه از قواعد رفتار می‌کنند - همان‌طور که می‌توان به این فکر کرد که چگونه بازیکنان در یک بازی (قیاسی که اغلب در مکتب اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به کار می‌رود) راهبردهایی را با در نظر گرفتن قواعد بازی انتخاب می‌کنند. بخش زیادی از کارهای حقوق و اقتصاد - به همراه بخش زیادی از علوم اجتماعی معاصر به طور کلی - درگیر چنین فعالیت‌هایی هستند: چهارچوب‌های نهادی به‌عنوان پیش‌فرض در نظر گرفته می‌شوند و برای توضیح کنش و واکنش افراد که تحت تأثیر آن‌ها قرار دارند، مورد استفاده قرار می‌گیرند.

با این حال، سطح دومی نیز وجود دارد که می‌توان به‌وسیله آن به بررسی تعاملات اجتماعی و سیاسی پرداخت. این سطح «قانون اساسی» است که در آن، قانون توجه، انتخاب اقدامات در چهارچوب مجموعه‌ای از قواعد نیست، بلکه انتخاب خود قواعد را محور بحث خود قرار می‌دهد. در این سطح، تأکید بر این واقعیت است که اگرچه ممکن است برخی از قواعدی که از دیرباز در گروه‌ها یا جوامع اجتماعی توسعه‌یافته رواج داشته‌اند، خارج از کنترل و تغییر ارادی باشند، اما افراد اغلب می‌توانند قواعدی را که مطابق با آن زندگی می‌کنند، انتخاب کنند (یا تغییر دهند) و چنین انتخاب‌هایی می‌تواند با آگاهی از این مسئله باشد که چگونه سایر ترتیبات نهادی (قواعد) که چهارچوب اقدامات را شکل خواهند داد، عمل می‌کنند. در مثال بازی که پیشتر گفته شد، به جای تمرکز بر این که بازیکنان چگونه می‌توانند در یک بازی معین موفق‌تر باشند، علاقه اقتصاددان قواعد اساسی در این است که بررسی کند چگونه افراد ممکن است با اتخاذ قواعد بهتر، بازی‌های بهتری را انجام دهند. به این معنا، چشم‌انداز پژوهشی اقتصاد سیاسی قواعد اساسی یادآور مفهوم آدام اسمیت از اقتصاد سیاسی به‌عنوان «علم قانون‌گذاری» است (Smith, 1978: 486)؛ علمی که می‌تواند به اشخاصی که در مقام وضع قواعد برای جامعه هستند، رهنمودهایی ارائه دهد.

4. Economics of rules

5. sub-constitutional



تأکید صریح بر تمایز بین سطوح «مادون قانون اساسی» و «قانون اساسی»، از نظر تحلیلی به چندین دلیل قابل توجه است. نخست آن‌که، ماهیت انتخابی که افراد در این دو سطح با آن مواجه هستند، اساساً متفاوت است. در سطح نخست، پرسش این است که چگونه در چهارچوب مجموعه‌ای از محدودیت‌ها عمل کنیم. در حالیکه در سطح قانون اساسی، پرسش این است که کدام مجموعه از محدودیت‌ها مطلوب است. این بدان معناست که در سطح قانون اساسی، افراد علاقه‌مند به این مسئله هستند که قواعد گوناگون چگونه یک سری فعل و انفعالات را در طول زمان پیریزی خواهد کرد، نه این که به منافع خاص خود در هر تعامل فکر کنند. دوم، و شاید مهم‌تر از مورد نخست، این است که در سطح قانون اساسی، احتمال وجود منافع مشترک بین افراد معمولاً بیشتر از سطح مادون قانون اساسی است. در سطح مادون قانون اساسی، افراد ممکن است اغلب منافع (حداقل به صورت جزئی) متضاد داشته باشند. اما با این وجود، ممکن است در انجام یک بازی بهتر، یعنی در بازنگری قواعدی که احتمالاً به شکل‌گیری چهارچوبی از اقدامات منجر می‌شود که برای همه افراد سودهایی به همراه دارد، منافع مشترک داشته باشند. همان طور که بوکانان گفته است، «همان طور که سیاست عمل می‌کند و همان طور که ما عملکرد آن را مشاهده می‌کنیم، سیاست‌های عادی ممکن است همچنان متعارض باقی بمانند... در حالی که مشارکت در بازی سیاسی فراگیر که به تعیین قواعد حاکم بر سیاست‌های عادی می‌پردازد، ممکن است چشم‌اندازهای ارزشمندی را برای همه اعضای جامعه به ارمغان آورد» (Buchanan, 1990: 9).

۲. اقتصاد سیاسی

مقصود از نگارش این بخش، تشریح و توضیح اقتصاد سیاسی به مثابه یک رهیافت نیست؛ همان طور که در ادامه نیز گفته خواهد شد، اقتصاد سیاسی یک رویکرد واحد و یکپارچه نیست که بتوان در چند سطر به تبیین آن پرداخت. با این حال، سؤالی که در اینجا پاسخ به آن خالی از لطف نیست، آن است که چرا اندیشمندان این حوزه از عبارت «اقتصاد سیاسی» استفاده کرده‌اند و چه ارتباطی میان «اقتصاد سیاسی» و «قانون اساسی» وجود دارد.

اقتصاد سیاسی در ساده‌ترین تعریف خود، مطالعه اقتصادی علم سیاست است (Almedia, 2022: 1). با این حال، همان طور که درازن (Drazen, 2000: 5) به درستی بدان اشاره کرده است، «این تعریف مبهم، هرچند ممکن است به دلیل همه‌شمول بودنش یک مزیت داشته باشد، اما هیچ درک واقعی از آنچه که مورد مطالعه قرار می‌گیرد، ارائه نمی‌دهد». نوشتن از اقتصاد سیاسی به این دلیل کار نسبتاً دشواری است که این رویکرد حاوی تعابیر، تمایزات، تناقضات درونی و انتقادات بیرونی فراوانی است. به همین منظور است که وینگاست و ویتمن، اقتصاد سیاسی را، یک روش تحلیلی در علم اقتصاد می‌دانند که به دنبال تحلیل رفتارها و نهادهای سیاسی است و نتیجه می‌گیرند که اقتصاد سیاسی یک رویکرد واحد و یکپارچه نیست، بلکه مجموعه‌ای از رویکردها را در بر می‌گیرد (Weingast & Wittman, 2006: 3).

اقتصاد سیاسی رهیافتی است که در سیاست‌گذاری اقتصادی، محیط سیاسی را نیز وارد مدل تحلیلی می‌کند. توجه به این رهیافت، این امکان را فراهم می‌کند که دلایل انحراف منابع از بهینه پارتو در اقتصاد نشان داده شود. یکی از بنیان‌های اقتصاد سیاسی، منافع گروه‌های اجتماعی ناهمگون است که به شکل‌گیری تضاد اجتماعی ناشی از سیاست‌گذاری منجر می‌شود. به عبارتی دیگر، ناهمگونی منافع باعث می‌شود گروه‌های اجتماعی ترجیحات متفاوتی نسبت به نهادها داشته باشند (Momeni & Zamani, 2013: 9-11). از همین دریچه است که در رهیافت اقتصاد سیاسی، قانون به مثابه یک نهاد از اهمیت بسزائی برخوردار است.

تلقی ما از اقتصاد سیاسی، سرشت نسبی «منافع» را از دو جهت برجسته می‌کند. نخست آن‌که، منافع افراد و گروه‌ها با توجه به موقعیت نسبی آن‌ها نسبت به منافع دیگر افراد و گروه‌ها نمایان می‌گردد. دوم، منافع فردی و گروهی در مجموعه‌ای از روابط جای می‌گیرند که قابل تقلیل به ترتیبات صرفاً قراردادی نیستند، زیرا موقعیت‌های نسبی اولیه به انتخاب افراد بستگی ندارد. یکی از این موقعیت‌های نسبی اولیه که در انتظام بخشیدن نقش‌ها و کارکردهای مختلف و سامان‌دهی موقعیت‌های گوناگون افراد و گروه‌ها در ساختارهای سیاسی و اقتصادی نقش‌آفرینی می‌کند، قانون اساسی است. تمرکز ما بر ساختار نسبی منافع و کارکردهای نظام‌مند آن، «اقتصاد سیاسی» را به «قانون اساسی» پیوند می‌زند. از این دریچه، «قانون اساسی» فضایی ساختاریافته از روابط اجتماعی است که در آن، کنش انسانی تحت تأثیر اهداف متعددی قرار دارد که هم می‌تواند زمینه‌ساز تضاد و هم زمینه‌ساز همکاری بین افراد و یا گروه‌ها شود. «قانون اساسی» به عنوان مجموعه‌ای از اقداماتی معتبر تعریف می‌شود که بازتاب‌دهنده منافع، تمایلات و باورهای



اجتماعی است (قانون اساسی به معنای مادی) که البته ممکن است با یک نظام متناظر از هنجارها و رویه‌های رسمی (قانون اساسی به معنای شکلی) هماهنگ باشد یا خیر. از منظر اقتصاد سیاسی، «جامعه» به عنوان یک ساختار چندلایه از منافع و «قانون اساسی» به عنوان نقشه‌ای از این ساختار چندلایه شناخته می‌شود (Pabst & Scazzieri, 2016: 344-355). قانون اساسی، از یک طرف به مثابه یک راهنما، در شناسایی لایه‌های متکثر منافع در جامعه کمک می‌کند و از طرفی دیگر، به محدودسازی منافع در چهارچوب هنجارها و قواعد مبادرت می‌ورزد. به این ترتیب، نقش مرکزی در محدود کردن دامنه سیاست‌گذاری‌ها و تعیین شرایطی که مطابق آن، تصمیمات سیاستی می‌توانند مؤثر واقع شوند، ایفا می‌کند.

بوکانان با تأکید بر انتخاب قیود حاکم بر بازارهای سیاسی و اقتصادی، برنامه تحقیقاتی خود را از اقتصاد متعارف و با تأکید بر تعامل همکارانه به جای تعامل تعارض‌آمیز، این برنامه را از بخش زیادی از علوم سیاسی متعارف متمایز کرد (Buchanan, 1990: 1). کار بوکانان نشان می‌دهد که وی با جعل عبارت «اقتصاد سیاسی» به دنبال این بوده است که رویکرد خود را از اقتصاد نئوکلاسیک و علوم سیاسی مدرن متفاوت جلوه بدهد (Pabst, 2018: 318). اقتصاد سیاسی تلاش می‌کند تا چگونگی عملکرد نهادها، روابط اجتماعی و تعاملات بین دولت، بازار و افراد را در یک چهارچوب گسترده‌تر و کلی‌تر توضیح دهد. به عبارتی دیگر، اقتصاد سیاسی به دنبال ارائه یک نظریه کلی در مورد قانون اساسی و ساختارهای اجتماعی است که بر تعاملات بین بازارها، دولت‌ها و افراد تأثیر می‌گذارد (Pabst, 2014: 1). اقتصاد سیاسی ابزار مفیدی برای تحلیل الگوهای بالقوه همکاری و تضاد منافع در چهارچوب قانون اساسی است.

۳. قانون اساسی در این رویکرد به چه معنا است؟

تحلیل قانون اساسی در چهارچوب اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، مستلزم عبور از تلقی سنتی از آن به مثابه یک متن حقوقی الزام‌آور و ورود به سطحی تحلیلی‌تر و کارکردی‌تر است. در این رهیافت، قانون اساسی نه صرفاً به عنوان یک سند حقوقی، بلکه به منزله مجموعه‌ای از قواعد تعریف می‌شود که رفتارهای جمعی را در سطوح بنیادین تنظیم می‌کند و چهارچوب تصمیم‌گیری‌های بعدی را معین می‌سازد. این قواعد، در واقع، «قواعد بازی» را تعیین می‌کنند؛ قواعدی که نهادهای حاکم، توزیع قدرت، فرایندهای سیاست‌گذاری و حدود اختیارات بازیگران سیاسی را سامان می‌دهند.

اگر بخواهیم به این سؤال که قوانین اساسی چگونه رفتار افراد یا نتایج اجتماعی تولید شده از تعاملات فردی را تغییر می‌دهند نیز پاسخ دهیم، باید بگوییم که می‌توان بین سه جنبه مهم از ترتیبات نهادی که یک قانون اساسی را تشکیل می‌دهد، تمایز قائل شد. اول، این ترتیبات ممکن است اطلاعات را فراهم کرده یا پردازش کنند. دوم، آن‌ها ممکن است با استفاده از نظام پاداش و تنبیه، انگیزه‌ها را تغییر داده و قیمت نسبی اقدامات جایگزین را تحت تأثیر قرار دهند. این همان چیزی است که می‌توان آن را «ضمانت اجرای» نهادها نامید. سوم، این ترتیبات ممکن است تخصیص افراد را در نقش‌های مختلف اجتماعی تغییر دهند - چیزی که می‌توان آن را خصیصه «غربالگری» نهادها نامید (Brennan and Hamlin, 1998: 5).

یکی از تعریف‌های اولیه از قانون اساسی در برنامه پژوهشی اقتصاد قانون اساسی، توسط بوکانان و تالوک ارائه شده است: «ما با این اصطلاح (قانون اساسی) منظورمان مجموعه‌ای از قواعد است که از پیش توافق شده‌اند و در چهارچوب آن قواعد است که اقدامات بعدی انجام خواهد شد» (Buchanan & Tullock, 1962: 12). این یک تعریف بسیار گسترده است. لذا برای تبیین دقیق موضوع باید دید که چه مفهوم یا مفاهیمی از قانون اساسی را می‌توان با واکاوی آثار اندیشمندان این رویکرد استنباط کرد. در این بخش، به طور خلاصه مفاهیم مختلفی را که این رویکرد از «قانون اساسی» به کار می‌برد، مرور می‌کنیم.

۳-۱. قانون اساسی به مثابه قرارداد اجتماعی

نظریه‌های مرتبط با قراردادگرایی از دیرباز نقشی محوری در اندیشه سیاسی غرب داشته‌اند و قدمت آن‌ها حداقل به جمهوری افلاطون بازمی‌گردد. نظریه مدرن قرارداد، ریشه‌های خود را در قرن هفدهم و هجدهم می‌یابد و به انتشار چهار اثر مهم در رویکرد قراردادگرایی

6. sanctioning

7. screening



مرتبط است: لویاتان‌هابز (۱۶۵۱)، رساله الهی-سیاسی اسپینوزا (۱۶۷۰)، رساله دوم لاک (۱۶۸۸)، و قرارداد اجتماعی روسو (۱۷۶۲). رویکرد قراردادگرایی در میان پژوهش‌گران معاصر نیز از جذابیت برخوردار است. این امر را می‌توان در آثاری مانند محاسبه رضایت بوکانان و تالوک (۱۹۶۲)، نظریه عدالت رالز (۱۹۷۱)، اخلاق بر مبنای توافق گوتیه (۱۹۸۶) و همچنین مجموعه گسترده‌ای از مطالعات که از این متون بنیادین نشأت گرفته‌اند، مشاهده کرد.

قراردادگرایی به این موضوع می‌پردازد که تا چه حد ترتیبات اجتماعی یا سیاسی موجود با توافقات داوطلبانه میان افرادی که تحت این ترتیبات زندگی می‌کنند، سازگار است. به عبارت دیگر، پارادایم قراردادگرایی فرض می‌کند که ترتیبات سیاسی و اجتماعی را می‌توان به‌طور مفید از طریق لنز مبادله میان افراد خودمختار برای منافع متقابل مشاهده کرد. نظریه‌های قراردادگرایانه بررسی می‌کنند که آیا و چگونه ترتیبات اجتماعی و سیاسی از رضایت صریح یا ضمنی افراد ناشی می‌شود. هدف آن‌ها ارزیابی مشروعیت ترتیبات سیاسی و شناسایی اصلاحات مطلوب در نهادهای اجتماعی و سیاسی است (Vanberg & Vanberg, 2017: 248-249).

نسل اول اقتصاددانان قواعد اساسی، در درجه نخست به مشروعیت‌بخشی به دولت علاقه‌مند بودند. بسیاری از آن‌ها به فیلسوفان قرارداد اجتماعی نظیر هابز، لاک و دیگران متکی بودند. بوکانان، وضعیتی را توصیف می‌کند که در آن جامعه با یک «تعادل از جنس هرج و مرج»^۸ مواجه است؛ وضعیتی که در آن هزینه و بازده نهایی حاصل از تولید، سرقت و حفاظت از کالاها به یک اندازه بالا هستند. در چنین شرایطی، افراد متوجه می‌شوند که اگر بتوانند بر سر یک قرارداد خلع سلاح بایکدیگر به توافق برسند -توافقی که به آن‌ها اجازه دهد منابع مورد استفاده برای حفاظت از کالاها و یا سرقت از آن‌ها را کاهش دهند- آنگاه همه آن‌ها در وضعیت بهتری قرار خواهند گرفت. از آنجا که افراد خود را در موقعیتی شبیه به «معمای زندانی»^۹ می‌بینند، انگیزه دارند تا قرارداد خلع سلاح را امضا کنند. اما چون همه افراد پیش‌بینی می‌کنند که متعاقباً از آن قرارداد خلع سلاح پیروی نخواهند کرد، یک دولت حامی یا نگهبان^{۱۰} ایجاد می‌کنند تا از حریم خصوصی آن‌ها حفاظت کند. علاوه بر این، آن‌ها یک دولت مولد^{۱۱} ایجاد می‌کنند که باید به جامعه کالاهای عمومی که تولید خصوصی آن‌ها سودآور نیست ارائه کند (Voigt, 1997: 28).

این ایده که افراد از طریق قرارداد، دولتی را به وجود می‌آورند، نه به‌عنوان یک توصیف تاریخی صحیح بلکه صرفاً به‌عنوان یک روش شهودی در نظر گرفته شده است. بوکانان معتقد است که این روش نه تنها برای توضیح نهادهای موجود مفید است، بلکه امیدوار است بتواند از آن برای استخراج معیارهایی برای ارزیابی نهادهای نیز استفاده کند (Buchanan, 1975: 50). شاید مهم‌ترین نقص این مفهوم از قانون اساسی، انگیزه کسانی است که اختیار استفاده از زور را دارند. سؤال اصلی این است که چرا افرادی که قدرت اعمال زور را در اختیار دارند (دولت و حاکمان)، باید به قوانین پایبند بمانند، در حالی که می‌توانند با زیر پا گذاشتن آن‌ها، وضعیت خود را بهبود ببخشند؟ این چالش یکی از مشکلات اساسی نظریه قرارداد اجتماعی است؛ زیرا تضمینی وجود ندارد که دولت، پس از به دست آوردن قدرت، همچنان به اصول قرارداد پایبند بماند. البته، لازم به ذکر است که در منظومه فکری بوکانان، اهمیت نظریه قرارداد نه در توضیح منشأ دولت، بلکه در توانایی بالقوه آن برای بهبود نهادهای موجود نهفته است (Buchanan & Tullock, 1962: 318).

۳-۲. قانون اساسی به مثابه رابطه کارفرما-کارگزار

نظریه کارفرما-کارگزار از این نگرش نشأت می‌گیرد که در اغلب موارد، طرفین قرارداد از عدم تقارن اطلاعات رنج می‌برند. یک کارفرما به کارگزار خود وظایفی را محول می‌کند اما نمی‌تواند بدون صرف هزینه، بر اقدامات کارگزار نظارت کند. علاوه بر این، ممکن است کارگزار مجبور باشد در شرایطی اقدام کند که بیش از حد پیچیده است و قابل ارزیابی دقیق نسبت به هدف مورد نظر نیست. بنابراین، کارگزار در اقدامات خود دارای درجه‌ای از اختیار است که او آن را برای به حداکثر رساندن مطلوبیت خود - و نه مطلوبیت کارفرما - به کار خواهد گرفت. در نتیجه، تمرکز اصلی نظریه کارفرما-کارگزار بر روی امکان یا عدم امکان محدود کردن کارگزار و همچنین طراحی یک قرارداد بهینه با فرض توزیع نابرابر اطلاعات قرار دارد. طبق این نظریه، اعضای جامعه به‌عنوان کارفرما و دولت به‌عنوان

8. equilibrium of anarchy

9. prisoner's dilemma

10. protective state

11. productive state



کارگزار در نظر گرفته می‌شوند. چالش اصلی در اینجا طراحی یک قرارداد-که همان قانون اساسی به حساب می‌آید- به گونه‌ای است که کارگزاران را به سمت حداکثرسازی منافع شهروندان (کارفرمایان) سوق دهد. در عین حال، باید انگیزه‌هایی وجود داشته باشد که دولت نه تنها وظایف خود را بپذیرد (پذیرش همکاری)، بلکه آن‌ها را به خوبی انجام دهد (Voigt, 2020a: 7-8). مدل لویاتان که توسط برنان و بوکانان وارد اقتصاد قانون اساسی شد، می‌تواند به عنوان یک مدل کارفرما-کارگزار تفسیر شود (Brennan & Buchanan, 1980: 10). فرض اساسی این مدل این است که دولت انگیزه دارد تا درآمد خود (مالیات) را فراتر از سطحی که به نفع شهروندان است، افزایش دهد. بنابراین، توصیه آن‌ها در مورد طراحی قانون اساسی مالیاتی این است که امکان افزایش درآمد دولت از طریق مالیات‌ها باید محدود شود. آن‌ها همچنین پیشنهاد می‌کنند که پایه یا مبنای مالیاتی که دولت می‌تواند بر اساس آن مالیات اخذ کند، به طور مشخص باید تعیین گردد. بعدها، برنان و کلیمت به یک شکاف مهم در مدل اولیه لویاتان، دست یافتند. اگر دولت‌ها در وضع مالیات محدود شوند، احتمالاً به مقررات‌گذاری روی خواهند آورد. در صورتی که دولت‌مردان بتوانند این مقررات را جهت تأمین منافع گروه‌های خاص، به خود دینفعان «به فروش برسانند»، مقررات‌گذاری می‌تواند وضعیت خود آن‌ها را بهبود ببخشد. بنابراین، برای شهروندان، هزینه‌های ناشی از مقررات‌گذاری ممکن است حتی بیشتر از هزینه‌های مالیاتی باشد (Brennan & Kliemt, 2019: 284).

نهادهای دموکراسی مستقیم نیز با امکان‌پذیر ساختن اتخاذ برخی از تصمیمات توسط خود شهروندان به جای واگذاری آن‌ها به نمایندگان (کارگزاران)، می‌توانند به عنوان تلاشی برای کاهش مشکل کارفرما-کارگزار بین شهروندان و سیاستمداران تفسیر شوند. امید به این که بتوان سیاستمداران را از طریق یک قرارداد (به معنای قانون اساسی) محدود کرد، مورد انتقاد شدید تالوک قرار گرفته است: «این دیدگاه که دولت را می‌توان با مفاد مشخصی مقید کرد، ساده‌لوحانه است. چیزی باید آن مقررات را اجرا کند، و هرچه که آن‌ها را اجرا کند، خود نامحدود است» (Tullock, 1987: 317).

در حالی که نظریه قرارداد اجتماعی بر مشروعیت‌بخشی به دولت از طریق توافق اولیه میان افراد خودمختار و برابر تمرکز دارد و قانون اساسی را به مثابه محصول اراده جمعی افراد برای خروج از وضعیت طبیعی و تأسیس نظم سیاسی تفسیر می‌کند، الگوی کارفرما-کارگزار به مرحله پسا ساخت‌یابی دولت می‌پردازد و قانون اساسی را ابزار طراحی نهادی برای نظارت و کنترل رفتار دولت، به عنوان کارگزار دارای اطلاعات برتر و انگیزه‌های بالقوه ناسازگار با منافع عمومی، در نظر می‌گیرد (Voigt, 2020b: 32). این تمایز نشان می‌دهد که در نگاه دوم، تمرکز از «مشروعیت‌بخشی به اقتدار» به سوی «محدودسازی اقتدار» منتقل می‌شود.

۳-۳. قانون اساسی به مثابه یک ابزار برای تعهد پیش‌بینی

تعهد پیش‌بینی^{۱۲} می‌تواند به عنوان ابزاری برای مقابله با ضعف اراده در کوتاه‌مدت مورد استفاده قرار گیرد. مشهورترین نمونه استفاده از تعهد پیش‌بینی به این شکل، از دوران باستان سرچشمه می‌گیرد: اولیس^{۱۳} (حماسه اُدیسه) خود را به دکل کشتی بست تا در برابر وسوسه آواز سیرن‌ها^{۱۴} تسلیم نشود. در اصطلاحات اقتصادی، مشکل «آکراتیا»^{۱۵} یعنی فقدان خودکنترلی، اغلب تحت عنوان «ترجیحات ناسازگار با زمان» مطرح می‌گردد. در حالی که نظریه کارفرما-کارگزار، با در نظر گرفتن عدم تقارن اطلاعات، حاوی اصلاحاتی در نظریه‌های سنتی راجع به نهادها است، رویکرد تعهد پیش‌بینی شامل اصلاحاتی در رابطه با عقلانیت فرضی بازیگران می‌شود (Vanberg, 2017: 250 & Vanberg). از این رو، می‌توان گفت که تعهد پیش‌بینی به این معناست که فرد یا جامعه، با آگاهی از ضعف اراده یا تمایل به عمل غیرعقلانی در آینده، در زمان حال سازوکاری را طراحی می‌کند تا خود را از انحراف در آینده باز دارد (Elster, ۱۹۸۴: ۴۴). در نتیجه، مطابق با این رویکرد، قانون اساسی می‌تواند به عنوان «مکانیزمی برای تعهد پیش‌بینی» عمل کند؛ سازوکاری که جامعه از طریق آن می‌کوشد تا رفتارهای آتی حکومت و نهادهای عمومی را در چهارچوب اصولی از پیش تعیین‌شده، مقید سازد تا از بروز خطاهای ناشی از ترجیحات ناسازگار با زمان جلوگیری گردد.

12. precommitment

13. Ulysses

14. Sirens

15. akrasia



در صورتی که افراد و گروه‌های یکدست دچار ترجیحات ناسازگار با زمان شوند، آنگاه می‌توان پرسید آیا جوامع قادرند با استفاده از ابزارهایی از جنس تعهد پیش‌بینی، خود را در برابر این ناسازگاری‌ها محافظت کنند؟ این امر مستلزم آن است که (الف) اعضای یک جامعه از نقاط ضعف خود آگاه باشند، (ب) اعضا ابزار مناسبی برای تعهد پیش‌بینی در اختیار داشته باشند، و (ج) اکثریت قریب به اتفاق اعضای جامعه - از جمله سیاستمداران آن - مایل به محدود کردن خود با چنین سازوکارهایی باشند. از دیدگاه هنجاری، می‌توان پرسید چرا یک جامعه در یک مقطع زمانی باید بتواند جامعه‌ای را در مقاطع زمان بعدی مقید کند. از آنجا که ممکن است جامعه از افراد مختلفی تشکیل شده باشد، می‌توان پرسید آیا هنوز هم با همان جامعه سروکار داریم یا خیر. علاوه بر این، ترجیحات نیز ممکن است تغییر کند. بنابراین، اگر قرار باشد ترجیحات جامعه یا افراد در آینده تغییر کند، پس بهتر است که به جای محدود کردن خود با تعهدات ثابت و پیش‌بینی، انعطاف‌پذیری بیشتری برای سازگاری با تغییرات احتمالی داشته باشند (Voigt, 2020a: 9). در هر حال، رویکرد «قانون اساسی به مثابه مجموعه‌ای از هنجارها» که در ادامه تشریح می‌شود، به‌طور ضمنی در پاسخ به همین سؤالات شکل گرفته است.

الستر روش اولیس را مورد بحث قرار داده و ابزارهای مختلفی را که در طول تاریخ برای این منظور استفاده شده‌اند، معرفی می‌کند (Elster, 1984: 2). کار هولمز شامل بحثی درباره مسائل هنجاری مرتبط به همین موضوع است (Holmes, 1988: 195). الستر مشاهده می‌کند که در واقعیت، مردم مرتباً می‌خواهند دیگران را محدود کنند، و در عین حال، به ندرت خود را محدود می‌کنند. این دیدگاه تا حدودی از موضع پیشین او که بر این باور بود که جوامع باید از قانون اساسی برای پایبندی نسبت به آینده خود استفاده کنند و این کار را از منظر هنجاری صحیح می‌دانست، فاصله گرفته است (Elster, 2000: 345). از آنجا که قوانین اساسی اغلب در دوران بحران نوشته می‌شوند، این سؤال مطرح می‌شود که آیا تدوین‌کنندگان قانون اساسی به اندازه کافی بی‌طرف هستند تا منافع بلندمدت جوامع خود را در نظر داشته باشند یا خیر. حتی اگر از نظر فنی و عملی امکان‌پذیر باشد که افراد یا جوامع خود را با تعهدات پیش‌بینی محدود کنند، این کار ممکن است مشکلاتی ایجاد کند. این محدودیت‌ها می‌توانند باعث کاهش کارایی (به دلیل نداشتن انعطاف‌پذیری در برابر تغییرات) یا تضاد با اصول دموکراسی (که نیاز به امکان تغییر و سازگاری با خواسته‌های مردم دارد) شوند.

۳-۴. قانون اساسی به مثابه مجموعه‌ای از هنجارها

برخی از پژوهش‌گران حوزه حقوق اساسی بر این باورند که نمی‌توان قانون اساسی را دقیقاً معادل یک قرارداد در نظر گرفت، بلکه آن را می‌توان مشابه هنجارهای اجتماعی که ناخواسته پدید می‌آیند و به وسیله قاطبه اعضای جامعه به صورت فراگیر و ناخودآگاه پذیرفته می‌شوند، به حساب آورد (Hardin, 1989; Ordeshook, 1992). بنابراین، تدوین قانون اساسی را می‌توان به عنوان تلاشی برای (الف) تسریع در فرایند ظهور هنجارها و (ب) هدایت این فرایند در جهتی خاص مفهوم‌سازی کرد. هاردین می‌نویسد: «سازماندهی قانون اساسی، یک فرایند پیچیده و گسترده از هماهنگی میان اعضای جامعه به حساب می‌آید که هنجاری ایجاد می‌کند که برای حفظ آن به انگیزه‌ها و انتظارات خود ساخت‌هاش متکی است (Hardin, 1989: 119).

از آنجا که مفهوم «قانون اساسی به مثابه مجموعه‌ای از هنجارها» به سبب نارضایتی نسبت به مفهوم «قانون اساسی به مثابه قرارداد» و در تضاد آشکار با آن توسعه یافته است، در اینجا تلاش می‌شود تا چهار تفاوت بنیادینی که میان این دو مفهوم وجود دارد، ذکر گردد: (۱) قرارداد برای حل معمای زندانی^{۱۶} طراحی شده است که در آن سود یک طرف با ضرر طرف دیگر هم‌زمان است، در حالی که قانون اساسی (که به عنوان مجموعه‌ای از هنجارها در نظر گرفته می‌شود) برای حل بازی هماهنگی^{۱۷} به کار می‌رود؛^{۱۸} در این بازی،

۱۶. این نوع بازی معمولاً برای توضیح موقعیت‌هایی استفاده می‌شود که در آن دو یا چند نفر به‌طور فردی تصمیم می‌گیرند، اما تصمیماتشان نه تنها بر روی خودشان بلکه بر روی دیگران نیز تأثیر می‌گذارد. در معمای زندانی، اگر هر دو طرف به‌طور مستقل اقدام کنند (یعنی خیانت به یکدیگر)، هر دو بازنده خواهند بود، اما اگر طرفین به یکدیگر اعتماد کنند، برنده می‌شوند. قراردادهای اجتماعی معمولاً برای حل این معما طراحی می‌شوند، به این معنا که هدف قرارداد اجتماعی این است که افراد را متقاعد کند که همکاری کنند و برای دستیابی به یک نتیجه بهتر و پایدارتر، منافع بلندمدت خود را بر منافع کوتاه‌مدت ترجیح دهند.

17. coordination game

۱۸. در بازی هماهنگی، هدف این است که بازیگران (افراد یا گروه‌ها) به یک توافق یا هماهنگی مشترک دست یابند. بر خلاف معمای زندانی، در بازی هماهنگی همه طرف‌ها تمایل دارند که به یک نتیجه مشترک برسند که برای همه مفید باشد. اینجا هیچ‌گونه تضاد منافع عمده‌ای وجود ندارد، بلکه مشکل اصلی این است که چگونه طرف‌ها بتوانند به یک نقطه توافق مشترک دست یابند. این نوع بازی معمولاً در تنظیم هنجارها و قواعد اجتماعی مانند قوانین اساسی به کار می‌رود.



بهترین نتیجه برای هر بازیگر، معمولاً برای دیگری نیز بهترین یا نزدیک به آن خواهد بود. (۲) برای این که قرارداد معتبر باشد، رضایت صریح طرف‌های قرارداد ضروری است، در حالی که قانون اساسی، تا زمانی که مخالفت جدی نسبت به آن وجود نداشته باشد، می‌تواند بدون رضایت صریح اکثریت هم قابل اجرا باشد. (۳) اجرای یک قرارداد معمولاً با استفاده از ضمانت اجرای بیرونی تضمین می‌شود، در حالی که در رویکرد دوم، تضمین اجرای آن به سختی و پیچیدگی ایجاد یک قانون اساسی جدید یا جایگزین بستگی دارد. این بدان معناست که تغییر یا نقض قانون اساسی بسیار دشوار است و به همین دلیل خود به‌عنوان ابزاری برای تضمین اجرای آن عمل می‌کند. (۴) طرفین قرارداد معمولاً سعی می‌کنند تا جایی که ممکن است همه شرایط و احتمالات را در نظر بگیرند، که این اغلب باعث می‌شود قراردادها ماهیت ایستا داشته باشند، در حالی که قوانین اساسی به‌راحتی می‌توانند به تحولات و تغییرات پاسخ دهند. به عبارت دیگر، قراردادها معمولاً به‌گونه‌ای تنظیم می‌شوند که تمام شرایط و احتمالات آینده پیش‌بینی و در نظر گرفته شوند، که این کار ممکن است باعث شود که قراردادها انعطاف‌پذیری کمتری داشته باشند و از نظر اجرایی ثابت و غیرقابل تغییر به نظر برسند. اما قوانین اساسی به‌طور طبیعی فضای بیشتری برای تغییر و تحول دارند و می‌توانند با توجه به شرایط جدید جامعه یا تغییرات اجتماعی، سیاسی و اقتصادی تکامل یابند (Hardin, 2008: 312-313).

این مفهوم توسط هادفیلد و وینگاست در مقاله‌ای تحت عنوان «قانون اساسی به‌مثابه دستگاه هماهنگ‌کننده» مطرح شده است. آن‌ها با این اظهار نظر آغاز می‌کنند که قواعد قانون اساسی باید به نحوی اجرا شوند. از آنجا که هیچ سطحی از قانون وجود ندارد که بنیادی‌تر از قانون اساسی باشد، آن‌ها پیش‌بینی می‌کنند که مهم‌ترین بازیگران در اجرای قواعد قانون اساسی، شهروندان هستند. شهروندی که مشاهده می‌کند حقوق فردی یک شخص که در قانون اساسی درج شده است، توسط دولت نقض گردیده است، می‌تواند در برابر آن دولت مقاومت کند. اما چنین اقدامی هزینه‌هایی در پی دارد. هادفیلد و وینگاست استدلال می‌کنند که قانون اساسی موفق باید یک تعادل پایدار ایجاد کند که در آن، شهروندان با دیدگاه‌ها و منافع مختلف مایل باشند تا برای حفظ قانون اساسی با یکدیگر همکاری کنند و همچنین در برابر کسانی که مفاد قانون اساسی را نقض می‌کنند، واکنش نشان دهند (Hadfield & Weingast, 2014: 140). برای این که یک قانون اساسی به تعادل برسد، شهروندان باید انگیزه‌هایی برای پیروی از قانون اساسی داشته باشند. برای انجام این کار، یک قانون اساسی باید چندین ویژگی داشته باشد. اول، باید یک راه‌حل کانونی برای بازی هماهنگی ایجاد کند تا شهروندان بتوانند به مجموعه‌ای واحد از قواعد تکیه کنند. دوم، آن نقطه کانونی باید یک نظم قانون اساسی فراهم کند که به اندازه کافی با منافع شهروندان متنوع همگرا باشد تا تعداد کافی از آن‌ها را به شرکت در حفظ قانون اساسی تشویق کند. سوم، رژیم قانون اساسی باید ویژگی‌های حقوقی مشخصی داشته باشد که فیلسوفان حقوقی به‌عنوان ویژگی‌های هنجاری مطلوب یک قانون‌شناسایی کرده‌اند. این ویژگی‌های حقوقی به شهروندان کمک می‌کند تا هماهنگ شوند زیرا ارزش هماهنگی را برای تعداد زیادی از مردم افزایش می‌دهند؛ اعتماد به نظم موجود را تقویت می‌کنند و در نتیجه، در ترجیحات ذهنی شهروندان این باور را ایجاد خواهند کرد که نظام سیاسی و اقتصادی پایدار است و در مقایسه با سایر گزینه‌های ممکن (مانند بی‌نظمی یا حکومت استبدادی) ارزش حمایت کردن دارد؛ و هزینه‌های هماهنگی را با حذف سیستم‌های پیچیده‌تر از قواعد، مانند آن‌هایی که علاوه بر شرایط مورد نظر، متغیرهای شخصی مانند جایگاه فرد در سلسله‌مراتب اجتماعی را شامل می‌شوند، کاهش می‌دهند. چهارم، قانون اساسی باید حاوی سازوکاری برای ایجاد یک منطق آشکار حول قواعد حقوقی باشد. دلیل این امر این است که شرایطی که در آن شهروندان با دولت تعامل دارند، بسیار متنوع است و یک قانون اساسی موفق نمی‌تواند صرفاً یک لیست یا الگوریتم ثابت از رفتارهای قانونی و غیرقانونی باشد؛ بلکه باید مجموعه‌ای از دانش مشترک از قوانین همراه با یک منطق حقوقی شفاف باشد تا افراد بتوانند این منطق را در شرایط جدید و متنوع نیز به کار گیرند (Hadfield & Weingast, 2014: 148-149).

۳-۵. قانون اساسی به‌مثابه نتیجه یک فرایند تکاملی

بوکانان، به‌عنوان یکی از طرفداران مفهوم قانون اساسی به‌مثابه قرارداد اجتماعی، افراد را به‌عنوان کنشگران عقلانی در نظر می‌گیرد که بینشی کافی دارند تا مزایای حاصل از قوانین و اجرای آن‌ها را تشخیص دهند. به دلیل این آینده‌نگری، کنشگران عقلانی مایل هستند که آگاهانه دامنه اقدامات ممکن خود را محدود کنند. هایک، که شناخته‌شده‌ترین نماینده دیدگاه تکاملی درباره قانون اساسی محسوب می‌شود، دیدگاهی متفاوت از آنچه که قانون اساسی به‌مثابه قرارداد اجتماعی مطرح می‌کند، دارد: انسان تنها پس از شروع



به پیروی از برخی قوانین، به عقلانیت دست یافت. بر اساس این دیدگاه، ظهور قوانین (از جمله قوانین اساسی)، نتیجه یک فرایند آگاهانه و انتخاب عقلانی نیست، بلکه نتیجه ناخواسته کنش‌های انسانی است. هایک این ایده را گسترش می‌دهد و استدلال می‌کند که کنشگران قادر به ایجاد دانش نظری جامع در مورد نحوه عملکرد قوانین نیستند. در عوض، او مکرراً تأکید می‌کند که افراد دارای دانشی ذهنی و تجربی هستند که تنها به‌طور جزئی قابل انتقال است و بنابراین نمی‌توان آن را به‌طور کامل تجمیع کرد (به‌عنوان مثال، در آثارش در سال ۱۹۴۵؛ و توسعه این مفهوم در سال‌های ۱۹۷۳، ۱۹۷۶ و ۱۹۷۹). از دیدگاه او، تلاش برای عقلانی‌سازی وجود نظم در جامعه بر اساس منطق «جنگ‌هایزی همه علیه همه» بی‌نتیجه است، زیرا بقا تنها در چهارچوب گروه‌ها قابل تصور است (Hayek, 1988: 12). مفهوم قانون اساسی به مثابه نتیجه تکامل اجتماعی، بر توضیحات واقعی و تاریخی استوار است، نه مدل‌سازی‌های فرضی. در این دیدگاه، قوانین اساسی حاصل فرایندی از آزمون و خطا محسوب می‌شوند. هایک معیار مشخص و دقیقی برای اندازه‌گیری کارایی قانون اساسی ارائه نمی‌دهد، اما به نظر می‌رسد که او کارایی یک مجموعه از قوانین را بر اساس توانایی نسبی یک گروه در رشد جمعیتی و تأمین نیازهای اعضای خود ارزیابی می‌کند. این رویکرد در مقاله‌ای با عنوان «درباره سازگاری درونی اقتصاد قانون اساسی تکامل‌گرای‌هایک: چند ملاحظه کلی» مورد ارزیابی انتقادی قرار گرفته است (Voigt, 1992: 462).

می‌توان قانون اساسی انگلستان را به‌عنوان نتیجه یک فرایند تکاملی در نظر گرفت. گزافه نیست اگر بگوییم هایک در توسعه این نظریه از تاریخ انگلستان الهام گرفته است و بوکانان از تاریخ ایالات متحده تأثیر پذیرفته است. کونگلتون توسعه قانون اساسی در چندین دموکراسی پارلمانی غربی را از دیدگاه اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به‌عنوان یک فرایند تکاملی توصیف می‌کند (Congleton, 2011: 34). نکته جالب این است که او نشان می‌دهد ایالات متحده، برخلاف تصور رایج که گویی قانون اساسی را از پیش و با برنامه‌ریزی ایجاد کرده، در واقع به مدل تکاملی بسیار نزدیک است.

۴. مفهوم قاعده اساسی: ارائه یک ماتریس برای درک ابعاد و معانی آن

اندیشمندان اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، از چیزی تعبیر به «قانون» می‌کنند که توسط بازیگران به‌عنوان شیوه‌ای برای اجرای بازی بر اساس «قواعد زیربنایی بازی» که نظریه‌پرداز بازی تعریف کرده است، به‌کار گرفته می‌شود. در این معنا، «قانون» چهارچوبی از قیود بازی را تعیین می‌کند؛ تلاشی برای ارسال سیگنال رفتاری و هماهنگی بر روی یک تعادل خاص در بازی. برای روشن‌تر شدن بحث، و برای شناخت بهتر معانی مختلفی که به «قوانین» نسبت داده می‌شود، باید میان «نه مورد» که می‌توان آن‌ها را در یک ماتریس سه در سه نمایش داد، تمایز قائل شد. یکی از ابعاد این ماتریس را، تمایز میان قواعد نوع اول^{۱۹}، نوع دوم^{۲۰} و قواعد نوع سوم^{۲۱} تشکیل می‌دهد (Hamlin, 2014: 71). قواعد نوع اول را می‌توان به‌عنوان قواعدی در نظر گرفت که مستقیماً حقوقی را اعطا می‌کنند یا تکالیفی را تحمیل می‌کنند - مانند قواعدی که مالکیت و سرقت را تعریف می‌کنند یا به تعیین ضوابط توزیع حق رأی میان اعضای جامعه می‌پردازند. قواعد نوع دوم به طرقی اشاره دارد که بر اساس آن، قواعد نوع اول ایجاد، اصلاح یا نسخ می‌گردند - مانند قواعدی که اختیارات و طرز عمل قوه مقننه را مشخص و محدود می‌کنند (Hart, 1969: 20-42). قواعد نوع سوم را می‌توان به‌عنوان قواعدی تعریف کرد که سبکی خاص از بازی را مشخص می‌کنند (یا شاید سبک خاصی را که باید از آن اجتناب شود، تعیین می‌کنند)؛ البته هدفشان هدایت رفتار در چهارچوب قواعد نوع اول است - مانند «همیشه از سمت راست رانندگی کنید» یا «به وعده‌های خود وفادار بمانید».

لازم به توضیح است که تمایز مشخص و دقیقی بین قواعد نوع اول، نوع دوم و نوع سوم همیشه وجود ندارد. یک قاعده از نوع دوم اغلب حقوقی (طبق آئین دادرسی) اعطا می‌کند یا تکالیفی را تحمیل می‌کند و بنابراین با یک قاعده از نوع اول اشتباه گرفته می‌شود؛ یک قاعده از نوع سوم ممکن است از طریق قانون‌گذاری، تصویب و اجرا شود (مانند قوانین راهنمایی و رانندگی) و در نتیجه، ممکن است به اشتباه یک قاعده از نوع اول در نظر گرفته شود. با این حال، ایده‌های اساسی که این تمایزها را شکل می‌دهند، همچنان

19. primary rules

20. secondary rules

21. tertiary rules



روشن و مفید به نظر می‌رسند؛ به این معنا که قواعد نوع دوم بر فرایندهای حاکم بر قواعد نوع اول تمرکز دارند و قواعد نوع سوم، رفتار را در چهارچوب مجموعه‌ای از قواعد نوع اول و نوع دوم هدایت می‌کنند. دست‌کم برخی از قواعد نوع سوم، اغلب به‌عنوان هنجار، عرف، رسوم، رویه‌ها یا عادات شناخته می‌شوند. بنابراین شاید بتوان از واژه‌ای مانند «هنجارها» به جای «قواعد» برای قواعد نوع سوم استفاده کرد. در هر حال، اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، قواعد و هنجارهای این‌چنینی را در کنار یکدیگر بررسی می‌کند. بُعد دوم ماتریس که به تشریح «ساختار قواعد» می‌پردازد، به شکل قواعد مربوط می‌شود، نه به طبقه‌بندی منطقی آن. در اینجا نیز می‌توان سه شکل مهم را مشخص کرد: قانون اساسی، قانونی و غیررسمی. یک قاعده قانون اساسی، قاعده‌ای است که در یک چهارچوب اساسی نهادینه و محافظت شده است (خواه این چهارچوب در سندی به نام قانون اساسی تدوین شده باشد یا نه). یک قاعده قانونی، قاعده‌ای است که دارای قدرت قانونی است اما تحت حمایت قانون اساسی قرار ندارد، بنابراین در حوزه سیاست‌های روزمره جای می‌گیرد. یک قاعده غیررسمی، هیچ قدرت قانونی یا قانون اساسی ندارد اما با این حال، توسط افراد دینفع به‌عنوان یک قاعده شناخته می‌شود (Hamlin, 2014: 72-73).

جدول شماره (۱): ماتریس قواعد

قواعد (Rules)	قانون اساسی (Constitutional)	قانونی (legal)	غیر رسمی (informal)
قواعد نوع اول	۱	۲	۳
قواعد نوع دوم	۴	۵	۶
قواعد نوع سوم	۷	۸	۹

همه قواعدی که در این ساختار طبقه‌بندی شده وجود دارد، در رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی دارای اهمیت هستند. هرگونه تلاش برای کاستن یا نادیده گرفتن این ساختار نسبتاً غنی و پیچیده از قواعد، قابل پذیرش نخواهد بود. به همین سبب است که نگارندگان، به جای ذکر عبارت «اقتصاد سیاسی قانون اساسی» از عبارت «اقتصاد سیاسی قواعد اساسی» استفاده کرده‌اند. پرواضح است که ماتریس‌های شماره (۱) و (۴)، یکی از محوری‌ترین موضوعاتی محسوب می‌شوند که این رویکرد بدان می‌پردازد: ما کاملاً با هر دو نوع از قوانین اساسی ماهوی (نوع اول) و قوانین اساسی شکلی (نوع دوم) آشنا هستیم. به همین ترتیب، ماتریس شماره (۲) نشان‌دهنده قوانین عادی است که به تخصیص حقوق و تکالیف ماهوی می‌پردازند. با این حال، سایر خانه‌های این ماتریس نیاز به توضیح بیشتری دارند.

برخی از هنجارها یا عرف و عادات به قانون اساسی راه می‌یابند (ماتریس شماره ۷) و برخی دیگر، جنبه قانونی به خود می‌گیرند (ماتریس شماره ۸). ما می‌توانیم طیفی از قواعد نوع سوم را در نظر بگیریم که به تعیین برخی از الگوها و چهارچوب‌های رفتاری یا سبک خاصی از بازی مبادرت می‌ورزند و در عین حال، قانون‌گذار یا قوه مؤسس آن‌ها را به جهت اهمیتی که دارند، در قانون و یا قانون اساسی درج کرده‌اند. خانه شماره (۵) ممکن است در نگاه اول کم‌اهمیت به نظر برسد، زیرا ممکن است تصور کنیم که قواعد نوع دوم - یعنی قواعدی که فرایندهای حاکم بر قواعد نوع اول را تعیین می‌کنند - ذاتاً یک قاعده اساسی محسوب می‌شوند. اما در واقعیت، حتی در جوامعی که بیشترین میزان مشروطه‌گرایی را دارند، اکثر نهادهای روزمره آن‌ها از طریق قانون (یا حتی به صورت غیررسمی - مانند خانه ۶) تعریف و تنظیم می‌شوند، تا از طریق قانون اساسی. بنابراین، ما با قیودی مواجه هستیم که باوجود این که یک قاعده اساسی محسوب می‌شوند اما صرفاً جنبه قانونی یا غیررسمی دارند و از هیچ‌گونه حفاظت واقعی در سطح قانون اساسی برخوردار نیستند.

به‌عنوان یک قاعده کلی باید اشاره کرد که منظور از قاعده اساسی، در درجه اول مجموعه‌ای از قیود رسمی و غیررسمی است که بازارهای سیاسی می‌توانند در محدوده تعیین شده به وسیله آن قیود (اعم از نوشته‌شده یا نانوشته) نقش‌آفرینی کنند (Rowley, 1979: 2). این دسته از قواعد، عوامل سیاسی را ملزم می‌کنند تا در چهارچوب محدودیت‌های ایجاد شده، نقش‌آفرینی کنند (Young,



2: 2019). به عبارت دیگر، اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به کاربرد روش‌ها و تکنیک‌های تحلیلی اقتصاد در مطالعه قواعدی اشاره دارد که نظم‌های اجتماعی می‌توانند تحت آن قواعد (قیود یا محدودیت‌ها) عمل کنند (Vanberg, 2018: 259). بنابراین فرقی ندارد که قاعده مورد بحث، در سلسله‌مراتب قواعد حقوقی، در جایگاه قانون اساسی قرار داشته باشد یا قانون، عرف و رویه قضایی؛ آنچه که حائز اهمیت است، پاسخ به این سؤال محوری است که قاعده حقوقی مورد بحث چهارچوبی از محدودیت در نظم‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی ایجاد می‌کند یا خیر. در این صورت، قاعده حقوقی چه در زمره اصول قانون اساسی باشد، چه در زمره مواد قانونی و چه در زمره هنجارهایی باشد که صورت قانونی به‌خود نگرفته‌اند، در کانون توجهات اقتصاد سیاسی قواعد اساسی قرار دارند. از این روست که می‌توان گفت اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، رهیافتی است که با حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، مالیه عمومی، حقوق محیط زیست، حقوق انتخاباتی و... سروکار دارد. درست است که عمده رهیافت‌های این رویکرد با حقوق اساسی درهم‌تنیده است (Ginsburg, 2010: 70; Elkins & et al, 2009: 38-39)، اما این بدان معنا نیست که این رهیافت، فاقد دستاوردهای علمی در سایر شاخه‌های علم حقوق است. برای نمونه یکی از قواعدی که قیود بازی را مشخص می‌کند، نظام انتخاباتی است. در برخی کشورها این که نظام انتخاباتی اکثریتی باشد یا تناسبی، در قانون مصوب مجلس یا پارلمان تعیین تکلیف شده است. در هر حال، چون نظام انتخاباتی در زمره قواعدی است که قیود بازی را تعیین می‌کند، لذا یکی از مباحثی است که اقتصاد سیاسی قواعد اساسی بدان می‌پردازد.

اگر به‌طور تقریبی، هر نظم اجتماعی را به‌عنوان مجموعه‌ای از فعالیت‌های متقاطع -بازارها، سیاست، جامعه مدنی و غیره- در نظر بگیریم، آنگاه اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به مطالعه قواعدی می‌پردازد که هر یک از این حوزه‌ها را نظم و نسق می‌بخشد. اگر فعالیت‌های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی در چهارچوب مفاد یک قاعده ترتیب یابد، آن قاعده یک قاعده اساسی است. اگر یک قاعده بخشی از روند تثبیت‌شده انتخاب سیاست‌های عمومی را توصیف کند، آنگاه آن قاعده یک قانون اساسی است -چه رسمیت یافته باشد و چه نیافته باشد (Congleton, 2018: 772). صرف‌نظر از محتوای هر قانون اساسی رسمی و مکتوب، مجموعه قواعد اساسی در یک جامعه، قانون اساسی آن را تشکیل می‌دهد. بنابراین، اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به تحلیل هر الگوی ثابتی از قواعد که تعاملات اجتماعی را ساختاردهی و تحت تأثیر قرار می‌دهد، توجه دارد، چه به صورت صریح تدوین شده یا به صورت ضمنی تکامل یافته باشد.

۵. مقایسه مفهومی و روش‌شناختی حقوق اساسی و اقتصاد سیاسی قانون اساسی

در تحلیل قواعد حقوقی مندرج در قانون اساسی، دو رویکرد عمده با افق‌های نظری متمایز قابل شناسایی‌اند: نخست، رویکرد «حقوق اساسی» به تبیین ساختارها و نهادهای حقوقی و حدود صلاحیت‌شان و همچنین حقوق و آزادی‌های شهروندان می‌پردازد و در این مسیر از دانش‌های تاریخ، فلسفه، دین، سیاست، جامعه‌شناسی و اقتصاد بهره می‌گیرد (Cooter, 2002: 22)؛ دوم، رهیافت «اقتصاد سیاسی قانون اساسی» در پی آن است که ویژگی‌های کارکردی مجموعه‌های متنوعی از قواعد حقوقی و نهادهای اساسی را که به نحوی انتخاب‌ها و کنش‌های مرتبط با بازیگران اقتصادی و سیاسی را مقید می‌سازند، تبیین کند (Buchanan, 2018: 1109). این دو رهیافت، افزون بر تفاوت در سطح تحلیل و روش‌شناسی، در اهداف معرفتی و چشم‌اندازهای نظری نیز تمایزات بنیادین دارند. حقوق اساسی شاخه‌ای از حقوق عمومی است که به بررسی قواعد و اصول بنیادینی می‌پردازد که ساختار قدرت، حدود اختیارات نهادها، حقوق بنیادین شهروندان، و سازوکارهای نظارت و توازن میان قوا را مشخص می‌کند. در این رویکرد، متن قانون اساسی به‌عنوان یک سند حقوقی مورد تحلیل و تفسیر قرار می‌گیرد و تأکید بر تطابق قوانین و رویه‌های سیاسی با اصول حقوقی مندرج در آن است (Barendt, 1998: 12). در مقابل، رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، به بررسی نحوه شکل‌گیری قواعد اساسی، انگیزه‌های ناشی از انتخاب قواعد و پیامدهای نهادی و اقتصادی هر یک از آن‌ها می‌پردازد. در این چهارچوب، قانون اساسی نه صرفاً یک متن حقوقی، بلکه یک نهاد اجتماعی-اقتصادی در نظر گرفته می‌شود که هدف آن تنظیم قواعد بازی و کاهش هزینه‌های مبادله در سطح کلان است (Brennan & Hamlin, 2013: 330). به‌عبارتی دیگر، هدف این رویکرد، ارائه پاسخی به این سوال است که چه قواعدی از بازی اجتماعی به همزیستی مسالمت‌آمیز انسان‌ها و همکاری دو سر برد کمک می‌کنند (Vanberg, 2005: 26).



حقوق اساسی عمدتاً به سطح پسااساسی سازی^{۲۲} توجه دارد؛ یعنی به تفسیر و اجرای قواعد مدوّن موجود می‌پردازد. در حالی که رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی در سطح پیشااساسی سازی^{۲۳} متمرکز است و به تحلیل نحوه انتخاب و طراحی قواعد بازی مبادرت می‌ورزد (Van Den Hauwe, 2005: 224). اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به تبیین سازوکارهای تهیه و تدارک کالاهای عمومی اهتمام می‌ورزد. با نگرارش و تصویب قواعد اساسی، جوامع در واقع در خصوص این که چه نوع کالای عمومی را مایل هستند به طور مشخص برای خود فراهم کنند، اتخاذ تصمیم نمی‌کنند؛ بلکه قواعد اساسی شامل قیودی است که فرایند اتخاذ این نوع تصمیمات را در بر می‌گیرد. اگر کسی به تجزیه و تحلیل انتخاب قاعده اساسی یک جامعه علاقه‌مند باشد، در واقع به تحلیل یک انتخاب فراگیر^{۲۴} علاقه‌مند است؛ یعنی این که جامعه چگونه (در سطح پیش از اساسی سازی) درباره روش اتخاذ انتخابهای بعدی (در سطح پسااساسی سازی) تصمیم می‌گیرد (Voigt, 2017: 229). یا به بیان پیتر اردشوک: «قانون اساسی، قانون گذاری محسوب نمی‌شود؛ بلکه سازوکاری است که مردم از آن برای پیش بردن ساختار قانون و قانون گذاری استفاده می‌کنند» (Ordeshook, 1993: 231). رویکرد نخست، بر مبنای اصول و فنون تفسیر حقوقی بنا شده است. اما در رویکرد دوم، انتخاب عقلانی مبنای روش‌شناسی است و در این راستا از ابزارهای علم اقتصاد یعنی نظریه‌های هنجاری، داده‌های تجربی و آزمایش‌های تصادفی بهره‌برداری می‌شود (Voigt, 2020a: 12-18; Hamlin, 2014: 79). در پایان باید تأکید کرد که تمامی تلاش‌های صورت گرفته در رهیافت اقتصاد سیاسی قواعد اساسی (CPE) معطوف به ارائه رهنمودهای علمی به کنشگران در فرایند اصلاحات و تغییرات قانونی است. به بیان دقیق‌تر، اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به منزله چهارچوبی هنجاری طراحی شده است که هم ارائه مشاوره در خصوص مسائل قانون اساسی را تسهیل می‌کند و هم امکان تحلیل تطبیقی نهادهای حقوقی را در پرتو معیارهای هنجاری فراهم می‌آورد (Van den Hauwe, 2000: 610).

جدول شماره (۲): تفاوت دو رویکرد

مؤلفه‌ها	حقوق اساسی	اقتصاد سیاسی قواعد اساسی
نقطه تمرکز تحلیل	تبیین و تفسیر اصول و قواعد مندرج در قانون اساسی	تحلیل نحوه شکل‌گیری، انتخاب و تحول قواعد اساسی و پیامدهای نهادی آن در دنیای واقعی
مفهوم قانون اساسی	سند حقوقی الزام‌آور	قاعده بازی
مفهوم قاعده اساسی	صرفاً سندی مکتوب با عنوان قانون اساسی و البته در مواردی رویه‌های اساسی	هر قاعده‌ای که قیود بازی سیاسی و اجتماعی را تعیین می‌کند: در این صورت قوانین عادی نیز می‌توانند قاعده اساسی تولید کنند مثل قانون ناظر بر انتخابات
روش‌شناسی	تفسیر حقوقی مبتنی بر اخلاق و فلسفه و سایر دانش‌های اجتماعی (هرمنوتیک حقوقی)	انتخاب عقلانی مبتنی بر ابزارهای علم اقتصاد
هدف	تضمین هنجارهای اساسی	طراحی و ارزیابی قواعد حاکم بر بازی برای کاهش هزینه مبادله در سطح کلان و حل تعارضات اجتماعی
سطح تحلیل	پسا اساسی سازی	پیشا اساسی سازی
ابزار	مبانی حقوقی	نظریه‌ها، داده‌های تجربی، آزمایش‌های تصادفی

22. post-constitutional

23. Pre-Constitutional

24. meta-choice



۶. نتیجه‌گیری

در این نوشتار تلاش شده است تا رهیافت اقتصاد سیاسی قواعد اساسی و مفاهیم بنیادین آن یعنی «اقتصاد سیاسی»، «قانون اساسی» و «قاعده اساسی» مورد بررسی قرار گیرد و نسبت آن با قرائت حقوقی تجزیه و تحلیل شود. چهارچوب مفهومی اقتصاد سیاسی قواعد اساسی با تفکیک میان تعیین قواعد حاکم و کنش در چهارچوب آن‌ها، یا میان انتخاب قواعد و تصمیم‌گیری در چهارچوب قواعد موجود، تمرکز خود را بر انتخاب قواعد بازی جمعی قرار می‌دهد و آن را به‌عنوان محور اصلی مطالعات خود برمی‌گزیند. ویژگی متمایز و در عین حال محوری آن، تمرکز بر یک دغدغه کاربردی است: این که چگونه می‌توان قوانین و نهادها را به‌گونه‌ای بهبود بخشید که منافع متقابل تمامی بازیگران تأمین شود. تمامی تلاش‌های اقتصاد سیاسی قواعد اساسی در نهایت با هدف راهنمایی برای افرادی انجام می‌شود که در فرایند اصلاح یا تغییر قوانین مشارکت دارند. به بیان دیگر، این رویکرد، با هدف ارائه مشاوره هنجاری در زمینه قواعد اساسی و نیز فراهم‌سازی چهارچوبی هنجاری برای تحلیل مقایسه‌ای نهادها طراحی شده است.

با واکاوی آثار اندیشمندان این عرصه، پنج مفهوم متمایز از «قانون اساسی» استنباط گردید. سه رویکرد نخست، در این فرض ضمنی مشترک هستند که یک قانون اساسی می‌تواند بدون هیچ‌گونه پیش‌زمینه‌ای ایجاد شود. با این حال، این رویکردها در برخی از فرضیات اساسی با یکدیگر تفاوت دارند. نظریه قرارداد اجتماعی فرض می‌کند که همه کنشگران دارای عقلانیت گسترده هستند. رویکرد کارفرما-کارگزار احتمال وجود اطلاعات نامتقارن بین کارفرمایان و کارگزاران را مطرح می‌کند. این دیدگاه که قانون اساسی یک ابزار برای تعهد پیش‌بینی محسوب می‌شود، این احتمال را مطرح می‌کند که کنشگران ممکن است دچار ترجیحات ناسازگار با زمان شوند یا فاقد خودکنترلی باشند. دو رویکرد دیگر، اعتقاد دارند که مشابه هنجارهای اجتماعی که ناخواسته پدید می‌آیند و به‌وسیله قاطبه اعضای جامعه به‌صورت فراگیر و ناخودآگاه پذیرفته می‌شوند، قانون اساسی نیز این‌گونه شکل گرفته است.

با توجه به این که قواعد اساسی موضوع محوری این رهیافت را تشکیل می‌دهد، این پژوهش با ارائه ماتریسی دقیق از مفهوم «قاعده اساسی»، می‌کوشد تا چهارچوبی روشن و منسجم از موضوعات مورد مطالعه ارائه دهد. همه قواعدی که در این ساختار طبقه‌بندی شده وجود دارد، اعم از این که از حفاظت واقعی در سطح قانون اساسی برخوردار باشند یا خیر، در رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی مورد واکاوی قرار می‌گیرند. پاسخ به این پرسش که آیا قاعده حقوقی مورد نظر چارچوبی از محدودیت در نظم‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی ایجاد می‌کند یا نه، اهمیت زیادی دارد؛ چرا که در صورت مثبت بودن پاسخ، آن قاعده در حوزه مطالعاتی اقتصاد سیاسی قواعد اساسی قرار می‌گیرد.

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که حقوق اساسی در هفت مؤلفه با رویکرد اقتصاد سیاسی قواعد اساسی تفاوت دارد. در رویکرد نخست، تمرکز بر تبیین و تفسیر اصول و قواعد مندرج در متن قانون اساسی است، در حالی که رویکرد دوم، نحوه شکل‌گیری، انتخاب و تحول قواعد اساسی و پیامدهای نهادی آن‌ها را در کانون تحلیل خود قرار می‌دهد. در این دو رویکرد، مفهوم قانون اساسی نیز متفاوت تعریف می‌شود: در اولی، به‌مثابه یک سند حقوقی الزام‌آور و در دومی، به‌عنوان قاعده بازی شناخته می‌شود. همچنین، رویکرد نخست بر پایه اصول و فنون تفسیر حقوقی استوار است، در حالی که رویکرد دوم بر مبنای انتخاب عقلانی شکل گرفته و از ابزارهای علم اقتصاد همچون نظریه‌های هنجاری، داده‌های تجربی و آزمایش‌های تصادفی بهره می‌گیرد.

در پایان می‌توان اظهار داشت که اقتصاد سیاسی قواعد اساسی به مثابه یک روش علمی، چهارچوبی برای مطالعه دانش حقوق فراهم می‌سازد. تبیین و تحلیل کارکردهای این رویکرد در دانش حقوق، از جمله موضوعات قابل تأمل در مطالعات آتی به شمار می‌رود. صرف‌نظر از این ملاحظات، کوشش برای بهره‌گیری از روش‌های علمی در عرصه قانون‌گذاری، ضرورتی گریزناپذیر و امری مطلوب تلقی می‌گردد. بنابراین گسترش این رهیافت در تحقیقات ناظر بر قانون‌گذاری را می‌توان تلاشی نظام‌مند و مبتنی بر روش علمی در جهت ارتقای رویکردهای تحلیلی در دانش حقوق قلمداد کرد. با استفاده از ابزارهای تحلیلی اقتصاد سیاسی قواعد اساسی، می‌توان به امکان به‌کارگیری یک روش علمی منسجم در عرصه دانش حقوق امیدوار بود. در همین راستا، شایسته است که در پژوهش‌های آتی به گسترش این رویکرد در قالب مطالعات تجربی توجه شود؛ مطالعاتی که با شناسایی چالش‌های موجود در عرصه قانون و قانون‌گذاری، زمینه را برای ارائه گزاره‌های سیاستی اعتلابخش فراهم می‌سازند.



References

1. Almedia, R. (2022). From 'What Is New Political Economy' to 'Why Is Everything New Political Economy. *Economic Thought*, 10(2), 28-46. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3271179>
2. Barendt, E. (1998). *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
3. Brennan, G.; Buchanan, J. (1980). *The Power to Tax*. Cambridge: Cambridge University Press.
4. Brennan, G.; Hamlin, A. (1998). Constitutional economics. in Thomas Ulen and Peter Newman (eds). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London: Palgrave Macmillan, 401-410.
5. Brennan, G.; Hamlin, A. (2013). Constitutions As Expressive Documents, in: Donald A. Wittman & Barry R. Weingast (eds.). *The Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford University Press, 329-341.
6. Brennan, G.; Kliemt, H. (2019). Fiscal powers revisited: The Leviathan model after 40 years. In: R. Congleton, B. Grofman, & S. Voigt (eds.), *The Oxford Handbook of Public Choice*. Oxford University Press, vol. 2, 263-85.
7. Buchanan, J.; Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
8. Buchanan, J.M. (1990). The Domain of Constitutional Political Economy, *Constitutional Political Economy*, 1, 1-18. <https://doi.org/10.1007/BF02393031>
9. Buchanan, J.M. (2018). Constitutional Economics, in: Matias Vernengo, Esteban Perez Caldentey, Jayati Ghosh (eds), *The new Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan London, 1109-1116.
10. Congleton, R. (2011). *Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
11. Congleton, R. (2018). Towards a Rule-Based Model of Human Choice: On the Nature of Homo Constitutionalis. in: Richard E. Wagner, James M. Buchanan: *A Theorist of Political Economy and Social Philosophy*, Palgrave Macmillan Cham, 769-805.
12. Cooter, R. (2002). *The strategic constitution*, Princeton: Princeton University Press.
13. Dadgar, Y. (2011). The Capacity of the constitutional Political Economy to Discipline Public Sector Management. *Comparative Economics: Institute for Humanities and Cultural Studies*, 2, 109-133. (In Persian).
14. Drazen, A. (2000), *Political Economy in Macroeconomics*, Princeton: Princeton University Press.
15. Elkins, Z.; Ginsburg, T.; Melton, J. (2009), *The endurance of national constitutions*, Cambridge: Cambridge University Press.
16. Elster, J. (1984). *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press.
17. Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press.
18. Elster, J. (2000). Arguing and bargaining in two constituent assemblies. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2, 345-421.
19. Gauthier, David. (1986). *Morals by Agreement*. Oxford: Oxford University Press.
20. Ginsburg, T. (2010). Constitutional specificity, unwritten understandings and constitutional agreement. In (Sajo, A., & Utz, R., eds.) *Constitutional topography: values and constitutions*. Netherlands: Eleven International Publishing,



21. Hadfield, G.; Weingast, B. (2014). Constitutions as coordinating devices. In: S. Galiani & I. Sened (eds.). *Institutions, Property Rights, and Economic Growth: The Legacy of Douglass North*. Cambridge: Cambridge University Press, 121-150.
22. Hamlin, A. (2013). Constitutional Political Economy, in: Michael Reksulak, Laura Razzolini & William F. Shughart II. *The Elgar Companion to Public Choice*, Edward Elgar Publishing, 72-82.
23. Hamlin, A. (2014). Reasoning about rules. *Constitutional Political Economy*, 25, 68-87. <https://doi.org/10.1007/s10602-014-9153-3>
24. Hardin, R. (1989). Why a constitution? In: B. Grofman & D. Wittman (eds.). *The Federalist Papers and the New Institutionalism*. New York: Agathon Press, 100 20.
25. Hardin, R. (2008). Constitutionalism, in: Donald A. Wittman & Barry R. Weingast (eds.). *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford University Press, 289-311.
26. Hart, H. L. A. (1961). *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press.
27. Hayek, F. (1945). The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, 35(4), 519-530.
28. Hayek, F. (1969). *Rechtsordnung und Handelsordnung*. in F. A. Hayek, *Freiburger Studien*. Tuebingen: J.C.B. Mohr.
29. Hayek, F. (1973). *Law, Legislation and Liberty, Vol. 1: Rules and Order*. Chicago: Chicago University Press.
30. Hayek, F. (1976). *Law, Legislation and Liberty, Vol. 2: The Mirage of Social Justice*. Chicago: Chicago University Press.
31. Hayek, F. (1979). *Law, Legislation and Liberty, Vol. 3: The Political Order of a Free People*. Chicago: Chicago University Press.
32. Hayek, F. (1988). *The Fatal Conceit the Errors of Socialism*, ed. by W. W. Bartley III. London: Routledge.
33. Holmes, S. (1988). Precommitment and the paradox of democracy. In: J. Elster & R. Slagstad (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 195 240.
34. Kadkhodaei, A.; Aghaei Togh, M. (2011). A Study of Foundations and Tools of Constitutional Economics and Its Application in the Constitutional Engineering. *Comparative Law Quarterly*, 21, 63-82. (In Persian).
35. Momeni, F.; Zamani, R. (2013). An Analysis of Pattern of Development in Iran between Two Revolutions Based on Political Economy and Social Order. *Strategy Quarterly*, 69, 7-40. (In Persian).
36. Ordeshook, P. (1992). Constitutional stability. *Constitutional Political Economy*, 3(2), 137 75. <https://doi.org/10.1007/BF02393118>
37. Ordeshook, P. (1993). Some Rules of Constitutional Design. in P. E. Frankel, F. Miller, and J. Paul, eds. *Liberalism and the Economic Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 198-232.
38. Pabst, A. (2014). The Constitutional vs. The Contractualist Tradition: A Foundational Divide in Political Economy, Paper presented at the Cambridge Research Seminar in Political Economy, February 6, Emmanuel College, Cambridge.
39. Pabst, A.; Scazzieri, R. (2016). The Political Economy of Constitution. *OEconomia*, 6(6-3), 337-362. <https://doi.org/10.4000/oeconomia.2433>
40. Pabst, A. (2018). Political Economy of Civil Society in: Ivano Cardinale & Roberto Scazzieri Ivano Cardinale & Roberto Scazzieri (eds.). *The Palgrave Handbook of Political Economy*. Palgrave Macmillan London, 289-331.
41. Pasbani Sowme'eh, A. (2011). Constitutional Economics and Fairness. *Research Bi-Quarterly of Theoretical Politics*, 10, 63-86. (In Persian).



42. Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
43. Rowley, C. (1997). Introduction: The relevance of public choice for constitutional political economy, in: Charles K. Rowley (ed.). *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*. Dordrecht: Springer Dordrecht, 1-10.
44. Smith, A. (1778). *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Indianapolis, IN: Liberty Fund.
45. Tullock, G. (1987). *Autocracy*. Dordrecht: Dordrecht: Kluwer.
46. Van den Hauwe, L. (2000). Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics, *Economics, Law, Political Science*, 1, 603-652.
47. Van den Hauwe, L. (2005). Constitutional economics. in J. G. Backhaus (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 223-238.
48. Vanberg, V. (1998). Constitutional Political Economy. in J. B. Davis, D. W. Hands, and U. Mäki, (eds.) *The Handbook of Economic Methodology*. MA: Edward Elgar, 69-75.
49. Vanberg, V. (2005). Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy. *Journal of Institutional Economics* 1(01), 23-49. <https://doi.org/10.1017/S1744137405000032>
50. Vanberg, G.; Vanberg, V. (2017). Contractarian Perspectives in Law and Economics. In: Francesco Parisi (ed.). *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*. London: Oxford University, 246-267.
51. Vanberg, V. (2018). Constitutional Political Economy. in: Ivano Cardinale & Roberto Scazzieri (eds.). *The Palgrave Handbook of Political Economy*. London: Palgrave Macmillan, 259-287.
52. Voigt, S. (1992). On the internal consistency of Hayek's evolutionary-oriented constitutional economics – Some general remarks. *Journal des Economistes et des Etudes Humaines* 3(4), 461-476. doi.org/10.1515/jeeh-1992-0403
53. Voigt, S. (1997). Positive constitutional economics: A survey. in: Charles K. Rowley (ed.). *Constitutional Political Economy in a Public Choice Perspective*. Dordrecht: Springer Dordrecht, 11-53.
54. Voigt, S. (2017). Constitutional Economics and the Law. In: Francesco Parisi (ed.). *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*. London: Oxford University, 202-221.
55. Voigt, S. (2020a). *Constitutional Economics: A primer*. Cambridge: Cambridge University Press.
56. Voigt, S. (2020b). *Institutional Economics: An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.
57. Weingast, B. R.; Wittman, D. (2006), *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford: Oxford University Press.
58. Young, A. (2019). How Austrians can Contribute to Constitutional Political Economy (and Why they Should). *The Review of Austrian Economics*, 32, 281-293. <https://doi.org/10.1007/s11138-019-00482-9>



The position of Guilds in Iran's Criminal Policy

Majid Mohammadi¹ , Mohammad Ali Haji Dehabadi² 

1. PhD Candidate, Department of Law, University of QOM, Qom, Iran

(*- Corresponding Author Email: majid_mohammadi1372@email.com)

2. Associate Professor, Department of Law, University of QOM, Qom, Iran

Received: 2025-06-22

Revised: 2025-08-06

Accepted: 2025-08-27

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Mohammadi, M & Haji Dehabadi, M.A, (2025). The position of Guilds in Iran's Criminal Policy. Encyclopedia of Economic Law Journal, 32 (27) (174-195) (in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.94112.1466>

1. INTRODUCTION

The word guilds or sanauf is the plural of senf and has both a lexical and a technical meaning. Lexically, it means "kind, type, category, class (lit.)." Essentially, a guild is a group of individuals active in a specific field-a non-profit and non-political association formed within the framework of the law and at the societal level with objectives such as safeguarding the legitimate rights and interests of its members (including workers, employees, employers, and generally all working individuals) and protecting consumers of the outcomes of production, services, distribution, and technical services; their common point is their shared activity. The guild system is a set of rules and regulations (and a collection of individuals) that define the duties, limits, and rights of individuals and guild units, as well as the structure of guild organization formations and other related matters. One institution that has long functioned both as an entity seeking independence from the government and as a powerful and capable tool for the government to perform regulation more effectively is the "guild system." The degree of independence of guilds from the government and the granting of decision-making, supervisory, and regulatory authority to this institution are among the most significant debatable challenges in analyzing the guild system as a self-regulatory institution. Criminal policy is a branch of criminal sciences that has received increased attention from researchers in recent decades. By the end of the twentieth century, approximately two centuries after Feuerbach, criminal policy came to encompass "all (criminal and non-criminal) measures and preventive strategies that the state and civil society, independently or through spontaneous or organized mutual participation, adopt and implement within various procedural frameworks to confront criminal, administrative, disciplinary, regulatory offenses, etc. (criminality), as well as to prevent them and non-normative acts and behaviors (social deviances)." One manifestation of the participation of civil institutions in Iran's legal system is the involvement of guilds in resolving disputes among individuals concerning specific matters. Popular associations in civil society are considered the most important link connecting the government and various segments of the people; therefore, the participation of non-governmental organizations (NGOs) in the criminal justice process is one of the legislature's objectives in this area and part of participatory criminal policy. Good governance, as



the most important and appropriate method of governance, is a topic that has recently garnered attention in academic and scholarly circles. The most crucial component of this governance method is the interaction and involvement of civil and guild actors in decision-making and national management, viewing these actors as complements and collaborators for the government. Thus, governance can be used in various concepts such as participatory governance, international governance, national governance, and local government, and it includes those formal and informal actors involved in the decision-making process who pursue the implementation of planned programs by governmental and non-governmental structures to achieve specific objectives. Undoubtedly, political systems establish appropriate structures within the framework of criminal policy based on their institutionalized worldview and value approach; accordingly, the formation of different models of criminal policy in countries and crime prevention strategies-which are influenced by the prevailing governance structure and the ideology dominant in society-are adopted by the authorities and usually change relatively or absolutely over time. Since the humanities deal with the realm of conventional constructs, and the course of developments is shaped by spatiotemporal requirements across the world, it can be acknowledged that the mixed model of criminal policy presents a novel modeling in the field of criminal policy. Although reference models of criminal policy still hold an unparalleled position in deepening the literature of this field and the realm of studies and analysis, in the early decades of the third millennium, the mixed model of criminal policy, by remedying the potential deficiencies of each model, has achieved diversity and breadth of variables and alternative relationships. By lacking centralization in a single model, it places various patterns in the realms of criminalization and response-setting-which will exist among other models-before the authorities of criminal policy.

On one hand, the importance of examining the role of guilds in organizing relations between the people and the market, and on the other hand, regulation in the realm of relations between the government, economic institutions, and the people, necessitates comprehensive research in this field. In this paper, we aim to adequately address this concern. The expected outcome and result of this research is to obtain the justificatory foundations for the participation of guilds in Iran's criminal policy, explain the challenges arising from this, and present it within the framework of one of the models of criminal policy. Accordingly, we will proceed to explain the foundations of guild participation, justify the participation of this civil institution in Iran's criminal policy based on the mixed model of criminal policy, and finally, outline the challenges ahead.

The research method of this article is descriptive-analytical, using library resources and in-depth interviews with four randomly selected officials from the Yasuj Guild Administration Office. It is worth noting that face-to-face interviews were conducted with them, and the data they provided were then implemented in the relevant sections of the article. The questions of this paper are: What is the place of guild participation in Iran's criminal policy? In which areas lie the challenges of utilizing the capacities of guilds? Understanding the place of participation is contingent upon explaining the foundations and also the scope of guild participation in criminal policy and the challenges pertaining to this important matter.

2. PURPOSE

The purpose of this article is to explain the position of guilds as one of the civil and people-oriented institutions in Iran's criminal policy and the role that this civil institution can play in regulating the relations between the government and the people, as well as the relationship between guilds and the people in economic affairs, especially the market. In addition, explaining the role of guilds in preventing crime in society and assisting the judicial system and other competent institutions in relation to the market and economic affairs that are working to organize the affairs of society is also another goal of this article. Other objectives of this research include explaining the principles of guilds' involvement as a peace-oriented institution in Iran's criminal policy, examining



the role of this civil institution in guiding disputes between businessmen and the public towards non-judicial proceedings, examining the types of crime prevention, including primary, secondary, and tertiary prevention, and the role of guilds in preventing potential crimes, explaining the benefits of this civil institution's involvement in reducing the burden of responsibilities of the judicial system and economic institutions, and describing the challenges facing guilds in the areas of government structure and governance, policymaking, and executive action, which can effectively be the source of judicial, economic, and social changes in society in various fields.

3. METHODOLOGY

In this research, with a focus on written works—including books, articles, and legal documents encompassing the Constitution, laws enacted by Parliament, and other regulations and decisions issued as subordinate legislation—the descriptive-analytical research approach was selected. Utilizing the aforementioned research instruments, these sources were analyzed.

4. FINDINGS

The position of social institutions in resolving disputes between individuals in society is very decisive and in many ways benefits the society and the judicial system. In this article, we seek to explain the role of guilds as a manifestation of a peace-oriented social institution and also describe the challenges of utilizing the capacities of this institution in Iranian criminal policy, which play a role in this area as a solution to conflicts between two guilds or people against one guild. The main results of this article show that the most important principles justifying the participation of guilds in Iranian criminal policy are based on the manifestations of people-oriented criminal policy, which include the duty of the community to create peace and reconciliation and resolve disputes through peaceful means, non-criminal public supervision and care, and helping individuals to resolve conflicts between their peers with a benevolent approach. In addition, other principles can be mentioned, such as preventing unfair labeling of individuals, reducing the costs of the judicial system, and reducing the burden on the criminal justice system. The role of guilds in criminal policy is reflected in the field of crime prevention. This role is played in the field of prior or non-criminal prevention and in the form of situation-based, social, and participatory prevention, and in addition, in the capacity of posterior or criminal prevention and in partnership with the criminal justice institution. This enhanced role of guilds as a peace-oriented civil institution has positive results, including non-criminal prevention and decriminalization in the structure of the Iranian legal system and helping economic institutions organize the relations between business and the public in the field of economic relations.

5. CONCLUSION

The role and position of civil society in criminal policy is a serious and important role, such that the existence of such an intervention by civil society (here guilds) can, on the one hand, reduce the burden of the judicial system, and on the other hand, prevent individuals from entering the court proceedings and ending their disputes with peace and reconciliation. It is clear that the entry and intervention of civil society in this regard is due to the sense of responsibility that they feel on their shoulders in terms of social responsibility (like natural persons), and ultimately, the goal of civil society in this intervention and participation is to create a culture of peace and reconciliation and end conflicts in this way. Participation and contribution of civil society in criminal policy is not the same in all legal systems and varies depending on the type of legal system governing it and the policies governing the legislative, judicial and executive levels. The ineffectiveness of the criminal justice system and its governing policies can be a very important reason for the involvement of civil society in this regard, because



government institutions alone will not be able to organize the affairs of society and regulate the relations governing it. Therefore, the intervention of civil and community institutions is necessary here, and policymakers of countries should also take steps in this direction. In the laws of Iran, one can also find articles whose purpose and intention is to involve non-governmental organizations and institutions that are a special civil society and can contribute to spreading the culture of peace and reconciliation and assisting the judicial system, including Article 82 of the Criminal Procedure Code, which states that in some crimes, the judicial authority can refer the parties to the lawsuit to natural or legal persons for mediation in order to establish peace and reconciliation. This article and similar articles are a manifestation of the participation of civil society in the judicial process. The necessity of guilds' participation in criminal policy (as a special civil society) is in the form of participatory criminal policy and based on a model that the judiciary has considered to utilize the capacity of popular (social) institutions and also to remove the handling of disputes between the parties from the path of criminal justice. This can be effective at all legislative, judicial, and executive levels. This civil institution can also play a decisive role in organizing economic activities between guilds and the people and prevent any disputes from arising in this regard. As a result, guilds, as one of the social arms that assist the judiciary and relevant economic institutions, have played a very important role in this regard in the realization of participatory criminal policy. Given the effectiveness of this social institution, the judiciary and other institutions can grant guilds a more active and colorful role in this process by granting them broader and more authority in the form of regulations and circulars that they issue based on Article 158 of the Constitution. This will not be possible without making fundamental reforms in the way guilds are viewed, as well as the method of policymaking and legislation in Iran's judicial and legislative system.

Keywords: Civil institution, crime, participatory criminal policy, proactive responses, non-criminal public care



جایگاه اصناف در سیاست جنایی ایران

مجید محمدی نصرآباد^۱ محمد علی حاجی ده آبادی^۲

دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۳ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۱۶ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۱ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

جایگاه نهادهای اجتماعی در حل و فصل اختلافات میان افراد جامعه بسیار تعیین کننده و از جهات مختلف به سود جامعه و دستگاه قضایی است. در این مقاله، نقش اصناف، به عنوان جلوه ای از یک نهاد اجتماعی صلح محور و همچنین تشریح چالش های به کارگیری ظرفیت های این نهاد در سیاست جنایی ایران تبیین شده است. هرچند این نوشتار به روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه ای است اما مؤلفان کوشیده اند تا با انجام برخی مصاحبه های عمیق با مسئولان صنفی شهرستان یاسوج بر قوت تحقیق بیفزایند. اهم نتایج این نوشتار نشان می دهند که مهم ترین مبانی توجیه کننده مشارکت اصناف در سیاست جنایی ایران بر پایه جلوه های سیاست جنایی مردم محور و ترکیبی است که شامل، تکلیف احاد جامعه بر ایجاد صلح و سازش و حل اختلافات از طرق مسالمت آمیز، نظارت و مراقبت های همگانی غیرکیفری، یاری رساندن افراد به یکدیگر برای حل منازعات میان هم نوعان خود با رویکردی خیراندیشانه، می باشند. به علاوه، می توان به مبانی دیگری مانند، جلوگیری از الصاق برجسب ناروا به افراد، کاستن از هزینه های دستگاه قضایی و کاهش بار نظام عدالت کیفری اشاره نمود. کاربست نقش اصناف در سیاست جنایی، در ساحت سیاست جنایی ترکیبی و بر مبنای پاسخ های کنشی و واکنشی نمود پیدا می کند. مدل سیاست جنایی ترکیبی عدالت محور با رعایت اولویت اقداماتی تهیه و اجرایی می شود که به واقعیات اجتماعی توجه داشته و با ارتقای رفاه همگانی، به دنبال تأمین حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی افراد جامعه بوده و سطح نیاز به دستگاه عدالت کیفری را کاهش دهد.

واژگان کلیدی: نهاد مدنی، جرم، سیاست جنایی مشارکتی، پاسخ های کنشی، مراقبت های همگانی غیرکیفری

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران
۲. دانشیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران



مقدمه

واژه اصناف یا صنوف جمع صنف و دارای دو معنای لغوی و اصطلاحی است؛ از نظر لغوی، به معنای «گونه، نوع، دسته، رشته (فره)» (Moein, 2003:998) در واقع صنف، گروهی از افراد که در زمینه‌های خاص فعالیت دارند، اجتماعی غیر انتفاعی و غیرسیاسی که با اهدافی مانند حفظ حقوق و منافع مشروع و قانونی اعضا، اعم از کارگر، کارمند، کارفرما و به‌طور کلی اشخاص شاغل و حمایت از مصرف‌کنندگان دستاوردهای حاصل از تولید، خدمات، توزیع و خدمات فنی در چهارچوب قانون و در سطح جامعه تشکیل می‌شود و نقطه مشترک آنان فعالیت مشترکشان است (Taheri et al, 2023:3). نظام صنفی، مجموعه قواعد و مقرراتی (و مجموعه‌ای از افراد) هستند که وظایف، حدود و حقوق افراد و واحدهای صنفی و همچنین ساختار تشکیلات سازمان‌های صنفی و سایر امور مرتبط با آن‌ها را معین می‌سازند (Khosravi & Khosravi, 2021:10). یکی از نهادهایی که از دیرباز هم به‌عنوان نهادی جویای استقلال از دولت و هم به مثابه ابزاری قوی و توانمند به منظور انجام تنظیم‌گری هر چه بهتر دولت عمل می‌کرده، «نظام صنفی» است. میزان استقلال اصناف از دولت و اعطای صلاحیت‌های تصمیم‌گیری، نظارت، مقررات گذاری به این نهاد از جمله مهم‌ترین چالش‌های قابل بحث در تحلیل نظام صنفی به‌عنوان نهادی خود تنظیم‌گر است (Jalilvand, 2023:358). سیاست جنایی شاخه‌ای از علوم جنایی است که در دهه‌های اخیر پژوهش‌گران بیشتر به آن توجه کرده‌اند سیاست جنایی در پایان سده بیستم، یعنی حدود دو سده پس از فوئرباخ، شامل «کلیه اقدام‌های (کیفری و غیرکیفری) و تدابیر پیش‌گیرانه می‌شود که دولت و جامعه مدنی به‌صورت مستقل یا با مشارکت خودجوش یا سازمانیافته یکدیگر، در قالب آیین‌های رسیدگی مختلف به منظور مقابله با بزه‌های کیفری، اداری، انضباطی، انتظامی و... (بزه‌کاری) و نیز پیش‌گیری از آن‌ها و اعمال و رفتارهای غیر مدونی (انحرافات اجتماعی) اتخاذ و اعمال می‌کند» می‌باشد (Lazerges, 2022:17). یکی از جلوه‌های مشارکت نهادهای مدنی در نظام حقوقی ایران، دخالت اصناف در حل و فصل اختلافات افراد درباره موضوع خاص می‌باشد.

تشکل‌های مردمی در جامعه مدنی مهم‌ترین حلقه پیوست دولت و قشرهای گوناگون مردم به شمار می‌روند، از این رو مشارکت سازمان‌های مردم نهاد در فرایند دادرسی کیفری یکی از اهداف قانون‌گذار در این زمینه و سیاست جنایی مشارکتی است (Sheida-ian et al, 2019:42). حکمرانی خوب¹ به مثابه مهم‌ترین و مقتضی‌ترین روش حکمرانی، موضوعی است که چندی است مورد توجه محافل علمی و دانشگاهی قرار گرفته است، مهم‌ترین مؤلفه این نوع روش حکمرانی همانا تعامل و مشارکت دادن کنشگران مدنی و صنفی در تصمیم‌سازی‌ها و مدیریت کشوری و نگاه به کنشگران یاد شده به‌عنوان مکمل و همکار برای حکومت است (Sardarnia & Mohamadi, 2016:58). از این روی، حکمرانی می‌تواند در مفاهیم مختلفی همچون زمامداری مشارکتی، زمامداری بین‌المللی، زمامداری ملی و دولت محلی به کار رفته و شامل آن دسته فعالان رسمی و غیر رسمی مشمول در فرایند تصمیم‌گیری باشد که اجرای طرح‌های برنامه‌ریزی شده توسط ساختارهای دولتی و غیردولتی را برای رسیدن به اهداف معین دنبال می‌کنند (Darabi, 2025:57). بدون تردید نظام‌های سیاسی براساس جهان‌بینی و رویکرد ارزشی نهادینه شده خود، ساختارهای متناسب را در قالب سیاست جنایی بنا می‌نهند؛

بر این اساس شکل‌گیری مدل‌های مختلف سیاست جنایی در کشورها و راهبردهای پیش‌گیری از جرم که متأثر از بافت حاکمیت و ایدئولوژی حاکم بر جامعه است، توسط متولیان امر اتخاذ شده است که معمولاً در طول زمان به طور نسبی یا مطلق تغییر می‌کند (Darabi, 2018:56). از آنجا که علوم انسانی عالم اعتباریات است و سیر تحولات با مقتضیات زمانی و مکانی در اقصی نقاط دنیا رقم می‌خورد، می‌توان اذعان داشت که مدل سیاست جنایی ترکیبی مدل‌سازی نوینی را در عرصه سیاست جنایی مطرح می‌نماید و اگر چه مدل‌های مرجع سیاست جنایی همچنان در عمق بخشی به ادبیات این حوزه و عرصه مطالعات و تحلیل، جایگاه بی‌بدیلی دارند؛ اما در دهه‌های آغازین هزاره سوم، مدل سیاست جنایی ترکیبی تنوع و گستردگی متغیرها و روابط جایگزین را با رفع نارسایی احتمالی هر کدام از مدل‌ها محقق نموده و با نبود تمرکزگرایی در مدل واحد، الگوهای گوناگون در ساحت‌های بزه انگاری و پاسخ گذاری را که در جامع سایر مدل‌ها خواهد بود، فراروی متولیان سیاست جنایی قرار می‌دهد (Darabi, 2025:23). از یک طرف، اهمیت بررسی



نقش اصناف در سامان‌دهی روابط میان مردم و بازار و از طرف دیگر، تنظیم‌گری در ساحت روابط میان حاکمیت، نهادهای اقتصادی و مردم، ضرورت پژوهشی جامع را در این زمینه ایجاد می‌نماید که در این نوشتار برآنیم تا به این دغدغه پاسخ کافی و وافی داده و آنچه به‌عنوان نتیجه و برآیند مورد انتظار از این تحقیق مطمح نظر می‌باشد دستیابی به مبانی توجیه‌کننده مشارکت اصناف در سیاست جنایی ایران، تبیین چالش‌های ناشی از این امر و ارائه آن در قالب یکی از مدل‌های سیاست جنایی است. بر همین اساس، به ترتیب نسبت به تبیین مبانی مشارکت اصناف، توجیه مشارکت این نهاد مدنی در سیاست جنایی ایران بر اساس مدل سیاست جنایی ترکیبی و در نهایت بیان چالش‌های پیش روی همت خواهیم گمارد.

روش تحقیق این مقاله به روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و مصاحبه عمیق با چهار نفر از مسئولان اداره اصناف شهرستان یاسوج که به‌صورت تصادفی انتخاب شده انجام گرفته، با این توضیح که از آن‌ها مصاحبه حضوری به‌عمل آمده و سپس داده‌های ارائه شده توسط آنان در قسمت‌های مرتبط مقاله پیاده‌سازی شده‌اند. سؤالات این نوشتار عبارت است از: جایگاه مشارکت اصناف در سیاست جنایی ایران چیست؟ چالش‌های استفاده از ظرفیت‌های اصناف در چه حوزه‌هایی است؟ فهم جایگاه مشارکت منوط به تبیین مبانی و نیز قلمرو مشارکت اصناف در سیاست جنایی و چالش‌های ناظر به این مهم است که در ادامه به آن‌ها خواهیم پرداخت.

در خصوص پیشینه و سابقه تحقیق با موضوع «سیاست جنایی ایران در قبال اصناف و کارکرد تنظیم‌گری بازار»، تحقیقی با این عنوان انجام نگرفته است لکن پژوهش‌هایی مرتبط با آن نگارش شده است که می‌توان به مواردی همچون:

مقاله با موضوع «سیاست جنایی ایران در قبال جرایم اقتصادی» (۱۴۰۳)، نگارش یافته توسط آقایان شهرام روشندل، مهدی اسماعیلی و حسن حاجی تبار، منتشر شده در مجله پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، که به واسطه نگاه کلی به نحوه برخورد با جرایم اقتصادی در بینش قانون‌گذاری و دستگاه قضایی که شامل برخوردهای قهری و غیرقهری می‌شود با نوشتار حاضر مشابهت داشته ولی از این منظر که تحقیق حاضر به طور خاص به سیاست جنایی ترکیبی در خصوص اصناف پرداخته است دارای نوآوری است.

مقاله با موضوع «جایگاه اصناف در نظام سیاسی، اقتصادی و اجتماعی ایران از دوران صفویه تا انقلاب اسلامی» (۱۳۹۲)، نگارش شده توسط آقای حمید حاجیان پور و خانم زینب تاجداری، که رویکرد آن به موضوع تاریخی و پیشینه اصناف بوده و از این جهت با پژوهش اخیر دارای مشابهت می‌باشد لکن پژوهش حاضر، نسبت به تبیین نقش اصناف در سیاست‌گذاری جنایی و اقتصادی نگاه جامعی داشته و از این جهت دارای نوآوری است.

کتاب «سیاست جنایی مشارکتی» (۱۳۹۴)، نگارش شده توسط آقای دکتر علیرضا جمشیدی، نشر میزان، که از این جهت که در این کتاب به موضوع مشارکت جامعه مدنی (در معنای عام) در سیاست جنایی ایران پرداخته شده است با تحقیق حاضر دارای مشابهت می‌باشد ولی از این منظر که پژوهش اخیر، به نقش اصناف (به‌عنوان جلوه‌ای از جامعه مدنی خاص) در سیاست جنایی ایران به طور خاص پرداخته است دارای نوآوری است.

مقاله با موضوع «راهکارهای مشارکت اصناف در پیش‌گیری از سرقت اماکن تجاری (مطالعه موردی شهرستان کاشمر)» (۱۳۹۷) نگارش شده توسط آقایان محمدباقر خرمیان و محمد جوانبخت، که در ابتدا مطالب کلی در خصوص اصناف بیان نموده و سپس به تبیین نقش آن‌ها در پیش‌گیری از جرم سرقت در شهرستان کاشمر پرداخته است لذا از این جهت که مطالب کلی در رابطه با اصناف بیان نموده با تحقیق حاضر مشابهت داشته لکن به این دلیل که پژوهش حاضر به موضوع انواع پیش‌گیری و نقش‌های دیگری که اصناف در این زمینه می‌توانند ایفا نمایند پرداخته است دارای نوآوری است.

مقاله با موضوع «مسائل و چالش‌های درونی و بیرونی انجمن‌های حرفه‌ای و صنفی در ایران» تقریر یافته توسط آقای محمد عادل، انتشار یافته در مرکز توانمندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی که به موضوع چالش‌های پیشروی اصناف در نقش آفرینی در جامعه پرداخته است و از این جهت با تحقیق حاضر دارای مشابهت می‌باشد ولی از این جهت که پژوهش اخیر به چالش‌های مشارکت اصناف در ساحت‌های حقوقی و اقتصادی پرداخته است دارای نوآوری است.

۱. پیشینه و مبانی مشارکت اصناف در سیاست جنایی ایران

در زمینه آغاز تشکیل اصناف به معنای دقیق کلمه جز موارد اندکی که به وجود اصناف در قبل از دوران صفوی اشاره کرده‌اند،



منبع و اطلاعات چندانی در اختیار نیست، ولی آنچه مسلم است اینکه براساس منابع و اطلاعات موجود، از دوران صفوی به بعد اطلاعات بیشتری درباره اصناف در اختیار ما قرار گرفته است، از این زمان به بعد اصناف به تدریج رشد کرده و نقش آن‌ها در جامعه پررنگ‌تر شده تا جایی که در دوران انقلاب مشروطه و انقلاب اسلامی یکی از گروه‌های مؤثر بوده‌اند، از این رو شناخت نهادهای اجتماعی و کارکرد آنان در امور سیاسی، اقتصادی و اجتماعی از موضوعات قابل توجه در مطالعات تاریخ اجتماعی به شمار می‌آید (Hajianpour & Tajdari, 2013:36). مبانی، زیر ساخت‌ها و پایه‌های بنیادین یک امر است که حکایت‌گر واقعیت‌هایی است که وجود یک پدیده را ضروری و منطقی می‌سازد. به این لحاظ، مبانی از منابع متمایز است، زیرا منابع در ردیفی متأخر از مبانی قرار دارد. البته ذکر این نکته ضروری است که برخی از مبانی ضرورتاً اختصاص به یک آموزه ندارد و به بیان دیگر می‌توان از مبانی عام و خاص سخن گفت (Haji Dehabadi, 2004:81). مبانی هر موضوع و قاعده حقوقی، بنیادهای نظری و دیدگاه‌هایی است که هر اندیشمندی برای اثبات و توجیه وجود صحت، درستی و لزوم آن موضوع یا قاعده ارائه می‌کند (Mansourabadi & Riahi, 2010:9). در واقع مبانی، پاسخی است به چرایی یک امر. منظور از بررسی مبانی سیاست جنایی مشارکتی این است که چرا باید به این مقوله به عنوان یک امر ضروری نگریسته شود و چه دلایل و مستنداتی می‌توانند وجود و ضرورت آن را توجیه کنند (Vahidi et al, 2021:36). در ادامه به مهم‌ترین مبانی توجیه چنین مشارکتی از جانب اصناف خواهیم پرداخت.

۱-۱. سیاست جنایی ترکیبی

که شامل انواع جرم‌انگاری و تخلف‌انگاری در حوزه موردنظر و نیز بهره‌گیری از ظرفیت‌های کنشی - واکنشی، دولتی - جامعی و ملی - بین‌المللی در قبال جرایم و تحلفات مربوط، با هدف ارتقای هر چه بیشتر کارآمدی سیاست جنایی در تأمین امنیت در قلمرو مورد نظر است؛ راهبردی نوین در عرصه مدل‌های معین با اشکال مختلف کنترل پدیده مجرمانه است که متضمن تنوع بزه‌انگاری، پاسخ‌گذاری و دادرسی است (Darabi, 2020:73). سیاست جنایی ترکیبی به دنبال تفویض برخی وظایف حقوق کیفری رسمی به دیگر رشته‌های حقوق از جمله حقوق اداری، مدنی، صنفی و... است.

شکل‌گیری حقوق تحلفات اداری یا صنفی در کنار نظام عدالت کیفری متضمن پاسخ‌های غیر سرکوبگر و غیرقضایی است که تحت عناوین تخلف انضباطی، مدنی یا اداری با صلاحیت شبه قضایی محقق می‌شود. بیشک، در مدل مردم سالار سیاست جنایی مادامی که امکان استفاده از طیف وسیعی از پاسخ‌های اداری، مدنی، تربیتی، جبرانی و... باشد، ساز و کارهای سرکوبگر و سزاگرا اولویت نمی‌یابد. به عنوان مثال، رسیدگی به تخلفات صنفی مانند آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی، قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی، قانون تخلفات انتظامی وکلای دادگستری، قانون نظارت بر رفتار قضات و... مصادیقی از تخلف‌انگاری در قاطبه کشورها است که به مثابه تمرکز زدایی از حقوق کیفری به عنوان هسته مرکزی سیاست جنایی و استفاده از متغیرهای صنفی، اداری و بدیل واکنش‌های صرف کیفری در راستای قضا زدایی قلمداد می‌شود (Darabi, 2022:57-58). بر همین اساس، می‌توان یکی از مبانی مهم مشارکت اصناف در سیاست جنایی ایران را سیاست جنایی ترکیبی دانست؛ یکی از پاسخ‌های مطرح شده در این مدل از سیاست جنایی، پاسخ‌های کنشی و غیرکیفری است لذا دخالت جامعه مدنی خاص (اصناف) را می‌توان یکی از جلوه‌های آن دانست و بر این مبنا توجیه نمود.

۲-۱. سیاست جنایی مردم محور

توسعه مفهومی سیاست جنایی، امکان صحبت از انواع مختلف آن را در قالب تقنینی، قضایی، اجرایی و مشارکتی فراهم آورده است. در این میان، سیاست جنایی مشارکتی شکل تکامل یافته‌تر سیاست جنایی است که حضور و نقش نهادهای مردمی و مدنی را در کنار نهادهای رسمی و دولتی به رسمیت شناخته است (Vahidi et al:35). سیاست جنایی مشارکتی به معنای دخالت، مشارکت شهروندان و سازمان‌های مردم نهاد در کنترل جرم است. در واقع به معنای بسیج همه جانبه برای پیش‌گیری، و مبارزه با پدیده مجرمانه از طریق مشارکت شهروندان است سیاست جنایی با مشارکت گسترده جامعه غیر از پلیس یا قوه قضائیه به منظور اعتبار بخشیدن بیشتر به طرح سیاست جنایی تهیه شده توسط قوه مجریه و مقننه جامعه عمل پوشانده است. سیاست جنایی مشارکتی کم هزینه‌ترین راه مقابله با پدیده جرم اقتصادی است (Asghari et al, 2021:13). سیاست جنایی مشارکتی خود به دو نوع کنشی یا



پیش‌گیرانه و واکنشی و پاسخ‌گو تقسیم می‌شود. در نوع اول آن، قبل از اینکه جرمی اتفاق بیفتد دخالت مردم و نهادهای جامعه‌ی قابل مشاهده است و از ظرفیت‌های آن برای جلوگیری از ارتکاب جرم استفاده می‌شود. در جرم‌شناسی به آن پیش‌گیری اجتماعی گفته می‌شود که بهترین و پایدارترین نوع پیش‌گیری از جرم می‌باشد. در نوع دوم آن، بعد از ارتکاب جرم در حد ممکن، از قابلیت‌ها و توانایی‌های جامعه مدنی برای حل اختلافات استمداد می‌شود و اختلافی که برخاسته از بطن جامعه است، برای رسیدگی نیز به همان‌جا ارجاع داده می‌شود (Shiaali et al, 2015:293). سیاست جنایی مشارکتی مبنای مشارکت اصناف در سیاست جنایی نیست بلکه اصناف خود تجلی وجود این مهم است، بر همین اساس، مهم‌ترین مبنای سیاست جنایی مشارکتی که توجیه‌کننده دخالت اصناف در سیاست جنایی می‌باشد را به ترتیب ذکر خواهیم نمود.

۱-۲-۱. مسئولیت همگانی

از دیرباز کنترل بزه از چند جنبه فراتر از ظرفیت نهادهای رسمی و دولتی بوده است، یکی از این جنبه‌ها محدود بودن منابع و امکانات نهادهای نظام عدالت کیفری رسمی است که میزان کارآمدی این نهادها را همواره با تردید مواجه نموده است، دیگر آنکه به نظر می‌رسد عامل پراهمیتی که تأمین امنیت و عدالت را تحقق می‌بخشد در دستان نهادهای رسمی کیفری نبوده است، به بیان دیگر باید پذیرفت که بخشی از سازوکارهای تأمین‌کننده امنیت و عدالت را باید خارج از مرزهای نهادهای رسمی و مستقل از سیاست‌های مراجع تقنینی، قضایی و اجرایی جستجو کرد (Jamshidi, 2015:17). بنابراین، سیاست جنایی مشارکتی یعنی یک سیاست جنایی همراه با مشارکت جامعه مدنی که در چارچوب آن اهرم‌ها و نهادهای دیگر در کنار پلیس و دستگاه قضایی پاسخ به پدیده مجرمانه را سامان می‌بخشد. این همکاری و مشارکت ضامن اعتبار بخشیدن طرح تنظیم شده قوای مقننه و مجریه در زمینه سیاست جنایی، یا همان شرکت دادن مردم در مقابله با پدیده مجرمانه است (Hoseini & Soltani, 2016:168). در نتیجه، به نظر می‌رسد مهم‌ترین مبنای دخالت اصناف در سیاست جنایی، حق بر مشارکت جستن جامعه مدنی خاص (اصناف) در حل مشکلات اجتماعی، وجود و امکان حل و فصل دعاوی توسط اصناف می‌باشد که جلوه‌ای از سیاست جنایی مشارکتی‌اند، چرا که به واسطه آن، طرفین یک دعوی مسیری غیر از مسیر عدالت کیفری را وارد شده و با ایجاد صلح و سازش، دیگر در فرایند عدالت کیفری وارد نمی‌شوند.

۲-۲-۱. امر به معروف و نهی از منکر

اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۲ مبنای این اصل، آیه ی شریفه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» از قرآن کریم است که اصل اخیر که برگرفته از آن آیه است خود زمینه‌های پیش‌گیری از جرم و تقویت و بازدارندگی و نقش انسان را از رهگذر نظارت‌ها و مراقبت‌های همگانی به‌ویژه به روش‌های فراقیفری و مشارکت جویانه را فراهم می‌سازد. این تکلیف همگانی در زمینه پیش‌گیری از وقوع جرایم و ابراز واکنش در برابر آن، آحاد شهروندان را، از بالاترین و پایین‌ترین، در برابر یکدیگر قرار داده است (Jamshidi:174). مهم آن است که با وضع قانونی که همه ی جوانب آن به‌صورت مشخص آمده باشد بتوان از یک سو به تکلیف اصل هشتم قانون اساسی برای وضع قانون عمل کرد و از سوی دیگر با وضع چنین قانونی از اقدامات سلیقه‌ای و خودسرانه برخی افراد جلوگیری کرد. افزون بر اینها در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر شده است که کلیه قوانین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد. از این اصل - که بر همه اصول قانون اساسی و دیگر قوانین و مقررات حاکم است - می‌توان به سادگی بهره‌گیری از حقوق اسلامی و به تبع آن سیاست جنایی اسلام را دریافت چرا که رکن سیاست جنایی اسلام همانا استفاده از تدابیر غیرکیفری و غیررسمی در پاسخ به پدیده مجرمانه - «بزه و کژمداری» - است (Ibid: 175). بر همین اساس، مشارکت اصناف در پیشبرد امور مربوط به ایجاد هم افزایی و سازش در روابط میان صنوف و آحاد جامعه و همچنین، تنظیم و تنسيق روابط آن‌ها در مسیری غیر از مسیر عدالت کیفری و بدون دخالت حاکمیت، در چهارچوب این وظیفه همگانی و دینی توجیه می‌شود.

۲. 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.



۱-۲-۳. اهمیت صلح‌سازی در جامعه

از آنجایی که مشارکت اصناف، به نوعی مشارکت در ایجاد صلح و صلح‌سازی در جامعه و ترویج فرهنگ صلح محوری در میان افراد می‌باشد بنابراین، می‌توان یکی از مبانی مهم آن را در قالب جرم‌شناسی صلح طلب مطرح نمود. ایده جرم‌شناسی صلح آور^۳ یا به عبارت بهتر، جرم‌شناسی صلح طلب^۴ در طلب آنست که افراد، یگانگی خود را با جهان پیرامون بپذیرند. به همین شکل ایده‌هایی مانند مشارکت، صلح آوری، همسازی، همیاری، آشتی و سازش و سرانجام، نیکوکاری و احسان، از جمله مضمون‌هایی است که این دیدگاه، پرداختن به آن را پسندیده‌تر و سودمندتر از ایده‌هایی مانند تلافی، کنترل، سرکوب یا حبس می‌داند؛ یعنی، ایده‌هایی که از ماهیتی اقتدارگرا برخوردار است (White & Hinz, 2016:398). پژوهش‌گران صلح‌ساز ضمن اذعان به گستردگی جرم‌شناسی صلح‌ساز و اینکه بسیاری از مقتضیات کاربردی این رهیافت تاکنون تبیین نگردیده است و به تعبیری «جرم‌شناسی آینده» است، تلاش در تشریح ابعاد و مقتضیات کاربردی جرم‌شناسی صلح‌ساز در نظام عدالت کیفری داشته و راهبردهایی را نیز در پاسخ به پدیده مجرمانه در بستر گفتمان صلح‌مدار تصویر نموده‌اند. در این توصیف، پیشبرد آرمان جرم‌شناسی صلح‌ساز، در گرو رعایت و پایبندی به بسیاری مقتضیات پیش‌بینی و پسینی است که محدود به بستر نظام عدالت کیفری نیست و باید در چارچوب سیاست جنایی و پاسخ‌گذاری پیش‌گیرانه هیأت اجتماع دنبال گردد (Taherian & Haditabar, 2019:273). دین مبین اسلام آیینی اجتماعی است که در آن همواره امت اسلام به صلح، وحدت، دوستی، همگرایی، رفع اختلافات، پرهیز از تفرقه و نفاق و مشارکت در انجام امور دعوت شده‌اند (Jamshidi:71).

یکی از مباحث مرتبط با موضوع صلح محوری و ایجاد فرهنگ صلح و سازش، اصلاح ذات‌البین یا همان رفع اختلافات میان طرفین یک دعوی می‌باشد. اصلاح ذات‌البین، به معنای پای در میان نهادن اشخاص ثالث و به منظور رفع اختلاف بین دو مسلمان و نزاع آنان را به صلح ختم کردن است که، از دستورات اکید اسلام به مؤمنان بوده و در قرآن کریم آمده است: صلح بهتر است^۵ و الصلح خیر^۶؛ همانا مؤمنان برادرند، پس میان برادران خود سازش برقرار کنید^۷ انما المؤمنون اخوه فاصلحوا بین اخویکم^۸ و از خدا بترسید و میان خود اصلاح کنید^۹ فاتقوا الله و اصلحوا ذات بینکم^{۱۰} (Ibid:73). از یک سو، در راستای ایجاد صلح و سازش و تأکید آموزه‌های دینی بر زمینه‌سازی جهت رسیدن به این مهم، و از سوی دیگر، تمایل و تأکید مسئولان قضایی کشور مبنی بر دخالت عواملی که موجب رفع اختلاف و تنازع میان طرفین یک دعوی می‌شود، موجب طرح مفاهیمی همچون اصلاح ذات بین شده است (Najafi et al, 2008:194-95).

بر همین اساس می‌توان کارکرد اصناف در سیاست جنایی ایران را بر مبنای این تئوری توجیه کرد چرا که جوهره صنف و اثر اصلی آن در سیاست جنایی همانا صلح و سازش و تکیه بر روش غیرقضایی و برقراری توافق میان طرفین یک اختلاف می‌باشد.

۱-۲-۴. مشارکت اصناف و دور شدن از برچسب‌های ناروا به شهروندان

برچسب‌زنی جوهر جریان‌یست که جرم‌شناسی میانکنش‌باور نیز نامیده می‌شود. این نظریه از آغاز دهه ۳۰ میلادی، بر تبیین چگونگی و چرایی معنایی که افراد به خود می‌دهند (خودانگاره)، متمرکز شد، بر این اساس، افراد برچسب خورده، سنخ کلیشه‌ای خاصی را می‌پذیرند و با توجه به آن برچسب و کلیشه با برخورد و واکنش دیگران روبه‌رو می‌شوند (Raijian Asli, 2022:365). بیان این تئوری به‌عنوان یکی از مبانی جایگاه اصناف در سیاست جنایی از آن روست که در صورت دخالت اصناف در فرایند دادرسی، افراد دخیل در این فرایند به مسیری غیر از مسیر عدالت کیفری رهنمون شده به گونه‌ای که از خوردن برچسب و به تبع آن بدنامی و در نتیجه ایجاد خودانگاره مجرمانه جلوگیری شده و موجبات بازپذیری و عدم تکرار آن رفتار را فراهم خواهد آورد.

۳. Peacemaking

۴. سوره النساء/ ۱۲۸

۵. سوره الحجرات/ ۱۰

۶. سوره الانفال/ ۱



۳-۱. کاهش هزینه‌های دستگاه قضایی

در واقع، جرم نوعی کالا و فرآورده اجتماعی است که مجرم برای دستیابی به آن و جامعه برای مقابله با آن ناچار به اختصاص منابع مادی، مالی و انسانی خویش بوده و بخشی از منابع خود را برای رسیدن به مطلوب خود صرف کرده است و در واقع برای این منظور متحمل هزینه‌هایی می‌شوند (Nouri Zeynal, 2019:224). افزایش قابل توجه هزینه‌های سیستم عدالت کیفری نگرانی‌هایی را در مورد پایداری برنامه‌ها و خدمات ارائه شده توسط سیستم قضایی ایجاد کرده است. این هزینه‌ها نه تنها بر برنامه‌های بخش عمومی تأثیر می‌گذارند، بلکه قربانیان جرم هم باید هزینه‌های (خسارات مالی مستقیم) و هم هزینه‌های نامشهود (رنج و درد) را متحمل شوند (Gholamalizadeh & Abdolahi, 2023:156).

در تحلیل اقتصادی جرم، همه جرائم با درجات متفاوت هزینه‌هایی برای جامعه دارند، آنچه باید وجهه همت دستانداران سیاست جنایی باشد، توجه معادله هزینه-فایده است تا با کمترین هزینه، بیشترین فایده که همانا مقابله با جرم و کاهش آن است، به دست آید (Babaei & Ansari, 2011:84). یکی از مبادی هزینه‌ایی جامعه در برابر پدیده مجرمانه که جامعه جهت مبارزه با بزه‌کاری صرف می‌کند، هزینه‌های پیش‌گیری از جرم می‌باشد که سالانه بخش قابل توجهی از بودجه عمومی کشور در این زمینه مصرف می‌شود بدون آنکه موفقیت‌های قابل توجهی کسب شود، بر همین اساس می‌توان با مشارکت دادن اصناف در پیش‌گیری پیش‌بینی از یکسو، از این هزینه‌ها کاست و از سوی دیگر، با توجه به دخالت یک نوع نهاد مردم‌محور، می‌توان رفع اختلافات را به خود آنان واگذار نمود و در نتیجه تا حدود زیادی این هزینه‌ها را کاهش داد و نتایج بهتر و مؤثرتری کسب نمود.

۴-۱. کاهش بار نظام عدالت کیفری

در واقع، یکی از مبانی بسیار مهم مشارکت اصناف در سیاست جنایی، جلوگیری از ورود پرونده‌ها به دستگاه قضایی می‌باشد چرا که با دخالت نهادهایی همچون اصناف و شورای حل اختلاف، داوری و...، دعاوی اشخاص منتج به صلح و سازش شده و دیگر نوبت به دخالت دستگاه قضایی و تحمیل وقت و هزینه‌های زیاد نخواهد رسید. در همین راستا ریاست قوه قضائیه در سند تحول و تعالی قوه قضائیه، از جمله مهم‌ترین سیاست‌های تحول‌آفرین این سند را، پیش‌گیری از وقوع جرائم و دعاوی و کاهش حجم ورود پرونده‌ها به دادگستری دانسته‌اند و تأکید بر این داشته‌اند که باید ابتدا به این موضوع توجه شود.^۷ دستگاه قضایی، (از یک سو) در قالب سیاست‌های تحول‌آفرین تدوین و تصویب لایحه «جامع‌داوری» و اصالت بخشیدن به داوری‌های نهادی و سازمانی از طریق اجرای سریع و صحیح آرای داوری‌های سازمانی (منجر به کاهش ورودی پرونده‌ها به دستگاه قضایی می‌شود) و (از سوی دیگر) عدم توسعه سازوکارهای جایگزین حل اختلاف مانند داوری و میانجی‌گری منجر به ارجاع همه اختلافات به دادگاه‌ها شده است. (Aqeli Moghadam & Aqeli Moghadam, 2020:191&)

۲. ابعاد و قلمرو مشارکت اصناف در پاسخ‌دهی به جرم

ابعاد مشارکت اصناف در پاسخ به جرم، شامل دو رویکرد پیش‌بینی یا پیش‌گیرانه و پسینی یا کیفری می‌باشد که در ساحت سیاست جنایی ترکیبی متبلور می‌شوند. پیش‌گیری را می‌توان یکی از راهبردهای اساسی در حوزه کنترل اجتماعی برشمرد که در بردارنده مجموعه راهکارهای مستقیم و غیرمستقیم با هدف ایجاد امکانات و موقعیت‌های بازدارنده از وقوع جرم و کجروی طراحی و تدوین

۷. گام ۱- احصاء مأموریت‌ها: در این گام ابتدا مأموریت‌های قوه قضائیه از «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» و سیاست‌های کلی نظام استخراج و احصاء شد. شایان ذکر است، مأموریت‌های قوه قضائیه در عین برخورداری از قلمرو مشخص، از یکدیگر منفک نیست و میان آن‌ها ارتباط متقابل وجود دارد. به عنوان نمونه، اگر مأموریت «پیش‌گیری از وقوع جرائم و دعاوی» به نحو صحیحی اجرا شود، حجم پرونده‌های ورودی به قوه قضائیه و بار اجرایی محاکم کاهش یافته و در نتیجه، وضعیت تحقق مأموریت «رسیدگی به تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات» بهبود خواهد یافت و به عکس اگر مأموریت «رسیدگی به تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات» به خوبی اجرایی شود، هزینه ارتکاب جرم را افزایش داده و متأثر از این اثر بازدارنده، وضعیت تحقق مأموریت «پیش‌گیری از وقوع جرائم و دعاوی» ارتقای خواهد یافت. از جمله مهم‌ترین سیاست‌های تحول‌آفرین سند، پیش‌گیری از وقوع جرائم و دعاوی و کاهش حجم ورود پرونده‌ها به دادگستری است و باید ابتدا به آن توجه شود اما ترتیب آوردن مأموریت‌ها در سند تحول، همان ترتیبی است که در اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی ذکر شده است.



می‌شود (Alivardinia, 2014:39). مدل مورد نظر در این پژوهش، مدل سیاست جنایی ترکیبی است، سیاست جنایی ترکیبی از دو راهبرد کنشی و واکنشی برخوردار است که در مقابله و مبارزه با پدیده بزه‌کاری نقش جدی ایفا می‌کند (Hosseini et al, 2023:4). بدیهی است مدل سیاست جنایی ترکیبی برخلاف مدل‌های تک بعدی و مطلق انگارانه سنتی با بهره‌مندی از راهبرد تلفیقی، قابلیت همبستگی و تبلور با رویکردهای ایجابی و سلبی را به ترتیب در مدل‌های آزادی‌مدار یا امنیت‌مدار در پرتو الگوهای مدرن خواهد داشت؛ اما مدل ترکیبی مطلوب ترکیبی مورد نظر با دورنگ داشتن حداکثری افراد از زرادخانه نظام عدالت کیفری و عدم تحدید کیفری - حقوقی فضاهای آزاد جامعه، قدرت مانور بیشتری را برای شهروندان در نظر می‌گیرد. الگوی مطلوب مدل سیاست جنایی ترکیبی آن است که به دور از عوام‌گرایی، با بهره‌مندی حداکثری از تلفیق هوشمندانه متغیرها و به حداقل رسانیدن تعارض‌ها و استفاده از محسنات هر یک از ظرفیت‌های موجود با رهیافت‌های چند وجهی، موجودیت سیاست جنایی تک ساحتی را به محاق برده و با مدل‌سازی نوین در قالب جریان کلی همگرایی و به‌گزینی راهکارها، پیوندی نوین را در عرصه سیاست جنایی مطرح می‌نماید (Darabi:28-29). عرصه سیاست جنایی ترکیبی که مشتمل بر پاسخ‌های کنشی (پیش‌گیرانه) و واکنشی (پسینی) می‌باشد که در یک تقسیم‌بندی جزئی تر، بحث پیش‌گیری موضوع مهمی است که در حوزه پاسخ‌های کنشی یا پیش‌گیرانه مطرح می‌شود و پاسخ‌های واکنشی در صورتی است که دستگاه عدالت کیفری به این موضوع ورود پیدا کند که خود بر دو نوع قهرآمیز و غیر آن است.

۲-۱. پاسخ‌های کنشی

سیاست کنشی جنایی عمل شامل آن دسته از اقدامات غیرکیفری است که قبل از ارتکاب جرم و انتقال اندیشه به عمل با مداخله در شرایط مجرمانه انجام می‌شود (Asghari et al, 2021:11). یکی از مهم‌ترین جلوه‌های پاسخ‌های کنشی به پدیده مجرمانه، بکارگیری تدابیر پیش‌گیرانه در این خصوص می‌باشد. اصل پیش‌گیری، اصلی بنیادین و زیربنایی در حقوق بین‌الملل محیط زیست و سیاست‌گذاری جنایی کنشی است (Hajivand et al, 2023:6). اگر چه الگوواره آزادی، برابری و قدرت، تعیین‌کننده الگوی غالب سیاست جنایی دولت‌ها قلمداد می‌شوند اما سیاست جنایی بین‌المللی ترکیبی با تکثر بزه‌انگاری اعم از جرمانگاری، تخلف‌انگاری از یکسو، و تنوع پاسخ‌گذاری و آیین دادرسی از سوی دیگر، تجمیع مطلوب متغیرها و نوسانات پیش بینی شده در سیاست جنایی کشورها را با تأسی از سیاست جنایی بین‌المللی ترسیم می‌نماید؛ آنچنان که موجبات فرایندگذار از پاسخ‌های کیفری صرف را تسریع نموده و موجبات استحاله آن را در هماهنگ‌سازی راهبردهای پیش‌گیرانه و توسعه پاسخ‌هایی با ماهیت دیگر تسهیل می‌نماید (Darabi, 2022:99). از آنجایی که در عرصه پیش‌گیری از جرم نهادهای متعددی می‌توانند در این زمینه کنشگری کنند. شماری از آن‌ها نهادهای رسمی و دسته دیگر نهادهای نارسمی‌اند.

به همین جهت، باید نهادهای کارگزار را شناسایی کرد تا هر یک از آن‌ها با توجه به داشته‌ها و توانایی‌ها به کنش پیش‌گیرانه مبادرت ورزند، در سیاست جنایی ایران نهادهای رسمی متعددی در پهنه هر یک از دستگاه‌های تقنینی، اجرایی و قضایی برای پیش‌گیری از جرم پیش‌بینی شده‌اند (Tahae Nejad, 2002:83). علاوه بر این، شماری نهادهای نارسمی هستند که برای کنشگری در زمینه پیش‌گیری از جرم برپا شده‌اند، بر همین اساس، بکارگیری ظرفیت‌های آن‌ها می‌تواند نظام پیش‌گیری از جرم را افزایش دهد (Emari Nooshabadi, 2009:24). پیش‌گیری کنندگان رسمی یا اداری از جرم مانند فرمانداری‌ها و نمایندگان آن‌ها و شرکای محلی، به تنهایی نمی‌توانند به وظیفه خود عمل کنند بلکه باید با بسیج سایر مؤسسه‌های عمومی یا خصوصی و شهروندان عادی علاقمند به ایفای نقش‌های ویژه در کاهش جرم، اقدام کنند (Mohamadnasl, 2010:325). براین اساس، می‌توان امکان پیش‌گیری از جرم از طریق اصناف را، در قالب هر یک از انواع پیش‌گیری، به‌عنوان جلوه‌ای از پاسخ‌های کنشی بررسی و تحلیل نمود.

● پیش‌گیری اجتماعی^۸ این‌گونه پیش‌گیری از رهگذر محیط‌ها و اقدام‌های تأثیرگذار در شکل‌گیری شخصیت افراد به جامعه‌پذیر شدن افراد توجه می‌کند. پهنه بکارگیری مجموعه کنش‌های این پیش‌گیری محیط است (Jandali, 2022:63). در مجموع، پیش‌گیری اجتماعی از جرم مجموعه تدابیر و اقداماتی هستند که برای حذف یا کاهش علل و موجبات اولیه اجتماعی جرم انجام می‌شوند



(Sardarnia & Salari, 2019:47). این نوع پیش‌گیری در بردارنده اقداماتی است که خاستگاه‌های اجتماعی و فردی وقوع جرم را هدف قرار می‌دهد و از این رو تغییر نگرش‌ها و بینش‌ها و نیز نیازهای اساسی افراد از جمله محورهای مورد بحث در این نوع پیش‌گیری است. اصناف با آگاهی بخشی به مجموعه‌های مرتبط با خود نگرش‌ها و بینش‌های آنان را تعدیل و اصلاح می‌کنند و با تکریم شخصیت‌شان آن‌ها را از اتخاذ رویه‌های رفتاری نادرست باز می‌دارند و همچنین می‌کوشند زبان گویایی برای بیان نیازها و توقعات آن‌ها باشند این همه خود در پیش‌گیری آن‌ها از رفتارهای مجرمانه صنفی موثر واقع می‌شود.

● پیش‌گیری وضعی،⁹ پیش‌گیری وضعی یا موقعیت‌مدار از جرم به‌عنوان گونه‌ای از رویکرد مکانیکی، اقدامات کاهنده فرصتی است که بر انواع خاصی از جرایم، مدیریت و به کارگیری درست محیط تأکید دارد، این قسم از پیش‌گیری از جرم مدعی رهیافتی روش شناختی است که فارغ از ویژگی‌های روان‌شناختی و فردی، به مطالعه پیرامون جرم می‌پردازد (Ghorchi Beigi, 2019:120). این نظریه، به جای پرداختن به انگیزه‌ها و سائقه‌ها، که تغییر آن‌ها تقریباً غیرممکن است و دستکم نتیجه‌گیری از آن‌ها سهل‌الوصول نیست، به بستن راه‌های دستیابی مرتکب به موضوع جرم و بزه‌دیده یا به افزایش زحمت و خطر برای مرتکب می‌پردازد تا راه‌حلی عملی برای پیش‌گیری از جرم ارائه نماید (Safari, 2001:298). پیش‌گیری وضعی به‌عنوان یکی از روش‌های پیش‌گیری، به مجموعه‌ی تدابیری اطلاق می‌شود که کاهش و حذف موقعیت‌ها و فرصت‌های ارتکاب جرم را سرلوحه اقدامات خود قرار داده است (Babaei & Najibian, 2011:147). در خصوص امکان کاربرد پیش‌گیری موقعیت‌مدار (وضعی) (با مختصاتی که سابقاً ذکر شد) توسط اصناف می‌توان گفت در صنوف مختلف با رعایت اصول حفاظتی و وضعی می‌توان از امکان بزه‌دیده واقع شدن اصناف جلوگیری و یا آن را به حداقل رساند، به نظر می‌رسد عمده جرایمی که می‌توان بر علیه اصناف شکل بگیرد در حوزه‌ی جرایم علیه اموال باشد اگرچه جرایم علیه اشخاص نیز متصور می‌باشد لکن با توجه به ماهیت وجودی شغل اصناف و بازاریان می‌توان جرایم علیه اموال از جمله سرقت از اصناف را مبتلا به دارای شیوع بیشتری نسبت به دیگر جرایم علیه آن‌ها دانست، بنابراین می‌توان با اعمال قواعد مربوط به پیش‌گیری وضعی همانند نصب دوربین مداربسته که با وضوح و کیفیت بالا تصاویر را ثبت نماید و در معرض دید و دسترس نباشد، نصب دزدگیر آن‌هم در جایی که امکان دسترسی به آن برای سارقان وجود نداشته باشد، نصب تابلوهای هشدارآمیز، در صورت امکان نصب دزدگیر مخصوص بر روی کالاهای خاص برای جلوگیری از خارج کردن آن‌ها از فروشگاه، به حداقل رساندن جذابیت اشیاء قیمتی و تخصیص مکان مناسب برای آن‌ها، می‌توان از رخداد چنین جرایمی جلوگیری نمود.

● پیش‌گیری مشارکتی،¹⁰ اهمیت مشارکت شهروندان در سیاست جنایی بدان لحاظ است که قوانین و تدابیری که دولت برای سرکوبی و یا پیش‌گیری از جرم اتخاذ می‌کند، در صورت عدم برخورداری از پایگاه مردمی در معرض خطر عدم اجرا و عدم استقرار قرار می‌گیرد (Jamshidi:200). اهمیت پیش‌گیری مشارکتی تا جایی است که حتی بکار یا در رساله جرایم و مجازات‌ها خود بیان می‌دارد که «می‌خواهید از وقوع جرم پیش‌گیری کنید؟ بکوشید تا قوانین روشن و ساده باشد و تمام قدرت ملت برای دفاع از آن بسیج شود و هیچ قدرتی برای نابودی آن بکار گرفته نشود» (Becaria, 2001:132). مبنای اصلی مشارکت در پیش‌گیری از جرم این است که مؤثرترین روش مقابله با جرم و ارتقای کیفیت زندگی در جامعه، دخالت خود شهروندان و فعالیت آن‌ها جهت پیش‌گیری از جرم است.

نظریه پیش‌گیری از جرم از طریق مشارکت مردم به دنبال افزایش آگاهی از عدم توانایی پلیس و نظام قضایی برای کاهش جرم و حفظ نظم اجتماعی شکل گرفته است، و از طریق آگاهی بخشی است که شهروندان در می‌یابند (Jamshidi:201). مشارکت عبارت است از فعالیت‌های ارادی داوطلبانه‌ای که از طریق آن اعضای یک جامعه در امور محله، شهر، روستای خود شرکت می‌کنند و به‌صورت مستقیم و غیرمستقیم در شکل دادن به حیات اجتماعی خود سهیم می‌شوند (Khoramian & Javanbakht, 2018:96). آنچه که در این راستا نیروی انتظامی می‌تواند به‌عنوان یک اقدام معمول و ضروری انجام دهد تلاش برای افزایش میزان مشارکت مردم در پیش‌گیری از سرقت منزل است (Ibid:90) به گونه‌ای که جلوه‌ای از آن در قالب همکاری اصناف با پلیس متبلور می‌گردد، که این مشارکت می‌تواند به‌صورت برپایی همایش‌های مشترک باشد که خود می‌تواند منجر و منتج به نتایج قابل قبولی در این زمینه شود،

9. Situational prevention

10. Participatory prevention



همچنین، همکاری اصناف با دیگر نهادهای حاکمیتی از جمله قوه قضائیه در قالب برقراری نشست‌ها یا نمایشگاه‌هایی در جهت آگاهی بخشی به مردم در خصوص عوارض ناشی از مصرف مواد مخدر و یا قاچاق کالا که آثار سوئی در جامعه دارد، می‌تواند جلوه‌ای بارز از این مهم باشد.

علاوه بر این، از مهم‌ترین نهادهایی که در ساختار قوانین موضوعه نیز پیش‌بینی شده‌اند و نقش بسیار مهمی در پیش‌گیری مشارکتی ایفا می‌کنند شورای حل اختلاف و نهاد داوری می‌باشند. البته با عنایت به اینکه نهاد داوری در بسیاری از صنوف وجود ندارد برای رسیدن به اهداف متعالی اصناف در این زمینه، تأسیس نهاد داوری در اصناف ضروری است بنابراین یکی از چالش‌های اصناف برای ایفای نقش پررنگ در این زمینه، نبود نهاد داوری در بسیاری از صنوف می‌باشد، اگرچه در برخی از اصناف همانند کانون وکلا و کانون کارشناسان رسمی و اتاق بازرگانی چنین نهادی تشکیل شده است ولی وجود آن در سایر اصناف نیز لازم است.

بر این اساس، دخالت اصناف در سیاست جنایی ایران براساس مدل سیاست جنایی ترکیبی و در قالب پاسخ‌های کنشی و از طریق جامعه مدنی است، این پاسخ‌ها که به نوبه خود در اقدام‌ها و ابتکارهای مردم، تشکلهای خودجوش مردمی یا سازمان‌های مردم نهاد (سمن‌ها) در برابر پدیده جنایی خلاصه می‌شود، نامتغیر یا رکن چهارم سیاست جنایی را تشکیل می‌دهد. نقش جامعه مدنی و پاسخ‌های جامعه‌ای در حوزه سیاست جنایی تابع آداب و رسوم و عرف اجتماعی (جامعه مدنی)، از یک سو و طرز تلقی نظام یا رژیم سیاسی حاکم از جامعه مدنی و به ویژه حقوق مردم، از سوی دیگر است (Marty, 2023:50). بنابراین، مشارکت اصناف در سیاست جنایی را می‌توان در قالب پاسخ نوع خاصی از جامعه مدنی (به نام اصناف می‌باشد) ظهور و بروز می‌یابد که در نتیجه، مشارکت این نهاد باعث عدم ورود طرفین یک دعوی به فرایند دادرسی در نظام عدالت کیفری می‌شود و آثار مثبت زیادی در پی خواهد داشت.

۲-۲. پاسخ‌های واکنشی

این نوع سیاست جنایی در واقع پاسخی به مجرم و بزه‌کاری است و شامل مجموعه اقدامات نظام عدالت کیفری است که پس از وقوع جرم برای جلوگیری از ارتکاب مجرمان بالقوه و بالفعل اعمال می‌شود. به عبارت دیگر مجازات به‌عنوان سلاحی برای پیش‌گیری از جرم به‌عنوان سنتی‌ترین و اجتماعی‌ترین راه حل استفاده می‌شود (Asghari et al, 2021:12). سیاست جنایی واکنشی یا پسینی در جهت مدیریت و تنظیم پاسخ‌های واکنشی حوزه سیاست جنایی نقش اصلی را ایفا می‌نماید (Hajivand et al:7). نقض هنجارهای بین‌المللی همواره و در ابتدا با پاسخ‌های توانگیر کیفری همراه نیست و معمولاً سازمان ملل متحد و نهادهای متولی با اتخاذ پاسخ‌های ملایم‌تر سعی در همراه نمودن کشور متخطی دارند.

این امر با استنباط از آنچه که به‌عنوان تخلف به ذهن متبادر می‌شود، قابل استنباط است؛ اگر چه استعمال این لفظ در معنای بزه‌نگاری آن نیز مصطلح است (Darabi, 2022:106). حالآنکه پاسخ‌های واکنشی دربرگیرنده عنوان پیش‌گیری نیز می‌شود که بر همین اساس، پیش‌گیری سومین، "گونه‌ای از پیش‌گیری پسینی یا کیفری است که در برگیرنده مجموعه‌ای از واکنش‌هاست که برای کاهش شمار روآوری دوباره به جرم به کارگرفته می‌شوند. موضوع اینگونه (از پیش‌گیری) بزه‌کاراناند و به همین جهت اقدام‌های مربوط به این پیش‌گیری در پهنه نظام عدالت کیفری جای می‌گیرند. به این سان، پیش‌گیری سومین جنبه کیفری / قهرآمیز دارد و از رهگذر واکنش‌های بازپرورانه عدالت کیفری تبلور می‌یابد (Niazpour, 2023:98-9).

در مقام پاسخ به سوال دوم نیز به نظر می‌رسد باید میان امور حقوقی و کیفری قائل به تفکیک شد این امر با توجه به ماهیت وجودی اصناف و حدود اختیارات آن‌ها امری منطقی می‌باشد به گونه‌ای که اصناف در امور کیفری به هیچ وجه دخالتی ندارند و حداکثر دخالت آن‌ها در پیش‌گیری پیش‌بینی و غیرکیفری می‌باشد و نه پیش‌گیری کیفری و همچنین نه به‌صورت رسیدگی ابتدایی و ارجاع مقام قضایی همانند آنچه برای شورای حل اختلاف در نظر گرفته شده، چرا که حدود دخالت اصناف محدود به رفع اختلافات حقوقی و مدنی میان دو صنف یا مردم علیه یک صنف در رابطه با عیوب کالا، عدم ارائه کالا، عدم انجام تعهد بر عهده گرفته شده توسط آن صنف و... که جنبه حقوقی داشته‌اند می‌باشد.



۳. چالش‌های مشارکت اصناف در سیاست جنایی

نکته بسیار مهم در آغاز این بحث آنست که، جهت اجتناب از ذهنی‌گرایی و توجه به واقعیات از متصدیان و مسئولان اصناف (شهرستان یاسوج) در قالب مصاحبه عمیق بهره گرفته شده است که بکارگیری این مهم در تبیین چالش‌های پیشروی اصناف بسیار مؤثر است. اولین و مهم‌ترین جایگاهی که انجمن‌های صنفی برای خود قائل هستند این است که انجمن‌ها و اعضای آن‌ها، به واسطه آنکه خود در صنعت یا مشاغلی خاص به طور مستمر و مستقیم درگیرند و بهتر از هرکسی نیازهای خود را می‌شناسند، می‌توانند نقش بازوی کارشناسی حاکمیت را داشته باشند و به طرق گوناگون نظریات خود را به گوش سیاست‌گذاران برسانند.

این پتانسیل کارشناسی در انجمن‌ها می‌تواند جبران کننده ضعف‌های کارشناسی در بدنه بوروکراتیک دولتی باشد که ممکن است در مواردی شناخت دقیقی از سازوکارهای هر صنعت نداشته باشند (Adeli, 2021:26). در خصوص ضرورت و جایگاه اصناف می‌توانیم بگوییم که با توجه به اینکه انجمن‌ها و تشکلهای صنفی برگرفته از همان صنف و همان رشته کاری هستند و اشراف کامل به مسئله دارند خیلی بهتر می‌توانند در آن زمینه بررسی، ارزیابی و نتیجه‌گیری کنند، یکی از مسئولیت‌های اتاق اصناف بررسی شکایات اصناف نسبت به یکدیگر و چه مردم نسبت به اصناف می‌باشد ولی دعاوی اصناف علیه مردم قابل طرح در اتاق اصناف نیست و باید در مراجع قضایی مطرح شود، با توجه به حجم وسیع رسیدگی به پرونده‌ها در اصناف، در برخی از موارد می‌توان گفت این نهاد به صورت موازی با قوه قضائیه شأن رسیدگی داشته، که یا به صورت مستقیم از طریق واحد بازرسی و شکایت، سازمان صمت (که سازمان ناظر بر اتاق اصناف می‌باشد) و یا سازمان تعزیرات حکومتی به این نهاد ارجاع می‌شوند، ضمن اینکه اکثر کارشناسی‌هایی که در زمینه تخلفات صنفی و کارشناسی کالا باید انجام شود از طریق قوه قضائیه به اتاق اصناف ارجاع می‌شوند، در نتیجه، این حجم از پرونده‌ها توسط اصناف به صورت مستقیم رسیدگی شده و به نتیجه می‌رسند که ممکن است به صلح و سازش ختم یا برای صدور رأی به مرجع قضایی صالح ارسال شوند و شاید بیش از این مقدار ورودی پرونده نیز در مقام کارشناسی و ارزیابی جهت کمک به قوه قضائیه توسط اصناف انجام می‌شود.

همچنین، جایگاه اصناف و رسته‌هایی که در بازار وجود دارند برای حل و فصل مسائل بازاریان و مردم جایگاهی ممتاز می‌باشد، به این لحاظ که اتاق‌های اصناف و اتحادیه‌های صنفی شناخت کامل‌تری نسبت به کار و حرفه‌ی خود دارند و کارشناسان جزء به حساب می‌آیند و توانایی این را دارند که می‌توانند به صورت جامع شکایات را حل و فصل کنند و به اختلافات رسیدگی نمایند وجود دارد. بنابراین، در خصوص ارتباط اصناف با سیستم قضایی، می‌توان بیان نمود که اصناف به عنوان ایفا کننده نقش کارشناس حرفه‌ای و حل و فصل کننده اختلافات میان افراد و بخشی از حاکمیت، از طریق غیر از سیستم قضایی، عمل مینمایند. حال اینکه، از مهم‌ترین مشکلات و چالش‌هایی که اصناف در این خصوص با آن روبه‌رو می‌باشند را می‌توان به ۴ دسته تقسیم کرد.

۴-۱. مسائل و مشکلات ناشی از ساختار دولت و حاکمیت

این مسائل و مشکلات خود شامل مواردی همچون، اول، بزرگ بودن بیش از حد دولت، که شاید بتوان بزرگ‌ترین مشکلی را که دولت در ارتباط با فعالیت نهادهای صنفی ایجاد کرده است بزرگی بیش از حد آن دانست که به انحاء مختلف در امورات مرتبط با اصناف دخالت می‌کند. این دخالت هم می‌تواند سازوکارهای داخلی اصناف را تحت تأثیر قرار دهد و هم در روند فعالیت‌های مشاغل مربوط به این اصناف مشکل ساز شود. این بزرگی سبب می‌شود در یک فضای رقابتی ناعادلانه، دولت در مقابل فعالیت‌های خصوصی قرار بگیرد و به نوعی رقیبی در بازار شناخته شود که از قدرت و توان مالی بسیاری برخوردار است. دوم، عدم پاسخ‌گویی دولت که چنین وضعیتی برای دولت و حاکمیت نیز سبب بروز مسائلی می‌شود که اوضاع را وخیم‌تر می‌کند. سوم، عدم تخصص‌گرایی و مدیریت کارآمد و استفاده از نظرات اصناف، در چنین شرایطی که دولت بسیار بزرگ بوده و در بسیاری از امورات مداخله دارد و از سوی دیگر هیچ الزامی به مسئولیت‌پذیری و پاسخ‌گویی ندارد در سازوکارهای مدیریتی نیز بسیار ناکارآمد عمل می‌کند. چهارم، تعارض منافع، قدرت زیاد و عدم پاسخ‌گویی که محصول خود را در عدم تخصص‌گرایی نشان می‌دهد میوه دیگری نیز دارند که همانا تعارض منافع و ترجیح منافع فردی و گروهی به جای منافع ملی است (Ibid:27-8).



۲-۴. مسائل و مشکلات در عرصه سیاست‌گذاری

از مهم‌ترین چالش‌هایی که در این خصوص پیش روی اصناف وجود دارد عبارت است از:

- **عدم مشارکت و مداخله مردم و اصناف در سیاست‌گذاری:** به‌گونه‌ای که پاسخ‌گو نبودن دولت سبب شده است نوعی نگاه خاص در میان سیاست‌گذاران به رابطه میان مردم و دولت شکل گیرد که خود را نه در مقام کارگزار امور مردم که حاکم بر آن‌ها دانسته و در نتیجه نوعی نگاه از بالا به پایین به مردم از جمله، اصناف و مسائل و مشکلاتشان داشته باشند. به همین دلیل است که اصولاً نقش مردم در سیاست‌گذاری کاهش یافته و آن‌ها حضوری فعال در این عرصه ندارند. بنابراین، مشکلی که وجود دارد نگاه از بالا به پایین توسط دادگستری و سازمان تعزیرات نسبت به اتاق اصناف می‌باشد که این خود مشکل‌ساز است و در این حالت به بازار و اصناف به‌عنوان متخلف نگریسته می‌شود که این نگاه برای ایجاد نقش فعال اصناف نباید وجود داشته باشد و باید تغییر کند، مقصود از وجود نگاه بالا به پایین توسط قوه قضائیه و سازمان تعزیرات نسبت به اصناف این است که باید نگاه تعامل‌گرایانه و همکاری میان آن‌ها وجود داشته باشد نه نگاه تحکمی نسبت به اتاق اصناف، اتاق اصناف بخش خصوصی است و از هیچ نهاد دولتی بودجه یا کمکی دریافت نمی‌کند به همین جهت، نه فقط دادگستری یا تعزیرات بلکه هیچ نهاد دولتی نباید و نمی‌تواند نسبت به اتاق اصناف نگاه تحکمی داشته باشد، اتاق اصناف به‌عنوان زیر مجموعه کمیسیون‌های نظارت بر نهادهای صنفی انجام وظیفه می‌نماید و چتر نظارتی از سوی این کمیسیون بر روی اتاق اصناف وجود دارد نه نهادهای دیگر، در نتیجه، مجموعه دادگستری و سازمان تعزیرات در صورتی که بخواهند نتیجه بهتری در این فرایند کسب شود می‌بایست نگاه تعاملی به این نهاد داشته باشند.
- یکی دیگر از جلوه‌های سیاست‌گذاری غلط در ایران، راه اندازی درگاه ملی صدور مجوزهای کسب و کار می‌باشد که مهم‌ترین چالشی که برای اصناف در این رابطه به وجود آمده است، عدم توجه به اتاق اصناف و کارکرد ذاتی آن می‌باشد، زیرا در این درگاه، به صرف ایجاد درخواست و بدون توجه به داشتن تخصص خاص در برخی رشته‌ها، مجوز صادر شده و این باعث از بین رفتن مرجعیت رؤسای اتاق اصناف و اتحادیه‌ها است.

۳-۴. چالش‌های اجرایی

در مقام اجرا و در عمل برای اصناف، چالش‌هایی نیز به وجود می‌آید که این موارد شامل:

- **بازبینی در ساختار و شرح وظایف و صلاحیت‌های اصناف:** اولین و حادترین مشکلی که اصناف در این بین با آن مواجه می‌شوند این است که اصناف برای پیگیری امور خود با شرایطی مواجه می‌شوند که در آن سیاست‌های کلان و روندهای اجرایی مشخص نیست و در نتیجه ضمانت اجرایی نیز برای آن‌ها وجود ندارد. ریشه این مسئله را باید در همان نبود متولی مشخص دانست که سبب می‌شود اصناف برای هر کاری با تعدد دستورات مواجه شوند و عملاً در فرایندهای اداری پیچیده درگیر شوند و در وضعیتی بلا تکلیف به سر برند، بر همین اساس، اصناف می‌بایست تا حدودی صلاحیت داشته باشند که دادخواست بدوی در این نهاد مطرح و همانند شورای حل اختلاف دارای شأن رسیدگی باشد، که این امر مستلزم پیش‌بینی ساختاری است که قوه قضائیه می‌بایست در این نهاد برقرار نماید برای مقال اگر شخصی شکایتی را نزد اصناف مطرح نماید، ابتدا فرم شکایت را به مراجعه کننده ارائه کرده تا آن را تکمیل نماید و پس از آن وی را به کارشناسی ارجاع داده و در نهایت کارشناس، پرونده را به مقام رسیدگی اتاق اصناف عودت می‌دهد تا در صورتی که صلح و سازش برقرار شد، پرونده مختومه شود در غیر این صورت پرونده به بازرسی و از آن طریق برای رسیدگی به مرجع قضایی صالح ارسال می‌شود و همچنین قوه قضائیه برای رسیدگی بهتر، تخصصی‌تر و سریع‌تر به این اختلافات و دعاوی مطرح شده در اصناف می‌تواند ساختارهای قضایی را در خود اتاق اصناف پیش‌بینی نماید به گونه‌ای که به افرادی از میان هیأت رئیسه اتاق اصناف پایه قضائی اعطا نماید یا با دادن اختیار و صلاحیت به آن‌ها امکان تصمیم‌گیری بدون دخالت مراجع قضایی را میسر سازد. اعضای رسیدگی کننده در اصناف، از ضوابط قضایی بهره‌ای ندارند ولی با توجه به اعتباری که نزد هم صنفان خود دارند می‌توانند به اختلافات و مشکلات پیش‌آمده و مطرح شده در این نهاد پایان دهند و آن‌ها را حل و فصل نمایند لکن اگر مجوز قضایی داشتند، حرف و حکم آن‌ها قدرت بیشتری داشت و می‌توانستند تأثیرگذاری بیشتری داشته باشند بنابراین، مهم‌ترین مشکل اتاق اصناف و اتحادیه‌های صنفی همین موضوع می‌باشد.



اتاق اصناف چونکه بازوی اجرایی ندارد، از یک طرف، هر کسی به این نهاد مراجعه می‌کند توقع دارد که چون طرفش بازار است باید حتماً پیروز باشد و از طرف دیگر، اصناف چونکه زیر مجموعه اتاق اصناف هستند انتظار دارند که توسط این نهاد حمایت شوند و بر همین اساس اتاق اصناف باید تناسبی میان این موضوع برقرار کند که کار دشواری است.

● **حجم زیاد ورودی پرونده‌ها:** یکی از چالش‌های جدی اصناف، عدم تناسب میان پرونده‌های ورودی و نیروی انسانی رسیدگی کننده به آن‌ها می‌باشد که این مهم به دلیل، عدم وجود اعتبارات مالی و غیردولتی بودن این نهاد می‌باشد، چرا که در صورت دولتی بودن این نهاد امکان جذب اعتبارات مالی و نیروی انسانی به شکل سهل‌تری امکان پذیر بود. بر همین اساس، یکی از مشکلات و چالش‌ها در این نهاد، تعداد زیاد پرونده‌ها و کمبود وقت و نیروی انسانی می‌باشد که قوه قضائیه می‌بایست در این راستا با این نهاد تعامل نموده و این چالش را در جهت تأثیرگذاری هر چه بیشتر آن‌ها مرتفع نماید. یکی از مهم‌ترین راهکارهای حل این موضوع که می‌تواند در دستور کار قوه قضائیه قرار گیرد، به کارگیری قضات متخصص در امور مربوط به بازاریان یا استخدام قاضی از میان مجموعه اصناف می‌باشد.

۴-۴. چالش‌های ناشی از عملکرد اصناف

این مسائل و مشکلات به وجود آمده که ناشی از اعمال خود اصناف می‌باشند را می‌توان در چند مورد بیان نمود که شامل:

● **وجود نهاد موازی:** یکی از مشکلات اصناف در ایفای نقش بهتر و مؤثرتر در این رابطه، وجود نهادهای موازی از جمله قانون کارشناسان می‌باشد، نهاد موصوف بدون اینکه اعضای آن تخصص خاصی داشته باشند، به آن‌ها مدرک کارشناس رسمی دادگستری اعطا می‌کند، در حالی که دارای تخصص و اطلاعات کافی و وافی در رابطه با آن حوزه نمی‌باشند. بر همین اساس می‌توان گفت، با توجه به اینکه انجمن‌ها و تشکلهای صنفی برگرفته از همان صنف و همان رسته کاری هستند و اشراف کامل به مسئله دارند خیلی بهتر می‌توانند در آن زمینه بررسی، ارزیابی و نتیجه‌گیری کنند لذا یکی از ایراداتی که در حال حاضر در سیستم قضایی با آن مواجه هستیم مربوط به کارشناسان رسمی دادگستری می‌باشد که صرفاً براساس یک امتحان کتبی و تئوری با به عرصه می‌گذارند و حرفه‌ای و تخصصی نیستند و شناختی نسبت به بازار ندارند. در برخی از زمینه‌ها مدرکی به عنوان کارشناس رسمی دادگستری دریافت می‌کنند و همانطور که گفته شد تخصصی در این زمینه ندارند در نتیجه ضرورت دخالت اصناف در چنین موضوعاتی تخصصی بودن امور می‌باشد به گونه‌ای که فردی می‌تواند به این موضوعات رسیدگی کند که علم و اطلاع کافی از آن داشته باشد.

● **عدم برگزاری دوره‌های آموزشی صلح سازی و صلح آفرینی:** مشکل دیگری که اتاق اصناف با آن مواجه می‌باشد، از یک سو، نبود اعتبار و تمکن مالی برای برگزاری دوره‌های آگاهی بخشی به اعضای اتاق اصناف جهت انجام هر چه بهتر امور مربوط به صلح و سازش میان طرفین اختلاف و همچنین، آگاهی بخشی به احاد جامعه برای مراجعه ابتدایی به اصناف برای حل اختلافات خود است. از سوی دیگر، چالش دیگر، عدم تأمین امکانات رفاهی برای اعضای خود است، تا آن‌ها بتوانند با میل و علاقه بیشتری در جهت انجام رسالت خود در این حوزه اقدام نمایند. چنانکه، برقراری دوره‌های آموزشی توسط قوه قضائیه در جهت آشنایی هر چه بیشتر اعضای اتاق اصناف با فرایند ایجاد صلح و سازش میان طرفین اختلاف بسیار ضروری و حائز اهمیت می‌باشد.

بر همین اساس، از مهم‌ترین مشکلات در رابطه با حل اختلافات میان مراجعین می‌توان به مواردی همچون، عدم برگزاری دوره‌های آموزشی برای اعضای اتاق اصناف، عدم رسیدگی به وضعیت رفاهی اعضای این اتاق، اختلاف سلیقه و ارائه نظرات متفاوت کارشناسی (که تا حدودی ناشی از همان عدم برگزاری دوره‌های آموزشی و آگاهی بخشی می‌باشد)، عدم درک صحیح طرفین از وضعیت متغیر بازار، عدم وجود ضمانت اجرای مناسب و الزام آور برای آرای اتاق اصناف، عدم آگاهی بخشی صحیح به مردم جهت مراجعه ابتدایی به اتاق اصناف برای حل سریع و بدون هزینه زیاد این اختلافات، اشاره نمود.

● **عدم پویایی نقش اصناف در رسیدگی‌ها:** یکی از چالش‌های مهمی که اصناف در مقام حل اختلاف میان مراجعین با آن سروکار دارند این است که به اصناف صرفاً به عنوان یک گزارش‌دهنده صرف نگاه می‌شود و نقش پویا و فعالی برای این نهاد توسط سیستم قضایی، در فرایند رسیدگی در نظر گرفته نمی‌شود، که این موضوع خود می‌تواند دلیلی بر عدم تأثیرگذاری این نهاد به عنوان نهادی صلح محور



و مبتنی بر آموزه‌های عدالت ترمیمی باشد. یک قانون نانوشته در بحث بررسی شکایات برای اعضای اصناف تعریف شده است و آن اینکه، اول، سعی می‌شود چه در اتحادیه و چه در واحد بازرسی، طرفین به نقطه نظر مشترک برسند و دعوی به صلح و سازش منتهی شود، ممکن است اختلاف طرفین عمیق نبوده و دیدگاهشان به هم نزدیک باشد که در این صورت اختلاف آن‌ها به صلح و سازش خاتمه می‌یابد، از طرف دیگر، در صورتی که اجحافی در حق فروشنده نسبت به خریدار صورت گرفته باشد و یا بالعکس، افراد، تا جایی که نسبت به موضع اعضای اصناف حرف شنوی داشته باشند ملزم می‌شوند که بدون اینکه نیاز به ارجاع به محاکم دادگستری باشند در جهت جلب رضایت شاکی اقدام کنند، دوم، پس از طی این مراحل در اتاق اصناف، در صورت عدم حصول سازش و انجام کارشناسی‌های مرتبط در این نهاد، پرونده، جهت رسیدگی به مرجع قضایی صالح ارسال می‌شود چرا که اصناف رأساً قدرت قضایی و اجرایی ندارند و آنچه در حال حاضر وظیفه اتاق اصناف می‌باشد صرفاً گزارش‌دهی می‌باشد که حسب مورد گزارش تخلف یا عدم تراضی و یا پاسخ‌دهی به استعلامات می‌باشد.

به بیان دیگر، اصناف به صورت کلی صلاحیت رسیدگی به حل اختلاف میان مردم و صنوف و کسبه را دارا می‌باشند به گونه‌ای که، ابتدا به ساکن در صورتی که شخصی از صنف یا کسبه‌ای شکایتی داشته باشد ابتدا در اتاق اصناف (که هر کسب و کاری صنف مخصوص به خود را داراست) شکایت نموده و در واحد بازرسی ثبت و سپس به اتحادیه ارجاع و در هیأت مدیره آن بررسی و در صورتی که مشکل حل و صلح و سازش ایجاد شود که پرونده مختومه می‌شود، در غیر این صورت کارشناس مربوطه آن صنف، نظریه کارشناسی خود را به اتاق اصناف و بازرسی آن اعلام و با رسیدگی در واحد بازرسی، در صورتی که به توافق برسند که پرونده مختومه می‌شود، در غیر این صورت پرونده به سازمان تعزیرات حکومتی برای رسیدگی ارجاع می‌شود.

دادگستری، روزانه چندین مورد در رابطه با دعاوی مطرح شده در محاکم را برای انجام برخی امور مرتبط با آن پرونده به اصناف ارجاع می‌دهد به عنوان مثال در خصوص نرخ روز طلا که در دعاوی مربوط به مهریه کاربرد دارد را از اصناف استعلام می‌گیرد یا اینکه در صورتی که فردی، شیشه خانه یا اتومبیل دیگری را تخریب کند، دادگستری ابتدا به ساکن از اتاق اصناف برای ارزش‌گذاری مال تخریب شده استعلام می‌گیرد که بر همین اساس اتاق اصناف آن را به اتحادیه مربوطه برای بررسی موضوع ارجاع می‌دهد و پس از آن به کارشناس برای قیمت‌گذاری، که پس از قیمت‌گذاری جواب استعلام مرجع قضایی به صورت کتبی داده می‌شود در نتیجه، در امور کیفری، اتاق اصناف صرفاً ممکن است در مقام قیمت‌گذاری یک کالای سرقت شده یا تخریب شده صلاحیت داشته باشند و بالاتر از آن صالح نمی‌باشند.

نتیجه‌گیری

نقش و جایگاه جامعه مدنی در سیاست جنایی نقش خطیر و با اهمیتی است به گونه‌ای که وجود چنین مداخله‌ای از طرف جامعه مدنی (در اینجا اصناف) می‌تواند از یک سو، از بار سنگین دستگاه قضایی بکاهد و از سوی دیگر، مانع از ورود افراد به فرایند دادرسی محاکم شده و اختلافات آن‌ها را به صلح و سازش خاتمه دهد، پُر واضح است که ورود و دخالت جامعه مدنی در این خصوص، از جهت احساس مسئولیتی است که آن‌ها از باب مسئولیت اجتماعی (همانند اشخاص حقیقی) بر دوش خود احساس می‌کنند که در نهایت، هدف جامعه مدنی از این دخالت و مشارکت همانا ایجاد فرهنگ صلح و سازش و ختم منازعات به این شکل می‌باشد. مشارکت دادن و سهیم کردن جامعه مدنی در سیاست جنایی در همه نظام‌های حقوقی یکسان نیست و بسته به نوع نظام حقوقی حاکم بر آن و سیاست‌های حاکم بر سطوح قانون‌گذاری، قضایی و اجرایی متفاوت می‌باشد.

ناکارآمدی نظام عدالت کیفری و سیاست‌های حاکم بر آن خود می‌تواند دلیل بسیار مهمی بر دخالت دادن جامعه مدنی در این خصوص باشد. در قوانین موضوعه ایران نیز می‌توان مواردی را یافت که هدف و غرض از وضع آن‌ها، دخالت دادن سازمان‌ها و نهادهای مردم نهادی است که به مثابه جامعه مدنی خاص بوده و می‌توانند در اشاعه فرهنگ صلح و سازش و یاری رساندن به دستگاه قضایی سهیم باشند، از جمله ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری که مقام قضایی می‌تواند در برخی از جرایم طرفین دعوی را برای ایجاد صلح و سازش به اشخاص حقیقی یا حقوقی برای میانجی‌گری ارجاع دهد، که این ماده و مواد مشابه، جلوه‌ای از مشارکت جامعه مدنی



در فرایند دادرسی می‌باشد. ضرورت مشارکت اصناف در سیاست جنایی (به‌عنوان جامعه مدنی خاص)، در قالب سیاست جنایی مشارکتی و براساس الگویی است که قوه قضائیه برای بهره‌گیری از ظرفیت نهادهای مردمی (جامعوی) و همچنین خروج رسیدگی به اختلافات طرفین از مسیر عدالت کیفری در نظر گرفته است، در نتیجه، اصناف، به‌عنوان یکی از بازوان اجتماعی یاری‌گر قوه قضائیه در مسیر تحقق سیاست جنایی مشارکتی، نقش بسیار مهمی در این خصوص ایفا نموده و قوه قضائیه می‌تواند با توجه به تأثیرگذاری این نهاد اجتماعی، با اعطای اختیارات گسترده‌تر و بیشتر به اصناف در قالب آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌هایی که بر اساس اصل ۱۵۸ قانون اساسی صادر می‌نماید، نقش فعال و پُررنگ تری در این فرایند به آن‌ها اعطا نماید.



References

1. Adeli, Mohammad. (2019), Internal and External Issues and Challenges of Professional and Guild Associations in Iran, Center for Empowerment of Governance and Society of Academic Jihad. [In Persian]
2. Alivardinia, Akbar. (2014), Crime Prevention Management in Iran, Strategic and Macro-Policies Quarterly, 2 (8), 37-58. [In Persian]
3. AqeliMoghadam, Mohammadreza, AqeliMoghadam, Alireza. (2020), Strategies for Reducing the Entry of Cases to the Prosecutor's Office and Plea Bargaining, Studies in Political Science, Law and Jurisprudence, 6(2), 189-205. [In Persian]
4. Asghari, Roozbeh, Hajitabar, Hassan, Shakeri, Abolhassan. (2021), Islam's Participatory Criminal Policy Against Economic Crimes, Quarterly Journal of Economic Jurisprudence Studies, 3(4), 1-17, [In Persian]
5. Babaei, Mohammad Ali, Ansari, Ismail. (2011), Analysis of the Costs of Crime, Two Quarterly Scientific Journals of Comparative Law, Mofid University of Qom, 23. [In Persian] doi:<https://www.magiran.com/p1095022>
6. Babaei, Mohammad Ali, Najibian, Ali. (2011), Challenges of Situational Crime Prevention, Justice Legal Journal, 75(75), 147-172. [In Persian] <https://doi.org/10.22106/jlj.2011.11079>
7. Beccaria, Cesar. (2001), Treatise on Crimes and Punishments (2nd Ed.). translated: Ardebili M.A, Tehran: Mizan Publishing. [In Persian].
8. Darabi, Shahrddad. (2025), A Model of a Mixed Democratic-Authoritarian Criminal Policy (1rd Ed), Tehran: Mezan Publishing House. [In Persian]
9. Darabi, Shahrddad. (2022), Hybrid Response in International Criminal Policy, Journal of Criminal Law Studies of Razavi University of Islamic Sciences, 19(24), 95-124. [In Persian] Doi: 10.30513/cld.2023.5111.1830
10. Darabi, Shahrddad. (2021), Hybrid Strategy in Comprehensive Democratic and Authoritarian Models of Criminal Policy, Journal of Criminal Law, University of Gilan, 25(1), 53-74. [In Persian] Doi:10.22124/jol.2021.19432.2125
11. Darabi, Shahrddad. (2020), Iran's Hybrid Criminal Policy Against Environmental Crime, Journal of Criminal Law Studies of Razavi University of Islamic Sciences, 17(19). [In Persian] 69-97, Doi: 10.30513/cld.2020.962.1155
12. Darabi, Shahrddad. (2018), Developments in Crime Prevention Strategy in the Democratic Model of Criminal Policy, Quarterly Journal of Judicial Legal Perspectives, 23(83), 55-73. [In Persian]
13. Emari Nooshabadi, Mohammad Salar. (2009), The Role of Civil Society in Crime Prevention, Master's Thesis, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. [In Persian]
14. Farhang Farsi Moein. (2003), Tehran: Adena Publishing: New Path Book, Volume 1. [In Persian].
15. Gholamalizadeh, Zohreh, Abdollahi, Ismail. (2013), Criminal Policy of Iran and England in Reducing the Costs of Crime, Encyclopedia of Economic Law, Ferdowsi University of Mashhad, 30(24), 154-168. [In Persian] doi:10.22067/economlaw.2024.83522.1291
16. Ghorchibeigi, Majid. (2019), Situational Prevention of White-Collar Crimes (2rd Ed), Encyclopedia of Economic Criminology, Tehran: Mezan Publishing House. [In Persian]
17. Haji Dehabadi, Mohammad Ali. (2004), Enjoining Right and Forbidding Wrong and Criminal Policy, Journal of Jurisprudence and Law, No.1, 77-108. [In Persian]
18. Hajianpour, Hamid, Tajdari, Zeinab. (2013), The Place of Guilds in the Political, Economic and Social System of Iran from the Safavid Era to the Islamic Revolution, Parseh Quarterly, No.20, 35-62. [In Persian]



19. Hajivand, Amin, Hosseini, Seyed Hossein, Jafari, Abdolreza. (2023), Ensuring Global Coexistence (Right to a Healthy Environment) in the Context of a Mixed Green Criminal Policy, Journal of Biological Ethics, 13(38), 1-11. [In Persian] DOI:<https://doi.org/10.22037/bioeth.v13i38.44300>
20. Hosseini, Seyed Hossein, Hajivand, Amin, Sayari, Saber. (2023), Mixed Criminal Policymaking in the Health Sector, Journal of Health Law, 1(1), 1-9. [In Persian]
21. Hosseini, Seyed Hossein, Mahmoud Soltani, Tahereh. (2016), Civil Society Participation in Criminal Policy with Emphasis on Iranian Criminal Policy, Comparative Legal Research of Iran and the International, 9(32), 179-217. [In Persian]
22. Jalilvand, Mohammad Shahab. (2013), Self-Regulation in Iran; A Reflection on the History and Functions of the Guild System, Studies in International Political Economy, 6(2), 355-386. [In Persian] doi: 10.22126/ipes.2023.8443.1518
23. Jamshidi, Alireza. (2015), Participatory Criminal Policy (2rd Ed.). Tehran: Mizan Publishing. [In Persian].
24. Jandali, Manon. (2012), Introduction to Crime Prevention (3rd Ed.). translated: Ebrahimi. Sh, Tehran: Mizan Publishing. [In Persian].
25. Khoramian, Mohammad Baqer, Javanbakht, Mohammad. (2018), Strategies for Guild Participation in Preventing Robbery of Commercial Places (Case Study of Kashmar County), Razavi Khorasan Law Enforcement Science, 89-140. [In Persian]
26. Khosravi, Majid, Khosravi, Milad. (2021), Law of the Guild System, 1400, Aylar/Adabestan Publishing. [In Persian]
27. Lazerge, Christian. (2001), Criminal Policy (10rd Ed.). Translated: Najafi Abrandabadi. A.H, Tehran; Mizan Publishing. [In Persian].
28. Marty, Delmas. (2003), Great Systems of Criminal Policy, Translated: Najafi Abrandabadi. A.H, Tehran: Mizan Publishing. [In Persian].
29. Mansour Abadi, Abbas, Riahi, Javad. (2010), Concept of "Fundamentals" in Legal Research, Journal of Legal Research in the City of Knowledge, 11(22), 9-24. [In Persian]
30. Mohammad Nasl, Gholamreza. (2010), Crime Prevention Process, Tehran University Law Quarterly, 40(1), 318-333. [In Persian]
31. Nahj al-Balagha, Fayz, Sermon 207. [In Persian].
32. Najafi Abrandabadi, Ali Hossein, Shadmanfar, Mohammad Reza, Dharani, Abdolali. (2008), Reform of the Essence of the Indivisible and the Theory of Restorative Justice, Humanities Teacher's Quarterly, 12(3), 193-222. [In Persian]
33. Niazpour, Amir Hossein. (2023), Crime Prevention (2rd Ed.). Tehran: Dadgostar Publishing. [In Persian].
34. Nouri Zeinal, Elmira. (2019), A Descriptive and Normative Approach to the Role of Crime Costs in Penal Punishment, Journal of Criminal Law and Criminology Studies, Tehran University 49(1). [In Persian] 223-238. doi: 10.22059/jqclcs.2019.73356
35. Rajjian Asli, Mehrdad. (2022), General Criminology: Content and Development; From Yesterday to Today, Tehran: Negah Moaser Publishing. [In Persian].
36. Safari, Ali. (2001), Theoretical Foundations of Crime Prevention, Journal of Legal Research, 4(33. 34), 267-321.



[In Persian]

37. Sardar Nia, Khalil, Jaheedin Mohammadi, Sasan. (2016), Legal Mechanisms of Guilds' Interaction with the State and the Weak Institutionalization of Guilds in Iran, *Journal of Legal Studies, Shiraz University*, 8(1), 57-83. [In Persian]
38. Sardar Nia, Khalil, Salari Shahr Babaki, Mirza Mehdi. (2019), Analysis of Crime Prevention in Iran with a Focus on Systemic Theory in Political Sciences, *Quarterly Journal of Criminal Law Research*, 7(27), 43-74. [In Persian] <https://doi.org/10.22054/jclr.2018.20031.1374>
39. Shaidaian, Mehdi, Asgari Marvat, Ali, Vahedi, Muslim. (2019), Participation of NGOs in the Criminal Procedure Process as Social Capital, *Journal of Social Capital Management*, 6(1), 41-58. [In Persian] doi:10.22059/jscm.2019.258534.1612
40. Shia Ali, Ali, Zare, Vahid, Zare, Mojtaba. (2015), The Position of Reactive Participatory Criminal Policy in the Criminal Prosecution Stage in Iranian Law, *Journal of Criminal Law and Criminology Studies, University of Tehran*, 2(4.5), 287-310. [In Persian] doi:JQCLCS-201506-1030(R5)
41. Tahae Nejad, Seyed Alireza. (2002), Prevention of Delinquency and Correction of Delinquents in Iranian Law, Master's Thesis, Faculty of Law, Shahid Beheshti University. [In Persian]
42. Taherian, Milad, Haditabar, Esmaeil. (2019), Transition from Peace-Making Criminology to Peace-Based Criminal Policy, *Criminal Law Teachings of Razavi University of Islamic Sciences*, 16(18), 257-288. [In Persian]
43. Taheri, Mohsen, Aghaei Bajestani, Maryam, Emami, Alireza. (2019), Restrictions Governing the Activities of Guilds in Iranian Law, *Scientific Quarterly of Law and Modern Studies*, 4(2), 2-22. [In Persian] doi:10.30510/psi.2023.391923.4297
44. Vahidi, Abdulmalek, Shaidaian, Mehdi, Mirkhalili, Seyyed Mahmoud. (2021), Quranic Foundations and Manifestations of Participatory Criminal Policy, *Quarterly Journal of Criminal Law Research*, 9(34), 31-61. [In Persian] <https://doi.org/10.22054/jclr.2021.40376.1880>
45. White, Rob, Haynes, Fiona. (2016), *Crime and Criminology* (7rd Ed.). Translator: Ali Salimi, Qom: Hawza and University Research Center. [In Persian].



Efficient Criteria for Identifying Dominant Position in Digital Platforms: A Comparative Study in the European Union

Mohsen Sadeghi¹ , Parsa Jodeyri Eslami^{2*} 

1. Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences University of Tehran, Tehran, Iran.

2. MA. In International Trade and Economic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

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

Received: 2025-06-03

Revised: 2025-08-07

Accepted: 2025-09-02

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Sadeghi, M.; Jodeyri Eslami, P. (2025) Efficient Criteria for Identifying Dominant Position in Digital Platforms: A Comparative Study in the European Union. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32(27): (196-216) (in Persian with English abstract).

<https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.93883.1458>

1. INTRODUCTION

The main concern of competition law is to protect the competitive process in markets and prevent any disruption to competition. Generally, only those firms that possess significant market power are capable of disrupting this process. Therefore, competition laws and regulations are primarily focused on preventing both actual and potential abuses of substantial market power. In this regard, assessing the market power of digital platforms—as key players in the modern digital economy—is critically important. A platform is a business model primarily designed to provide an environment that connects two or more distinct groups of users and facilitates the creation and exchange of products or other forms of value through technology. Consequently, platforms are not tools of production but rather create communication channels. Digital platforms exhibit several unique characteristics such as network effects, the ability to aggregate and process large-scale data, economies of scale, and the possibility of offering services without charging users. These features influence market structure by potentially pushing it toward concentration and dominance by a limited number of firms. Evaluating these characteristics is essential for understanding the competitive dynamics of digital markets.

The distinctive features of platform-based businesses operating in cyberspace can push market structures in this space toward concentration and dominance by a limited number of firms. Therefore, evaluating the market power of digital platforms from the perspective of competition law and establishing whether a platform holds a dominant economic position is undeniably important. This importance increases given that, due to the complexities of platform-based businesses and their differences from firms operating in traditional physical



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



markets, conventional criteria for assessing market power, such as market share, cannot be applied as straightforwardly as they are in traditional markets. In other words, assessing the economic position of each digital platform in the relevant market depends on identifying and applying criteria appropriate to the features and complexities of these businesses.

Based on the above, this article seeks to answer the main question: What are the most important factors and criteria for assessing and determining the market power of digital platforms from the perspective of competition law? The research hypothesis is that the key criteria for determining the market power of digital platforms include: market share based on platform usage volume, the role of network effects, fixed costs of market entry, users' approach to single-homing, the position and importance of data ownership, and the costs associated with switching and substituting platforms. These detailed criteria are derived by considering the specific features of digital platforms and by relying on traditional market power assessment metrics—such as market share, entry barriers, and countervailing buyer power—and taking into account the relative influence of each factor in digital platform markets. They can effectively represent the potential and actual economic power of a platform.

Until now, some researchers have addressed the two-sided nature of digital platform markets, highlighted the key characteristics of these markets, and started exploring how these features contribute to market power. Subsequently, some studies analyzing the emerging data-driven aspects of platform market power have pointed out the inefficiency of traditional rules in this area. However, since the challenges of applying competition law to digital platforms are relatively new, these studies have not introduced detailed criteria for assessing and measuring dominant economic positions in digital markets. In domestic law as well, a study has defined the market and how to assess market power in digital platforms, but it has only addressed general challenges without proposing detailed criteria. The novelty of this research lies in identifying the challenges of assessing the market power of digital platforms and proposing practical criteria adapted to their unique features for determining their economic position. This research also includes a comparative study, considering both Iranian laws and regulations and the approach of the Iranian Competition Council in this regard. The primary reason for selecting the European Union's Digital Markets Act for comparative analysis is its detailed treatment of market power and dominant economic positions in digital platform markets.

Accordingly, the structure of this article is as follows: The first section examines the relevance and challenges of applying traditional market power assessment criteria—namely market share, entry barriers, and countervailing buyer power—in digital markets to justify the need for introducing detailed and specific criteria for platform market power. The second section introduces and explains the most important criteria related to assessing platform market power. The third section discusses the approach of the European Union's Digital Markets Act regarding platform power assessment, as well as the stance of Iranian competition laws and regulations and the approach of the Iranian Competition Council toward proving the dominant economic position of digital platforms.

2. PURPOSE

From the perspective of competition law, assessing a firm's market power and its dominance is of critical importance, as many anti-competitive behaviors and practices are deemed unlawful only when undertaken by firms with significant market power. The primary objective of competition law is to prevent and regulate anti-competitive conduct by dominant entities. In the digital space, evaluating the market power of digital platforms presents several challenges. These include the difficulty of calculating market share due to the multi-sided nature of platform markets, the significant role of entry barriers, and the absence of countervailing buyer power (i.e., user influence). The primary aim of this research is to identify the challenges associated with assessing the market power of digital platforms from a competition law perspective, propose solutions to address these challenges, and ultimately evaluate the feasibility of implementing these solutions within the Iranian legal framework based on existing laws and regulations. Moreover, the study aims to provide guidance for policymakers



and regulators to systematically evaluate platform dominance, thereby enhancing both domestic and international alignment in regulatory practice.

3. METHODOLOGY

This research is conducted using a library-based approach, where the authors have gathered information from both Persian and English sources. The study follows a descriptive-analytical method, meaning that, in the first stage, the subject and its associated challenges are described. In the subsequent stage, the issue is analyzed, and appropriate solutions are proposed based on the findings.

4. FINDINGS

The evaluation of market share, barriers to entry, and countervailing buyer power are among the most significant criteria for assessing a firm's market power. The findings of this study indicate that digital markets possess unique characteristics that create significant and substantial barriers to entry. As a result of these characteristics, firms with considerable market power face minimal competitive threats, and their dominance is unlikely to diminish in the short term. Given these factors, the assessment of entry barriers in digital markets holds greater importance compared to traditional markets. Additionally, due to the presence of factors such as network effects, economies of scale, and the indispensable role of data, the conventional market share criterion fails to accurately assess the potential for a rapid and sudden shift toward market monopolization. Furthermore, users do not possess sufficient countervailing power to mitigate the market dominance of digital platforms. These distinctions underscore the fundamental differences between digital markets, platform-based enterprises, and traditional markets with conventional businesses. The research further concludes that specific criteria must be considered when evaluating the market power of digital platforms. The most crucial of these criteria include: 1) Market share based on platform usage volume – This metric provides insight into the platform's current position and reach within the market. 2) The role and significance of network effects – Network effects often function as a powerful barrier to entry, reinforcing the dominance of incumbent platforms. 3) Fixed costs of market entry and availability of venture capital – High fixed costs and limited access to venture capital further hinder market entry and competition. 4) User behavior in terms of single-homing versus multi-homing – A tendency toward single-homing significantly reduces the likelihood of successful entry for new competitors. 5) The role of data in the platform's operational market and comparative data advantages – The extent to which a platform possesses and utilizes data relative to its competitors is a critical determinant of its market power. 6) Switching and substitution costs for users – High switching costs create additional obstacles for new entrants, as users are less likely to transition to alternative platforms. These findings highlight the necessity of revising traditional market power assessment methodologies in competition law to account for the distinct dynamics of digital platforms. A more tailored approach that incorporates these specific criteria would enhance the accuracy of market power evaluations and improve regulatory oversight in digital markets.

The analysis of the Digital Markets Act (DMA) reveals several key findings regarding the identification of gatekeepers and the assessment of their market power. The Act establishes a structured framework consisting of both qualitative criteria and quantitative thresholds, which together provide a comprehensive approach to evaluating the economic significance of digital platforms. These findings are particularly relevant for understanding how regulatory authorities can systematically assess the dominance of digital platforms in the market. First, the DMA emphasizes three core qualitative criteria for identifying gatekeepers: the platform's significant impact on the internal market, its provision of a core platform service that acts as a gateway for business users to reach end-users, and its strong and durable market position, or the reasonable expectation of such a position in the near future. These qualitative criteria ensure that assessment is based not only on numerical thresholds but also on the functional and structural role of platforms within the digital economy. Second, the Act provides quantitative thresholds corresponding to each qualitative criterion, which serve as objective indicators of potential



gatekeeper status. These thresholds include measures such as turnover, market capitalization, the number of monthly active end-users, and the number of active business users. The combination of qualitative and quantitative metrics allows for a more precise identification of platforms whose activities can significantly influence market dynamics and competition. Importantly, the DMA also grants regulatory authorities the flexibility to recognize a platform as a gatekeeper even if quantitative thresholds are not strictly met, provided the qualitative conditions are satisfied. This provision underscores the necessity of detailed, case-by-case evaluation and highlights the importance of analyzing the specific characteristics of each platform.

Third, the Act identifies a range of structural and operational factors that affect the market power of digital platforms. These include network effects, which reinforce user adoption and create high entry barriers; the aggregation and use of data, which enhance service personalization and operational efficiency; and lock-in effects, such as switching costs and behavioral biases that reduce the likelihood of user migration to alternative platforms. Other relevant factors include economies of scale and scope, vertical integration, conglomerate structures, and the interdependence between multiple services offered by the platform. By systematically evaluating these factors, regulatory authorities can capture the combined effect of various elements that contribute to a platform's dominance. Finally, the findings highlight that the DMA provides a practical and operationalized framework for assessing market power that goes beyond traditional competition law metrics such as market share or entry barriers alone. The Act demonstrates that evaluating platform dominance requires a multidimensional approach, considering not only quantitative indicators but also qualitative, structural, and behavioral aspects. This approach ensures that regulatory assessments are aligned with the complex realities of digital markets and effectively identify platforms capable of influencing competition.

The analysis of Iran's regulatory framework reveals important findings regarding the assessment of market power and dominant economic positions of digital platforms. Under the Law on the Implementation of the General Policies of Principle 44 of the Constitution, the method for identifying monopoly or a dominant economic position is not explicitly defined, with only general definitions provided in Clauses 12 and 15 of Article 1. While this generality is expected in legislation, the preparation and publication of guidelines or instructions by the Competition Council, as authorized under Clause 3 of Article 58, is considered a reasonable measure to create a structured framework for practical implementation. Beyond the general law, the Comprehensive Policies and Requirements for the Promotion of Competition and the Prevention of Monopoly in Digital Platforms, issued by the Supreme Council of Cyberspace, provides more detailed guidance aimed at promoting competition, reducing entry barriers for new businesses, improving service quality for platform users, and protecting user rights. This Policy Document expands on the definitions of monopoly and abuse of dominant economic position compared to Law on the Implementation of the General Policies of Principle 44 of the Constitution. Monopoly is defined as a market condition in which one or more entities control sufficient supply or demand to influence prices, limit the activities of existing and new competitors, or restrict market entry or exit. Dominant economic position refers to the ability to set prices, quantities, or contract conditions, or to possess data above a threshold determined by the Competition Council. Importantly, the Policy Document identifies key determinants of platform market power, including the ability to reach a wide user base, strong network effects, economies of scale (low marginal cost per additional user), economies of scope (low cost of entering adjacent markets), and cognitive switching costs for users when changing platforms. Article 9 further tasks the Competition Council and the National Competition Center with reviewing and refining these criteria, taking into account network effects, multi-homing opportunities, switching costs, economies of scale, and access to competitive data.

5. CONCLUSION

The widespread use of services provided by digital platforms contributes to consumer welfare. However, certain characteristics of platforms—such as network effects and technological advancements, including large-scale data aggregation and processing—can drive platform markets toward concentration and monopoly. Given that



competition law aims to prevent the abuse of significant market power and dominant economic positions, the precise evaluation of platform market power is of undeniable importance.

Traditional criteria for assessing market power, including market share, barriers to entry, and countervailing buyer power, pose unique challenges when applied to digital platforms. The ability to provide services free of charge and the interdependent demand of different user groups make market share calculations based on value particularly difficult. Barriers to entry, such as network effects and the role of data in personalized services, further complicate market entry and must be carefully considered. The significance of entry barriers becomes even more pronounced when considering the absence of countervailing buyer power, as users face challenges in collectively responding to platform dominance.

Based on these considerations, the key criteria for assessing the market power of digital platforms include: a) Market share based on platform usage volume, which reflects the platform's current position in the market. b) The role of network effects, as they often function as a barrier to market entry. c) Fixed costs of market entry and the availability of venture capital, since high fixed costs and the reluctance of investors act as additional barriers. d) The extent of user single-homing versus multi-homing, as user single-homing significantly reduces the chances of success for new market entrants. e) The role and significance of data ownership, given that access to data is essential for providing free and high-quality platform services. f) Switching and substitution costs for users, as high switching costs lower the probability of successful market entry by new competitors.

Both the European Union's Digital Markets Act and Germany's Competition Law on the Prevention of Market Restrictions recognize the necessity of evaluating these criteria in assessing platform market power. In the case of Iranian law, the Law on the Implementation of General Policies of Principle 44 of the Constitution does not contain specific provisions on calculating market power. However, the national policy document on competition and anti-monopoly measures in digital platforms does address market power assessment criteria. These criteria align with those discussed in this article and demonstrate a regulatory approach consistent with the European Union's Digital Markets Act.

To date, the Iranian Competition Council has not explicitly outlined the methodologies for determining significant market power or dominant economic positions, particularly concerning digital platforms. First, given the existence of guiding criteria in the national policy document issued by the Supreme Council of Cyberspace, the Competition Council should systematically evaluate the dominance of digital platforms in relevant cases by considering all pertinent criteria. Second, in accordance with Article 1, Clause 6 of the Supreme Council of Cyberspace's policy document, the Competition Council should establish a minimum threshold of data possession, beyond which a platform is presumed to hold a dominant economic position.

Keywords: Competition Council, Dominant Position, Market Power, Network Effect.



معیار کارآمد شناسایی وضعیت اقتصادی مسلط در پلتفرم‌های دیجیتال (مطالعه تطبیقی در اتحادیه اروپا)

محسن صادقی^۱ ID | پارسا جدیری اسلامی^۲ ID

دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۱۵ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۸ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

پلتفرم‌های دیجیتال به عنوان بازیگران کلیدی در اقتصاد مدرن، از ویژگی‌های ساختاری منحصر به فردی مانند اثرات شبکه‌ای، امکان ارائه خدمات رایگان و توانایی تجمیع و پردازش کلان داده‌ها برخوردار هستند. خصائص مورد اشاره، کاربست معیارهای معمول جهت شناسایی وضعیت اقتصادی مسلط پلتفرم‌های دیجیتال از منظر حقوق رقابت را با چالش مواجه می‌کند. پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی-تحلیلی، به بررسی چالش‌های ارزیابی قدرت بازاری و شناسایی وضعیت اقتصادی مسلط پلتفرم‌های دیجیتال از منظر حقوق رقابت می‌پردازد. فرضیه مقاله بر این مبنا استوار است که معیارهای معمول و کلاسیک ارزیابی قدرت بازاری، یعنی سهم بازاری، موانع ورود به بازار و قدرت متقابل کاربران، امکان استخراج معیارهای جزئی و متناسب با ویژگی‌های منحصر به فرد پلتفرم‌ها به منظور ارزیابی قدرت بازاری آن‌ها را فراهم می‌آورد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که سند «سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار» مصوب شورای عالی فضای مجازی، بستری قانونی و قابل استناد برای شورای رقابت فراهم نموده است تا بتواند این معیارهای جزئی را به صورت مؤثر به کار گیرد.

کلیدواژه‌ها: اثر شبکه‌ای، شورای رقابت، قدرت بازاری، وضعیت اقتصادی مسلط.

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

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
(نویسنده مسئول: Email: parsajodeiri@gmail.com)



مقدمه

دغدغه اصلی حقوق رقابت، حفاظت از فرایند رقابت در بازارها و جلوگیری از اخلاف در رقابت است و اصولاً آن بنگاه‌هایی توانایی اخلاف در این فرایند را دارند که از قدرت بازاری قابل توجه برخوردار هستند (Ghaffari Farsani, 2019: 175). به همین دلیل است که قوانین و مقررات ناظر بر رقابت، همواره دغدغه سوءاستفاده بالفعل یا بالقوه از قدرت بازاری قابل توجه را دارند (Whish et al., 2012: 26). با این توضیح، نحوه ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال، به‌عنوان بازیگران اصلی اقتصاد دیجیتال نیز امری حیاتی است. پلتفرم یک مدل کسب‌وکار است که هدف اصلی آن ایجاد بستری مناسب جهت به‌هم‌رسانی دو یا چند گروه مجزا از کاربران و تسهیل خلق و مبادله محصولات یا سایر انواع ارزش با استفاده از تکنولوژی می‌باشد (Parker et al., 2016: 3). بنابراین، پلتفرم‌ها یک ابزار تولید نیستند بلکه آن‌ها صرفاً ابزار ارتباط را خلق می‌کنند (Moazed et al., 2016: 27). ویژگی‌های متمایز کسب‌وکارهای پلتفرمی فعال در فضای مجازی مثل اثرات شبکه‌ای، امکان تجمیع و پردازش داده‌ها در سطح وسیع، وجود صرفه‌های ناشی از مقیاس و امکان ارائه محصول بدون دریافت پول از کاربران، می‌تواند ساختار بازارهایی که در این فضا به وجود آمده است را به سمت تمرکز و تسلط یک یا چند شرکت محدود سوق دهد. می‌توان دریافت که بررسی نحوه ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال از منظر حقوق رقابت و اثبات برخورداری یک پلتفرم از موقعیت اقتصادی مسلط، به خودی خود از اهمیت انکارناپذیری برخوردار است. ضرورت این بررسی هنگامی بیشتر می‌شود که بدانیم به دلیل برخی از پیچیدگی‌های کسب‌وکارهای پلتفرمی و تفاوت آنان با بنگاه‌های فعال در بازارهای فیزیکی، معیارهای سنتی ارزیابی قدرت بازاری، مثل سهم بازاری، به همان سهولت که در بازارهای سنتی و فیزیکی بکار برده می‌شوند، قابلیت اعمال ندارند. به عبارت دیگر، بررسی موقعیت اقتصادی هر پلتفرم دیجیتال در بازار مرتبط، منوط به شناسایی و کاربست معیارهای متناسب با ویژگی‌ها و پیچیدگی‌های این کسب‌وکارها است.

با عنایت به توضیحات فوق، ما در مقاله حاضر بر آن هستیم تا به این پرسش اصلی پاسخ دهیم: مهم‌ترین عوامل و معیارها جهت ارزیابی و تعیین قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال از منظر حقوق رقابت چیست؟ فرضیه تحقیق این است که مهم‌ترین معیارها جهت تعیین قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال، عبارتند از: سهم بازاری مبتنی بر حجم استفاده از پلتفرم، نقش اثرات شبکه‌ای، هزینه‌های ثابت جهت ورود به بازار، رویکرد کاربران در خصوص تک‌خانه‌گزینی، جایگاه داده‌ها و اهمیت در اختیار داشتن داده و هزینه‌های تغییر و جایگزینی پلتفرم. این معیارهای جزئی، از طریق توجه به ویژگی‌های خاص پلتفرم‌های دیجیتال و با اتکا بر معیارهای معمول سنجش قدرت بازاری، از جمله سهم بازاری، موانع ورود به بازار و قدرت متقابل کاربران و با عنایت به میزان تأثیرگذاری هر یک از این عوامل در بازار پلتفرم‌های دیجیتال، استخراج می‌شوند و می‌توانند نمایانگر وضعیت اقتصادی و قدرت بازاری بالقوه و بالفعل یک پلتفرم باشند. تا کنون، برخی پژوهشگران با معرفی ماهیت دوسویه بازارهایی که پلتفرم‌های دیجیتال در آن فعالیت می‌نمایند، به مهم‌ترین ویژگی‌های این بازارها و نقش ویژگی‌های مورد اشاره در ایجاد قدرت بازاری پرداخته و شروع‌کننده تحقیق در رابطه با ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال بوده‌اند (Filistrucchi et al., 2013). در ادامه، برخی منابع با تحلیل ابعاد نوظهور قدرت بازاری داده‌محور پلتفرم‌های دیجیتال، ناکارآمدی قواعد سنتی جهت ارزیابی قدرت بازاری را مطرح کردند (Cremer et al. (2019). لکن، از آنجایی که چالش‌های اعمال حقوق رقابت در پلتفرم‌های دیجیتال، موضوع جدیدی محسوب می‌شود، مقالات مورد اشاره، به بررسی و معرفی معیارهای جزئی جهت ارزیابی و سنجش وضعیت اقتصادی مسلط در حوزه بازارهای دیجیتال پرداخته‌اند. در حقوق داخلی نیز، در یک مقاله به تعریف بازار و چگونگی ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال پرداخته شده است (فراهانی و همکاران، ۱۴۰۲)؛ لکن در این مقاله نیز معیارهای جزئی ارائه نگردیده است و صرفاً به چالش‌های کلی سنجش قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال پرداخته شده است. نوآوری پژوهش حاضر در آن است که پس از تشریح چالش‌های ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال، به ارائه راهکار و معیارهای عملی متناسب با ویژگی‌های این کسب‌وکارها در جهت شناسایی موقعیت اقتصادی آن‌ها مبادرت ورزیده است و در این مسیر، علاوه بر مطالعه تطبیقی، به قوانین و مقررات ایران و رویه شورای رقابت در این خصوص نیز توجه نموده است. برای مطالعه تطبیقی، علت اصلی انتخاب قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا، بررسی تفصیلی موضوع قدرت بازاری و وضعیت اقتصادی مسلط پلتفرم‌های دیجیتال در آن سند بوده است.

با عنایت به توضیحات فوق، ساختار این مقاله بدین صورت می‌باشد؛ در قسمت اول میزان اهمیت معیارهای معمول ارزیابی قدرت



بازاری، یعنی سهم بازاری، موانع ورود به بازار و قدرت متقابل کاربران، در بازارهای دیجیتال و چالش‌های بکارگیری این معیارها در بازارهای دیجیتال را بررسی می‌کنیم تا از این طریق، ضرورت معرفی معیارهای جزئی و منحصربه‌فرد برای تعیین قدرت بازاری پلتفرم‌ها توجیه گردد. سپس در قسمت دوم مقاله، مهم‌ترین معیارهای مرتبط با ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها معرفی و تشریح می‌گردند. رویکرد قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا در رابطه با سنجش قدرت پلتفرم‌ها و موضع قوانین و مقررات مرتبط با حقوق رقابت در ایران پیرامون این موضوع و همچنین رویکرد شورای رقابت در خصوص نحوه بررسی و اثبات وضعیت اقتصادی مسط پلتفرم‌های دیجیتال نیز در قسمت سوم تبیین می‌گردد.

۱. پلتفرم‌های دیجیتال و ارزیابی قدرت بازاری

قدرت بازاری یک بنگاه، از طریق ارزیابی محدودیت‌های رقابتی که بر بنگاه مورد نظر اعمال می‌شود، محاسبه می‌گردد. بدیهی است که به هر میزان فشار و محدودیت‌های رقابتی وارد بر یک بنگاه کمتر باشد، آن بنگاه قدرت بازاری بیشتری خواهد داشت. این محدودیت‌ها اصولاً از جانب رقبای موجود در بازار، رقبای بالقوه و خریداران (مشتریان بنگاه) قابلیت اعمال دارند (Whish et al., 2012: 42). همانطور که در بندهای ۱۲ تا ۱۸ «شیوه‌نامه اولویت‌های اجرایی کمیسیون اروپا در اعمال ماده ۸۲ (۱۰۲) معاهده عملکرد اتحادیه اروپا» ذکر گردیده است، فشارهای ناشی از رقبای موجود کنونی، از طریق محاسبه موقعیت بازاری بنگاه‌ها صورت می‌پذیرد و مهم‌ترین معیار در محاسبه موقعیت کنونی بنگاه‌ها نیز سهم بازاری آن‌ها است. محدودیت‌های ناشی از تهدید ورود رقبای بالقوه به بازار نیز از طریق بررسی سطح موانع ورود به بازار سنجیده می‌شود. سرانجام، به منظور ارزیابی فشار زیاد مشتریان و خریداران نیز باید قدرت چانه‌زنی و اقدام متقابل آن‌ها در برابر بنگاه را تحلیل کرد (European Commission, 2009: paras. 12-18). با عنایت به توضیحات فوق، درمی‌یابیم که محاسبه و تحلیل سهم بازاری، سطح موانع ورود به بازار و قدرت متقابل خریداران، از مهم‌ترین معیارها در ارزیابی قدرت بازاری یک بنگاه قلمداد می‌شوند. در بندهای آتی، بکارگیری هریک از این سه معیار در بازار پلتفرم‌ها و چالش‌های اعمال آن‌ها را به ترتیب مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. سهم بازاری در بازار پلتفرم‌های دیجیتال

با توجه به تعریفی که از پلتفرم‌ها ارائه گردید، می‌توان دریافت که این کسب‌وکارها در یک بازار دو یا چندسویه^۱ فعالیت دارند. بازار دو یا چندسویه، بازاری است که در آن یک بنگاه دو یا چند محصول متمایز را به دو یا چند گروه متفاوت از مشتریان می‌فروشد؛ به نحوی که میزان تقاضای حداقل یک گروه از مشتریان وابسته به میزان تقاضا و خرید گروه مقابل باشد (Filistruc, 2013: 33-34). به عبارت دیگر، در این بازارها حداقل یک گروه از مشتریان وابسته به طرف مقابل هستند و پلتفرم‌ها با ایجاد دسترسی به طرف مقابل، برای آن‌ها خلق ارزش می‌کنند. ماهیت دوسویه بازار پلتفرم‌ها، چالش‌های مهمی در خصوص محاسبه سهم بازاری، به‌عنوان یکی از مهم‌ترین عوامل ارزیابی قدرت بازاری یک بنگاه، به وجود می‌آورد که در ادامه به مهم‌ترین آن‌ها اشاره خواهد شد.

نخستین چالش، مرتبط با ساختار قیمت‌گذاری پلتفرم‌ها است که در بسیاری از موارد، هیچ پولی در ازای ارائه خدمات، از یک گروه از مشتریان خود دریافت نمی‌کنند. به‌عنوان مثال، یک موتور جستجوگر که امکان جستجو در فضای وب را برای کاربران مهیا می‌کند، در ازای ارائه این خدمت، مبلغی را از آن‌ها اخذ نمی‌نماید و در مقابل، از گروه دیگر کاربران خود، یعنی تبلیغ‌کنندگان که به کاربران وابسته هستند، کسب درآمد می‌کند. به عبارت ساده، بازارهای دوسویه و ویژگی‌های مرتبط با آن، این امکان را برای پلتفرم‌ها محقق ساخته است تا از ساختارهای قیمت‌گذاری و استراتژی‌های کسب درآمد متنوع استفاده نمایند. در چنین شرایطی، سهم بازاری که اصولاً از طریق میزان فروش محصول و درآمد بدست‌آمده نسبت به کل محصولات فروخته‌شده در بازار، به دنبال اثبات قدرت بازاری

1. Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings.

2. Two-sided Market or Multi-sided Market.



است، در حوزه پلتفرم‌های دیجیتال به سادگی قابلیت محاسبه ندارد (Kadkhodaei Elyaderani et al., 2023: 27). به منظور درک کامل مسئله، دو پلتفرم مشاهده فیلم و سریال را در نظر بگیرید که یکی از آن‌ها در ازای ارائه خدمات به کاربران، از آنان حق اشتراک اخذ می‌نماید و دیگری بدون دریافت مبلغ مستقیم از کاربران، همان خدمات را ارائه می‌نماید و از طریق تبلیغات متعدد، درآمد کسب می‌کند. در این حالت، استفاده از معیار سهم بازاری که از طریق قیمت و فروش محصولات اعمال می‌شود، نه تنها کارگشا نیست، بلکه گمراه‌کننده خواهد بود (Cremer et al., 2019: 49)؛ زیرا به دلیل عدم دریافت پول از کاربران توسط پلتفرم دوم، درآمد آن بنگاه بسیار پایین و حتی نزدیک به صفر محاسبه می‌شود و این مسئله به هیچ عنوان نشان‌دهنده سهم بازاری پایین آن پلتفرم در بازار نیست (Van Gorp & et al., 2016: 56-57)، بلکه به این خاطر است که بسیاری از پلتفرم‌های دیجیتال، خدمات خود را بدون دریافت پول، به یک گروه از کاربران عرضه می‌نمایند و در عوض، از داده‌ها یا توجه آن‌ها از راه‌های مختلف کسب درآمد می‌کنند. این امر استفاده از یک معیار واحد برای محاسبه سهم بازاری را غیرممکن می‌سازد و از سوی دیگر، استفاده از معیارهای گوناگون نیز امکان مقایسه را تا اندازه زیادی از بین می‌برد. لازم به ذکر است که به دلیل بروز این چالش‌ها، برخی از مراجع رقابتی، استفاده از سهم بازاری مبتنی بر واحد^۳ را در حوزه بازار پلتفرم‌های دیجیتال پیشنهاد کرده‌اند. توضیح مختصر آنکه سهم بازاری اصولاً به دو روش مورد محاسبه قرار می‌گیرد:

نخست، از طریق تقسیم درآمد حاصل از فروش محصولات بنگاه بر کل درآمد بازار، که سهم بازاری مبتنی بر ارزش^۴ یا درآمد^۵ نامیده می‌شود.

دوم، از طریق تقسیم میزان محصولات و واحدهای فروخته شده بنگاه بر کل واحدهای فروخته شده در بازار، که سهم بازاری مبتنی بر واحد یا حجم^۶ گفته می‌شود. سهم بازاری مبتنی بر حجم در حوزه پلتفرم‌های دیجیتال، با توجه به نوع خدمتی که پلتفرم ارائه می‌کند، به روش‌های مختلف قابلیت محاسبه دارد. به عنوان مثال، در یک پلتفرم سفارش آنلاین غذا سهم بازاری حجم محور از طریق میزان سفارش‌های غذا از آن پلتفرم نسبت به کل سفارش‌ها در بازار مرتبط بدست می‌آید. لازم به ذکر است که در رابطه با اهمیت سهم بازاری بر مبنای حجم در بازارهای دیجیتال، در گفتار سوم با تفصیل بیشتر سخن خواهد رفت.

چالش دوم مربوط به محاسبه سهم بازاری طرفین پلتفرم به صورت توأمان یا مجزا است. به عبارت دیگر، سوال مشخص این است که آیا باید برای هر پلتفرم دو سهم بازاری جداگانه با توجه به وجود دو گروه متفاوت از کاربران محاسبه کرد؟ یا اینکه برای هر پلتفرم صرفاً یک سهم بازاری مشخص نمود؟ به نظر می‌رسد مورد دوم، یعنی محاسبه یک سهم بازاری بدون توجه به تفاوت‌های دو گروه از کاربران، در بسیاری از موارد امکان‌پذیر نخواهد بود. به عنوان مثال، در رابطه با سهم بازاری یک موتور جستجوگر که خدماتی را به کاربران عادی (جستجوکنندگان) و کاربران تجاری (تبلیغ‌کنندگان) عرضه می‌کند، چگونه می‌توان تفاوت‌های دو گروه کاربران را نادیده انگاشت؟ به عنوان مثال، کاربران عادی در ازای استفاده از خدمات، پولی پرداخت نمی‌کنند؛ در حالی که تبلیغ‌کنندگان در ازای نمایش تبلیغ، مبلغ قابل توجهی را پرداخت خواهند کرد.

علاوه بر این، سهم بازاری پلتفرم از دو گروه کاربران، می‌تواند متفاوت باشد (Gürkaynak et al., 2017: 110). ای‌سا کسب‌وکاری که در مراحل اولیه رشد قرار داشته باشد و به منظور جذب هرچه بیشتر کاربران، تبلیغات بسیار کمی را به نمایش بگذارد. از سوی دیگر و در طرف مقابل، اگر قرار باشد سهم بازاری پلتفرم در هر یک از گروه‌های کاربران را به صورت جداگانه ارزیابی نماییم، لزوماً باید وابستگی تقاضای هر گروه از کاربران به طرف مقابل، به دلیل وجود اثرات شبکه‌ای را مورد توجه قرار دهیم. به عبارت بهتر، برخورداری پلتفرم از سهم بازاری قابل توجه در یک سمت از کاربران، لزوماً نشان‌دهنده قدرت بازاری بالای پلتفرم در آن سمت نخواهد بود؛ چرا که ممکن است این گروه از کاربران، تا اندازه بسیار زیادی وابسته به حضور کاربران طرف مقابل پلتفرم باشند. بنابراین به منظور استنباط صحیح از سهم بازاری پلتفرم در هر یک از گروه‌های کاربران، ضروری است که وابستگی احتمالی تقاضای کاربران به طرف مقابل نیز به شکل دقیق مورد بررسی قرار گیرد که این امر به خودی خود، تحلیل را برای مقام‌های رقابتی با دشواری و عدم قطعیت

3. Market Share by Unit

4. Market Share by Value

5. Revenue Market Share

6. Market Share by Volume



مواجه می‌نماید (Gürkaynak et al., 2017: 110).

مسئله سوم آنکه با توجه به برخی خصائص بازارهای دوسویه دیجیتال، به طور خاص، وجود ویژگی‌هایی از قبیل اثرات شبکه‌ای و صرفه‌جویی ناشی از مقیاس و نقش غیر قابل انکار داده‌ها، معیار سهم بازاری به هیچ عنوان نمی‌تواند پتانسیل بازار برای حرکت سریع و یکباره سمت انحصار را ارزیابی و شناسایی نماید (OECD, 2022: 7). به عبارت ساده، سهم بازاری صرفاً وضعیت بازار در زمان حال را به شکل ایستا نشان می‌دهد؛ درحالی‌که وجود ویژگی‌هایی از قبیل اثرات شبکه‌ای، در بسیاری از موارد می‌تواند سهم شرکت‌های بزرگ‌تر بازار را به سرعت افزایش و سهم شرکت‌های کوچک‌تر را به همان اندازه کاهش دهد (Ebadi et al., 2007: 156).

۲-۱. موانع ورود به بازارهای دیجیتال

موانع ورود به بازار و همچنین امکان یا عدم امکان دسترسی به کاربران توسط رقبا نیز در ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها، اهمیت غیر قابل انکاری دارد (Van Gorp et al., 2016: 68). هر اندازه موانع ورود به یک بازار بیشتر باشد، شرکت یا شرکت‌های حاضر در آن بازار با فشار و تهدید رقابتی کم‌تری مواجه می‌شوند و در نتیجه، قدرت بازاری بیشتری خواهند داشت. بازارهای دیجیتال ویژگی‌های خاصی دارند که موجب به وجود آمدن موانع شدید و مهمی برای ورود می‌شود (Cappai & et al., 2021: 2). در نتیجه‌ی این ویژگی‌ها، شرکت‌های دارای قدرت بازاری با تهدیدهای خاصی مواجه نمی‌شوند و به طور معقول پیش‌بینی می‌شود که قدرت بازاری آن‌ها حداقل در مدت زمانی کوتاهی از بین نرود. اهمیت و شدت موانع ورود به بازارهای دیجیتال تا اندازه‌ای است که امروزه برخی اسناد قانونی ناظر بر رقابت در بازارهای دیجیتال، از جمله قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا، به دنبال کاهش موانع ورود طبیعی مرتبط با بازارهای دیجیتال هستند (Bostoen, 2023: 6).

این امر در حالی است که اغلب حقوق رقابت به دنبال حفاظت از رقابت و نه ترویج آن، از طریق کاهش موانع ساختگی ورود به بازار، مثل توافقات انحصاری، و نه موانع طبیعی است. علاوه بر این، همانطور که می‌دانیم نوآوری یکی از خصیصه‌های مهم بازارهای دیجیتال و واجد اهمیت انکارناپذیری است (Calvano & et al., 2021: 11) و هر یک از پلتفرم‌های موفق داخلی و خارجی با ارائه نوآوری‌های قابل توجه، موجب افزایش رفاه مصرف‌کنندگان نسبت به قبل شده‌اند (Deller et al., 2021: 12). به‌عنوان مثال، معرفی پلتفرم‌های درخواست خودروی اینترنتی یا تاکسی‌های اینترنتی، تحولی مهم در بازار سنتی تاکسی‌ها به وجود آورد که متعاقباً شرایط بهتری نیز برای هر دو گروه مسافران و رانندگان فراهم گردید. با توجه به نکات فوق، در می‌یابیم که ارائه نوآوری از جانب شرکت‌های حاضر در بازارهای دیجیتال و همچنین شرکت‌هایی که قصد ورود به این بازارها را دارند، امری مهم و حیاتی است. از سوی دیگر، اغلب گفته می‌شود که تحقق و ترویج نوآوری در بازارهای رقابت‌پذیر^۷ ممکن و محتمل خواهد بود (OECD, 2023: 11)؛ یکی از اصلی‌ترین ویژگی‌های بازار رقابت‌پذیر نیز عدم وجود موانع ورود به بازار یا کم بودن آن است. با توجه به توضیحات فوق، می‌توان دریافت که موانع ورود در بازارهای دیجیتال از اهمیت بالاتری نسبت به بازارهای سنتی برخوردار هستند و به همین دلیل است که، چنانچه در مباحث آتی خواهد آمد، قانون‌گذاران داخلی و خارجی توجه ویژه‌ای به شناسایی موانع ورود به بازارهای دیجیتال و روش‌های مقابله و کاهش آن‌ها داشته‌اند.

۳-۱. قدرت متقابل کاربران در بازارهای دیجیتال

شاید در ابتدا این‌گونه تصور شود که در عصر اینترنت، کاربران اهرم‌های بسیاری جهت تحت فشار قرار دادن شرکت‌های مالک پلتفرم و در نتیجه، کنترل قدرت بازاری آن‌ها دارند. برخی نویسندگان در تأیید این مدعا، به نقش اینترنت در راستای از بین بردن عدم تقارن اطلاعاتی میان شرکت‌های مسلط و کاربران، توانایی کاربران جهت خروج جمعی از یک پلتفرم اینترنتی به جهت دسترسی آسان به پلتفرم‌های جایگزین و همچنین قدرت آنان بر از بین بردن شهرت یا محبوبیت یک پلتفرم در سطح وسیع (قدرت اعتراض جمعی) اشاره داشته‌اند (Rezabakhsh et al., 2006: 12-18). لکن در مقام پاسخ باید بیان کرد که به رغم وجود توانایی‌های بالقوه مورد اشاره، پلتفرم‌ها به روش‌های مختلف می‌توانند به فعلیت رساندن آن‌ها را با اخلاص مواجه نمایند. به‌عنوان مثال، با استفاده از الگوریتم‌های



خاصی، محتوای تولیدشده توسط کاربران را در جهت منافع خود، کنترل یا سانسور نمایند. علاوه بر این، برخی از نویسندگان بر اهمیت اقدام هماهنگ کاربران تجاری، که در اصطلاح چانه‌زنی جمعی^۸ نامیده می‌شود، تأکید کرده‌اند (Mullan & et al., 2018: 2). چکیده نظریه آنان این است که کاربران تجاری به تنهایی توانایی کنترل قدرت بازاری پلتفرم‌ها را نخواهند داشت؛ زیرا اگر یک یا چند کاربر محدود تصمیم به ترک پلتفرم بگیرند، تغییری در قدرت بازاری پلتفرم در رابطه با هر دو گروه کاربران پدید نخواهد آمد.

حال اگر درصد بالایی از کاربران تجاری در یک اقدام هماهنگ، پلتفرم دارای قدرت بازاری بالا را ترک یا تهدید به ترک نمایند، این مسئله کاربران عادی را نیز ترغیب به ترک آن پلتفرم و استفاده از شبکه‌های جایگزینی که کاربران تجاری به آن پیوستند، می‌نماید. در یک بیان ساده، تهدید قابل اعتنا در خصوص ترک پلتفرم مسلط از سوی تعداد قابل توجه کاربران تجاری، قدرت چانه‌زنی آن‌ها را در برابر پلتفرم افزایش می‌دهد و موجب کنترل و مدیریت قدرت بازاری پلتفرم می‌شود (Mullan et al., 2018: 6). فارغ از برخی معایب چانه‌زنی جمعی که خارج از موضوع این نوشته است، در عمل استفاده از این راهبرد و اقدام توسط کاربران تجاری کمتر به چشم می‌خورد. شاید مهم‌ترین دلیل آن منع قانونی تبانی میان اشخاص در صورت بروز اثرات ضدرقابتی باشد. به عبارت بهتر، همواره این امکان وجود دارد که اقدام هماهنگ کاربران تجاری به منظور ترک پلتفرم دارای قدرت بازاری، مصداقی از تبانی با هدف و اثر محدود کردن دسترسی پلتفرم به بازار باشد. دلیل دیگر، اهداف و انگیزه‌های متفاوت کاربران تجاری است که اقدامات هماهنگ از جانب آن‌ها را اگر نگوییم غیرممکن، به شدت سخت می‌کند. با این توضیحات مختصر می‌توان اظهار داشت که در بازارهای دیجیتال، کاربران قدرت خنثی‌کننده متقابلی برای کنترل قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال ندارند. کمیسیون اروپا در پرونده «گوگل سرچ» این مسئله را ناشی از سهم ناچیز هر کاربر از کل حجم جست‌وجوها دانسته است. (European Commission, 2017: para 317)

با عنایت به توضیحات مختصر فوق پیرامون ویژگی‌های مهم بازارهای دیجیتال که نوعی از موانع طبیعی و قوی جهت ورود به بازار محسوب می‌شوند و همچنین با توجه به عدم وجود قدرت متقابل از سوی کاربران و دشواری ارزیابی سهم بازاری در بازارهای دیجیتال، می‌توان به تفاوت این بازارها و پلتفرم‌های فعال در آن با بازارهای سنتی و بنگاه‌های عادی پی برد و ضرورت انجام بررسی جداگانه درخصوص مهم‌ترین عوامل جهت سنجش قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال را توجیه نمود.

۲. مهم‌ترین عوامل جهت ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال

در گفتار پیشین، ملاحظات و چالش‌های بکارگیری معیارهای سنتی ارزیابی قدرت بازاری در بازار پلتفرم‌های دیجیتال را مورد بررسی قرار دادیم؛ به طور خاص، چالش‌های استفاده از سهم بازاری مبتنی بر ارزش، اهمیت بالای موانع ورود به این بازارها و عدم وجود قدرت متقابل از سوی کاربران توضیح داده شد. با عنایت به این موضوع، معرفی مهم‌ترین عوامل و معیارها جهت ارزیابی قدرت پلتفرم‌های دیجیتال از منظر حقوق رقابت، ضروری خواهد بود.

۲-۱. سهم بازاری مبتنی بر واحد

با توجه به نکاتی که در گفتار اول این مقاله آورده شد، سهم بازاری ارزش‌محور در حوزه پلتفرم‌های دیجیتال، در بسیاری از موارد کاربرد نخواهد داشت. لکن سایر موارد قابل سنجش، از قبیل سهم پلتفرم از کل کاربران عادی و تجاری به تفکیک، یا سهم پلتفرم از کل معاملات بازار مرتبط (در رابطه با پلتفرم‌هایی که معامله مستقیم میان کاربران پلتفرم صورت می‌پذیرد)، قطعاً می‌تواند نشان‌دهنده سهم بازاری یک پلتفرم و جایگاه کنونی آن در بازار باشد (OECD, 2020: 19-20). همچنین در پلتفرم‌هایی که معامله مستقیمی میان کاربران پلتفرم وجود ندارد، مثل موتورهای جستجوگر، موارد دیگری نظیر میزان جستجوی کاربران در یک موتور جستجوگر نسبت به کل جستجوها، مواردی هستند که موقعیت کنونی پلتفرم را نسبت به رقبای خود تعیین می‌نمایند. در این راستا، کمیسیون اروپا در پرونده «گوگل سرچ» نیز سهم بازاری شرکت گوگل در بازار خدمات جست‌وجوی عمومی^۹ را بر اساس مواردی از قبیل تعداد کاربران،

8. Collective Bargaining

9. General Search Services



تعداد جستجوها و تعداد بازدیدهای صفحه محاسبه نمود (European Commission, 2017: 58). علت امر نیز این است که خدمات جستجوی عمومی بدون اخذ پول به کاربران ارائه می‌گردد و در چنین شرایطی، تنها زمانی سهم بازاری ارزش محور قابلیت محاسبه دارد که درآمد شرکت به ازای هر جستجو از سوی کاربران، به شکل مستدل و دقیق مشخص باشد؛ در حالی که چنین آمار دقیقی در غالب موارد وجود ندارد. همچنین «اداره کارتل فدرال» کشور آلمان نیز طی گزارشی بر این امر اذعان کرده است که بر عکس سهم بازاری مبتنی بر ارزش که به هیچ عنوان نمی‌تواند مهم‌ترین و مرتبط‌ترین عامل در ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها باشد، سهم بازاری حجم‌محور، به طور خاص سهم پلتفرم از کاربران موجود در بازار، تا اندازه‌ای تعیین‌کننده میزان قدرت پلتفرم و از آن مهمتر، نماینگر احتمال فاصله گرفتن یک پلتفرم از رقبا و حرکت بازار به سمت انحصار می‌باشد (Bundeskartellamt, 2016: 9-10).

۲-۲. اثرات شبکه‌ای

اثر شبکه‌ای به تأثیری که تعداد کاربران یک محصول بر ارزش ایجادشده برای هریک از کاربران همان محصول می‌گذارد، اطلاق می‌شود (Parker et al., 2016: 17). در حوزه پلتفرم‌ها، که حداقل دو گروه از کاربران مجزا را به یکدیگر متصل می‌نمایند، دو نوع اثر شبکه‌ای را باید از هم باز شناخت؛ اثر شبکه‌ای مستقیم به تأثیری گفته می‌شود که تعداد کاربران یک طرف بازار، بر ارزش ایجادشده برای هریک از کاربران همان طرف خواهد داشت (Eisenmann et al., 2006: 4). در مقابل، اثر شبکه‌ای غیرمستقیم، به تأثیری گفته می‌شود که تعداد کاربران یک طرف بازار بر ارزش ایجادشده برای کاربران طرف مقابل بازار خواهد داشت، اطلاق می‌شود (Eisenmann et al., 2006: 4). به عبارت بهتر، با افزایش تعداد کاربران در یک سمت، ارزش کسب شده توسط سمت دیگر کاربران نیز افزایش می‌یابد. اثرات شبکه‌ای هم می‌تواند مانعی جهت ورود به بازار باشد و هم قدرت جایگزینی و تغییر محصول را برای کاربران تحت تأثیر قرار دهد. جهت توضیح بهتر این موضوع، شرکت فرضی «الف» را در نظر بگیرید که قصد دارد به عنوان یک پلتفرم، وارد یک بازار دیجیتال خاص، مثلاً بازار اشتراک‌گذاری ویدیو، شود که در آن بازار هنوز هیچ رقیبی وجود ندارد و آن شرکت، اولین عرضه‌کننده خدمت امکان اشتراک‌گذاری ویدیو به حساب می‌آید.

بدیهی است که در چنین شرایطی، شرکت «الف» با مانعی به نام اثر شبکه‌ای مواجه نخواهد شد. به مرور زمان و از طریق شناخت هرچه بیشتر کاربران نسبت به پلتفرم طراحی‌شده توسط شرکت «الف»، میزان مشارکت طرفین بازار (یعنی کسانی که به بارگذاری ویدیو می‌پردازند، اشخاصی که ویدیوها را مشاهده می‌نمایند و تبلیغ‌کنندگان)، افزایش می‌یابد و به دلیل وجود اثر شبکه‌ای، تقاضا و مشارکت هر یک از طرفین بازار نیز بیشتر می‌شود. این وضعیت در نهایت یک چرخه مطلوب از مشارکت و نظرات مثبت میان کلیه کاربران را به وجود می‌آورد که موجب رشد تصاعدی کاربران پلتفرم با نیروی ذاتی خود می‌شود. حداقل سطح مشارکتی که لازم است تا این چرخه مطلوب به وقوع بپیوندد، در اصطلاح «توده‌ی بحرانی»^{۱۰} نامیده می‌شود (Ten Kate & Niels, 2020: 3). همین که یک پلتفرم به توده‌ی بحرانی برسد، به صورت یک مانع جهت ورود سایر شرکت‌ها و به عبارت بهتر یک مانع جهت نوآوری عمل خواهد کرد، چرا که مزیت آشکاری نسبت به رقبا در کسب استاندارد بازار خواهد داشت (Ebadi et al., 2007: 156). به عبارت بهتر، هنگامی که محصول یک شرکت به سهم قابل توجهی از کاربران می‌رسد که دلالت بر توده‌ی بحرانی دارد، سایر مصرف‌کنندگان نیز به طور فزاینده‌ای شروع به انتخاب آن خواهند کرد.

در این شرایط، رقبای بعدی که قصد ورود به بازار را داشته باشند، باید محصولی را ارائه دهند که به اندازه‌ای از حیث کیفیت بالاتر از محصول فعلی باشد که بر مزیت شبکه‌ای پلتفرمی که به توده‌ی بحرانی رسیده است نیز غلبه کند. به همین دلیل است که گفته می‌شود، «اثرات شبکه‌ای در بازارهای اینترنتی، سبب می‌شود که بنگاه‌های قوی روز به روز قوی‌تر و بنگاه‌های ضعیف روز به روز ضعیف‌تر شوند» (Ebadi et al., 2007: 162) با توجه به این توضیحات، بررسی وضعیت و قدرت اثرات شبکه‌ای در یک بازار دیجیتال و همچنین میزان برخورداری پلتفرم از مزیت شبکه‌ای، در استنباط قدرت بازاری پلتفرم‌ها ضروری می‌باشد. لازم به ذکر است که امروزه اهمیت اثرات شبکه‌ای در ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال، در قوانین و مقررات نیز مورد اشاره قرار گرفته است. فارغ از قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا و سند مصوب شورای عالی فضای مجازی در ایران که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد

10. Critical Mass.



گرفت، بند «۳ا» ماده «۱۸» قانون رقابت کشور آلمان^{۱۱} نیز چنین مقرر داشته است: «در خصوص بازارهای چندجانبه و شبکه‌ها، ارزیابی موقعیت بازاری یک بنگاه از طریق توجه به موارد زیر صورت می‌پذیرد: ۱. اثرات شبکه‌ای مستقیم و غیرمستقیم» (Federal Republic of Germany, 2023: Section 18).

۳-۲. هزینه‌های ثابت ورود به بازار و دسترسی به سرمایه‌گذاران خطرپذیر

ارائه محصولات دیجیتال معمولاً با هزینه‌های ثابت قابل توجه و هزینه‌های متغیر کم و نزدیک به صفر همراه است (Engels, 2016: 3). این امر ضرورت پذیرش سرمایه‌گذاران خطرپذیر به منظور تأمین هزینه‌های ثابت راه‌اندازی پلتفرم و ورود به بازار را روشن می‌نماید. علاوه بر این، پلتفرم‌هایی که تازه وارد بازار شده‌اند یا قصد ورود به بازار را دارند، به منظور جذب پایگاه کاربری قابل توجه نیاز به ارائه خدمات رایگان یا با قیمت بسیار پایین به کاربران دارند و بدین منظور نیز وجود سرمایه در دسترس ضروری به حساب می‌آید. بررسی تفصیلی این مسئله که چرا در بسیاری از بازارهای دیجیتال سرمایه‌گذاران حاضر به تأمین منابع مالی پلتفرم‌های نوپا نیستند، از حوصله مباحث این مقاله خارج است؛ اما به صورت خلاصه باید توجه داشت که در برخی از بازارهای دیجیتال، این احتمال وجود دارد که به علت حضور شرکت‌های قدرتمند و در اختیار داشتن حجم وسیعی از داده‌ها و همچنین وجود اثرات شبکه‌ای قوی، سرمایه‌گذاران حاضر به پذیرش خطر جهت تأمین مالی شرکت‌های نوپا نباشند و این مسئله به خودی خود می‌تواند مانعی جهت ورود آن شرکت‌های نوپا قلمداد شود. با عنایت به توضیحات فوق، ارزیابی احتمال سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران و در دسترس بودن سرمایه جهت راه‌اندازی و گسترش فعالیت پلتفرم‌های نوپا در یک بازار دیجیتال، از جمله مواردی است که باید در ارزیابی موانع ورود به این بازارها مورد توجه قرار گیرد (Khan, 2017: 779).

۴-۲. تک‌خانه‌گزینی^{۱۲} و چندخانه‌گزینی^{۱۳}

استفاده هم‌زمان کاربران از پلتفرم‌های مشابه و جایگزین یکدیگر، چندخانه‌گزینی نامیده می‌شود. در مقابل، استفاده صرف از یک پلتفرم از میان چند محصول رقیب و جایگزین تک‌خانه‌گزینی گفته می‌شود (Jeitschko et al., 2020: 1281). بدیهی است که اگر کاربران تک‌خانه‌گزین باشند، جذب هر چه سریع‌تر و بیشتر کاربران به منظور تقویت اثرات شبکه‌ای، برای پلتفرم‌ها بسیار مهم خواهد بود. در این صورت، ممکن است سایر پلتفرم‌هایی که قصد ورود به بازار را داشته باشند، حتی در صورت ارائه محصول با کیفیت بسیار بالاتر از رقیب پیشین، نتوانند کاربران تک‌خانه‌گزین را به ترک پلتفرم سابق و مزیت‌های مربوط به اثرات شبکه‌ای ترغیب نمایند. لازم به ذکر است که قسمت دوم بند «۳ا» ماده «۱۸» قانون مقابله با محدودسازی رقابت آلمان، بررسی «استفاده موازی از چندین محصول (خدمت)» را در ارزیابی موقعیت بازاری بنگاه ضروری دانسته است. تک‌خانه‌گزینی یک گروه از کاربران، علاوه بر اثراتی که بر رقابت میان پلتفرم‌ها می‌گذارد، می‌تواند زمینه سوءاستفاده پلتفرم از کاربران تجاری را نیز فراهم آورد. بنا بر موارد تبیین‌شده فوق، بررسی وضعیت تک‌خانه‌گزینی یا چندخانه‌گزینی در یک بازار دیجیتال، برای ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم ضروری به حساب می‌آید. اهمیت این بررسی زمانی بیشتر خواهد بود که یک پلتفرم از طریق درج شروط قراردادی، چندخانه‌گزینی را برای کاربران ممنوع یا محدود کرده باشد.

۵-۲. دسترسی به داده‌ها

پلتفرم‌های دیجیتال نه تنها به داده‌ها و اطلاعات بسیار بیشتری نسبت به کسب‌وکارهای سنتی و شرکت‌های آفلاین دسترسی دارند، بلکه نسبت به پردازش این داده‌ها نیز توانایی بالاتر و امکانات بهتری دارند. نقش داده‌ها و اطلاعات در پلتفرم‌های دیجیتال تا اندازه‌ای است که گفته شده «احتمالاً مشخص‌ترین و فراگیرترین منفعت در عصر کلان‌داده‌ها، توانایی شرکت‌ها در ارائه خدمات

11. Act Against Restraints of Competition (Competition Act).

12. Single-homing

13. Multi-homing



رایگان به مصرف‌کنندگان است؛ چرا که بنگاه‌ها [در ازای خدمات رایگان]، این اجازه را از مصرف‌کنندگان می‌گیرند که با استفاده از داده‌هایی که آن‌ها در اختیار شرکت قرار می‌دهند، از سمت مقابل بازار، کسب درآمد کنند. (Sokol et al., 2016: 1133). پلتفرم‌ها از طریق دسترسی به داده‌ها و اطلاعات کاربران، می‌توانند خدمات خود را برای کاربران شخصی‌سازی نمایند و از این طریق محصول باکیفیت‌تری را به هر کاربر ارائه دهند.

علاوه بر این، تجمیع و پردازش داده‌های کاربران، این امکان را برای پلتفرم‌ها فراهم می‌آورد تا در ازای دریافت مبالغ قابل توجه، تبلیغ‌کنندگان را به کاربران هدف خود برسانند و در اصطلاح «تبلیغات هدفمند»^{۱۴} انجام دهند (Graef, 2015: 473). این اطلاعات و داده‌های جمع‌آوری شده، علاوه بر شخصی‌سازی پلتفرم و مقاصد تبلیغاتی که مختصراً تبیین گردید، به طرق دیگر نیز قابل استفاده است. به‌عنوان مثال، شرکت فرضی «الف» که مالک یک پلتفرم خرید و فروش آنلاین است را در نظر بگیرید؛ شرکت «الف» بستری را جهت دادوستد میان فروشندگان و خریداران فراهم کرده است و در عین حال، همان شرکت نیز به‌عنوان فروشنده در بستر متعلق به خود، فعالیت می‌نماید. از آنجایی که شرکت «الف» به‌عنوان مالک این بستر به کلیه داده‌ها و اطلاعات موجود در این پلتفرم دسترسی دارد، به راحتی می‌تواند با ارزیابی این اطلاعات، کالاها و محصولاتی را برای فروش عرضه کند که تردیدی در میزان بالای تقاضا از جانب خریداران وجود نداشته باشد؛ در صورتی که یک فروشنده عادی، به دلیل عدم دسترسی به این داده‌ها و اطلاعات، این امکان را ندارد.

با توجه به این توضیحات، بدیهی است که دسترسی انحصاری یک پلتفرم به دسته بسیار وسیعی از اطلاعات و علایق بازیگران بازار، از عوامل مهم در سنجش قدرت بازاری است. همچنین باید توجه داشت که یک رابطه همبستگی میان تجمیع و پردازش داده‌ها و جذب بیشتر کاربران وجود دارد؛ به عبارت بهتر، در اختیار داشتن داده‌ها از به ارائه خدمات بهتر و باکیفیت‌تر به کاربران کمک می‌کند و موجب جذب و حفظ آن‌ها می‌شود، از سوی دیگر، فعالیت هرچه بیشتر کاربران در پلتفرم نیز داده‌های بیشتری را جهت پردازش در اختیار مالکان پلتفرم قرار می‌دهد. مقررات قانونی جدید در رابطه با پلتفرم‌ها و بازارهای دوسویه نیز بر اهمیت داده‌ها در ارزیابی قدرت بازاری تأکید نموده‌اند. ماده ۱۸ قانون رقابت آلمان در بند «۳a» یکی از عواملی که باید جهت ارزیابی قدرت بازاری مورد توجه قرار داد را دسترسی بنگاه مورد نظر به داده‌های مرتبط با رقابت تعیین نموده است. علاوه بر این، کمیسیون اروپا نیز در رسیدگی‌های خود بر اهمیت داده‌ها جهت ارائه خدمات باکیفیت تأکید کرده و بیان داشته است که «یک سرویس جست‌وجوی عمومی به منظور رقابت موثر، باید حداقلی از حجم جست‌وجوها را دریافت کند.» (European Commission, 2017: 287).

۶-۲. هزینه‌های تغییر پلتفرم^{۱۵}

همانطور که از عبارت مورد اشاره پیداست، به هزینه‌هایی که کاربر در قبال ترک پلتفرم و استفاده از یک پلتفرم جایگزین متحمل می‌شود، هزینه‌های تغییر گفته می‌شود. این هزینه‌ها در بازارهای دیجیتال می‌تواند آشکال گوناگونی داشته باشد که برخی از آنان عبارتند از: از دست دادن بسیاری از داده‌ها و اطلاعات، زمان لازم برای ایجاد حساب جدید یا بازیابی دوباره داده‌ها و اطلاعات، کاهش کیفیت کارکرد برخی محصولات به دلیل عدم وجود تعامل‌پذیری با پلتفرم جدید و زمان لازم برای یادگیری محصول و سیستم جدید. در مقابل، برخی ادعایی کلیشه‌ای را مطرح می‌کنند که رقابت در بازارهای دیجیتال صرفاً یک کلیک کردن است. در مقام پاسخ باید گفت که اولاً، اثرات شبکه‌ای به خودی خود هزینه‌های تغییر را افزایش می‌دهند. علاوه بر این، پلتفرمی که پایگاه کاربری بسیاری بالایی دارد، با دراختیارگرفتن حجم وسیعی از داده‌ها می‌تواند اقدام به شخصی‌سازی پلتفرم برای هریک از کاربران خود نماید (Pasquale, 2017: 3). در چنین موقعیتی که یک پلتفرم به‌دلیل اثرات شبکه‌ای هزاران کاربر فعال دارد و علاوه بر آن، بانک اطلاعاتی بسیار قوی‌ای از تعداد بسیار بالای کاربران جمع‌آوری کرده است و توانایی شخصی‌سازی را دارد، چگونه می‌توان ادعا کرد که رقابت فقط یک کلیک کردن است؟ فارغ از این مسئله، برخی دیگر با اشاره به تغییراتی که بازارهای دیجیتال در گذشته تجربه کرده‌اند، به این نتیجه رسیده‌اند که یک شرکت تازه وارد، در صورت ارائه نوآوری ویژه و منحصربه‌فرد، می‌تواند اثرات ناشی از هزینه‌های بالای

14. Targeted Advertising

15. Switching Costs



تغییر را خنثی نماید (Tucker, 2018: 74). در مقام پاسخ باید گفت که شواهد سابق مبنی بر ورود موفق برخی از شرکت‌ها به بازارهای دیجیتال مرتبط، لزوماً نشان‌دهنده شرایط مطلوب جهت ورود به بازار در حال حاضر نیست؛ چرا که همواره این احتمال وجود دارد که شرایط نسبت به زمان ورود آن‌ها، تغییر کرده باشد. علاوه بر این، توجه به یک نکته دیگر نیز ضروری است؛ برخی موارد که موجب بالا رفتن هزینه‌های تغییر می‌شود، در گذشته از تأثیر و قدرت بسیار کمتری در بازارهای دیجیتال برخوردار بوده‌اند؛ به‌عنوان مثال، تعداد اشخاصی که امروزه به اینترنت و فضای مجازی دسترسی دارند و در نتیجه قادر به فعالیت در بازارهای دیجیتال هستند، بسیار بیشتر از کسانی است که دو تا سه دهه قبل چنین امکانی را داشتند. تعداد کمتر بازیگران بازارهای دیجیتال، خود موجب می‌شود که حجم داده‌هایی که در اختیار پلتفرم‌های سابق قرار داشت، کمتر از میزان داده‌ها و اطلاعاتی که در حال حاضر در اختیار پلتفرم‌ها است، باشد. بنابراین بررسی میزان هزینه‌های تغییر پلتفرم، در ارزیابی قدرت بازاری اجتناب‌ناپذیر و ضروری خواهد بود.

۳. مطالعه تطبیقی اتحادیه اروپا و ایران

پس از معرفی مهم‌ترین معیارهای شناسایی وضعیت اقتصادی پلتفرم‌های دیجیتال، در این بخش ابتدا رویکرد قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا نسبت به نحوه ارزیابی قدرت بازاری این پلتفرم‌ها بررسی می‌شود؛ سپس، وضعیت قوانین و مقررات لازم‌الاجرای کنونی در ایران و نیز رویه شورای رقابت در رابطه با نحوه ارزیابی و شناسایی وضعیت اقتصادی و قدرت بازاری پلتفرم‌های دیجیتال مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

۳-۱. اتحادیه اروپا

کمیسیون اروپا در سال ۲۰۲۰ طرح قانون بازارهای دیجیتال را پیشنهاد نمود که در سال ۲۰۲۲ توسط پارلمان و شورای اروپا به تصویب رسید و پس از انجام تشریفات قانونی و انتشار در روزنامه رسمی اتحادیه اروپا، در یک نوامبر ۲۰۲۲ اجرایی گردید. فلسفه وضع قانون بازارهای دیجیتال، اعتقاد بر ناتوانی قواعد و مقررات معمول حقوق رقابت اتحادیه اروپا در شناسایی و مقابله با برخی از رفتارهای «دروازه‌بان‌های دیجیتال»^{۱۶} است؛ دروازه‌بانانی که از نظر مقررات معمول حقوق رقابت، لزوماً دارای وضعیت اقتصادی مسلط محسوب نمی‌شوند (European Parliament and Council, 2022: 2). هدف اصلی از تصویب این قانون، وضع قواعدی به منظور تضمین رقابت‌پذیری و انصاف در بازارهای موجود در بخش دیجیتال یا به عبارت بهتر، بازارهایی که دروازه‌بانان در آن فعال هستند، می‌باشد. مقصود از رقابت‌پذیری، توانایی بنگاه‌ها در جهت فائق آمدن بر موانع مربوط به ورود به بازار و توسعه و همچنین توانایی برای به چالش کشیدن دروازه‌بان بر مبنای شایستگی محصولات و خدمات است. انصاف نیز از منظر آن قانون وضعیتی است که مشارکت‌کنندگان بازار، اعم از کاربران تجاری و سایر ارائه‌دهندگان خدمات، بتوانند منافع ناشی از نوآوری یا تلاش خودشان را بدست آورند (European Parliament and Council, 2022: 8).

بند ۲ ماده ۱ آن قانون، باصراحت مخاطب مقررات مندرج در این سند را دروازه‌بانان ارائه‌دهنده «خدمات پلتفرمی مهم»^{۱۷} معرفی می‌نماید. بند ۱ ماده ۲ نیز در تعریف دروازه‌بان چنین مقرر داشته است: «دروازه‌بان به معنای بنگاه فراهم‌آورنده خدمات پلتفرمی مهم است که به موجب [ضوابط] ماده ۳ تعیین می‌گردد». ضوابط و آستانه‌های تعیین و تشخیص دروازه‌بانان نیز در ماده ۳ مقرر گردیده است. بند اول ماده مورد بحث، سه ضابطه کیفی جهت تعیین دروازه‌بان تعیین نموده است: «یک بنگاه باید به‌عنوان دروازه‌بان تعیین شود اگر: الف) تأثیر مهم و قابل توجهی بر بازار داخلی داشته باشد؛ ب) یک خدمت پلتفرمی مهم که برای کاربران تجاری، دروازه دسترسی به کاربران نهایی است را فراهم و اداره نماید؛ و پ) در فعالیت‌های خود، از جایگاه مستحکم و پایداری برخوردار باشد یا بتوان پیش‌بینی کرد که در آینده نزدیک از چنین جایگاهی بهره‌مند خواهد شد.» در بند دوم ماده ۳ برای هر یک از ضوابط کیفی پیش‌گفته، آستانه‌هایی کمی مقرر گردیده است تا اگر بنگاهی به آستانه‌های کمی مذکور برسد، مطابقت آن با ضوابط کیفی مقرر در بند ۱، مفروض انگاشته شود.

16. Digital Gatekeepers

17. Core Platform Services



به موجب بند دوم: «در رابطه با یک بنگاه، وجود معیارهای مقرر در بند یک، [در موارد زیر] مفروض انگاشته می‌شود: الف) در رابطه با ضابطه اول بند ۱، اگر در حوزه اتحادیه، به گردش مالی سالانه ۷/۵ میلیارد یورو یا بیشتر در هر یک از سه سال مالی گذشته رسیده باشد، یا در صورتی که ارزش بازار^{۱۸} یا معادل ارزش بازاری منصفانه‌اش، در سالی مالی قبل، حداقل به ۷۵ میلیارد یورو رسیده باشد و خدمت پلتفرمی مهم مشابهی را حداقل در سه کشور عضو اتحادیه ارائه دهد. ب) در رابطه با ضابطه دوم بند ۱، اگر خدمت پلتفرمی مهمی را ارائه نماید که در سال مالی گذشته، ماهانه حداقل ۴۵ میلیون کاربر نهایی فعال، که در اتحادیه تأسیس شده یا در آنجا مستقر هستند، و سالانه حداقل ۱۰ هزار کاربر تجاری فعال که در اتحادیه تأسیس شده‌اند و از طریق روش‌ها و نشانه‌هایی که در پیوست مقرر گردیده، شناسایی و محاسبه شده‌اند، داشته باشد. پ) در رابطه با ضابطه سوم بند ۱، اگر آستانه‌های مقرر در قسمت «ب» این بند، در هر یک از سه سال مالی قبل، برآورده شده باشد.» با توجه به اینکه شرط اصلی در تعیین دروازه‌بانان، ضوابط کیفی سه‌گانه مقرر در بند ۱ ماده ۳ است، اگر پلتفرمی حدنصاب‌های مقرر در بند ۲ را دارا نباشد، چنانچه از نظر کمیسیون اروپا با ضوابط کیفی مطابقت نماید، همچنان می‌تواند به‌عنوان دروازه‌بان شناخته شود. این مسئله در بند ۸ ماده ۳ تصریح گردیده است. قانون بازارهای دیجیتال در همان بند، عناصری که کمیسیون اروپا باید در ارزیابی خود از موقعیت پلتفرم، مورد توجه قرار دهد را برشمرده است: «کمیسیون باید این موارد را حسب مورد بررسی نماید:

الف) اندازه-شامل گردش مالی و ارزش بازاری-، فعالیت‌ها و موقعیت آن بنگاه
ب) تعداد کاربران تجاری که به منظور دستیابی به کاربران نهایی از خدمت پلتفرمی مهم استفاده می‌کنند و همچنین تعداد کاربران نهایی
پ) اثرات شبکه‌ای و منافع ناشی از داده‌ها، به طور خاص موارد مربوط به تجمیع و دستیابی به داده‌های شخصی و غیرشخصی توسط آن بنگاه و همچنین ظرفیت‌ها و امکانات تحلیلی [داده‌ها]
ت) هرنوع اثرات مربوط به مقیاس و تنوع که بنگاه از آن نفع می‌برد، شامل موارد مربوط به داده و حسب مورد، موارد مرتبط با فعالیت‌های بنگاه در خارج از اتحادیه
ث) قفل‌شدن کاربران تجاری یا کاربران نهایی، شامل هزینه‌های تغییر و سوگیری‌های رفتاری که توانایی کاربران تجاری و نهایی برای تغییر پلتفرم یا چندخانه‌گزینی را کاهش می‌دهد.
ج) ساختار شرکتی خوشه‌ای یا یکپارچگی عمودی آن بنگاه، که به‌عنوان مثال، آن بنگاه را قادر بر ایجاد یارانه متقابل، ترکیب و تجمیع داده‌ها یا اهرم قرار دادن قدرت خود برای تحصیل قدرت در بازاری دیگر می‌نماید.
چ) سایر ویژگی‌های ساختاری مربوط به کسب‌وکار یا خدمت [پلتفرمی].»

باید توجه داشت که باوجود پیش‌بینی حدنصاب کمی برای اثبات موقعیت دروازه‌بانی، سند فوق با وضع بند ۸ ماده ۳، دست مقامات رقابتی را برای احراز دروازه‌بانی باز گذاشته و به نوعی این مسئله را که بررسی مورد به مورد قدرت بازاری هر پلتفرم و تحلیل ویژگی‌های خاص آن ضروری و اجتناب‌ناپذیر می‌نماید، به رسمیت شناخته است. مضاف بر این، همانطور که مشاهده می‌شود، قانون بازارهای دیجیتال نیز غالباً همان مواردی را جهت ارزیابی قدرت بازاری و وضعیت دروازه‌بانی مورد نظر قرار داده است که در گفتار پیشین به تفصیل مورد بررسی قرار گرفت.

۲-۳. ایران

در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل‌وچهارم قانون اساسی (ق.ا.س.ک.ا. ۴۴)، نحوه تشخیص انحصار یا وضعیت اقتصادی مسلط مشخص نشده و صرفاً به ارائه تعاریف کلی در بندهای ۱۲ و ۱۵ ماده ۱ اکتفا گردیده است. البته این مسئله که در متن قانون صرفاً به صورت کلی به تعاریف پرداخته شود، امری طبیعی است؛ لکن تهیه و انتشار یک راهنما، شیوه‌نامه یا دستورالعمل به منظور



ایجاد چارچوب و تنظیم رویه‌های اجرایی توسط شورای رقابت، که به موجب بند ۳ ماده ۵۸ نیز واجد این اختیار قانونی است، انتظار معقولی قلمداد می‌شود. فارغ از رویکرد این قانون، ضروری است «سند سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوها فضای مجازی» که در سال ۱۳۹۹ توسط شورای عالی فضای مجازی با هدف حفظ سلامت ارائه‌دهندگان خدمات سکو، حمایت از رقابت و مقابله با شکل‌گیری انحصار در بازار سکوها (پلتفرم‌ها)، کاهش موانع ورود کسب‌وکارهای نوپا به بازار پلتفرم‌ها و ارتقاء کیفیت خدمات ارائه شده به کاربران سکوها و صیانت از حقوق کاربران به تصویب رسیده است را نیز مورد بررسی قرار دهیم. سند مورد بحث، تعریف انحصار و سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط را نسبت به ق.ا.س.ک. ۴۴، تا اندازه‌ای گسترش داده است. بند ۵ ماده ۱ این مقرر، انحصار را چنین تعریف نموده است: «وضعیتی در بازار که سهم یک یا چند بنگاه یا شرکت تولیدکننده، خریدار و فروشنده از عرضه و تقاضای بازار به میزانی باشد که قدرت تعیین قیمت و یا مقدار و قدرت محدودسازی فعالیت بازیگران موجود و جدید را در بازار داشته باشند، یا ورود بنگاه‌های جدید به بازار یا خروج از آن را با محدودیت مواجه سازند.» بند ۶ همان ماده نیز در تعریف وضعیت اقتصادی مسلط آورده است: «وضعیتی در بازار که در آن توانایی تعیین قیمت، مقدار عرضه یا تقاضای کالا یا خدمت یا شرایط قرارداد در اختیار یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی قرار گیرد یا میزان داده‌های در اختیار یک یا چند شخص حقوقی یا حقیقی از میزان معینی که توسط شورای رقابت تعیین می‌گردد، بیشتر باشد.» همانطور که ملاحظه می‌شود، در این بند نیز صرفاً به نقش داده‌ها به شکل مستقیم اشاره گردیده است و سایر موارد مرتبط با ارزیابی قدرت بازاری به چشم نمی‌خورد. مضاف بر این، تا زمان نگارش این مقاله، شورای رقابت حدنصابی از داده‌ها که منجر به بروز وضعیت اقتصادی مسلط می‌شود را تعیین ننموده است.

البته باید توجه داشت که سند حاضر در بخش مقدمه، مهم‌ترین عوامل تعیین‌کننده قدرت بازاری پلتفرم‌ها را به شکل خلاصه برشمرده است: «کسب‌وکارهای فضای مجازی به واسطه نفوذ آسان بر گستره وسیعی از کاربران و امکان کنترل قابل توجه بر داده‌های آن‌ها، بهره‌گیری از اثرات شبکه‌ای قدرتمند، صرفه اقتصادی ناشی از توسعه مقیاس (پایین بودن هزینه عملیاتی افزوده‌شدن یک کاربر به سکو)، صرفه اقتصادی ناشی از توسعه قلمرو (پایین بودن هزینه ورود به بازارهای همجوار) و تحمیل هزینه‌های شناختی بر کاربران به هنگام جابه‌جایی میان سکوها که امروزه از مهم‌ترین عوامل تعیین‌کننده قدرت بازار به شماره می‌آیند،...» مضاف بر این، ماده ۹ این سند که در مقام بیان وظایف شورا و مرکز ملی رقابت است، یکی از وظایف آن مرکز را بازنگری در معیارهای تعیین قدرت بازاری پلتفرم‌های فعال در فضای مجازی، با در نظر گرفتن عواملی چون اثرات شبکه‌ای، امکان استفاده موازی از خدمات ارائه‌دهندگان مختلف (امکان چندخانه‌گزینی)، هزینه‌های جابه‌جایی تحمیل‌شده بر کاربران، صرفه در مقیاس، دسترسی به داده‌های مرتبط با رقابت و... دانسته است. همانطور که ملاحظه می‌شود، از ترکیب موارد اشاره شده در بخش مقدمه و ماده ۹ سند، به خوبی می‌توان دریافت که از منظر تدوین‌کنندگان مقرر، مورد بحث، مهم‌ترین عوامل جهت تعیین قدرت بازاری پلتفرم‌ها، همان معیارهایی است که نگارندگان در گفتار دوم مقاله حاضر به تفصیل مورد بررسی قرار دادند.

در پایان، بررسی رویه شورای رقابت به‌عنوان مرجع رسیدگی به رویه‌های ضدرقابته، در چگونگی ارزیابی قدرت پلتفرم‌های دیجیتال و احراز تسلط آنان ضروری بنظر می‌رسد. با بررسی آرای این شورا، دو رأی مرتبط با ارزیابی وضعیت اقتصادی مسلط پلتفرم‌های دیجیتال به چشم می‌خورد. نخستین مورد، جلسه ۳۹۵ مورخ ۱۳/۰۷/۱۳۹۸، در خصوص شکایت شرکت آسان‌رسانان غذای ایرانیان از شرکت مدرن سامانه‌های غذا (اسنپ‌فود) می‌باشد.

شورای رقابت در رأی خود، صراحتاً بر سهم بازاری ۸۰ درصد شرکت اسنپ‌فود در بازار عرضه اینترنتی غذا و پلتفرم‌های مرتبط با آن، تأکید و متعاقباً این شرکت را دارای وضعیت اقتصادی مسلط قلمداد کرد. فارغ از این مسئله که نحوه محاسبه سهم بازاری توسط آن شورا اعلام نشده و در نتیجه معیار بکارگرفته شده جهت محاسبه سهم بازاری مشخص نیست، سایر مواردی که در ارزیابی قدرت بازاری واجد اهمیت قلمداد می‌شود، به کلی مورد بررسی و اشاره قرار نگرفته‌اند. همچنین در جلسه ۵۳۱ شورای رقابت مورخ ۱۴۰۱/۰۹/۲۹، رفتار شرکت آرمان فناوری هوشمند آریا، مالک نام تجاری «تخفیفان» و «نت‌برگ» مبنی بر اجبار شرکای تجاری به استنفاف از معامله با رقبا، مصداقی از سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط قلمداد گردید؛ لکن در این رأی، معیارهای احراز تسلط به کلی فراموش شده است و مشخص نیست که شورای رقابت از طریق چه معیارهایی شرکت مذکور را دارای قدرت بازاری بالا و واجد وضعیت مسلط در نظر گرفته است. فارغ از آنکه اتخاذ چنین رویه‌ای در رابطه با صدور رأی بدون توجیه و اثبات مقدمات، به



خودی خود محل انتقاد است، توجه به این مسئله که رأی اخیر متعاقب تصویب سند شورا عالی فضای مجازی، که در متن آن موارد مرتبط با ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها ذکر گردیده، صادر شده است، ایراد و نقص عدم بررسی قاعده‌مند قدرت بازاری پلتفرم مورد بحث را تشدید می‌نماید.

نتایج و پیشنهادها

بهره‌مندی افراد جامعه از خدمات ارائه‌شده توسط پلتفرم‌های فعال در فضای مجازی، به خودی خود موجب افزایش رفاه مصرف‌کنندگان این خدمات می‌شود. لکن برخی از ویژگی‌های پلتفرم‌ها از قبیل اثرات شبکه‌ای و همچنین پیشرفت‌های تکنولوژی، از جمله امکان تجمع و پردازش داده‌ها در سطح وسیع، می‌تواند موجب آن شود که بسیاری از بازارهای پلتفرمی به سمت تسلط و انحصار حرکت کنند. از سوی دیگر، با توجه به اینکه حقوق رقابت همواره دغدغه سوءاستفاده از قدرت بازاری قابل توجه و وضعیت اقتصادی مسلط را دارد، شیوه دقیق ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها از اهمیت انکارناپذیری برخوردار است.

معیارهای معمول در محاسبه قدرت بازاری بنگاه‌ها، یعنی سهم بازاری، موانع ورود به بازار و قدرت متقابل خریداران، در حوزه پلتفرم‌ها دارای چالش‌ها و همچنین اهمیت متفاوتی نسبت به بنگاه‌های فعال در بازارهای فیزیکی هستند. امکان ارائه خدمات بدون اخذ پول از کاربران و وابستگی تقاضای دو گروه کاربران پلتفرم، محاسبه سهم بازاری مبتنی بر ارزش را در رابطه با پلتفرم‌ها بسیار دشوار می‌سازد. در رابطه با موانع ورود به بازار، مواردی از قبیل اثرات شبکه‌ای و نقش داده‌ها در ارائه خدمات شخصی‌سازی‌شده، از جمله عواملی هستند که ورود به بازار را دشوار می‌نمایند. به همین دلیل ضروری است که این موانع در ارزیابی قدرت بازاری به روشنی مورد توجه قرار گیرند. اهمیت موانع ورود به بازار زمانی بیشتر می‌شود که نبود قدرت متقابل از سوی کاربران به دلیل دشواری عمل جمعی هماهنگ در راستای مقابله با قدرت پلتفرم‌ها را متذکر شویم.

مهم‌ترین معیارهای مرتبط در ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها، عبارت است از:

- (الف) سهم بازاری مبتنی بر حجم استفاده از پلتفرم؛ که نمایانگر موقعیت کنونی آن پلتفرم در بازار است.
- (ب) نقش اثرات شبکه‌ای؛ چرا که در بسیاری از موارد، اثرات شبکه‌ای می‌تواند به‌عنوان یکی از موانع ورود به بازار باشد.
- (پ) هزینه‌های ثابت جهت ورود به بازار و میزان در دسترس بودن سرمایه‌گذاران خطرپذیر؛ هزینه‌های ثابت بالا و حاضر نبودن سرمایه‌گذاران نیز از دیگر موانع ورود به بازار است.
- (ت) رویکرد کاربران در خصوص تک‌خانه‌گزینی یا چندخانه‌گزینی؛ تک‌خانه‌گزینی کاربران می‌تواند احتمال موفقیت شرکت‌های تازه‌وارد را تا اندازه زیادی کاهش دهد.
- (ث) جایگاه داده‌ها و اهمیت در اختیار داشتن آن‌ها؛ در تمام بازارهای پلتفرمی در اختیار داشتن داده‌ها، عامل ضروری برای ارائه محصولات رایگان و با کیفیت بیشتر به کاربران قلمداد می‌شود.
- (ج) هزینه‌های تغییر و جایگزینی پلتفرم؛ طبعاً در صورت بالا بودن هزینه‌های تغییر برای کاربران، احتمال ورود موفق شرکت‌های نوپا کمتر خواهد بود.

قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا و همچنین قانون مقابله با محدودسازی رقابت کشور آلمان نیز بررسی و تحلیل معیارهای فوق را در خصوص ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها ضروری دانسته‌اند. در رابطه با قوانین و مقررات ایران، در ق.ا.س.ک.ا. ۴۴، مقرره‌ای پیرامون نحوه محاسبه قدرت بازاری بنگاه‌ها به چشم نمی‌خورد. لکن سند سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوه‌ای فضای مجازی، معیارهای سنجش قدرت بازاری را مورد توجه قرار داده است؛ مواردی که در سند مورد بحث ذکر شده، همان معیارهای مرتبطی است که در این مقاله، برای ارزیابی قدرت بازاری پلتفرم‌ها مورد اشاره واقع شدند. از این نظر، سند مذکور به درستی همگام با قانون بازارهای دیجیتال اتحادیه اروپا، معیارهای مناسبی را جهت سنجش قدرت بازاری پلتفرم‌ها معرفی نموده است.

شورای رقابت تا کنون در متن آرای خود، به شکل دقیق روش‌های استنباط برخورداری بنگاه‌ها، به طور خاص پلتفرم‌ها، از قدرت بازاری



قابل توجه و موقعیت اقتصادی مسلط را تشریح ننموده است. در وهله اول، ضروری است که با توجه به وجود معیارهای راهنما در سند شورای عالی فضای مجازی، شورای رقابت در پرونده‌های مرتبط با پلتفرم‌ها، به شکل قاعده‌مند برخورداری یا عدم برخورداری آن‌ها از وضعیت اقتصادی مسلط را تبیین و تمام معیارهای مرتبط را بررسی نماید. در وهله دوم، مستند به بند ۶ ماده ۱ سند شورای عالی فضای مجازی، ضروری است که شورای رقابت حداقل میزانی از داده‌ها که یک پلتفرم در صورت در اختیار داشتن آن میزان، دارای وضعیت اقتصادی مسلط قلمداد می‌شود، تعیین نماید.



References

1. Bostoen, F. (2023). Understanding the Digital Markets Act. *The Antitrust Bulletin*, 68(2), 1-56. <https://doi.org/10.1177/0003603x231162998>.
2. Bundeskartellamt. (2016). *The Market Power of Platforms and Networks*. Bonn: Bundeskartellamt.
3. Calvano, E., & Polo, M. (2021). Market Power, Competition and Innovation in Digital Markets: A Survey. *Information Economics and Policy*, 54(1), 1-18. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100853>.
4. Cappai, M., & Colangelo, G. (2021). Taming Digital Gatekeepers: The 'More Regulatory Approach' To Anti-trust Law. *Computer Law & Security Review*, 41(1), 1-17. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105559>.
5. Cremer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for The Digital Era*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
6. Deller, D., Doan, T., Mariuzzo, F., Ennis, S., Fletcher, A., & Ormosi, P. (2021). *Competition And Innovation in Digital Markets*. Available at: <https://research-portal.uea.ac.uk/en/publications/competition-and-innovation-in-digital-markets>.
7. Ebadi, J., & Eftekhari, F. (2007). Examining The Structure of Internet Markets with Emphasis on The External Network Effects. *Journal of Economic Research*, 42(79), 151-170. (In Persian). Available at: <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.00398969.1386.42.2.4.6>
8. Eisenmann, T., Parker, G., & Van Alstyne, M. W. (2006). Strategies for Two-Sided Markets. *Harvard Business Review*, 84(10), 1-11. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2409276>.
9. Engels, B. (2016). Data Portability Among Online Platforms. *Internet Policy Review*, 5(2), 1-17. <https://doi.org/10.14763/2016.2.408>.
10. European Commission. (2017). Case AT.39740 – Google Search (Shopping). Available at: <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/AT.39740>.
11. European Union. (2022). Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). *Official Journal of the European Union*, L 265, 1-66. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>.
12. Farahani, M. S., Kadkhodaei, A., & Rostami, V. (2023). Competition Law on Digital Platforms: The Need to Revise Traditional Rules. *Public Law Research*, 25(79), 7-40. (In Persian). <https://doi.org/10.22054/qjpl.2023.63811.2683>.
13. Federal Republic of Germany. (2013). Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB). as last amended by Article 1 of the Act of 25 October 2023 (Federal Law Gazette I, p. 294). Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html.
14. Filistrucchi, L., Geradin, D., & Van Damme, E. (2013). Identifying Two-Sided Markets. *World Competition*, 36(1), 33-59. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2008661>.
15. Ghaffari Farsani, B. (2019). *Competition Law and its Civil Remedies* (2nd ed.). Tehran: Mizan Publication. (In Persian).
16. Graef, I. (2015). Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition*, 38(4), 473-506. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2657732>.



17. Gürkaynak, G., Inanılır, Ö., Diniz, S., & Gizem Yaşar, A. (2017). Multisided Markets and The Challenge of Incorporating Multisided Considerations into Competition Law Analysis. *Journal of Antitrust Enforcement*, 5(1), 100-129. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw007>.
18. Khan, L. M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126(3), 710-805. Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2808.
19. Jeitschko, T. D., & Tremblay, M. J. (2020). Platform Competition with Endogenous Homing. *International Economic Review*, 61(3), 1281-1305. <https://doi.org/10.1111/iere.12457>.
20. Moazed, A., & Johnson, N. L. (2016). *Modern Monopolies: What It Takes to Dominate the 21st Century Economy*. New York: St. Martin's Press.
21. Mullan, H., & Timan, N. (2018). Strengthening Buyer Power as A Solution to Platform Market Power. *CPI Antitrust Chronicle*, 1(3), 1-9. Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/09/CPI-Mullan-Timan.pdf>.
22. OECD. (2020). Abuse of Dominance in Digital Markets. *Global Forum on Competition*. Available at: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.
23. OECD. (2022). The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy. *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*. Available at: <https://www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf>.
24. OECD. (2023). Competition and Innovation: A Theoretical Perspective. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)2/en/pdf).
25. Parker, G. G., Van Alstyne, M., & Choudary, S. P. (2016). *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy—and How to Make Them Work for You*. New York: W. W. Norton & Company.
26. Pasquale, F. A. (2017). When Antitrust Becomes Pro-Trust: The Digital Deformation of U.S. Competition Policy. *CPI Antitrust Chronicle*, University of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2017-24. Available at: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1616.
27. Rezaabakhsh, B., Bornemann, D., Hansen, U., & Schrader, U. (2006). Consumer Power: A Comparison of the Old Economy and the Internet Economy. *Journal of Consumer Policy*, 29(1), 3-36. <https://doi.org/10.1007/s10603-005-3307-7>.
28. Sokol, D., & Comerford, R. (2016). Antitrust and Regulating Big Data. *George Mason Law Review*, 23(5), 1129-1161. Available at: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/803/>.
29. Ten Kate, A., & Niels, G. (2020). Critical Mass for Two-sided Platforms and the Strength of the Externalities. *SSRN Electronic Journal*, 1-25. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3591811>.
30. Tucker, C. E. (2018). Network Effects and Market Power: What Have We Learned in the Last Decade? *Antitrust*, 32(2), 72-79. Available at: <https://sites.bu.edu/tpri/files/2018/07/tucker-network-effects-antitrust2018.pdf>.
31. Van Gorp, N., & Batura, O. (2016). Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy. *European Parliament*. Available at: [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2015\)542235](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2015)542235).
32. Whish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition Law*. New York: Oxford University Press.



Corporate Social Responsibility under Iranian Law and European Union Law following the Adoption of the 2024 European Corporate Sustainability Due Diligence Directive

Hossein Kaviar^{1*} , Farid Komijani² 

1. Associate Professor, Department of Private Law, Arak University, Arak, Iran

2. PhD in Private Law, Islamic Azad University, Arak Branch, Arak, Iran

(*- Corresponding Author Email: h-kaviar@araku.ac.ir)

Received: 2025-07-13

Revised: 2025-18-16

Accepted: 2025-08-27

Available Online: 2025-09-22

How to cite this article:

Kaviar, H.; Komijani, F. (2025). Corporate Social Responsibility under Iranian Law and European Union Law following the Adoption of the 2024 European Corporate Sustainability Due Diligence Directive. *Encyclopedia of Economic Law Journal*, 32(27): (217-241) (in Persian with English abstract). <https://doi.org/10.22067/economlaw.2025.94353.1473>

1. Introduction

In the 1970s, Corporate Social Responsibility (CSR) emerged as a serious movement. Since then, the evaluation of companies' impacts on human rights and the environment across supply chains has gained increasing importance. Although the term "Corporate Social Responsibility" was first introduced in 1953, its widespread use dates back to the 1970s. Influential non-profit policy institutions, such as the Committee for Economic Development, introduced the concept of a "social contract" between companies and society. In this context, several soft-law instruments were developed, including the OECD Guidelines for Multinational Enterprises in 1976 and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in 2011, most of which lacked binding legal force. The emerging field of Corporate Law, Corporate Governance, and Sustainability has become one of the most dynamic and significant areas of law and policymaking—especially in light of the convergence of environmental, social, and economic crises facing the global community. Understanding the impact of corporations on society and identifying their capacity to contribute to sustainability is crucial for the future of humanity.

In 2023, sustainability governance became a major topic in corporate circles. In January of that year, not only did the European Union's Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) come into effect, but more importantly, the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) also became legally binding. Additionally, significant progress was made toward negotiating a cross-border treaty to develop robust standards for assessing corporate sustainability within the EU. Today, sustainability has become the central objective across all facets of corporate law.



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



Since the adoption of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in 2011, governments and international organizations have introduced numerous “soft law” instruments supporting sustainability—some of which have evolved into binding “hard law”. The European Union, driven by its ambitious goal of achieving carbon neutrality by 2050 through the European Green Deal, has embarked on a path toward comprehensive sustainability.

A major milestone in this journey is the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), which was formally approved by the European Parliament and the Council of the European Union in spring 2024. This directive constitutes a binding legal framework within the EU to promote sustainable business practices. It obliges companies to identify, address, and report the impacts of their supply chains on human rights, the environment, and climate change. This “hard law” applies both to EU-based companies and to non-EU companies operating within the Union, firmly aiming to ensure that businesses contributing to the internal market also contribute to sustainable development and the just transition of economies and societies.

This article examines the key features of this significant directive and argues that, despite the initial ambitions of its drafters, the final version of the directive suffers from considerable shortcomings. These include a narrow scope, the exclusion of the financial sector from downstream operations, and vague, relatively weak provisions that may allow companies to escape liability. As discussed in this paper, serious doubts remain regarding the effectiveness of the directive in achieving its intended goals: namely, the respect for human rights and the protection of the environment in corporate operations.

2. Purpose

This article focuses on the legal dimensions of the European Union’s newly adopted “Corporate Sustainability Due Diligence Directive” (CSDDD) of 2024. Its primary aim is to analyze the transformation of corporate responsibility from voluntary codes of conduct to enforceable legal obligations, particularly in relation to human rights and environmental protection throughout global supply chains.

In doing so, the article seeks to illuminate how the CSDDD reflects a broader normative shift in corporate governance—where sustainability is no longer viewed as a matter of corporate goodwill, but as a legally mandated duty. The directive introduces a comprehensive due diligence framework that compels companies to identify, mitigate, prevent, and account for adverse impacts on people and the planet as an integral part of their business strategy and operations.

Moreover, this study assesses the directive’s significance as a milestone in the EU’s regulatory approach to responsible business conduct, highlighting its role in operationalizing key elements of the European Green Deal and the UN Sustainable Development Goals. It examines how the directive aims to create a level playing field for companies operating within the internal market, while also extending its normative reach beyond EU borders through its extraterritorial scope.

Crucially, the article also evaluates the practical challenges and legal ambiguities within the directive that may hinder its effectiveness—such as the limited scope of application, the exclusion of downstream financial activities, and the potential for corporate evasion of responsibility due to vague or weakly defined provisions.

By addressing these gaps, this article aims to contribute to ongoing academic and policy debates on how to strengthen corporate accountability mechanisms and ensure that legal frameworks like the CSDDD can effectively promote sustainable, rights-respecting, and transparent business practices at a global scale.

3. Methodology

This research adopts a descriptive-analytical approach to investigate the legal, structural, and normative dimensions of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD). The methodology is grounded in the examination of both primary and secondary legal sources, including international legal instruments, EU legislative texts, and official communications from relevant European institutions such as the European Commission, the European Parliament, and the Council of the European Union.



The analysis begins with a doctrinal legal review, identifying the conceptual foundations and evolution of corporate sustainability obligations by tracing developments from early non-binding frameworks—such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights—towards the more recent emergence of binding regulatory instruments like the CSDDD.

Additionally, the study engages in comparative legal analysis, contrasting the CSDDD with previous soft-law mechanisms in terms of structure, scope, and enforceability. It critically evaluates the extent to which the CSDDD addresses the shortcomings of earlier instruments and responds to contemporary socio-environmental challenges in global business operations.

The research also incorporates content analysis of official reports, legislative proposals, and policy briefs, with a focus on tracing the political discourse and institutional negotiations that shaped the final form of the directive. By examining preparatory documents, amendments, stakeholder responses, and voting records, the study provides insights into the political economy of EU legislative processes and the competing interests that influenced the directive's development.

Finally, the methodology includes a normative critique of the directive's legal language, enforcement mechanisms, and practical implementation challenges. This critical lens is applied to assess whether the CSDDD can fulfill its intended goals in practice, and to identify potential gaps or inconsistencies that may undermine its effectiveness in holding corporations accountable for human rights violations and environmental harm.

By combining doctrinal, comparative, and critical analysis, this research aims to offer a comprehensive and nuanced understanding of the CSDDD's place within the broader evolution of corporate sustainability regulation in international and European law.

4. Findings

The findings indicate that, unlike previous instruments, the CSDDD introduces binding and systematic obligations for large companies to identify, prevent, mitigate, and respond to the adverse impacts of their operations on human rights and the environment. Despite the weakening of some initial provisions due to political pressure from countries like Germany, France, and Italy, this directive represents a turning point in the EU legal framework. Its gradual implementation, starting in 2027, is expected to significantly influence the domestic laws of EU member states and potentially extend beyond European borders.

5. Conclusion

Corporate social responsibility is no longer a voluntary option but a legal and institutional necessity in the modern economic order. With the adoption of the CSDDD, the European Union has taken a major step toward making respect for human rights and environmental protection legally binding for companies. This development highlights the inadequacy of traditional CSR approaches and underscores the need to rethink business models based on sustainability and stakeholder rights. Evaluating the directive's impact on other legal systems, especially in developing countries, is essential from the perspective of transnational corporate accountability. Sustainable development means meeting the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs. As key actors in the economy, companies must strike a balance between economic, social, and environmental dimensions to achieve this goal. In this regard, the adoption of the European Corporate Sustainability Due Diligence Directive marks a turning point, obligating companies to uphold human rights and environmental standards, and playing a vital role in realizing sustainable development. This directive paves the way for responsible corporate conduct both within the European Union and beyond its borders. Rather than introducing fundamental changes to corporate structures, the directive primarily aims to prevent harm to core sustainability values. While it represents a notable innovation toward corporate responsibility for sustainability, it is not sufficient on its own and suffers from fundamental shortcomings. Its success depends on robust regulatory enforcement, thorough supply chain assessments, and the ability to address existing challenges.



To enhance the directive's effectiveness in advancing corporate accountability and improving access to justice, the following recommendations can be proposed:

A. Focus on procedural and legal reform rather than harmonization of substantive laws: Instead of striving to create a uniform substantive legal framework across all EU member states, the Union should prioritize eliminating procedural and judicial barriers that hinder access to justice.

B. Replace the concept of "established business relationships" with a risk-based model: Rather than limiting corporate responsibility to "established business relationships," a risk-based approach should be implemented, assigning responsibility based on the severity of risks present in the supply chain.

C. Introduce a specific rule under the Rome II Regulation to resolve conflicts of law: Instead of applying Article 29 (7), which disregards national legal systems, a specific rule should be added to the Rome II Regulation, allowing victims to file claims under the law of the country where the company is domiciled.

Keywords: Sustainable Development, Sustainability Governance, Corporate Governance, Business and Human Rights, European Green Deal.



مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها در حقوق ایران و اتحادیه اروپا پس از تصویب دستورالعمل اروپایی ارزیابی دقیق پایداری شرکتی (مصوب ۲۰۲۴)

حسین کاویار^۱ ID، فرید کمیجانی^۲ ID

دریافت: ۱۴۰۴/۰۴/۲۲ | بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۲۵ | پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۵ | انتشار: ۱۴۰۴/۰۶/۳۱

چکیده

با تصویب مقرراتی مانند دستورالعمل جدید اتحادیه اروپا برای ارزیابی دقیق پایداری شرکت‌ها (مصوب ۲۰۲۴) و آیین نامه مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تحت مدیریت دولت (مصوب ۱۴۰۴، هیات وزیران ایران)، فعالیت‌های شرکت‌ها وارد مرحله جدیدی از مسئولیت قانونی شده‌اند. بر اساس این چارچوب‌ها، شرکت‌ها موظف‌اند ریسک‌های مربوط به حقوق بشر و محیط زیست را در کل زنجیره تأمین خود، از جمله تأمین‌کنندگان و پیمانکاران فرعی در خارج از کشور، شناسایی، کاهش و رفع کنند. حوزه نوظهور حقوق شرکت‌ها، حاکمیت شرکتی و پایداری، به‌ویژه در پرتو هم‌افزایی بحران‌های زیست‌محیطی، اجتماعی و اقتصادی جهانی، به یکی از پویاترین حوزه‌های حقوق و سیاست‌گذاری بدل شده است. در این زمینه، درک نقش و مسئولیت شرکت‌ها در قبال جامعه و محیط زیست، و شناسایی ظرفیت‌های آن‌ها برای مشارکت در توسعه پایدار، ضرورتی حیاتی یافته است. اتحادیه اروپا در چارچوب اهداف بلندمدت خود برای معامله سبز اروپا، به‌ویژه تحقق خنثی‌سازی کربن تا سال ۲۰۵۰، اقدامات تقنینی گسترده‌ای را دنبال کرده است. تصویب «دستورالعمل ارزیابی دقیق پایداری شرکتی» (CSDDD)، گامی اساسی در جهت تعبیه اصول پایداری در ساختار حقوقی شرکت‌ها به شمار می‌رود. این دستورالعمل با الزامی‌سازی شناسایی، پیش‌گیری و گزارش‌دهی درخصوص آثار منفی زنجیره‌های تأمین بر حقوق بشر، محیط زیست و تغییرات اقلیمی، چارچوبی الزام‌آور برای مسئولیت‌پذیری شرکتی ارائه می‌دهد. با این حال، این مقاله با روش مطالعه تطبیقی - کتابخانه‌ای نشان می‌دهد که نسخه نهایی دستورالعمل، با وجود اهداف اولیه بلندپروازانه، با چالش‌هایی چون دامنه محدود، حذف برخی حوزه‌های حساس نظیر بخش مالی، و ابهامات مقرراتی مواجه است. مقاله بر ضرورت بازنگری در جنبه‌های ساختاری و نظارتی دستورالعمل برای تضمین اثربخشی واقعی آن تأکید دارد.

کلید واژه‌ها: توسعه پایدار، حاکمیت پایداری، حاکمیت شرکتی، حقوق بشر در تجارت، معامله سبز اروپا.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اراک، اراک، ایران (نویسنده مسئول: h-kaviar@araku.ac.ir)

۲. دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اراک، اراک، ایران



مقدمه

دهه هفتاد میلادی نقطه عطف مهمی در توسعه «جنبش مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها»^۱ به شمار می‌رود. در آن دوره، با افزایش توجه به مسئولیت اجتماعی، اهمیت ارزیابی تأثیر فعالیت‌های شرکت‌ها بر حقوق بشر و محیط زیست در سراسر زنجیره تأمین به طور چشم‌گیری افزایش یافت (Huiru, 2024: 394). اصطلاح مسئولیت اجتماعی شرکت که به «فعالیت‌های داوطلبانه‌ای که توسط شرکت‌ها در زمینه‌های حفظ محیط زیست یا رعایت حقوق بشر انجام می‌شود» اشاره دارد، برای اولین بار در سال ۱۹۵۳ مطرح شد (See, Minciullo, 2019: 2). اما تا دهه ۱۹۷۰ به طور گسترده استفاده نشد (See, Ahmadian & et.al, 2024: 46). در سال ۱۹۷۱، کمیته توسعه اقتصادی، یک سازمان غیرانتفاعی تأثیرگذار در زمینه سیاست‌گذاری، با حمایت از ایده «قرارداد اجتماعی» بین کسب‌وکارها و جامعه، این جنبش را آغاز کرد که بر اساس آن کسب‌وکارها موظف هستند واری تأمین کالا و خدمات، در ارتقای مسئولیت اجتماعی کوشش کنند. این جنبش در دهه بعد به طور فزاینده‌ای محبوب شد و تحت تأثیر سایر جنبش‌های اجتماعی معاصر (مانند جنبش محیط زیست) و قوانین جدید زیست‌محیطی (مانند قانون هوای پاک و قانون ایمنی و بهداشت شغلی) قرار گرفت. در همان زمان، دستورالعمل‌های مربوط به شرکت‌های چندملیتی توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) در سال ۱۹۷۶ تصویب شد، بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی دستورالعمل‌های غیرالزام‌آور را ایجاد کردند که در صورت رعایت آن‌ها، از افراد در برابر نقض حقوق بشر و سایر سوءاستفاده‌هایی که توسط شرکت‌ها انجام می‌شود، محافظت می‌کرد (Shulman, 2024: 481; Sjaafjell and Bruner, 2019: 4). بعد از تصویب اصول راهنمای سازمان ملل متحد در مورد تجارت و حقوق بشر^۲ در سال ۲۰۱۱ چارچوبی بین‌المللی برای شرکت‌ها فراهم شد تا بتوانند با توجه به حقوق بشر به فعالیت‌های تجاری خود ادامه دهند (Davis, 2013: 961). این اصول شرکت‌ها را تشویق می‌کند تا علاوه بر سودآوری، به تأثیرات اجتماعی و محیط زیستی فعالیت‌های خود نیز توجه کنند. همچنین، شرکت‌ها باید از نقض حقوق بشر در تمام فعالیت‌های خود جلوگیری کنند و به تأثیرات منفی فعالیت‌های خود بر حقوق بشر توجه کنند. همچنین به موجب این اصول افرادی که حقوقشان توسط شرکت‌ها نقض شده است، باید بتوانند به مراجع قضایی مراجعه کرده و خسارت دریافت کنند.

تجارت بین‌المللی به شرکت‌ها این امکان را می‌دهد که فعالیت‌های زیان‌رسان به محیط زیست و ناقض حقوق بشر را در نقاط مختلف جهان مستقر کنند. در پاسخ به این معضل، دولت‌ها در سیاست‌های تجاری خود اقدام به تدوین و اجرای مقرراتی می‌کنند که حفاظت از محیط زیست و تضمین رعایت حقوق بشر را در اولویت قرار می‌دهند. اتحادیه اروپا در این زمینه پیشرو است (Marx, ۲۰۲۵: ۱). اتحادیه اروپا تعهدات خود را برای تقویت چارچوب نظارتی در زمینه رفتار پایدار تجاری در سال ۲۰۲۰ اعلام کرد.^۳ دو سال بعد، پیشنهاد تصویب دستورالعملی در رابطه با ارزیابی دقیق پایداری شرکتی مطرح شد.^۴ به‌عنوان بخشی از دستور کار کلی پایداری و معامله سبز اروپا، در سال ۲۰۲۴ دستورالعمل ارزیابی دقیق پایداری شرکتی (CSDDD or CS3D) یا «دستورالعمل»^۵ به‌عنوان ابزاری برای اتحادیه اروپا برای تبدیل شدن به یک پیشرو در زمینه رفتار تجاری پایدار تصویب شد. تصویب این دستورالعمل با چالش‌های سیاسی زیادی همراه بود (Kluiver, 2023: 207). پس از سه ماه بحث سیاسی فشرده، سرانجام در ۲۴ آوریل ۲۰۲۴، پارلمان اروپا متن مورد توافق را تصویب کرد که بعداً در ۲۴ مه ۲۰۲۴ توسط ۲۷ کشور عضو اتحادیه رسماً تأیید شد. با اجرایی شدن سند در

1. Corporate Social Responsibility (CSR)

2. The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)

3. Joint declaration of the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on EU Legislative Priorities for 2022, OJ C 514I, 21 Dec. 2021, p 1.

4. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 23 February 2022 (Commission Proposal).

5. European Green Deal

6. Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 Jun. 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859, <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj>

۷. این مشکلات با عدم حمایت سیاسی آلمان از دستورالعمل در فوریه ۲۰۲۴ آغاز شد. پس از آلمان، فرانسه و ایتالیا نیز از حمایت خودداری کردند. این جدل‌های سیاسی مستلزم اصلاحات بیشتری در متن دستورالعمل برای جلب حمایت آن‌ها بود (Buhmann and Feld, ۲۰۲۴: ۳۸۰).



تاریخ ۲۵ جولای ۲۰۲۴، کشورهای عضو موظفند این دستورالعمل را ظرف دو سال به قوانین ملی خود منتقل کنند. پس از آن، اجرای تدریجی این دستورالعمل از ۲۶ جولای ۲۰۲۷ برای شرکت‌های بسیار بزرگ آغاز می‌شود^۸ (ibid). فشارهای سیاسی و لابی‌گری باعث شد که برخی از مفاد مهم دستورالعمل حذف یا تغییر داده شوند و در نهایت، متن تصویب شده به میزان قابل توجهی از نسخه اولیه ضعیف‌تر شد (Radia & Akin, 2024: 877). این دستورالعمل حاوی یک مقدمه (با ۹۶ بند)، ۳۹ ماده و یک پیوست (با ۲ بخش) است. دستورالعمل از شرکت‌های بزرگ مستقر یا فعال در اتحادیه اروپا می‌خواهد که راستی‌آزمایی پایداری شرکتی در زمینه حقوق بشر و محیط زیست را بر اساس فهرستی از اسناد حقوق بین‌المللی مندرج در پیوست، به اجرا درآورند^۹.

این دستورالعمل، بر خلاف اسناد بین‌المللی پیشین، که صرفاً توصیه‌ای و فاقد الزام بودند (See, Ahmadian & et.al, 2024: 106)، یک «چارچوب الزام‌آور» را برای شرکت‌های مستقر در قلمرو اروپا برقرار می‌کند (Radia & Akin, 2024: 877). هدف دستورالعمل، الزام شرکت‌ها به شناسایی، پیش‌گیری، کاهش و پاسخ‌گویی به اثرات منفی فعالیت‌های خود بر حقوق بشر، محیط زیست و حکمرانی پایداری شرکتی است. (See, Buhmann and Feld, 2024: 377)

مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها دیگر یک انتخاب نیست، بلکه یک ضرورت است. شرکت‌ها موظف‌اند علاوه بر ایجاد ارزش اقتصادی (See, Toosi, ۲۰۱۴: ۳۰۲)، به بهبود شرایط اجتماعی و زیست‌محیطی نیز کمک کنند. مدل‌های کسب‌وکار باید به گونه‌ای طراحی شوند که منافع تمامی ذینفعان، از جمله کارگران، مشتریان، جامعه و محیط زیست، در آن‌ها لحاظ شود (Garzella, 2018; Mancini et al, 2016). ضرورت این تحقیق این است که این سند یک سند منطقه‌ای صرف نیست بلکه بر تجارت و سرمایه‌گذاری بسیاری از کشورهای، و رای اتحادیه اروپا، نیز تأثیر می‌گذارد. از این رو بررسی این سند اهمیت فراوانی به‌ویژه برای تجارت بین‌الملل ایران نیز می‌تواند داشته باشد. در آینده‌ای بسیار نزدیک، فعالان اقتصادی ایرانی که خواهان تجارت با شرکت‌ها یا بازارهای اروپایی هستند، باید الزامات دستورالعمل را رعایت کنند؛ زیرا به موجب این سند شرکای اروپایی ملزم به پایش کل زنجیره تأمین (حتی از کشورهای خارج از اتحادیه) خواهند بود. حقوق بشر، منع کار کودک، شرایط عادلانه کار، رعایت استانداردهای زیست‌محیطی، ریسک‌سنجی همه باید در کسب‌وکارهای ایرانی مرتبط با زنجیره تأمین اروپا رعایت شوند. در غیر این صورت ممکن است قراردادهای لغو شوند یا دسترسی به بازار اروپا از دست برود. از همین رو بود که در ایران «آیین‌نامه مسئولیت اجتماعی شرکت‌های دولتی»^{۱۰} تصویب شده در هیئت وزیران مورخ ۱۴۰۴/۴/۱۱، نخستین چارچوب قانونی منسجم در سطح دستگاه‌های اجرایی کشور است که مسئولیت اجتماعی را به‌طور ویژه برای شرکت‌های دولتی تعریف و الزامات اجرایی آن را تبیین می‌کند.

این پژوهش با رویکردی کاملاً نوآورانه برای نخستین‌بار به موضوع موردنظر می‌پردازد و تا کنون هیچ مطالعه مشابهی در حقوق ایران در این زمینه انجام نشده است.

۱. قلمرو اجرایی دستورالعمل

۱-۱. شرکت‌های مشمول

این دستورالعمل در مورد چهار دسته از شرکت‌ها حاکم است:

دسته اول. شامل شرکت‌های مستقر در اتحادیه اروپا است که به طور میانگین بیش از ۱۰۰۰ کارمند دارند و گردش مالی خالص جهانی آن‌ها بیش از ۴۵۰ میلیون یورو می‌باشد.^{۱۱}

دسته دوم. شامل شرکت‌های مستقر در اتحادیه اروپا می‌شود که به تنهایی به این حدنصاب نمی‌رسند، اما به‌عنوان شرکت‌های مادر نهایی گروه‌های شرکتی که در سطح تجمیعی این حدنصاب را برآورده می‌کنند، محسوب می‌شوند.^{۱۲} به منظور جلوگیری از گریز از قانون، این حدنصاب‌ها در سطح گروه محاسبه می‌شوند. یعنی اگر یک شرکت بخشی از یک گروه بزرگ‌تر باشد، کل تعداد کارمندان

8. Art 37(1)

9. Art 3(b)-(c) and Part I-II of the Annex I

۱۰. برای مطالعه به تارنمای زیر مراجعه کنید: <https://dotic.ir/news/18851>

11. Art 2(1) (a)

12. Art 2(1) (b)



و گردش مالی کل گروه در نظر گرفته می‌شود، نه فقط شرکت زیرمجموعه.

دسته سوم. شامل نهادهای خاصی است که وارد قراردادهای فرانچایز یا مجوزدهی در اتحادیه اروپا شده‌اند.^{۱۳}

دسته چهارم. شامل شرکت‌های مستقر در کشورهای ثالث می‌شود که گردش مالی و الزامات یکی از سه دسته فوق را در اتحادیه اروپا برآورده می‌کنند.^{۱۴}

این طبقه‌بندی نشان از یک رویکرد فراگیر دارد که همه شرکت‌های بالقوه اثرگذار منفی بر حقوق بشر و محیط زیست در قاره سبز را در بر می‌گیرد. همچنین با لحاظ نمودن شرکت‌های کشورهای ثالث که از جهت معیارها هم‌تراز با شرکت‌های اتحادیه اروپا هستند، بُعد فراملی این دستورالعمل به‌روشنی نمایان می‌شود. بارزترین نقد وارد بر این طبقه‌بندی آن است که دامنه شمول دستورالعمل بسیار محدود است و تنها شرکت‌های بزرگ را در بر می‌گیرد (McCullagh, 2024, 607). برخی منتقدین معتقدند «تغییرات لحظه آخری ناشی از مانورهای سیاسی توسط چندین کشور عضو و لابی‌های تجاری، توافق سیاسی‌ای را که از قبل هم به‌طور کامل با استانداردها و انتظارات بین‌المللی مطابقت نداشت، بیشتر تضعیف کرد. به نحوی که دستورالعمل اکنون تنها بر حدود ۰.۵٪ از شرکت‌ها و فعالیت‌های تجاری اتحادیه اروپا که معمولاً خطراتی را برای محیط زیست و حقوق بشر به همراه دارند، اعمال خواهد شد»^{۱۵} (Garcia, 2024). این پرسش همچنان مطرح است که چارچوب حقوقی حاکم بر شرکت‌های کوچک‌تر فعال در صنایع مضر برای محیط زیست و حقوق بشر چگونه تدوین شده و این شرکت‌ها تا چه اندازه مسئولیت و پاسخ‌گویی در قبال پیامدهای فعالیت‌های خود خواهند داشت؟ بر اساس آمار اتحادیه اروپا در سال ۲۰۲۳ شرکت‌های کوچک و متوسط (SMEs)^{۱۶} حدود ۹۹/۸٪ از کل شرکت‌های فعال در اتحادیه اروپا را تشکیل می‌دهند،^{۱۷} اما مشمول الزامات ارزیابی دقیق مندرج در دستورالعمل نیستند. کمیسیون اروپا دلایل این استثنا را بار مالی و اداری سنگین، عدم دسترسی به منابع و تخصص و احتمال کمتر تأثیرگذاری منفی این شرکت‌ها بر محیط زیست و حقوق بشر می‌داند. در نقد این رویکرد، لازم است تأکید شود که هر شرکتی، فارغ از اندازه‌اش، می‌تواند بر حقوق بشر و محیط زیست تأثیر بگذارد؛ حتی شرکت‌های کوچک نیز ممکن است اثرات منفی بیشتری بر حقوق بشر و محیط زیست داشته باشند. به دلیل سهم بالای شرکت‌های کوچک و متوسط در اقتصاد اروپا، استثناء قائل‌شدن برای آن‌ها می‌تواند محدودیت جدی در اجرای مؤثر دستورالعمل ایجاد کند. با این حال، این شرکت‌ها به دلیل ارتباطات خود با شرکت‌های بزرگ‌تر که مشمول دستورالعمل هستند، به طور غیرمستقیم تحت تأثیر الزامات این دستورالعمل قرار خواهند گرفت (McCullagh, 2024: 608).

علاوه بر این مؤسسات مالی تحت نظارت، فقط برای بخش بالادستی زنجیره فعالیت‌های خود ملزم به رعایت تعهدات ارزیابی دقیق خواهند بود. این بدان معناست که فعالیت‌های شرکت در ارتباط با مشتری، مانند وام‌دهی، نیازی به در نظر گرفتن الزامات و تعهدات ارزیابی دقیق ندارند. با توجه به ریسک بالایی که بخش مالی در حوزه حقوق بشر ایجاد می‌کند، این کاستی در دستورالعمل به چشم می‌خورد. ابزارهای مالی، از جمله اعتبارات (وام‌ها) و سرمایه‌گذاری‌ها، می‌توانند در مواردی به‌عنوان ابزاری برای نقض حقوق بشر مورد استفاده قرار گیرند. اگرچه چارچوب‌های قانونی موجود، مؤسسات مالی را ملزم به توجه به مسائل حقوق بشری و زیست‌محیطی می‌کنند، اما بسیاری از متخصصان و فعالان حوزه کسب‌وکار در اتحادیه اروپا بر این باورند که بخش مالی نیز باید مشمول دستورالعمل باشد. دلیل این مطالبه آن است که این دستورالعمل بر اجرای یک فرایند ارزیابی دقیق پیش‌گیرانه تأکید دارد

13. Art 2(1) (c)

14. Art 2(2) (a-c)

۱۵. بر اساس داده‌های اولیه‌ای که توسط مرکز تحقیقات شرکت‌های چندملیتی (SOMO) ارائه شده، اکنون ۵۴۲۱ شرکت تحت قلمرو فعلی این دستورالعمل قرار می‌گیرند. این نشان‌دهنده کاهش ۶۷ درصدی نسبت به ۱۶۳۸۹ شرکتی است که تحت توافق اولیه بین پارلمان اروپا و شورای اروپا در دسامبر ۲۰۲۳ قرار داشتند. در واقع، قلمرو این دستورالعمل در مقایسه با پیشنهاد اولیه کمیسیون اروپا، که تصریح می‌کرد این دستورالعمل در صورتی اعمال می‌شود که یک شرکت به طور متوسط بیش از ۵۰۰ کارمند و گردش مالی خالص بیش از ۱۵۰ میلیون یورو داشته باشد، به طور قابل توجهی محدودتر شده است. علاوه بر این، پیشنهاد قبلی کمیسیون برای تعیین حدنصاب‌های پایین‌تر برای بخش‌های پرخطر، مانند شرکت‌های فعال در تولید منسوجات، جنگلداری و کشاورزی، حذف شده است (Bakhtina, 2024: 80).

16. small and medium sized enterprises

17. Annual Report on European SMEs 2023/2024, SME Performance Review, 2



که هدف آن جلوگیری یا کاهش تأثیرات منفی بر حقوق بشر و محیط زیست است. در همین راستا، «ائتلاف اروپایی برای عدالت شرکتی»^{۱۸}، تغییرات ایجادشده در دامنه شمول این دستورالعمل را ناامیدکننده ارزیابی کرده و خواستار پاسخ‌گویی همه شرکت‌ها، بدون استثناء، در قبال تخلفات مرتبط با حقوق بشر و محیط زیست شده است (Garcia, ۲۰۲۴).

ماده ۳۷ دستورالعمل یک جدول زمانی پلکانی را تعیین می‌کند: سه سال پس از لازم‌الاجرا شدن سند^{۱۹}، شرکت‌های دارای بیش از ۵۰۰۰ کارمند با گردش مالی بیش از ۱۵۰۰ میلیون یورو ملزم به رعایت مفاد دستورالعمل خواهند بود. چهار سال پس از لازم‌الاجرا شدن، شرکت‌های دارای بیش از ۳۰۰۰ کارمند و گردش مالی بیش از ۹۰۰ میلیون یورو ملزم به رعایت دستورالعمل خواهند بود، و در نهایت، شرکت‌های دارای بیش از ۱۰۰۰ کارمند و گردش مالی بیش از ۴۵۰ میلیون یورو، پنج سال پس از لازم‌الاجرا شدن دستورالعمل، تحت پوشش این دستورالعمل قرار خواهند گرفت (Bakhtina, ۲۰۲۴: ۸۱). این رویکرد پلکانی به شرکت‌ها فرصت می‌دهد تا به تدریج با الزامات جدید دستورالعمل سازگار شوند و فرایندهای لازم را برای رعایت استانداردهای تعیین‌شده در دستورالعمل پیاده‌سازی کنند.^{۲۰}

۲.۱. قلمرو موضوعی

این دستورالعمل شرکت‌های فعال در بازار داخلی را موظف می‌سازد تا با شناسایی، اولویت‌بندی (در صورت لزوم)، پیش‌گیری، کاهش، توقف، به حداقل رساندن و جبران تأثیرات منفی بالقوه و بالفعل بر «حقوق بشر، محیط زیست و تغییرات اقلیمی»، نقش فعالی در تحقق توسعه پایدار ایفا کرده و به گذار به یک اقتصاد پایدار در جوامع کمک کنند. این مسئولیت شامل عملیات خود شرکت، شرکت‌های تابعه و شرکای تجاری در زنجیره‌های فعالیتشان می‌شود. همچنین، «دسترسی به عدالت» و جبران خسارت قربانیان در این دستورالعمل به طرق مختلف تضمین شده است. این دستورالعمل نافی مسئولیت کشورهای عضو در رعایت و حمایت از حقوق بشر و محیط زیست طبق حقوق بین‌الملل نیست. شرکت‌هایی که مشمول دستورالعمل هستند، مکلفند به‌طور دقیق بررسی کنند که فعالیت‌هایشان چه تأثیری بر حقوق بشر، محیط زیست و تغییرات اقلیمی می‌گذارد.

۱.۲.۱. حقوق بشر

در این دستورالعمل «نقض حقوق بشر»^{۲۱} به هر تأثیر یا نتیجه‌ای اطلاق می‌شود که بر اثر پایمال‌شدن حقوق بنیادین افراد ناشی از فعالیت‌های تجاری یک شرکت رخ دهد (بخش ۱ پیوست اول دستورالعمل). به موجب بخش ۲ پیوست اول دستورالعمل، شرکت‌ها نه تنها باید به حقوق بشری که مستقیماً در این دستورالعمل ذکر شده است توجه کنند، بلکه باید به تمام حقوق و آزادی‌های اساسی که در اسناد بین‌المللی مهم مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است نیز احترام بگذارند. برخی از این اسناد عبارتند از: میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، کنوانسیون حقوق کودک، کنوانسیون‌های اصلی سازمان بین‌المللی کار از قبیل: کنوانسیون آزادی انجمن‌ها و حمایت از حق تشکیل‌ها مصوب ۱۹۴۸، کنوانسیون حق تشکل و مذاکره جمعی مصوب ۱۹۴۹، کنوانسیون کار اجباری مصوب ۱۹۳۰ و پروتکل الحاقی آن مصوب ۲۰۱۴، کنوانسیون الغای کار اجباری مصوب ۱۹۵۷، کنوانسیون حداقل سن اشتغال مصوب ۱۹۷۳، کنوانسیون بدترین اشکال کار کودکان مصوب ۱۹۹۹ و کنوانسیون تساوی حقوق در زمینه دستمزد مصوب ۱۹۵۱.

۱۸. ائتلاف اروپایی برای عدالت شرکتی (European Coalition for Corporate Justice - ECCJ) شبکه‌ای از سازمان‌های جامعه مدنی، اتحادیه‌های کارگری و گروه‌های حقوق بشری در سراسر اروپا است که برای ارتقای مسئولیت‌پذیری شرکت‌ها، اجرای قوانین الزام‌آور در زمینه حقوق بشر و محیط زیست، و افزایش شفافیت در فعالیت‌های شرکتی فعالیت می‌کند. این ائتلاف نقش مهمی در روند تدوین و اصلاح دستورالعمل CSDDD ایفا کرده و از گسترش دامنه شمول این دستورالعمل به تمام بخش‌های اقتصادی، از جمله بخش مالی، حمایت کرده است. این ائتلاف معتقد است که تمام شرکت‌ها، صرف‌نظر از اندازه یا حوزه فعالیتشان، باید در قبال پیامدهای منفی بر حقوق بشر و محیط زیست پاسخ‌گو باشند.

۱۹. طبق ماده ۳۸ «این دستورالعمل در بیستمین روز پس از انتشار آن در روزنامه رسمی اتحادیه اروپا لازم‌الاجرا خواهد شد». این تاریخ ۲۵ جولای ۲۰۲۴ است.

۲۰. <https://www.erm.com/insights/corporate-sustainability-due-diligence-directive-csddd/>

۲۱. adverse human rights impact



دستورالعمل، نقض حقوق بشر را در دو سطح تعریف می‌کند:^{۲۲}

۱. نقض حقوق بشری که به‌طور صریح در ضمیمه دستورالعمل ذکر شده و در اسناد بین‌المللی تأیید شده است. این دسته شامل مواردی است که به‌طور رسمی در معاهدات حقوق بشری شناسایی شده‌اند و شرکت‌ها موظف به رعایت آن‌ها هستند.
 ۲. نقض سایر حقوق بشری که مستقیماً در ضمیمه دستورالعمل ذکر نشده‌اند، اما در اسناد بین‌المللی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده‌اند، به شرط آنکه سه معیار زیر را داشته باشند:
 - الف. حق مورد نظر قابلیت سوءاستفاده یا تعدی توسط شرکت یا یک بنگاه اقتصادی را داشته باشد؛
 - ب. نقض آن حق مستقیماً منافع قانونی مندرج در اسناد بین‌المللی حقوق بشر را مخدوش کند؛
 - ج. شرکت‌ها بتوانند با توجه به ماهیت فعالیت‌ها، زنجیره تأمین و محیط عملیاتی خود، به‌طور معقول پیش‌بینی کنند که عملکردشان ممکن است حقوق بشر را به خطر اندازد.
- این رویکرد، انعطاف‌پذیری و گستردگی مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را افزایش می‌دهد؛ زیرا تنها به فهرست حقوق تصریح‌شده اکتفا نکرده و امکان شمول حقوق بشری که در شرایط خاص ممکن است نقض شوند را نیز فراهم می‌آورد. با این حال، قابلیت پیش‌بینی می‌تواند یک چالش عملی برای شرکت‌ها ایجاد کند؛ زیرا ارزیابی تأثیرات حقوق بشری در زنجیره تأمین پیچیده است و نیاز به ابزارهای دقیق ارزیابی ریسک و مدیریت تأثیرات دارد.
- علاوه بر این، دستورالعمل از شرکت‌ها انتظار دارد که فعالانه و پیش‌گیرانه عمل کنند، نه اینکه صرفاً در مواجهه با تخلفات، واکنش نشان دهند. این امر نشان‌دهنده تغییر از نظارت منفعلانه به مسئولیت‌پذیری فعال در قبال حقوق بشر است که می‌تواند تأثیر مهمی بر شیوه‌های کسب‌وکار در سطح بین‌المللی داشته باشد.

۲.۲.۱. محیط زیست

هرگونه آسیبی که به محیط زیست وارد شود و ناشی از زیرپا گذاشتن قوانین و تعهدات مشخص‌شده در بندهای ۱۵ و ۱۶ بخش اول و همچنین بخش دوم پیوست دستورالعمل باشد، به‌عنوان «تأثیر منفی زیست‌محیطی»^{۲۳} شناخته می‌شود. البته باید قوانین ملی مرتبط با این تعهدات بین‌المللی را نیز در نظر گرفت.^{۲۴}

به موجب بند ۱۵ بخش اول ضمیمه دستورالعمل «ایجاد هرگونه تخریب قابل اندازه‌گیری زیست محیطی، مانند تخریب خاک، آلودگی آب و هوا، انتشار آلاینده‌های مضر، مصرف بیش از حد آب، کاهش منابع آب شیرین، تخریب زمین و جنگل‌زدایی، که به یکی از چهار نتیجه زیر منجر شوند، ممنوع است:

- (الف) به طور قابل توجهی به منابع طبیعی حفظ و تولید غذا آسیب برساند؛
- (ب) دسترسی فرد به آب آشامیدنی سالم و پاک را محدود کند؛
- (ج) دسترسی فرد به امکانات بهداشتی را دشوار کند یا آن‌ها را تخریب سازد؛
- (د) به سلامت، ایمنی و استفاده معمول از زمین آسیب برساند».

در دستورالعمل حق اشخاص بر مالکیت زمین، منابع طبیعی و استفاده از آن‌ها برای تأمین معیشت خود به رسمیت شناخته شده است. این حق شامل ممنوعیت اخراج اجباری یا تصرف غیرقانونی زمین، جنگل‌ها و منابع آبی، به ویژه در مواردی است که این منابع برای تأمین معیشت افراد ضروری هستند. این حق با توجه به مواد ۱ و ۲۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و مواد ۱، ۲ و ۱۱ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تفسیر می‌شود (بند ۱۶ بخش اول ضمیمه دستورالعمل).

22. Art 3(c)

23. adverse environmental impact

24. Art 3(b)



در حالی که ضمیمه دستورالعمل به برخی از حقوق بنیادین بشر و اسناد بین‌المللی اشاره کرده است، اما عدم اشاره به «اعلامیه جهانی حقوق بشر» به عنوان یک سند بنیادین در حوزه حقوق بشر، نقض جدی دستورالعمل محسوب می‌شود و با اصول راهنمای سازمان ملل متحد در زمینه کسب‌وکار و حقوق بشر مغایرت دارد. تعریف برخی حقوق اساسی مثل حق غذا و سلامت به گونه‌ای تغییر کرده که بیشتر به نفع شرکت‌ها است تا اینکه منعکس‌کننده استانداردهای جهانی حقوق بشر باشد. در مقایسه با اصول راهنمای سازمان ملل، دستورالعمل جدید در زمینه تعهدات زیست‌محیطی شرکت‌ها دامنه وسیع‌تری را پوشش می‌دهد. با این حال، انتخاب برخی تعهدات خاص و حذف برخی دیگر چندان روشن نیست و این سوال را مطرح می‌کند که چرا برخی تعهدات در این دستورالعمل گنجانده شده‌اند و برخی دیگر خیر؟ علاوه بر این، استفاده از اصطلاحاتی مانند «سوءاستفاده»^{۲۵} یا «نقض»^{۲۶} که معمولاً در ارتباط با دولت‌ها و حقوق بین‌الملل به کار می‌روند، ممکن است باعث شود که شرکت‌ها تصور کنند مسئولیت کمتری در قبال محیط زیست دارند (Bueno et al, 2024: 2-3).

۳.۲.۱. تغییرات اقلیمی

استقرار یک چارچوب شفافیت، از برجسته‌ترین و نوآورانه‌ترین ویژگی‌های معماری نوین حاکمیت اقلیمی منطبق بر توافق‌نامه پاریس (۲۰۱۵)^{۲۷} است. این چارچوب، کشورها را ملزم می‌کند تا به‌طور منظم و دوره‌ای گزارش‌هایی از پیشرفت‌های خود در راستای تحقق تعهدات ملی‌شان در مقابله با تغییرات آب و هوایی ارائه دهند. بسیاری از کشورها برای عملی‌کردن تعهدات خود به سیاست‌های عمومی متکی هستند. با توجه به تلاش کشورها پس از توافق‌نامه پاریس برای دستیابی به شفافیت بیشتر، تجربه اتحادیه اروپا نشان می‌دهد که چالش‌های سیاسی و فنی بسیاری در مسیر نظارت بر اجرای تعهدات اقلیمی وجود دارد که می‌تواند اجرای توافق‌نامه پاریس را در درازمدت با مشکل مواجه کند. (Schoenefeld et al, 2016: 118)

دستورالعمل ۲۰۲۴، شرکت‌های اروپایی را ملزم می‌کند تا برنامه‌هایی برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و حرکت به سمت یک اقتصاد پایدار تدوین کنند. هدف اصلی این برنامه‌ها، کاهش گرمایش زمین به ۱/۵ درجه سانتی‌گراد مطابق با توافق‌نامه پاریس است.^{۲۸} بند ۱ ماده ۲۲ دستورالعمل شرکت‌های مشمول را ملزم می‌کند که برنامه‌های انتقال به اقتصاد کم‌کربن^{۲۹} را تدوین و اجرا کنند. این برنامه‌ها باید تضمین کنند که فعالیت‌های تجاری شرکت‌ها با اهداف توافق‌نامه پاریس و مقررات اتحادیه اروپا در زمینه کاهش تغییرات آب و هوایی همسو هستند. به عبارت دیگر، شرکت‌ها موظفند نشان دهند که چگونه مدل کسب‌وکار و استراتژی‌های خود را برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و حرکت به سمت یک اقتصاد پایدار تغییر خواهند داد. این الزام شامل کاهش وابستگی به سوخت‌های فسیلی (زغال‌سنگ، نفت و گاز) و دستیابی به اهداف تعیین‌شده برای خنثی‌سازی کربن در میان‌مدت و تا سال ۲۰۵۰ است. اگرچه توجه به تغییرات اقلیمی در دستورالعمل، امری مثبت است، اما محدود کردن نقش مقامات ملی صرفاً به تصویب و طراحی برنامه‌ها و عدم نظارت بر اجرای مؤثر آن برنامه، نگرانی‌هایی را در خصوص کارایی این دستورالعمل در مقابله با تغییرات آب و هوایی ایجاد می‌کند. این امر می‌تواند به تداوم فعالیت‌های مخرب محیط زیست مانند گسترش استفاده از سوخت‌های فسیلی دامن بزند (Bueno et al, 2024: 3).

نظر مشورتی ۲۰۲۵ دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تعهدات دولت‌ها در زمینه تغییرات اقلیمی^{۳۰} یک چارچوب یکپارچه و جامع از منابع و اصول حقوق بین‌الملل (قراردادی و عرفی)، حقوق بشر و مسئولیت دولت‌ها در مواجهه با تغییرات اقلیمی ترسیم می‌کند و دیوار بلاتکلیفی حقوقی را در حوزه حاکمیت اقلیمی تا حد زیادی فرو می‌ریزد.

25. abuse

26. breach

27. UN Framework Convention on Climate Change adopted on 12 December 2015 (the 'Paris Agreement')

28. Art 1 and 22

29. low-carbon economy (LCE)

30. See, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-00-en.pdf>



۳.۱. قلمروی دستورالعمل در زنجیره ارزش

دستورالعمل بر این اصل تاکید دارد که شرکت‌ها متعهد هستند در تمام مراحل تولید و عرضه محصول، تحقیق و توسعه^{۳۱} و دفع محصول (شامل مدیریت پسماند)، به همراه فعالیت‌های شرکای تجاری‌شان^{۳۲}، به محیط زیست و حقوق بشر احترام بگذارند. به همین دلیل، این دستورالعمل کل زنجیره ارزش^{۳۳} یک محصول را در نظر می‌گیرد. به عبارت دیگر، این دستورالعمل شرکت‌ها را ملزم می‌کند تا در تمامی مراحل زنجیره ارزش از تولید تا دفع نهایی محصول، مسئولیت اجتماعی خود را مد نظر قرار داده و برای کاهش پیامدهای منفی فعالیت‌هایشان بر محیط زیست و حقوق بشر، اقدامات لازم را به کار گیرند.^{۳۴} دستورالعمل، دامنه ارزیابی دقیق پایداری شرکت‌ها را گسترش می‌دهد. به عبارت دیگر، شرکت‌ها نه تنها باید تأثیرات منفی احتمالی فعالیت‌های خود و شرکت‌های زیرمجموعه‌شان را بررسی کنند، بلکه باید تأثیرات منفی احتمالی شرکای تجاری خود در کل «زنجیره تأمین» را نیز در نظر بگیرند (Bueno et al, 2024: 3). این سند بیان می‌کند که شرکت‌ها باید «از ابتدا تا انتهای زنجیره تأمین» خود را از نظر رعایت حقوق بشر و مسائل زیست‌محیطی مورد بررسی و ارزیابی قرار دهند و پاسخ‌گو باشند. این ارزیابی شامل فعالیت شرکای تجاری بالادستی مرتبط با محصولات و خدمات شرکت، و همچنین فعالیت شرکای تجاری پایین‌دستی است، اما تنها به توزیع، حمل‌ونقل و ذخیره‌سازی محصولاتی که برای شرکت یا به نمایندگی از آن انجام می‌شود، محدود می‌گردد (ibid). تدوین‌کنندگان دستورالعمل قصد نداشتند دامنه ارزیابی دقیق را تا مصرف‌کننده نهایی گسترش دهند. به جای آن، بر فعالیت‌های شرکای تجاری که به‌طور مستقیم با شرکت در ارتباطند و تحت کنترل آن هستند، تمرکز کرده است. به عنوان مثال، اگر یک شرکت تولیدکننده لباس، محصولات خود را از طریق فروشگاه‌های متعدد به فروش برساند، ارزیابی دقیق آن‌ها محدود به شرکت‌های حمل‌ونقل و توزیع‌کننده‌ای است که مستقیماً با آن‌ها قرارداد دارند، نه همه فروشگاه‌های خرده‌فروشی. این رویکرد دستورالعمل در مقایسه با اصول راهنمای سازمان ملل متحد در مورد تجارت و حقوق بشر و دستورالعمل‌های مربوط به شرکت‌های چند ملیتی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی نشان می‌دهد که دستورالعمل اروپایی در برخی جنبه‌ها با استانداردهای بین‌المللی فاصله دارد. در حالی که اسناد بین‌المللی اخیر بر پوشش کامل زنجیره ارزش تأکید دارند، دستورالعمل اروپایی دامنه شمول خود را محدودتر تعریف کرده است (See, Hogan and Reyes, 2023: 1).

۴.۱. دامنه مسئولیت بانک‌ها و مؤسسات مالی در دستورالعمل اروپایی

محدودیت مندرج در دستورالعمل اروپایی، دامنه مسئولیت بانک‌ها را در قبال تأثیرات منفی احتمالی که ممکن است از طریق اعطای تسهیلات مالی آن‌ها ایجاد شود، محدود می‌کند.^{۳۵} به عنوان مثال، اگر بانکی به شرکتی وام بدهد که فعالیت‌های آن منجر به آسیب‌های زیست‌محیطی یا نقض حقوق بشر شود، طبق دستورالعمل اروپایی، بانک ملزم به بررسی دقیق فعالیت‌های آن شرکت و تأثیرات آن نخواهد بود. عدم شمول شرکای تجاری پایین‌دستی مؤسسات مالی در قلمرو دستورالعمل، نقص بزرگی در این سند است و می‌تواند اثر بخشی آن در پیش‌گیری و کاهش تأثیرات منفی در بخش مالی بکاهد. حذف کامل شرکای تجاری پایین‌دستی از دامنه ارزیابی دقیق مؤسسات مالی، رویکرد مناسبی نیست و می‌تواند پیامدهای منفی زیادی داشته باشد. این محدودیت به بانک‌ها اجازه می‌دهد که از ارزیابی دقیق تأثیرات منفی زیست‌محیطی و حقوق بشری ناشی از فعالیت‌های شرکای تجاری پایین‌دستی خود چشم‌پوشی کنند. این موضوع ممکن است در کوتاه‌مدت به منافع بانک‌ها کمک کند، اما در بلندمدت می‌تواند تأثیرات منفی زیادی بر اعتبار و مسئولیت اجتماعی مؤسسات مالی داشته باشد.

31. Research and Development (R&D)

۳۲. شرکای تجاری شامل همه شرکت‌ها و افرادی می‌شوند که با شرکت اصلی در این زنجیره همکاری دارند، از جمله تأمین‌کنندگان مواد اولیه، کارخانه‌های تولیدی، شرکت‌های حمل‌ونقل، توزیع‌کنندگان و غیره.

33. value chain

34. Art 3(g)

۳۵. پاراگراف ۲۶ مقدمه دستورالعمل مقرر می‌دارد: «اصطلاح "زنجیره فعالیت‌ها" نباید شامل فعالیت‌های شرکای تجاری پایین‌دستی یک شرکت مرتبط با خدمات آن شرکت باشد. برای مؤسسات مالی تحت نظارت، اصطلاح "زنجیره فعالیت‌ها" نباید شامل شرکای تجاری پایین‌دستی باشد که خدمات و محصولات آن‌ها را دریافت می‌کنند. بنابراین، در مورد مؤسسات مالی تحت نظارت، فقط بخش بالادستی زنجیره فعالیت‌های آن‌ها و نه بخش پایین‌دستی آن باید توسط این دستورالعمل پوشش داده شود».



۲. تعهدات شرکت‌ها

فرایند ارزیابی دقیق که در دستورالعمل بیان شده است، با استانداردهای بین‌المللی شناخته‌شده مانند اصول راهنمای سازمان ملل متحد در خصوص کسب‌وکار و حقوق بشر و دستورالعمل‌های سازمان همکاری و توسعه اقتصادی برای شرکت‌های چندملیتی همسو است (Bueno et al, 2024: 3; Buhmann and Feld, 2024: 381). این الزامات عبارتند از:

۱.۲. رویکرد مبتنی بر «اقدامات مناسب» در برابر فهرست بسته اقدامات

تبدیل «حقوق نرم» به «حقوق سخت» فرایندی پیچیده و چالش‌برانگیز است که نیازمند دقت، ظرافت و توجه به جوانب مختلف موضوع می‌باشد. مقنن باید به‌گونه‌ای عمل کند که میان الزامات قانونی و قابلیت اجرایی آن‌ها تعادل برقرار شود و تکالیف قانونی را به‌طور شفاف، دقیق و قابل اجرا بیان کند. اگر مقنن فهرستی بسته و مشخص از اقداماتی که شرکت‌ها باید در راستای ارزیابی دقیق انجام دهند، ارائه کند، این امر ممکن است به جای تشویق به یک رویکرد فعال و مبتنی بر ارزیابی ریسک، به نوعی «انطباق چک‌باکسی»^{۳۶} منجر گردد (Bueno et al, 2024: 4). برای رفع این ایراد، دستورالعمل از شرکت‌ها می‌خواهد که «اقدامات مناسب»^{۳۷} را انجام دهند. این اقدام به شرکت‌ها انعطاف عمل می‌دهد تا با توجه به شرایط خاص خود، اقداماتی را انتخاب کنند که بهترین نتیجه را در پی داشته باشد. این رویکرد دستورالعمل نسبت به فهرست بسته اقدامات، مزایای بیشتری دارد؛ زیرا به شرکت‌ها انعطاف‌پذیری برای انتخاب اقدامات متناسب با شرایط خاص خود می‌دهد، بر نتایج و اثربخشی اقدامات تمرکز می‌کند و از انطباق صوری با حداقل الزامات قانونی جلوگیری می‌نماید.

با اینحال، اتخاذ این رویکرد نیز چالش‌هایی دارد: عبارت «اقدامات مناسب» می‌تواند مبهم باشد و تفاسیر مختلفی از آن وجود داشته باشد. این موضوع می‌تواند باعث سردرگمی شرکت‌ها و عدم امکان نظارت مؤثر توسط ذینفعان شود. همچنین ارزیابی اینکه آیا اقدامات شرکت واقعا «مناسب» هستند، می‌تواند دشوار باشد. این موضوع می‌تواند منجر به اختلاف نظر بین شرکت‌ها و ذینفعان شود.

۲.۲. شناسایی، تحلیل و اولویت‌بندی عوامل خطر

در دستورالعمل، «عوامل خطر» به مجموعه‌ای از شرایط، موقعیت‌ها، و وقایع کمی و کیفی اطلاق می‌شود که با شدت و احتمال وقوع یک تأثیر منفی بر شرکت مرتبط هستند. این عوامل می‌توانند در سطوح مختلفی از جمله سطح شرکت (مانند ساختار سازمانی، فرهنگ، و منابع انسانی)، عملیات تجاری (مانند فرایندها، فناوری، و زنجیره تأمین)، جغرافیایی و زمینه‌ای (مانند تغییرات آب و هوا، قوانین و مقررات، و شرایط اقتصادی)، محصول و خدمات (مانند کیفیت، نوآوری، و تقاضای بازار)، وجود داشته باشند.^{۳۸} ارزیابی و مدیریت ریسک مستلزم شناسایی، تحلیل و پایش مداوم عوامل خطر و پایش آن‌ها در طول زمان است. تمرکز بر «شدت» و «احتمال» وقوع تأثیرات منفی نشان می‌دهد که ارزیابی ریسک باید به‌گونه‌ای انجام شود که نه تنها احتمال وقوع یک اثر منفی بلکه شدت آن نیز در نظر گرفته شود. این امر امکان اولویت‌بندی دقیق‌تر ریسک‌ها و تخصیص منابع به شیوه‌ای متناسب با سطح تهدید را فراهم می‌کند. ویژگی برجسته این دستورالعمل تأکید بر اثربخشی واقعی اقدامات است؛ به‌جای آن‌که صرفاً به اجرای صوری فرایندها بسنده شود، ملاک، نتایج ملموس و تأثیر عملی آن‌هاست.

^{۳۶}. انطباق چک‌باکسی (Check-box Compliance) به وضعیتی اشاره دارد که شرکت‌ها صرفاً به انجام حداقل الزامات قانونی (که در لیست آمده) بسنده می‌کنند و توجهی به ماهیت و اثربخشی واقعی اقدامات خود ندارند. به عبارتی، آن‌ها فقط به «تیک زدن» موارد موجود در لیست اکتفا می‌کنند، بدون اینکه به طور جدی به شناسایی، ارزیابی و کاهش ریسک‌های واقعی بپردازند.

^{۳۷}. appropriate measures.

ماده ۳ (o) دستورالعمل در تعریف اقدامات مناسب مقرر می‌دارد: «اقدامات مناسب» به معنای اقداماتی است که با پرداختن مؤثر به تأثیرات منفی به شیوه‌ای متناسب با میزان شدت و احتمال تأثیر منفی، و به طور معقولانه در دسترس شرکت، با در نظر گرفتن شرایط مورد خاص، از جمله ماهیت و میزان تأثیر منفی و عوامل خطر مرتبط، قادر به دستیابی به اهداف بررسی دقیق باشند».

38. Art 3 (u)



۳.۲. فرار از تعهد با انتقال قرارداد

اگرچه اغلب شرکت‌ها برای انجام ارزیابی با شرکت‌های تخصصی قرارداد منعقد می‌کنند، این کار تنها نقش یک ابزار کمکی دارد و مسئولیت اصلی همچنان بر عهده شرکت است. دستورالعمل به‌صراحت می‌گوید که نمی‌توان با انعقاد یک قرارداد، کل مسئولیت ارزیابی را به دیگری واگذار کرد. برون‌سپاری کامل به یک شرکت ثالث، کافی و قابل قبول نیست. هرچند مرسوم است شرکت‌ها ارزیابی‌ها را قراردادی به دیگران بسپارند، اما دستورالعمل تأکید می‌کند که این اقدام به‌تنهایی کفایت نمی‌کند و باید اثربخشی واقعی اقدامات شرکت طرف قرارداد نیز بررسی و تضمین شود.

۴.۲. الزامات ارزیابی دقیق

بر اساس ماده ۵ دستورالعمل، شرکت‌ها ملزم هستند تا به‌صورت جامع و دقیق تأثیرات بالقوه و بالفعل فعالیت‌های تجاری خود را - اعم از مستقیم یا غیرمستقیم - بر حقوق بشر و محیط زیست ارزیابی کنند. این الزام نه‌تنها شامل شناسایی ریسک‌های موجود است، بلکه پیش‌بینی و مدیریت ریسک‌های احتمالی آینده را نیز در بر می‌گیرد. ماده ۵ این دستورالعمل به‌عنوان یکی از اساسی‌ترین بخش‌های سند، چارچوب اصلی تعهدات شرکت‌ها را در حوزه مسئولیت‌پذیری اجتماعی و پایداری تعیین می‌کند (See, Ciacchi, 2024: 39). این ماده شرکت‌ها را ملزم می‌سازد تا فرایندهای ارزیابی جامعی را برای سنجش تأثیرات فعالیت‌های خود بر حقوق بشر و محیط زیست تدوین و اجرا کنند. در این راستا، شرکت‌ها موظف‌اند مجموعه‌ای از اقدامات مشخص را برای اطمینان از تطابق فعالیت‌هایشان با استانداردهای پایداری و الزامات حقوقی انجام دهند. این اقدامات عبارتند از:

الف. ادغام ارزیابی دقیق در سیستم مدیریت ریسک شرکت و الزام به ایجاد کد رفتاری: در مرحله اول، شرکت‌ها باید بررسی‌های لازم را در سیاست‌ها و سیستم‌های مدیریت ریسک خود ادغام کنند. این امر مستلزم ایجاد یک کد رفتاری^{۳۹} است که نه‌تنها در شرکت‌های تابعه، بلکه در میان شرکای تجاری در زنجیره ارزش نیز اعمال شود.^{۴۰}

ب. شناسایی و ارزیابی ریسک‌ها: در مرحله بعد شرکت‌ها باید به‌طور دقیق ریسک‌های مرتبط با حقوق بشر و محیط زیست را شناسایی و اولویت‌بندی کنند.^{۴۱}

پ. پیش‌گیری و کاهش ریسک‌ها: در مرحله سوم، شرکت‌ها باید تدابیر پیش‌گیرانه‌ای برای کاهش ریسک‌های احتمالی که ممکن است در آینده رخ دهند، اتخاذ کنند؛ که می‌تواند شامل تغییر در سیاست‌های تأمین‌کنندگان، اصلاح فرایندهای تولید، یا اعمال استانداردهای سخت‌گیرانه‌تر باشد. در مواردی که آسیب‌های بالفعل به حقوق بشر یا محیط زیست شناسایی شده باشند، شرکت‌ها موظفند اقدامات اصلاحی انجام داده و از ادامه این تخلفات جلوگیری کنند.^{۴۲}

ت. اقدامات اصلاحی: در صورت وقوع اثرات منفی، شرکت‌ها باید اقدامات اصلاحی لازم را برای جبران خسارات و جلوگیری از تکرار آن‌ها انجام دهند.^{۴۳}

ث. تعامل با ذینفعان: شرکت‌ها باید تعامل معناداری با ذینفعان داشته باشند؛ فرایندی که با تأکید بر ذی‌نفعان آسیب‌دیده^{۴۴} و دارندگان حقوق^{۴۵} تعریف شده است. تعامل با ذی‌نفعان به این معناست که شرکت‌ها باید نظرات و دغدغه‌های گروه‌های تحت تأثیر فعالیت‌هایشان را بشنوند و در تصمیم‌گیری‌های خود لحاظ کنند.

ج. ایجاد و حفظ یک مکانیسم اطلاع‌رسانی و یک روش شکایت: این الزام، شرکت‌ها را موظف می‌کند که کانال‌های رسمی و شفاف برای دریافت گزارش‌ها و شکایات در مورد تخلفات حقوق بشری و زیست‌محیطی ایجاد کنند.^{۴۷}

39. code of conduct

40. Arts 5(1)(a) and 7

41. Arts 5(1)(b), 8 and 9

42. Arts 5(1)(c), 10 and 11

43. Arts 5(1)(d) and 12

۴۴. شامل کارگران، جوامع محلی، گروه‌های محیط زیستی و سایر افرادی که ممکن است از فعالیت‌های شرکت متأثر شوند.

۴۵. افرادی که حقوق آن‌ها (مانند حقوق بشر، کار، و محیط زیست) در معرض خطر است.

46. Arts 5(1)(e) and 13

47. Arts 5(1)(f) and 14



چ. پایش اثربخشی اقدامات: پایش اثربخشی اقدامات، گام ضروری در اجرای مسئولیت اجتماعی شرکت‌هاست. این فرایند باید مداوم، شفاف و بر اساس داده‌های واقعی باشد تا شرکت‌ها بتوانند سیاست‌های خود را بهبود بخشند.^{۴۸}

ح. ارتباط عمومی: شفافیت و اطلاع‌رسانی عمومی در مورد ارزیابی پایداری، نه تنها یک الزام قانونی، بلکه یک فرصت برای بهبود اعتبار و مسئولیت‌پذیری شرکت‌هاست. شرکت‌ها باید این فرایند را به‌طور منظم، صادقانه و با داده‌های واقعی انجام دهند تا اعتماد عمومی را جلب کنند و ریسک‌های قانونی و اعتباری را کاهش دهند.^{۴۹}

ماهیت تعهدات شرکت‌ها عمدتاً «تعهد به وسیله» هستند، به این معنا که شرکت‌ها ملزم به اتخاذ اقدامات مناسب هستند، تعهد شرکت‌ها در انجام الزامات فوق تعهد به نتیجه نیست.^{۵۰} (Buhmann and Feld, 2024: 381). بدیهی است مهم‌ترین ایراد این رویکرد دستورالعمل این است که در صورت نقض استانداردهای حقوق بشری یا زیست‌محیطی، اثبات کوتاهی شرکت دشوارتر خواهد بود.

۵.۲. افشای اطلاعات

دستورالعمل به شرکت‌ها اجازه می‌دهد تا برای انجام ارزیابی پایداری، شرکت اطلاعات و منابع خود را با دیگر شرکت‌های مرتبط به اشتراک بگذارند.^{۵۱} دستورالعمل به شرکت‌ها اجازه می‌دهد تا برای ارزیابی پایداری، اطلاعاتی را از شرکت‌های تجاری دریافت کنند. با این حال، این حق با محدودیت‌هایی همراه است: شرکت‌ها نمی‌توانند اطلاعات محرمانه تجاری را مطالبه کنند، مگر در موارد بسیار ضروری و با رعایت قوانین مربوط به حفاظت از اسرار تجاری. شرکت‌های تجاری هرگز ملزم به افشای اطلاعات طبقه‌بندی شده یا سایر اطلاعاتی که افشای آن‌ها خطری برای امنیت یک کشور ایجاد می‌کند، نخواهند بود.^{۵۲}

۶.۲. مدت زمان نگهداری اسناد

شرکت‌ها ملزم هستند اسناد و مدارکی را که نشان‌دهنده ارزیابی دقیق آن‌ها از پایداری شرکت است، برای حداقل ۵ سال از زمان تولید یا دریافت این اسناد، نگهداری کنند.^{۵۳} این الزام به شرکت‌ها این امکان را می‌دهد که در صورت نیاز، مانند زمان بازرسی یا شکایت، ثابت کنند که ارزیابی‌های دقیقی در زمینه مسئولیت اجتماعی انجام داده‌اند و با استانداردهای مربوطه مطابقت داشته‌اند. بررسی اسناد گذشته می‌تواند به شرکت‌ها کمک کند تا عملکرد خود را در زمینه ارزیابی دقیق، پایش کنند و اقدامات خود را بهبود بخشند. چنانچه پس از اتمام مدت زمان ۵ ساله، شرکت درگیر یک پرونده قضائی شده باشد، مدت زمان نگهداری اسناد تا اتمام روند قضایی تمدید خواهد شد.^{۵۴}

۳. ضمانت اجرا و جبران خسارت

دستورالعمل نسبت به استانداردهای قبلی مقررات سخت‌گیرانه‌تری دارد و اولین چارچوب الزام‌آور اتحادیه اروپا در زمینه مسئولیت‌پذیری شرکت‌ها نسبت به زنجیره تأمین خود محسوب می‌شود. برای تضمین این اقدام، دو سازوکار اجرایی مکمل در نظر گرفته شده است:

۱.۳. نهادهای ناظر ملی

کشورهای عضو اتحادیه اروپا موظف‌اند یک نهاد نظارتی^{۵۵} ملی برای ارزیابی و تأیید تطابق شرکت‌ها با الزامات دستورالعمل تعیین کنند. این نهادهای ملی، با استناد به اختیارات قانونی خود، می‌توانند به‌صورت مستقل یا بر اساس گزارش‌های مستند ارائه‌شده توسط ذینفعان، عملکرد شرکت‌ها را مورد بررسی و تحقیق قرار دهند. این نهاد نظارتی از مجموعه‌ای از اختیارات متنوع جهت اجرای

48. Arts 5(1)(g) and 15

49. Arts 5(1)(h) and 16

50. Recital 19

51. Art 5(2)

52. Art 5(3)

53. Art 5(4)

54. Art 5(4)

55. supervisory authorities (Art. 24)



کارآمد دستورالعمل برخوردار است. این اختیارات عبارتند از:

- الف. **صدور دستورات فوری:** این نهاد می‌تواند دستورات لازم را برای توقف فوری تخلفات صادر کنند.
 - ب. **اصلاح رویه‌ها:** نهاد نظارتی می‌تواند شرکت‌ها را ملزم به اصلاح رویه‌های خود و اتخاذ اقدامات اصلاحی مناسب برای جبران خسارات ناشی از تخلفات کنند.
 - پ. **تدابیر موقت:** در مواردی که تخلف جدی و فوری باشد، نهاد نظارتی می‌تواند پیش از صدور حکم نهایی، تدابیر موقت و فوری را برای جلوگیری از تشدید خسارات اتخاذ کنند.
 - ت. **اعمال مجازات‌های مالی:** نهاد نظارتی این اختیار را دارد که شرکت‌های متخلف را به پرداخت جریمه‌های مالی سنگین محکوم کنند. میزان این جریمه‌ها می‌تواند تا ۵٪ از کل گردش خالص جهانی شرکت باشد.^{۵۶}
- در مورد نحوه نظارت بر شرکت‌های غیراروپایی، این شرکت‌ها توسط ناظر ملی کشوری که در آن کشور «شعبه» دارند یا در آن کشور «بیشترین گردش مالی» خود را در اتحادیه اروپا ایجاد می‌کنند، نظارت خواهند شد.^{۵۷}

۲.۳. تعامل با ذینفعان

دستورالعمل، نیازمند تعامل معنادار با ذینفعان گسترده‌ای است که شامل کارکنان شرکت و شرکت‌های تابعه، اتحادیه‌های کارگری، مصرف‌کنندگان، اشخاص آسیب‌دیده و سازمان‌های مدنی مرتبط با حقوق بشر و محیط زیست می‌شود (Bueno et al, 2024: 4). در دستورالعمل، ذینفعان فراتر از کارکنان و مصرف‌کنندگان مستقیم شرکت تعریف شده و شامل کارکنان شرکت‌های تابعه، شرکای تجاری و حتی کارکنان آن‌ها نیز می‌شود.^{۵۸} همچنین، جوامع محلی و نهادهای مردم‌نهاد، حقوق بشری و زیست‌محیطی نیز به‌عنوان ذینفع شناخته می‌شوند. این تعریف گسترده، تأثیر زنجیره‌ای فعالیت‌های شرکت و ضرورت مسئولیت‌پذیری بیشتر را برجسته می‌کند.

۴. مسئولیت مدنی

ماده ۲۹، شرکت‌ها را در قبال نقض تعهدات حقوق بشری و زیست‌محیطی در زنجیره تأمین خود مسئول می‌داند. این ماده با تسهیل دریافت غرامت برای قربانیان، گامی مؤثر در حمایت از حقوق آن‌ها محسوب می‌شود (Farah et al, 2023: 517). برخی معتقدند این ماده به درستی و با دقت کافی تدوین نشده و به نظر می‌رسد حاصل کنار هم گذاشتن عجولانه و ناهماهنگ مواضع مختلف مطرح شده در مذاکرات باشد (Schall, 2024: 57; Paccès, 2023: 276).

۱.۴. مبنای مسئولیت

دستورالعمل، نخستین سند الزام‌آور در زمینه پایداری شرکت‌ها است که شرایط مسئولیت شرکت مادر و شرکت پیمانکار در زنجیره ارزش را با دقت مشخص می‌کند (Bueno and Bright, 2020: 789). مطابق بند ۱ ماده ۲۹، شرکت‌ها با جمع شرایط زیر مسئول شناخته می‌شوند:

شرط نخست آن است که شرکت، عمداً یا بر اثر تقصیر، در انجام تعهدات خود بر اساس مواد ۱۰ و ۱۱ کوتاهی کند، به نحوی که موجب نقض حق، ممنوعیت یا تکلیفی گردد که در پیوست دستورالعمل ذکر شده است. شرط دوم، وقوع خسارت است. در پی قصور شرکت، زیانی به منافع قانونی اشخاصی وارد شود که تحت حمایت قوانین ملی قرار دارند. دستورالعمل، مسئولیت را مبتنی بر «تقصیر» قرار داده که اثبات آن برای قربانیان، به‌ویژه در زنجیره‌های تأمین پیچیده و چندلایه، دشوار است. همچنین، بار اثبات بر عهده زیان‌دیده است. زیان‌دیدگان، به‌ویژه در کشورهای درحال توسعه، معمولاً منابع و تخصص کافی برای اثبات این موارد پیچیده را ندارند. دسترسی به شواهدی که در اختیار شرکت است، چالشی اساسی است. برای کاهش این بار، دادگاه‌های

56. Arts 24-27

57. Art 24(3)

58. Art 3(n)



داخلی باید بتوانند طبق قوانین ملی خودشان، دستور افشای مدارک تحت کنترل شرکت را صادر کنند (Bueno et al, 2024: 5). شرکت تنها در صورتی از مسئولیت مبرا خواهد بود که خسارت «صرفاً» توسط شرکای تجاری آن در زنجیره فعالیت‌هایش ایجاد شده باشد (Mieszkowska, 2024: 295). برای مثال، شرکتی که مواد اولیه خود را از تأمین‌کننده‌ای تهیه می‌کند که در آن شرایط غیرانسانی بر کارگران حاکم است، می‌تواند به راحتی ادعا کند که این مشکل مربوط به تأمین‌کننده است و نه خودش. در نتیجه، شرکت‌ها ممکن است پرریسک‌ترین فعالیت‌های خود را به شرکای تجاری غیرمستقیم و خارج از چهارچوب دستورالعمل واگذار کنند تا از بار مسئولیت‌شان بکاهند (Pacces, 2023). در بیشتر کشورهای اروپایی، بار اثبات این‌که شرکت مسئول نقض تعهدات بوده است، بر عهده مدعی است (Koenig, 2024: 269). با این حال، مشخص نیست که آیا شریک تجاری نیز در دعوی حقوقی طرف حساب قرار خواهد گرفت یا می‌تواند مدارکی ارائه دهد که نشان دهد شرکت مشمول این دستورالعمل در ایجاد آسیب، نقش مشترکی داشته است. علاوه بر این، دستورالعمل درباره استفاده از بندهای جبران خسارت⁵⁹ در قراردادهای بین‌المللی سکوت کرده است. چنین بندهایی ممکن است باعث شود که شرکای تجاری مستقیماً در قبال تخلفات این دستورالعمل مسئول شناخته شوند و شرکت‌ها بتوانند در صورت تحریم‌شدن، مسئولیت را به آن‌ها منتقل کنند. از آنجا که دستورالعمل هیچ محدودیتی برای این انتقال مسئولیت تعیین نکرده است، ممکن است ادعاهای مطرح‌شده علیه شرکای تجاری فراتر از توان مالی آن‌ها باشد (Mieszkowska, 2024: 295).

۲.۴. تجویز احاله

از آنجا که سیستم‌های حقوقی موجود در اروپا در مورد جبران خسارت رویکردهای متفاوتی را دارند، در بند ۲ ماده ۲۹ دستورالعمل مقرر شده اگر شرکتی طبق بند ۱ مسئول شناخته شود، شخص آسیب‌دیده، مطابق با «قوانین ملی»، حق دریافت خسارت کامل زیان وارده را خواهد داشت. جبران کامل خسارت به موجب این دستورالعمل نباید منجر به جبران بیش از حد خسارت شود، چه از طریق خسارت تنبیهی، خسارت چندگانه یا انواع دیگر خسارات. احاله⁶⁰ دستورالعمل به قانون ملی کشورها انعطاف‌پذیری و تطبیق با سیستم‌های حقوقی مختلف را فراهم می‌کند.

۳.۴. مرور زمان

دولت‌های عضو اتحادیه موظف‌اند تمهیداتی فراهم کنند به نحوی که قوانین ملی درباره آغاز و مدت مرور زمان و نیز تعلیق یا انقطاع آن، مانع اقامه دعوی برای مطالبه خسارت نشود و در هیچ حالتی مهلت‌های تعیین‌شده در این دستورالعمل از ضوابط مسئولیت مدنی داخلی محدودتر نباشد. حداقل مدت مرور زمان برای طرح دعوی جبران خسارت ناشی از این دستورالعمل، پنج سال است و به هیچ وجه این مدت نباید از مدت مرور زمان مقرر در قوانین مسئولیت مدنی ملی کمتر باشد.⁶¹ به موجب دستورالعمل مرور زمان برای طرح دعوی علیه متخلف، تا زمانی که دو شرط زیر محقق نشوند، شروع نخواهد شد:

۱. توقف تخلف: تخلف مورد نظر باید متوقف شده باشد. تا زمانی که تخلف ادامه دارد، مرور زمان آغاز نمی‌شود؛

۲. آگاهی خواهان: خواهان باید از سه چیز آگاه باشد: ماهیت تخلف، آسیب ناشی از تخلف، هویت متخلف.

علاوه بر این موارد اگر بتوان به طور «منطقی» انتظار داشت که خواهان از موارد فوق آگاه است، مرور زمان آغاز می‌شود. به عبارت دیگر، اگر شواهد و قرائن نشان دهند که خواهان می‌توانسته از تخلف، آسیب و هویت متخلف مطلع شود، حتی اگر ادعا کند که واقعاً از آن بی‌اطلاع بوده است، مرور زمان آغاز خواهد شد.⁶²

۴.۴. نمایندگی به سازمان‌های مردمنهاد

در دستورالعمل این امکان برای اشخاص آسیب‌دیده فراهم شده است، که به یک اتحادیه کارگری، سازمان مردم نهاد حقوق بشر یا

59. indemnity clauses

60. renvoi

61. Art 29(3)(a)

62. Art 29(3)(a)



محیط زیست یا سایر سازمان‌های غیردولتی^{۶۳}، مطابق با قوانین ملی، نمایندگی دهند تا بدون لطمه به قوانین ملی آیینی، به نمایندگی از فرد آسیب‌دیده، اقامه دعوا کنند.^{۶۴} سازمان‌های غیردولتی و اتحادیه‌های کارگری که قصد نمایندگی از افراد آسیب‌دیده را دارند، نباید فعالیت تجاری مرتبط با شرکت متخلف داشته باشند. قوانین ملی هر کشور، نقش تعیین‌کننده‌ای در تعیین صلاحیت این سازمان‌ها در نمایندگی از اشخاص آسیب‌دیده، دارند. سازمانی که قصد نمایندگی از افراد آسیب‌دیده را دارد، باید به‌طور مستمر و پایدار فعال باشد.^{۶۵}

۵.۴. دستورافشای اسناد

وقتی مدعی علیه شرکتی دعوایی را در دادگاه مطرح می‌کند و ضمن آن ادعا، شواهد و اسناد منطقی را ارائه می‌دهد که مطالبه خسارتش را معقول و موجه نشان می‌دهد، و اظهار می‌دارد که مدارک و شواهد تکمیلی نزد شرکت موجود است، دادگاه می‌تواند شرکت را ملزم به ارائه آن مدارک، مطابق با قوانین ملی آیینی، کند.^{۶۶} دستورالعمل به محاکم اروپایی اختیار می‌دهد که در صورت لزوم، دستور افشای شواهدی را که حاوی اطلاعات محرمانه هستند، صادر کنند. دستور افشاء فقط در صورتی صادر می‌شود که اطلاعات مورد نظر «مرتبط با دعوا» باشد. کشورهای عضو باید اطمینان حاصل کنند که، هنگام صدور دستور افشای چنین اطلاعاتی، دادگاه‌های ملی از تدابیر مؤثر برای محافظت از این اطلاعات برخوردارند.^{۶۷} این تدابیر می‌تواند شامل محدودکردن دسترسی به اطلاعات، استفاده از قراردادهای عدم افشاء، حذف بخش‌های حساس اطلاعات و سایر اقدامات مشابه باشد.

۶.۴. مشارکت در طرح‌های صنعتی

صرف مشارکت شرکت در طرح‌های صنعتی یا اخذ گواهینامه تأیید صلاحیت از شخص ثالث، رافع مسئولیت شرکت در قبال وظایفشان نیست و اگر در عمل به این تعهدات عمل نکنند، همچنان مسئول خواهند بود.^{۶۸}

۷.۴. مسئولیت تضامنی

مسئولیت شرکت مادر در قبال خسارات، به هیچ وجه مسئولیت شرکت‌های تابعه یا سایر شرکای تجاری آن در زنجیره فعالیت‌هایش را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد.^{۶۹} این بدان معناست که هر یک از این سازمان‌ها، در صورت احراز شرایط، می‌توانند به طور جداگانه در قبال خسارات مرتبط با فعالیت‌های خود مسئول شناخته شوند. در صورت ایجاد خسارت به صورت مشترک توسط شرکت مادر با شرکت تابعه، (یا شریک تجاری مستقیم یا غیرمستقیم آن)، این شرکت‌ها همگی به صورت تضامنی^{۷۰} مسئول خواهند بود. این امر، تأثیری بر قوانین ملی مربوط به شرایط مسئولیت تضامنی و حق رجوع به یکدیگر نخواهد داشت. به عبارت دیگر، اگر شرکت اصلی، شرکت تابعه یا هر کدام از شرکای تجاری (چه مستقیم و چه غیرمستقیم) در ایجاد خسارت نقش داشته باشند، شخص زیان‌دیده می‌تواند برای دریافت کل خسارت به هر کدام از آن‌ها مراجعه کند.

بر اساس نظریه شخصیت مستقل شرکت^{۷۱}، شرکت موجودیت مستقل از سهامدارانش دارد، و سهامداران به طور معمول مسئول

۶۳. دستورالعمل اتحادیه‌های کارگری، سازمان‌های غیردولتی حقوق بشر و محیط زیست و «سایر سازمان‌های غیردولتی» را به‌عنوان نهادهای مجاز برای پیگیری حقوق آسیب‌دیدگان معرفی می‌کند. ذکر «سایر سازمان‌های غیردولتی» بسیار کلی است و می‌تواند شامل طیف گسترده‌ای از سازمان‌ها شود. این گستردگی می‌تواند هم مزیت (دسترسی بیشتر به حمایت) و هم عیب (عدم شفافیت و احتمالاً سوءاستفاده) داشته باشد.

64. Art 29 (3)(d)

65. Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC (OJ L 409, 4.12.2020, p. 1).

66. Art 29(3-e)

67. Art 29(3-e)

68. Art 29(4)

69. Art 29(5)

70. liable jointly

71. entity theory



تعهدات شرکت نیستند. امروزه محاکم در پرونده‌های مرتبط با محیط زیست می‌توانند «حجاب شرکتی»^{۷۲} را کنار بزنند و سهامداران^{۷۳} و شرکت‌های تابعه را در لوای مسئولیت تضامنی، مسئول بدانند. قضیه مهم United States v. Bestfoods^{۷۴} نقش مهمی در تعیین این مسئولیت داشته و نشان داده است که شرکت‌های مادر می‌توانند تحت شرایط خاصی مسئول اقدامات زیست‌محیطی شرکت‌های تابعه‌شان باشند (Schipani, 2001: 63). آمریکایی‌ها در سال ۱۹۸۰ قانون سِرکلا^{۷۵} را تصویب کردند. به موجب این قانون مسئولیت شرکت‌ها در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی، مسئولیت محض^{۷۶} و در صورت تعدد مسئولین، تضامنی^{۷۷} است (Abedi, 2017: 251).

۸.۴. اصل عدم سقف مسئولیت شرکت‌ها

قواعد مسئولیت مدنی دستورالعمل، میزان مسئولیت شرکت‌ها را طبق مقررات اتحادیه اروپا یا قوانین ملی محدود نمی‌کند. این قواعد همچنین تغییری در مقررات اتحادیه اروپا یا قوانین ملی مرتبط با مسئولیت مدنی ناشی از تأثیرات منفی بر حقوق بشر یا محیط زیست ایجاد نمی‌کنند؛ قوانینی که ممکن است حتی مسئولیت سختگیرانه‌تری را در نظر بگیرند.^{۷۸} بند ۶ ماده ۲۹ اشعار می‌دارد این دستورالعمل حداقل استانداردها را تعیین می‌کند و نمی‌تواند مسئولیت شرکت‌ها را در موارد دیگر کاهش دهد. مفاد دستورالعمل نباید به‌عنوان «حداکثر میزان مسئولیت» شرکت‌ها تلقی شود. در صورتی که قوانین اتحادیه اروپا یا قوانین ملی در مواردی خاص، مسئولیت بیشتری برای شرکت‌ها تعیین کرده باشند، این قوانین همچنان معتبر خواهند بود و دستورالعمل نمی‌تواند آن‌ها را تقلیل، محدود یا بی‌اثر کند. بنابراین شرکت‌ها نمی‌توانند به این دستورالعمل به‌عنوان یک ابزار دفاعی برای کاهش مسئولیت خود استناد کنند.

۵. ارتباط دستورالعمل با حقوق بین‌الملل خصوصی در تعیین دادگاه و قانون صالح

یکی از مهم‌ترین چالش‌های اجرای مؤثر دستورالعمل، عدم تطبیق آن با اصول حقوق بین‌الملل خصوصی است. در حالی که دستورالعمل تلاش دارد مسئولیت‌پذیری شرکت‌ها را در قبال مسائل زیست‌محیطی و حقوق بشری تقویت کند، نبود قواعد مشخص برای تعیین «صلاحیت قضایی» و «قانون حاکم» می‌تواند به فرار شرکت‌ها از پاسخ‌گویی منجر شود. برای رفع این نقص، لازم است که اتحادیه اروپا چارچوب‌های حقوقی روشنی برای دعاوی مرتبط با زنجیره تأمین شرکت‌ها تدوین کند (Radja and Akin, 2024: 875). بند ۷ ماده ۲۹ در مورد قابلیت اجرای فرامرزی قوانین ملی مربوط به مسئولیت مدنی شرکت‌ها در زمینه پایداری بحث می‌کند. هدف این بند این است که اطمینان حاصل شود که قوانین ملی حتی اگر قانون حاکم بر دعوا، قانون کشور دیگری (خارج از اتحادیه اروپا) باشد، همچنان قابلیت اجرا داشته باشند، به‌ویژه در مواردی که آن قوانین حاوی مقررات «آمره» هستند (See, Farah et al, 2023: 518). این دستورالعمل فاقد جزئیات دقیق حقوق بین‌الملل خصوصی لازم برای تقویت و پیشبرد اهداف اساسی اتحادیه اروپا است. سکوت این دستورالعمل در مورد قوانین خاص تعارض قوانین، لاجرم باید به چارچوب موجود حقوق بین‌الملل خصوصی کشورهای اروپایی مراجعه کرد که به اذعان بسیاری، برای مقابله با پیچیدگی‌های پایداری شرکت‌ها و مسئولیت زنجیره ارزش در خارج از اتحادیه اروپا ناکافی است. (Radja and Akin, 2024: 896)

دستورالعمل، بسیاری از شرکت‌های مستقر در اتحادیه اروپا را که به‌عنوان سرمایه‌گذار خارجی در خارج از اتحادیه، تحت یک موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه نیز فعالیت می‌کنند، پوشش می‌دهد. این سرمایه‌گذاران، مشمول تعهدات ارزیابی دقیق و مسئولیت مدنی خواهند بود (Bueno and Ngueuleu, 2024: 16).

72. veil-piercing

۷۳. پرونده *Donahey v. Livingstone* نشان داد که اگر یک سهامدار به طور فعال از اقدامات زیست‌محیطی نادرست شرکت آگاه باشد ولی اقدامی نکند، ممکن است مسئول شناخته شود.

74. 524 U.S. 51 (1998) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/51/>

75. Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (known as CERCLA)

76. strict liability

77. joint and several liability

78. Art 29(6)



۶. پیامدهای فرامرزی دستورالعمل

دستورالعمل نه تنها یک مقرره اروپایی بلکه یک ابزار حقوقی فراملی است که بر کشورهای کل جهان تأثیر می‌گذارد (Buhmann and Feld, 2024: 384). شرکت‌های غیراروپایی که فعالیت اقتصادی قابل توجهی در بازارهای اروپا دارند، نیز تحت الزامات دستورالعمل قرار می‌گیرند. برخی معتقدند این سیاست از منظر انتقال ارزش‌های بنیادین اتحادیه (مانند حقوق بشر، دموکراسی و حاکمیت قانون) و تضمین رقابت عادلانه در بازار داخلی موجه است اما مسائل مربوط به تعیین صلاحیت قضایی و قانون حاکم در دعاوی بین‌المللی از مهم‌ترین چالش‌های مربوط به اعمال این تعهدات است (Ho-Dac, 2023: 181).

۱.۶. پدیده انطباق

این دستورالعمل تأثیری فراتر از اروپا خواهد داشت و شرکت‌ها را به انطباق سیاست‌ها و رویه‌های خود با دستورالعمل ترغیب می‌کند. پیش‌بینی می‌شود که حدود ۹۰۰ شرکت مستقر در کشورهای غیرعضو اتحادیه اروپا که در بازار این اتحادیه فعالیت دارند، تحت شمول آن قرار گیرند (Buhmann and Feld, 2024: 387). شرکت‌های غیرعضو اتحادیه، برای حفظ و گسترش روابط تجاری خود با شرکت‌هایی که تحت پوشش این دستورالعمل قرار می‌گیرند،^{۷۹} مجبور خواهند بود خود را با استانداردهای جدید حقوق بشر و محیط زیست سازگار کنند. این «پدیده انطباق»، که پرفسور آنو برادفورد آن را «اثر بروکسل» نامیده، پیش از این نیز در مورد سایر قوانین مهم اتحادیه اروپا، مانند قوانین مربوط به سلامت و ایمنی مصرف‌کنندگان، مشاهده شده است (See, Bradford, 2020: 171).^{۸۰} دستورالعمل به طور صریح دامنه فراسرزمینی خود را اعلام نمی‌کند.

به این معنی که در متن معاهده، عبارتی صریح مبنی بر اینکه «دستورالعمل بر شرکت‌های خارج از اتحادیه اروپا نیز اعمال می‌شود» وجود ندارد. اما این رویکرد جهانشمول از همان پاراگراف اول مقدمه دستورالعمل آشکار است. این پاراگراف در مورد چگونگی اینکه ارزش‌های اتحادیه اروپا و جهانشمولی حقوق بشر «باید راهنمای اقدامات اتحادیه در صحنه بین‌المللی باشد»، صحبت می‌کند، که شامل تقویت توسعه پایدار اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی کشورهای در حال توسعه می‌شود (Lichuma, 2021: 497). برخی معتقدند قوانین جدید زیست‌محیطی اتحادیه اروپا که به منظور کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای و حفاظت از محیط زیست طراحی شده‌اند، واکنش منفی کشورهای در حال توسعه را برانگیخته‌اند (Hancock, 2024). این کشورها بر این باورند که مقررات سخت‌گیرانه اتحادیه اروپا بر روی صادرات آن‌ها تأثیر منفی می‌گذارد و باعث افزایش هزینه‌های تولید و رعایت استانداردهای زیست‌محیطی می‌شود. نگرانی کشورهای در حال توسعه را می‌توان در سه عامل اصلی خلاصه کرد:

- الف. محدودیت‌های تجاری:** قوانین جدید اتحادیه اروپا الزاماتی را برای صادرات محصولات به این منطقه تعیین کرده است. به عنوان مثال، کالاهایی که فرایند تولید آن‌ها تأثیرات زیست‌محیطی منفی دارد، ممکن است اجازه ورود به بازار اروپا را نداشته باشند. این مسئله باعث می‌شود تولیدکنندگان در کشورهای در حال توسعه، هزینه‌های بیشتری برای بهینه‌سازی فرایندهای تولید خود متحمل شوند.
- ب. هزینه‌های اضافی:** اجرای استانداردهای زیست‌محیطی نیاز به سرمایه‌گذاری در فناوری‌های جدید دارد. بسیاری از کشورهای در حال توسعه، منابع مالی کافی برای این تغییرات را ندارند و ممکن است صنایع داخلی آن‌ها آسیب ببینند.
- پ. عدم همکاری متقابل:** کشورهای در حال توسعه استدلال می‌کنند که کشورهای ثروتمند، که در گذشته آلاینده‌های زیادی داشته‌اند، اکنون مقرراتی وضع می‌کنند که به ضرر اقتصادهای نوظهور تمام می‌شود. آن‌ها خواستار همکاری و حمایت مالی برای اجرای این استانداردها هستند.

برعکس اروپاییان ادعا می‌کنند که این قوانین برای مقابله با تغییرات اقلیمی ضروری هستند. اروپایی‌ها از پیشگامان سیاست‌های زیست‌محیطی جهانی است و تلاش می‌کند تا با کاهش انتشار کربن، تأثیرات منفی بر محیط زیست را کاهش دهد. آن‌ها معتقدند که تجارت باید پایدار و منطبق بر اصول زیست‌محیطی باشد و نمی‌توان به بهانه توسعه اقتصادی، آسیب بیشتری به کره زمین وارد کرد (Hancock, 2024).

79. Art. 2

۸۰. کتاب پرفسور برادفورد با عنوان «اثر بروکسل: چگونه اتحادیه اروپا جهان را اداره می‌کند» بر نوع خاصی از قدرت اتحادیه اروپا تأکید دارد که به آن «قدرت نرم» گفته می‌شود. قدرت نرم بر خلاف قدرت سخت، از طریق جذابیت فرهنگی، ارزش‌های سیاسی و در این مورد خاص، قدرت مقرراتی اعمال می‌شود. اتحادیه اروپا با ایجاد استانداردهای جذاب و کارآمد، سایر کشورها و شرکت‌ها را به پیروی از این استانداردها تشویق می‌کند، بدون آنکه از زور و اجبار استفاده کند.



۲.۶. تغییر قوانین کشورهای غیرعضو اتحادیه اروپا

اتحادیه اروپا به عنوان یک بازیگر مهم در عرصه بین‌المللی عمل می‌کند و قوانین و مقررات آن تأثیر قابل توجهی بر سیاست‌ها و قوانین سایر کشورها دارد. استانداردها و مقررات اتحادیه اروپا به عنوان استانداردهای جهانی پذیرفته شده‌اند و سایر کشورها برای دسترسی به بازارهای جهانی و جلوگیری از موانع تجاری، مجبور به رعایت آن‌ها هستند. قاطعانه می‌توان گفت اتحادیه اروپا بزرگ‌ترین بازار مصرف جهان است. با وجود جمعیت زیادی از مصرف‌کنندگان ثروتمند، تعداد زیادی از تولیدکنندگان به عرضه محصولات و خدمات به این مصرف‌کنندگان وابسته هستند. جمعیت اتحادیه اروپا ۵۱۶ میلیون نفر و تولید ناخالص داخلی سرانه آن ۴۰۹۰۰ میلیارد دلار است. ایالات متحده نسبتاً ثروتمندتر است (تولید ناخالص داخلی سرانه ۵۹۵۰۰ میلیارد دلار)، اما بازار مصرف آن کوچک‌تر است (جمعیت ۳۲۷ میلیون نفر). از سوی دیگر، چین دارای بازار مصرف بزرگ‌تری است (جمعیت ۱.۴ میلیارد نفر)، اما مصرف‌کنندگان آن کمتر ثروتمند هستند (تولید ناخالص داخلی سرانه ۱۶۷۰۰ میلیارد دلار). هند تقریباً به اندازه چین جمعیت دارد (جمعیت ۱.۲ میلیارد نفر)، اما تولید ناخالص داخلی سرانه آن بسیار کمتر است (۷۲۰۰ میلیارد دلار) (Bradford, 2020: 27). بنابراین، کشورهای غیرعضو اتحادیه اروپا (کشورهای ثالث) می‌کوشند تضمین کنند که شرکت‌های داخلی‌شان در مقایسه با آن دسته از شرکت‌ها که مشمول مقررات اتحادیه اروپا هستند، در وضعیتی نابرابر قرار نگیرند. با به‌کارگیری این دستورالعمل، کشورهای غیرعضو اتحادیه اروپا ممکن است ناگزیر شوند تا به‌منظور حفظ رقابت‌پذیری و همگامی با بازار جهانی، مقرراتی مشابه تصویب کنند. کره جنوبی^{۸۱} و سوئیس^{۸۲} از جمله کشورهایی هستند که برای حفظ تعادل رقابتی شرکت‌هایشان در بازار اتحادیه اروپا، اقداماتی را برای تطبیق قوانین داخلی‌شان با دستورالعمل ۲۰۲۴ اتحادیه اروپا شروع کردند (Crockett and Chin, 2023). بنابراین، این مسئله باید مشوقی برای تصویب قوانین مرتبط با پایداری در کشورهایی باشد که اگرچه انتظارات مشخصی از شرکت‌ها برای رعایت الزامات پایداری در زنجیره تأمین دارند، اما این انتظارات هنوز به تعهدات قانونی الزام‌آور تبدیل نشده‌اند؛ نمونه‌ای از این کشورها آمریکا است.^{۸۳} با توجه به ماهیت فراسرزمینی دستورالعمل ۲۰۲۴ اتحادیه اروپا، انتظار می‌رود حدود ۱۰ هزار شرکت آمریکایی به‌طور مستقیم تحت تأثیر این مقررات قرار گیرند. افزون بر این، تعداد زیادی از شرکت‌های دیگر به دلیل روابط تجاری و تأمین کالا با شرکت‌های مستقر در اتحادیه اروپا، ناچار به رعایت الزامات این دستورالعمل خواهند بود. این تأثیرات می‌تواند پیامدهای چشم‌گیری برای کسب‌وکارهای آمریکایی ایجاد کند، به ویژه در حوزه‌های مقررات کار، حقوق بشر و محیط زیست که تفاوت‌های اساسی بین حقوق اروپایی و حقوق ایالات متحده وجود دارد (Chambers and Birchall, 2024: 3).

۷. مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها در ایران

آیین‌نامه مسئولیت اجتماعی شرکت‌های دولتی، تصویب‌شده در جلسه هیئت وزیران مورخ ۱۴۰۴/۰۴/۱۱، نخستین چارچوب قانونی منسجم در سطح دستگاه‌های اجرایی کشور است که مسئولیت اجتماعی را به‌طور ویژه برای شرکت‌های دولتی تعریف و الزامات اجرایی آن را تبیین می‌کند. هدف اصلی آن تأمین توازن میان منافع عمومی و منافع مالی شرکت، پیشبرد عدالت اجتماعی و پیشگیری از آسیب‌های زیست‌محیطی، فرهنگی و اقتصادی در مناطق تحت فعالیت شرکت است. در ماده ۱، تعاریف کلیدی مانند «مسئولیت اجتماعی شرکتی»، «شرکت دولتی»، «جوامع محلی» و «سامانه یکپارچه مالی دولت» ارائه شده است. توجه خاص به شرکت‌های زیرمجموعه قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون محاسبات عمومی، همچنین شرکت‌هایی

۸۱. در ۱ سپتامبر ۲۰۲۳، حزب دموکرات کره جنوبی لایحه‌ای تحت عنوان «حقوق بشر و حفاظت از محیط زیست برای مدیریت پایدار کسب و کار» را پیشنهاد کرد که هدف آن پیشگیری و رسیدگی به اثرات منفی حقوق بشر و محیط زیست مرتبط با فعالیت‌های تجاری است. این لایحه پیرو توسعه قوانین مشابه در اتحادیه اروپا است، و در نوع خود اولین اقدام در آسیا به شمار می‌رود. مشابه قوانین پیشنهادی در اروپا، لایحه پیشنهادی در کره جنوبی نیز انجام ارزیابی دقیق حقوق بشر و محیط زیست را اجباری خواهد کرد.

۸۲. گزارش شورای فدرال سوئیس با عنوان «گزارش درباره پیشنهاد اتحادیه اروپا در زمینه پایداری و قوانین جاری در سوئیس» که در ۲۵ نوامبر ۲۰۲۲ منتشر شد، به بررسی تطبیقی میان ابتکارات و مقررات پایداری اتحادیه اروپا و قوانین موجود در سوئیس می‌پردازد. این گزارش نشان‌دهنده تعهد سوئیس به پایداری و تمایل به هماهنگی با تحولات بین‌المللی به ویژه اتحادیه اروپا در این زمینه است.

۸۳. در آمریکا مسائل پایداری معمولاً در چارچوب ارزش سهامداران و ملاحظات مالی مطرح می‌شود. ساختار حقوقی و تفکر قضایی در آمریکا بر مبنای اولویت‌بندی منافع سهامداران و ملاحظات مالی استوار است، به طوری که تلاش برای افزودن تعهدات پایداری به این چارچوب، با چالش‌های ساختاری و سیاسی قابل توجهی مواجه می‌شود (Schwartz, 2023: 19).



که دولت در آن‌ها سهامدار عمده نیست اما بر ترکیب هیئت‌مدیره تأثیر دارد، نشان‌دهندهٔ وسعت شمول این مقرر است. همچنین ایجاد «شورا» (شورای برنامه‌ریزی و توسعه استان) و «دبیرخانهٔ شورا» به‌عنوان نهادهای هماهنگ‌کننده میان شرکت، دستگاه اجرایی و برنامه‌ریز استانی، برای پیاده‌سازی و نظارت بر طرح‌های مسئولیت اجتماعی پیش‌بینی شده است.

ماده ۲ آیین‌نامه، زمینه‌های عمل به مسئولیت اجتماعی را در محور اصلی زیر دسته‌بندی کرده است: پاسخ‌گویی و جبران خسارت‌های ناشی از فعالیت‌های شرکت در جوامع محلی؛ توسعه زیرساخت‌های آموزشی، بهداشتی و اشتغال‌زایی؛ حفاظت و احیای منابع طبیعی و محیط زیست؛ توسعه فرهنگی و ورزشی و احیای میراث ملموس و ناملموس؛ و ترویج فرهنگ بهینه‌سازی مصرف انرژی و فناوری‌های سبز. این اولویت‌بندی باعث می‌شود شرکت‌ها بر مبنای نیازسنجی محلی و اسناد بالادستی مانند برنامهٔ آمایش سرزمین، طرح‌های خود را تنظیم و اجرا کنند. نهادینه شدن سازوکار بودجه اختصاصی شرکت به مسئولیت اجتماعی تا سقف ۳ درصد از درآمد سالانه (ماده ۳) و الزام شرکت‌های ملی فاقد واحد استانی به هزینه‌کرد در حداقل سه استان محروم (تبصره ۴ ماده ۵)، تلاش برای توسعهٔ عدالت منطقه‌ای را نشان می‌دهد. فرایند تصویب طرح‌ها در مجمع عمومی شرکت و بارگذاری برنامه‌ها در سامانه یکپارچه مالی، ضمن تسهیل نظارت و شفافیت، امکان رصد و گزارش‌گیری دقیق عملکرد شرکت را مهیا می‌سازد.

از منظر آثار راهبردی، این آیین‌نامه می‌تواند به تقویت پیوست اجتماعی پروژه‌های بزرگ دولتی، ارتقای سرمایه اجتماعی و افزایش اعتماد عمومی منتهی گردد. تعامل با سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی استان، کانون وکلای دادگستری و تشکلهای دانشجویی، زمینه‌ساز هم‌افزایی ظرفیت‌های محلی و تخصصی است. همچنین ثبت مستمر اطلاعات در سامانه مالی دولت، راه را برای تحلیل داده‌های کلان در سطح ملی هموار می‌کند. با این حال، چالش‌هایی نیز پیش روست. ابهام در معیارهای سنجش اثربخشی طرح‌ها، تنوع مأموریت شرکت‌ها و تفاوت توان مالی آن‌ها، نیاز به ظرفیت‌سازی و تدوین دستورالعمل‌های تکمیلی را ایجاد می‌کند. علاوه بر این، سازوکارهایی برای مشارکت فعال ذی‌نفعان محلی در فرایند برنامه‌ریزی و ارزیابی طرح‌ها باید تقویت شود تا از حرکت به سمت اقدامات نمادین و کم‌اثر جلوگیری گردد. در مجموع، آیین‌نامه مسئولیت اجتماعی شرکت‌های دولتی گامی مهم در جهت پاسخ‌گویی اجتماعی نهادینه‌شده است، اما تکمیل چارچوب‌های فنی، آموزشی و نظارتی آن برای تحقق اهداف بلندمدت ضروری خواهد بود.

نتیجه

توسعه پایدار به معنای برآورده کردن نیازهای نسل حاضر بدون به خطر انداختن توانایی نسل‌های آینده برای تأمین نیازهای خود است. شرکت‌ها به‌عنوان بازیگران کلیدی اقتصاد، برای دستیابی به این هدف باید تعادلی میان ابعاد اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی برقرار کنند. از اینرو، تصویب دستورالعمل اروپایی ارزیابی دقیق پایداری شرکتی به‌عنوان یک نقطه عطف، شرکت‌ها را ملزم به رعایت حقوق بشر و استانداردهای زیست‌محیطی کرده و نقش مهمی در تحقق توسعه پایدار ایفا می‌کند. این دستورالعمل زمینه را برای رفتار مسئولانهٔ شرکت‌ها در داخل اتحادیه اروپا و فراتر از مرزهای اتحادیه فراهم خواهد کرد. این دستورالعمل بیشتر از ایجاد تغییرات بنیادین در ساختار شرکت‌ها، از آسیب‌زدن به ارزش‌های اصلی پایداری جلوگیری می‌کند. اگرچه نوآوری قابل توجهی در راستای مسئولیت‌پذیری شرکتی در قبال پایداری به حساب می‌آید، اما به تنهایی کافی نیست و کاستی‌های اساسی نیز دارد؛ موفقیت آن وابسته به اجرای نظارتی قوی، ارزیابی دقیق زنجیرهٔ تأمین و توانایی رفع چالش‌های موجود است. برای اینکه دستورالعمل در زمینهٔ مسئولیت‌پذیری شرکت‌ها و افزایش دسترسی به عدالت بتواند موثرتر عمل کند پیشنهادها زیر را می‌توان مطرح کرد:

۱. تمرکز بر اصلاحات رویه‌ای و حقوقی به جای هماهنگ‌سازی قوانین ماهوی: به جای تلاش برای ایجاد یک قانون هماهنگ برای تمام کشورهای اتحادیه اروپا، اتحادیه باید روی از بین بردن موانع رویه‌ای و قضایی که مانع دسترسی به عدالت می‌شوند، تمرکز کند.
۲. حذف مفهوم «روابط تجاری تثبیت‌شده» و جایگزینی با مدل مبتنی بر ریسک: به جای محدود کردن مسئولیت شرکت‌ها به «روابط تجاری تثبیت‌شده»، یک مدل مبتنی بر ریسک اجرا شود که مسئولیت را براساس شدت خطر در زنجیرهٔ تأمین تعیین کند.
۳. ایجاد یک قاعده خاص در مقررات رم دو^{۸۴} برای حل تعارض قوانین: به جای اعمال ماده ۲۹ (۷) که قوانین ملی را نادیده می‌گیرد، باید یک قاعده خاص در مقررات رم دو اضافه شود تا به قربانیان اجازه دهد بر اساس قانون کشور محل استقرار شرکت طرح دعوا کنند (See, Lennarts, 2023: 267).

84. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)



References

1. Abedi, Ebrahim. (2017). The Legal System Governing Corporate Groups, Tehran: Enteshar Publishing, First Edition (in Persian).
2. Ahmadian, Vahid., Naghdi, Sajad., Fazlzadeh, Alireza. (2024). Sustainability and the Capital Market, Tehran: Bourse Publishing, First Edition (in Persian)
3. Bakhtina, K. (2024). The EU directive on corporate sustainability due diligence: success or failure? Amsterdam Law Forum, 16(1), 77-83.
4. Bradford, A. (2020). The Brussels Effect: How the European Union Rules the World, Oxford University Press.
5. Bueno, N., Bernaz, N., Holly, G., Martin-Ortega, O. (2024). The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise, Business and Human Rights Journal, 9(2), 294 – 300. DOI: <https://doi.org/10.1017/bhj.2024.10>
6. Bueno, N., Bright, C. (2020). Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability, International & Comparative Law Quarterly, 69(4), 789-818. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3689241>
7. Bueno, N., Ngueuleu, I. (2024). Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A 'Brussels Effect' on International Investment Law? Forthcoming in Andreas R. Ziegler, Damiano Canapa, Maria Izabel Cardozo (eds), Business and Human Rights: Emerging Challenges, Issues, and Trends, Martinus Nijhoff.
8. Buhmann, K., Feld, L. (2024). Shifting boundaries: a transnational legal perspective on the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive, Transnational Legal Theory, 15(3), 370-396. DOI: 10.1080/20414005.2024.2426961
9. Chambers, R., Birchall, D. (2024). How European Human Rights Law Will Reshape U.S. Business, Hastings Business Law Journal, 20(3), 3-57. https://repository.uclawsf.edu/hastings_business_law_journal/vol20/iss1/3
10. Ciacchi, S. (2024). The newly-adopted Corporate Sustainability Due Diligence Directive: an overview of the lawmaking process and analysis of the final text, ERA Forum, 25, 29-48. <https://doi.org/10.1007/s12027-024-00791-y>
11. Crockett, A., Chin, R. (2023). Korea Tables Mandatory Human Rights and Environmental Due diligence, 14 September 2023. <https://www.herbertsmithfreehills.com/insights/2023-09/south-korea-tables-mandatory-human-rights-and-environmental-due-diligence-law> (last accessed 11 Feb 2025).
12. Davis, R. (2013). The UN Guiding Principles on Business and Human Rights and conflict-affected areas: state obligations and business responsibilities, International Review of the Red Cross, 94(887), 961-979. doi:10.1017/S1816383113000350
13. Farah, Y., Kunuji, Va., & Kent, A. (2023). Civil Liability Under Sustainability Due Diligence Legislation: A Quiet Revolution?, King's Law Journal, 34(3), 499-523. DOI: 10.1080/09615768.2023.2283234
14. Garcia, S. G. (2024). European Coalition for Corporate Justice, CSDDD endorsement brings us 0.05% closer to corporate justice, 15 March 2024, <https://corporatejustice.org/news/reaction-csddd-endorsement-brings-us-0-05-closer-tocorporate-justice/> (last accessed 28 Jan 2025).
15. Garzella, S. (2018). L'azienda e la corporate social responsibility: Approfondimenti dottrinali e riflessioni



- gestionali, L'azienda e la corporate social responsibility, 1-124.
16. Hancock, A., Bounds, Andy. (2024). 'EU's new environmental laws irk developing countries', Financial Times, 15 March 2024. <https://www.ft.com/content/82ab2d5b-e4c3-4561-880f-1167c4163f61> (last accessed 11 Feb 2025).
 17. Ho-Dac, Marion. (2023). The Extraterritorial Scope of European Corporate Due Diligence, in L'Union européenne et l'extraterritorialité – Acteurs, fonctions, rédactions, (dir.) C. Rapoport & A. Herve, France, Presses Universitaires de Rennes, 181-199, Available at: <https://ssrn.com/abstract=4561841>
 18. Hogan, B., Reyes, J. (2023). Downstream Human Rights Due Diligence: Informing Debate Through Insights from Business Practice, Business and Human Rights Journal, 8(3), 1-7. doi:10.1017/bhj.2023.27
 19. Huiru, Wang. (2024). Comparative analysis and legal reflection on the boundaries of human rights due diligence in the supply chain, Journal of Human Rights, 23(2), 393-419.
 20. Kluiver, Harm-Jan. (2023). Towards a Framework for Effective Regulatory Supervision of Sustainability Governance in Accordance with the EU CSDD Directive. A Comparative Study, European Company and Financial Law Review, 20(1), 203-239. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2023-0010>
 21. Koenig, C. (2024). Human Rights or Private Rights? – Effective Protection of Victims in Global Supply Chains, AJIL Unbound, Vol. 118, 269-273. doi:10.1017/aju.2024.51
 22. Lennarts, L. (2023). Civil liability of companies for failure to conduct corporate sustainability due diligence throughout their value chains – Is Art. 22 CSDDD fit for purpose? Ondernemingsrecht, 2023(5), 257-267. <https://research.rug.nl/en/publications/civil-liability-of-companies-for-failure-to-conduct-corporate-sus>
 23. Lichuma, C. O. (2021). Laws Made in the “First World”: A TWAIL Critique of the Use of Domestic Legislation to Extraterritorially Regulate Global Value Chain, Heidelberg Journal of International Law, Vol.81, 497-532. <https://doi.org/10.17104/0044-2348-2021-2-497>
 24. Mancini, D., Lamboglia, R., Garzella, S., Fiorentino, R. (2016). Strategie di sostenibilità: dalle motivazioni ai sistemi di misurazione della performance, Strategie di sostenibilità: dalle motivazioni ai sistemi di misurazione della performance, 116-142.
 25. Marx, Axel. (2025). The European Union's Directive on corporate sustainability development due diligence: an institutional design effectiveness analysis, Journal of Environmental Policy & Planning, 1-14. DOI: 10.1080/1523908X.2025.2451698
 26. Mccullagh, V. (2024). The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Real Change or More of the Same? European Business Law Review, 35(5), 603-626.
 27. Mieszkowska, J. (2024). The Unintended Consequences of the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive, AJIL Unbound, Vol. 118, 291-296. <https://doi.org/10.1017/aju.2024.48>
 28. Minciullo, M. (2019). Corporate Governance and Sustainability The Role of the Board of Direct, Palgrave Macmillan.
 29. Paccès, A. M. (2023). Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal, OBLB. (last accessed 15 Feb 2025).
 30. Paccès, A.M. (2023). Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal: A Law & Economics Analysis, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 691/2023,



- Amsterdam Law School Research Paper No. 2023-14, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2023-02, Ondernemingsrecht 2023/37, pp. 268-276, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4391121>
31. Radja, R., Akin, S. (2024). Strengthening the Efficacy of the CSDDD through Private International Law, European Review of Private Law, 32(5), 875 – 896. <https://doi.org/10.54648/erpl2024044>
 32. Schall, Alexander. (2024). The CSDDD: Good Law or Bad Law? European Company Law Journal, 21(3), 56–58. <https://doi.org/10.54648/eucl2024009>
 33. Schipani, C.A. (2001). Taking it Personally: Shareholder Liability for Corporate Environmental Hazards, The Journal of Corporation Law, 27(1), 29-63. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=338521
 34. Schoenefeld, J. J., Hildén, M., & Jordan, A. J. (2016). The challenges of monitoring national climate policy: learning lessons from the EU, Climate Policy, 18(1), 118–128. <https://doi.org/10.1080/14693062.2016.1248887>
 35. Schwartz, J. (2023). The Levers of Sustainability: The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence in Comparison to US Law, Podjetje in Delo (Company and Labour): A Journal for Commercial, Labour and Social Law, University of Utah College of Law Research, Paper No. 555, Available at: <https://ssrn.com/abstract=4489417>
 36. Shulman, Skylar. (2024). Corporate sustainability due diligence: combining human rights and the environment, Columbia Journal of Environmental Law, 49(2), 479–523. <https://doi.org/10.52214/cjel.v49i2.12633>
 37. Sjäffjell, B., Bruner, C.M. (2019). The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability, Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108658386>
 38. Toosi, Abbas. (2014). Economic Analysis of Corporate Law, Tehran: Shahr-e-Danesh Publishing, First Edition (in Persian)



Contents

5	Evaluation system of patent criteria in Iranian law	Sanaz Alaei . Morteza Asadlou . Mokhtar Neam
21	Solving the problems of free-riding and rent-seeking in determining the directors fee and reward of joint-stock companies	Habib Ramezani Akerdi
37	The Status, Legal Nature, and Obligations of International Marketing Contracts in the Iranian Legal System	Marzieh Nikouei
53	Recognition of intellectual property rights as investment in light of international investment law	mohadeseh ghavamipour sereshkeh . amirreza mahmoudi
73	An Analysis of the Factors Influencing the Illegal Economy in Iran	Siamak ShokouhiFard . Ali Salmanpour . Iraj Lotfi . Murad Nasiri Moghanloo
95	Cognitive Errors in Judicial Decision-Making from a Behavioral Law and Economics Perspective	Shahin Shamiaghdam . Gholamreza Asadi
113	Analysis of Tax Crimes in the Direct Taxation Law from the Perspective of the Principle of Economic Stability Preservation	Mohammad Hussein Taheri . Abolqasem Khodadi
133	Feasibility of personal data transfer during mergers and acquisitions	Nasrin Tabatabai Hesari . Amir mohammad Ghorban nia
153	An analysis of the Constitutional Political Economy and Its Relation to Legal Discourse: Explaining the Distinction of Fundamental Concepts in the Framework of Interdisciplinary Studies	Amir Hossein Bamati tousi . Mustafa Mansourian. Mohammad Barzegar Khosravi
174	The position of Guilds in Iran's Criminal Policy	Majid Mohammadi Nasrabad . Mohammad Ali Haji Dehabadi
196	Efficient Criteria for Identifying Dominant Position in Digital Platforms: A Comparative Study in the European Union	Mohsen Sadeghi . Parsa Jodeyri Eslami
217	Corporate Social Responsibility under Iranian Law and European Union Law following the Adoption of the 2024 European Corporate Sustainability Due Diligence Directive	Hossein Kaviar . Farid Komijani



Published by
Editor-in-Chief
Director-in-Charge
Associate Editor

Editorial Board

Abdolreza Javan Jafari
Seyyed Mohammad Mehdi Ghabouli Dorafshan
Mohammad Hassan Haeri
Mahmoud Hooshmand
Hussein Gholami
Ali Hussein Najafi Abrandabadi
Hussein Mirmohammad Sadeghi
Mohammad Abedi
Hassan Badini
Star Zarkalam
Muhammad Ali Babaii

Executive Director
Technical and Literary Editor
Page Layout
Circulation
Publishing License
ISSN
Printed by
Address
Postal Code
Website
E-Mail
Tel
Fax

This journal is indexed in

Reviewers of articles in this issue

Encyclopedia of Economic Law Journal

Faculty of Law and Political Sciences

Ferdowsi University of Mashhad
Dr. Abdolreza Javan Jafari
Dr. Seyyed Hossein Hosseini
Dr. Hamidreza Danesh Nari

Professor, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad
Professor, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad
Professor, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad
Professor, Faculty of Economics and Administrative sciences, Ferdowsi University of Mashhad
Professor, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabataba'i University
Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
Associate Professor Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad
Associate Professor, Faculty of Law, Tehran University
Associate Professor, Faculty of Humanities, Shahed University
Associate Professor, Faculty of Social science, Imam Khomeini International University

Vajiheh Moafian
Fereshteh Golchin Rad
Mohammadreza Sheykhi
20
124/10352. 8/10/1377
Printed:2322-4177. Electronic: 2717-333X
Ferdowsi University Press
Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Azadi Square, Mashhad

9177948951
<https://lawecon.um.ac.ir>
economiclaw@um.ac.ir
051-38806365
38811243 - 38829584

DOAJ (Directory of Open Access Journals)
Google Scholar
Magiran (Iranian Journals Database)
ISC (Islamic World Science Citation Center)
EBSCO
Specialized Islamic Journals Database (Noormags)

Mohammad Abedi . Hojjat Mobin . Amin Hajivand . Sakineh Khan'alipour . Sayed Milad Hosseini . Mehdi Haghighatjoo . Zahra Danesh Nari, Zohreh Afshar Ghouchani . Atefeh Ajori Aiesk . Mohsen Noorpour . Sayed Amin Rouhol-amini . Asma Salari . Ghulam Nabi Feyz Chackap . Zahra Shakeri . Mohammad Hossein Taghi Pour

Manuscript submissions are accepted exclusively in electronic format

All rights reserved by Ferdowsi University of Mashhad.
The views expressed in this journal do not necessarily reflect those of the university.
Authors are solely responsible for the accuracy and validity of the content presented in their articles.



Ferdowsi University
of Mashhad

Encyclopedia of Economic Law Journal

Volume 32 . Number 27 . Spring and Summer 1404

