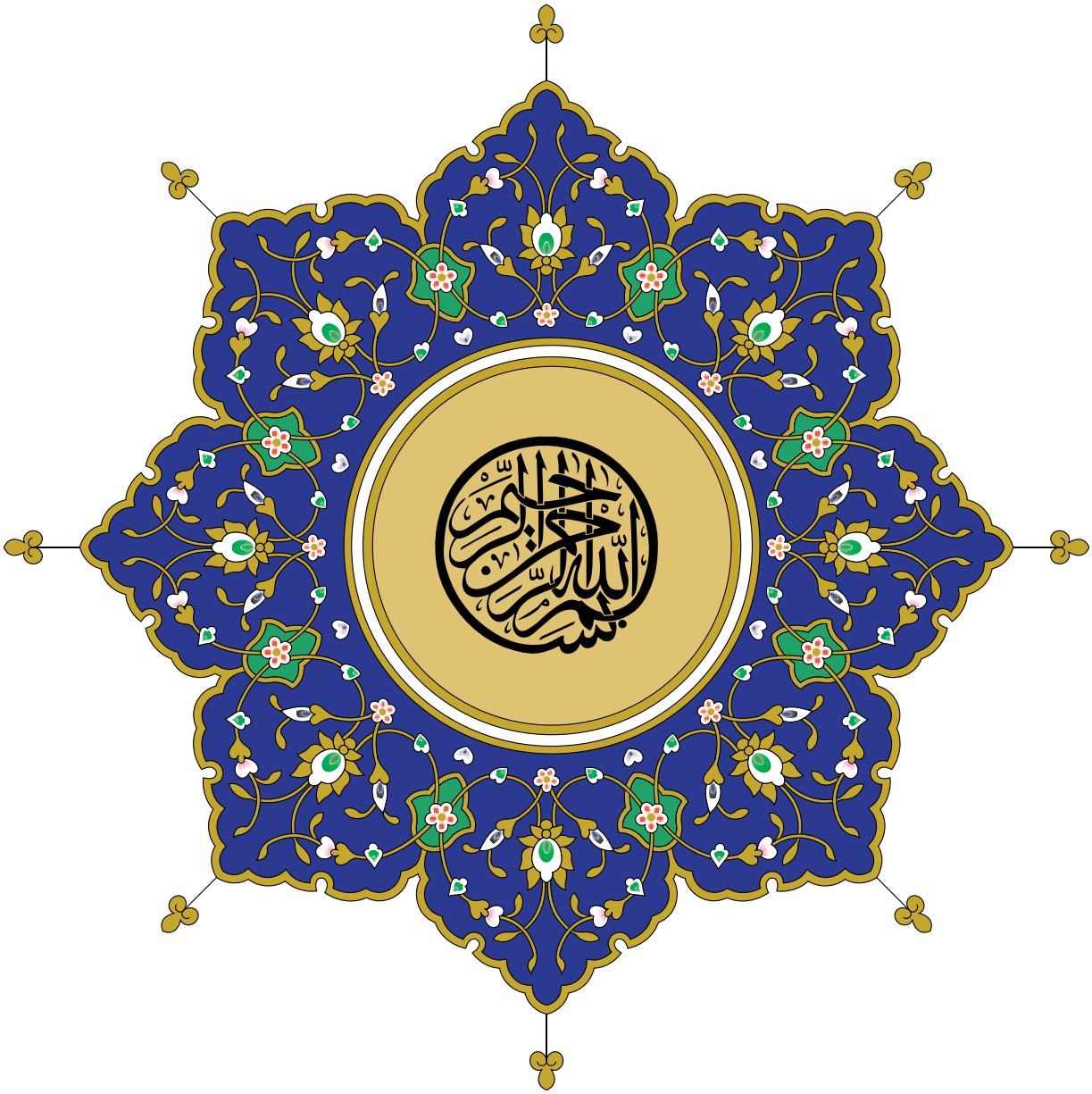
دانشگاه فردوسی مشهد

دوفصلنامه

دانشنامه حقوق اقتصادی

دوره ۳۳. شماره ۲۹. بهار و تابستان ۱۴۰۵




بسم الله الرحمن الرحیم

دوفصلنامه
دانشنامه حقوق اقتصادی
نشریه علمی

دانشگاه فردوسی مشهد
دکترعبدالرضاجوان جعفری
دکتر سیدحسین حسینی
دکتر حمیدرضا دانش ناری

صاحب امتیاز
سردبیر
مدیر مسئول
دبیرتخصصی

هیئت تحریریه

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد — **دکتر عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی**
استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد — **دکتر سیدمحمدمهدی قبولی درافشان**
استاد دانشکده الهیات و معارف اسلامی‌دانشگاه فردوسی مشهد — **دکتر محمدحسن حائری**
استاد دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه فردوسی مشهد — **دکتر محمودهوشمند**
استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی تهران — **دکتر حسین غلامی‌دون**
استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران — **دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی**
استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران — **دکتر حسین میرمحمد صادقی**
دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد — **دکتر محمد عابدی**
دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران — **دکتر حسن بادینی**
دانشیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد تهران — **دکتر ستار زرکلام**
دانشیار دانشکده علوم اجتماعی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی قزوین — **دکتر محمدعلی بابایی**

مدیر اجرایی وجیهه معافیان
ویراستار فنی و ادبی فرشته گلچین راد
صفحه آرایی محمدرضا شیخی
شمارگان ۲۰ نسخه
شماره پروانه ۱۰۳۵۲ / ۱۲۴ - ۸ / ۱۰ / ۷۷
شاپا چاپی: ۴۱۷۷-۳۳۳X الکترونیکی: ۲۳۲۲-۲۷۱۷
ناشر مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه فردوسی مشهد
نشانی مشهد. میدان آزادی. پردیس دانشگاه فردوسی. دانشکده حقوق و علوم سیاسی
آدرس پستی ۹۱۷۷۹۴۸۹۵۱
آدرس اینترنتی https://lawecon.um.ac.ir
پست الکترونیکی economiclaw@um.ac.ir
تلفن ۰۵۱ - ۳۸۸۰۶۳۶۵
فاکس ۳۸۸۲۹۵۸۴ - ۳۸۸۱۱۲۴۳

مجله در این پایگاه‌ها نمایه می‌شود

دوآج (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 علمی‌کشور، 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.

داوران مقالات این شماره

اعظم امینی، اعظم انصاری، محمود باقری، محمدحسین تقی پوردرزی نقیبی، امین حاجی وند، بیژن حاجی‌عزیزی، سید حسین حسینی، سید میلاد حسینی، راحله سیدمرتضی حسینی، مهدی حقیقت جو، منیره خدادادپور، زهرا دانش ناری، مصطفی رضایی، اسماء سالاری، سید مهدی سید زاده، عبدالله خدابخشی شلمزاری، نگین شفیعی بافتی، محمد عابدی، مصطفی فاطمی نیا، سیدمحمد فهیمی فرد، مجتبی قاسمی، حجت مبین، علی حسین نجفی ابرندآبادی، حمیدرضا نیکبخت

فهرست مقالات

۵ **استنتاج مخالف در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی**

سید محمد حسن رضوی . سامان محمدیان

۲۳ **تحلیل حقوقی و مقایسه مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی در قراردادهای بین‌المللی**

رسول بهرامپوری . سمانه ملکلو

۴۴ **چالش‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در نیل به اهداف قانونی**

علی اکبر معصومی

۶۱ **بررسی تطبیقی امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در دعاوی مالکیت فکری در حقوق ایران وکنوانسیون پاریس**

محمد حسین تقی پور درزی نقیبی . رضا ذاکرشوب

۷۷ **اعتبار تضمین مسؤولیت تولیدکننده به‌وسیله مصرف کننده (مطالعه‌ای تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان)**

اکبر میرزانژاد جویباری . روح الله آخوندی روشناوند . هدی مشفقی

۹۱ **چالش‌های پیش روی سیاست جنایی قضائی ایران در قبال جرائم اقتصادی**

مریم بهشتی اقدم . حسین آقا بابایی . مجتبی جانی پور

۱۱۱ **طرح ادعای متقابل در داوری سرمایه‌گذاری معاهده محور**

علیرضا سوری . حمیدرضا نیکبخت

۱۳۲ **مکانیزم تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا در ترازوی حقوق بین‌الملل: تعارض‌ها و راهبردهای کشورهای در حال توسعه**

فرزانه احمدی . اعظم امینی . سیدحسین موسوی‌فر

۱۵۵ **تحلیلی انتقادی بر گفتمان تقنینی مالیات سبز در ایران با محوریت الزامات کنوانسیون آرهوس (از تقنین پراکنده تا تنظیم گری مشارکتی)**

هادی صالحی . سید مجتبی واعظی . طاهره حزبه

۱۸۲ **ارزیابی اهداف و اجرای حقوق رقابت ایران در پرتو «رویکرد اقتصادی‌تر» اتحادیه اروپا**

ناصر علیدوستی شهرکی . مصطفی منصوریان . محمدکاظم جمال

۲۰۵ **ارزیابی حقوق رقابتی موانع ورود در بازارهای دیجیتال با تأکید بر نقش کلان‌داده‌ها**

ابراهیم رهبری . ریحانه خلیلی

۲۲۳ **ماهیت و ویژگی های قراردادهای رابطه ای با تأکید بر کارکرد آن ها در زنجیره تأمین و برون سپاری**

فاطمه فرهان فر . جلیل قنواتی

Adverse Inference in International Investment Arbitration

Seyed Mohammad Hasan Razavi [1*] Saman Mohammadian[2]

1. *Assistant Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author E-mail: hassan.razavi@ut.ac.ir)*
2. *LLM In International Commercial and Economic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.*

Received: 2025-05-22
Revised: 2026-02-04
Accepted: 2026-04-12
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Razavi, S. M. H., & Mohammadian, S. (2026.). Adverse inference in international investment arbitration. Encyclopedia of Economic Law Journal, [33] (29), (05-22) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.93077.1450

Introduction

In international investment arbitration, document production and the evaluation of evidentiary gaps frequently determine the trajectory of a case. Unlike many domestic systems, investment tribunals do not generally benefit from robust coercive powers over parties and, even more importantly, they usually lack authority to compel non-parties to disclose documents. This structural limitation is intensified by the asymmetry that often characterizes investor–state disputes: investors may need access to governmental records to prove regulatory intent, internal decision-making, or causation, while states may require access to private corporate materials to test allegations about ownership, control, valuation, or corruption-related defenses. Within this setting, adverse inference (sometimes described as a negative inference) has emerged as a central evidentiary mechanism through which tribunals can respond to non-production, mitigate informational monopolies, and preserve the overall integrity of the proceedings.

Adverse inference, however, is not conceived as a punitive device. In the arbitral logic reflected in doctrinal sources and case-oriented discussions, it is better understood as a corrective technique in fact-finding: it seeks to approximate the evidentiary situation that would likely have existed had the requested evidence been produced, and thereby supports more reasoned, predictable, and ultimately fair awards. At the same time, this tool has an unavoidable disciplinary "pressure" effect. The prospect of an adverse conclusion can encourage parties to comply with tribunal directions and cooperate in good faith with the evidentiary process, especially when one side might otherwise benefit from delay, selective disclosure, or strategic silence.

Despite its usefulness, adverse inference remains one of the most contested tools in investment arbitration. A recurring challenge lies in the absence of a single, unified framework across institutional rules and legal traditions, which means that the same conduct may be treated differently by different tribunals. The practical result is a cautious, context-sensitive approach in which tribunals frequently avoid broad or "automatic" inferences and instead insist on a set of threshold conditions before drawing any negative conclusion. This caution is often explained through the lens of procedural fairness: tribunals must ensure that inference drawing does not become a substitute for proof, does not undermine the equality of arms, and does not transform evidentiary discretion into an indirect sanction that prejudges the merits.

The case practice examined in the underlying article illustrates both the necessity of the mechanism and the

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

reasons for restraint. In some disputes, non-production occurs in a setting of confidentiality, privilege, or governmental sensitivity, and tribunals decline to infer bad faith or concealment. In others, especially where a tribunal has issued specific procedural directions and the non-producing party fails to give a persuasive explanation, tribunals may treat the evidentiary gap as meaningful and draw tailored inferences that affect key factual determinations. This duality—indispensable utility combined with heightened due process sensitivity—frames the central inquiry of this study.

Purpose

This study examines the legal basis, operational conditions, and practical consequences of adverse inference in international investment arbitration, with a focus on how tribunals transform non-production into evidentiary reasoning without compromising procedural fairness. It asks, first, what doctrinal foundations justify the use of adverse inference in investment arbitration, particularly in scenarios where applicable rules are silent or provide only general guidance on the tribunal's authority to assess evidence. Second, it assesses the evidentiary thresholds that tribunals require before adverse inference can be legitimately triggered—thresholds designed to ensure that inference drawing supplements rather than replaces proof. Third, it evaluates how tribunals reconcile adverse inference with competing procedural and public interests, including confidentiality, privilege, national security concerns, and the overarching requirement of good-faith participation in arbitral proceedings. The study further seeks to clarify the difference between "proper" and "improper" uses of adverse inference and to explain why that distinction matters for the legitimacy of awards. Proper adverse inference is described as a genuine "gap-filler": it operates where a claim cannot succeed without a missing piece of evidence that likely exists and lies within the opposing party's control, and where the opposing party's refusal prevents the requesting party from proving necessary facts. Improper adverse inference, by contrast, functions as a generalized credibility sanction or as an amplification of evidence already available, untethered from a concrete evidentiary need. By mapping these categories onto the procedural dynamics of investor–state cases, the study aims to offer a more predictable and principled understanding of when adverse inference supports truth-seeking and when it risks turning discretion into arbitrariness.

Methodology

This research adopts a qualitative, doctrinal, and descriptive-analytical methodology, combining conceptual clarification with structured case analysis. It proceeds from the premise that adverse inference is best understood at the intersection of (i) general principles of evidence and fact-finding in international adjudication, (ii) the particular institutional architecture of investment arbitration, and (iii) the tribunal's inherent and implied procedural powers.

The study draws on a broad set of sources, including arbitral awards, procedural reasoning contained in tribunal decisions, leading academic treatments of evidence and arbitral procedure, and policy-oriented scholarship addressing disclosure incentives and information asymmetries. The doctrinal portion examines how the ability to draw inferences relates to the tribunal's authority to evaluate evidence and manage proceedings, including the observation that institutional and international arbitration rules often recognize—explicitly or implicitly—that tribunals may draw negative conclusions from a party's failure to produce discoverable evidence. It also emphasizes the importance of good faith in arbitral conduct, particularly in connection with parties' duties to cooperate with tribunals in the production and presentation of evidence.

The case-study portion focuses on a set of landmark investment arbitration decisions that illuminate how tribunals operationalize adverse inference in varied factual contexts. These include: (i) Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, where the tribunal's assessment of missing documents and witness testimony contributed to its evaluation of whether legitimate services were provided in connection with consultancy payments; (ii) The Rompetrol Group N.V. v. Romania, which highlights the tribunal's reluctance to infer misconduct where the state provided detailed security and confidentiality justifications and where the applicable procedural framework required the tribunal to consider such reasons; (iii) Churchill Mining and Planet Mining v. Indonesia, il-

lustrating how tribunals may refuse to draw adverse inferences where the evidentiary record and procedural context allow them to reach conclusions without reliance on inference; and (iv) Europe Cement v. Turkey, demonstrating how sustained non-production of originals can support the conclusion that alleged documents likely did not exist or could not withstand scrutiny, especially where authenticity is central to jurisdictional claims. In addition, the analysis considers the role of post-award review dynamics through Caratube v. Kazakhstan (annulment), where the discussion underscores that evidentiary assessment typically remains within the tribunal's domain unless it becomes irrational to the point of constituting a serious error.

Findings

The study's findings support four overarching propositions.

First, adverse inference is widely treated in arbitral practice as an ordinary component of evidentiary assessment rather than an exceptional sanction. The mechanism is not designed as "punishment" for non-compliance; it is an evidentiary response intended to prevent a party from obtaining an unfair advantage through informational monopolization or strategic non-cooperation. At the same time, the practice shows that tribunals are aware of its indirect coercive function: the possibility of adverse inference exerts pressure on parties to comply with procedural directions and to engage in good-faith disclosure.

Second, tribunals consistently require a set of cumulative conditions before adverse inference may be drawn. The underlying article identifies, in synthesized form, at least three core prerequisites: (a) the tribunal must have initial evidence supporting the existence of the requested documents and a plausible sense of what their content would be; (b) the documents must be directly relevant and materially significant to disputed issues; and (c) the documents must be within the possession or control of the non-producing party. The "control" criterion is understood expansively to include materials held by persons and entities linked to the party—such as representatives, employees, or agents—yet tribunals must proceed more cautiously where documents lie with truly independent third parties outside the party's control, precisely because tribunals generally cannot compel third-party production.

Within this framework, the findings further clarify how these conditions interact with the burden of proof. Adverse inference is not a substitute for the requesting party's obligation to establish a prima facie case. Rather, it operates where the requesting party has marshaled the evidence reasonably available to it, and the missing documents would plausibly complete or clarify a decisive factual narrative. This logic aligns with the study's distinction between proper and improper adverse inference. Proper inference functions as a genuine evidentiary gap-filler, replacing an essential missing element that likely exists but cannot be proven due to the opposing party's refusal. Improper inference, by contrast, is used merely to reinforce evidence already on the record or to cast broad doubt on a party's credibility without a clear link to a specific evidentiary gap. The latter approach risks being experienced as punitive and therefore raises significant due process concerns.

Third, the legitimacy of adverse inference depends on proportionality and rational connection. Even where the threshold conditions are satisfied, the inference must remain tethered to a plausible account of what the missing evidence would likely show. Overbroad or exaggerated inferences—especially those that effectively decide the entire dispute without adequate supporting evidence—can distort the fact-finding exercise and create vulnerability in post-award scrutiny. In this regard, the study notes that the evaluation of evidence and factual findings is generally afforded deference, and intervention is exceptional unless the tribunal's reasoning is so unreasonable as to constitute a serious error. This reinforces the importance of well-reasoned, narrowly tailored inference drawing that can be defended as rational and proportionate.

The case analyses supply concrete illustrations of these dynamics. In Metal-Tech, the tribunal considered a situation where significant consultancy payments were at issue and the respondent's corruption defense required scrutiny of whether legitimate services were provided. The tribunal's reasoning highlights how non-production—both in documentary form and in the form of absent corroborating witnesses—can contribute to the conclusion that no legitimate services were shown to exist, and that the claimant's evidentiary deficit had substantive implications. In Europe Cement, the tribunal treated the sustained failure to produce originals of key share transfer documents, despite prior directions, as supporting the inference that the documents likely

did not exist or could not withstand legal scrutiny—an inference that in turn undermined the claimant's jurisdictional narrative concerning ownership and investment. These examples demonstrate "proper" inference in the sense that the missing materials related to decisive issues and the inference was closely aligned with the evidentiary gap created by non-production.

By contrast, Rompetrol provides an example of restraint where adverse inference was requested but declined. The tribunal was confronted with a refusal to produce materials linked to interception authorizations and banking-information requests, and the state offered detailed explanations tied to security classification, domestic legal limits on access, and investigative sensitivities. The tribunal declined to draw general or specific adverse inferences, emphasizing that the reasons provided fell within the category of "reasons" the tribunal was required to consider under the relevant procedural framework, and noting the contextual factors that made broad inference unwarranted. Churchill Mining similarly illustrates caution: despite requests by both sides for negative inferences based on alleged non-production and witness non-appearance, the tribunal concluded—based on the circumstances, its procedural directions, and the evidentiary regime governing the dispute—that it could reach its findings without resorting to adverse inference. Together, these cases show that tribunals do not treat adverse inference as automatic; rather, they use it selectively, and often only when the inference is necessary to resolve a genuine evidentiary gap concerning a decisive fact.

Fourth, adverse inference in investment arbitration is closely connected to the tribunal's inherent and implied powers and to broader systemic interests in the fairness and credibility of investor–state adjudication. The study notes that discussions of arbitrators' "non-enumerated" powers often categorize them as implied, inherent, or discretionary, and that inherent powers are regarded as particularly significant for preserving jurisdiction, the integrity of the process, and the enforceability of awards. Within this conceptual frame, adverse inference can be understood as a tool that supports procedural integrity by discouraging non-cooperation and by enabling tribunals to manage the consequences of missing evidence when coercive mechanisms are limited. The findings also highlight the relationship between adverse inference and disclosure-forcing policy mechanisms such as penalty default rules. While adverse inference operates ex post at the stage of evidentiary evaluation, penalty default rules operate ex ante by structuring legal defaults in ways that incentivize parties to disclose information that would otherwise remain hidden. The article's discussion treats these mechanisms as functionally similar in their aim to address information that is difficult to observe or verify, while noting that a detailed exploration of default-rule design lies beyond the scope of the study.

Finally, the study identifies two practical safeguards that recur in the doctrinal material. One is the emphasis on good faith as a procedural baseline: a party's duty to cooperate with evidentiary directions is part of the broader obligation of bona fide participation in arbitration, and tribunals may view unjustified non-production through this lens. The second is a functional boundary around who may draw inferences: the authority to draw adverse inferences belongs to the tribunal, and technical experts should not independently employ inference drawing in their assessments, because inference involves adjudicative discretion rather than technical evaluation.

Conclusion

Adverse inference is an essential but still under-theorized element of international investment arbitration. It responds to a structural reality: tribunals are tasked with resolving complex disputes in which crucial evidence may be controlled by one party and may not be reachable through coercive discovery powers, especially where third-party production is beyond the tribunal's reach. In this environment, adverse inference serves two interrelated functions: it supports accurate fact-finding by addressing evidentiary gaps created by non-production, and it promotes procedural balance by discouraging parties from exploiting informational asymmetry.

At the same time, the tool's legitimacy depends on principled restraint. The case practice and doctrinal synthesis examined in the article show that tribunals generally treat adverse inference as a measured evidentiary response rather than a sanction. They require initial evidence of existence and likely content, direct relevance and materiality, and possession or control by the non-producing party, with careful attention to whether genuine third-party independence makes production impossible. They also tend to prefer narrow, rationally connected inferences that fill a specific evidentiary gap over broad credibility attacks or outcome-determinative assump-

tions. This approach reflects a practical understanding of due process: adverse inference must not displace the requesting party's burden of proof, nor should it penalize the good-faith invocation of legitimate confidentiality or privilege.

The study's comparative case illustrations reinforce the value of context. Metal-Tech and Europe Cement demonstrate that, where missing materials relate to decisive issues and non-production cannot be persuasively justified, tailored inferences can prevent parties from benefiting from evidentiary opacity and can help tribunals issue more coherent awards. Rompetrol and Churchill Mining, by contrast, show that where the non-producing party provides substantial justifications or where the tribunal can resolve the dispute on the available record, restraint may better preserve legitimacy and avoid turning inference into a proxy sanction.

Looking forward, the study supports a model of principled flexibility anchored in the tribunal's inherent and implied powers. Inherent powers are understood as necessary, though limited, tools for safeguarding procedural integrity and enforceability, and adverse inference fits within this toolkit when used proportionately and only to the extent required by the necessities of a particular dispute. The result is not a call for mechanical uniformity, but for clearer articulation of standards—standards that are already visible in practice and can be synthesized into a coherent approach. By applying adverse inference in a structured, transparent manner that respects good faith, due process, and the equality of arms, tribunals can preserve the credibility of investor–state arbitration while responding effectively to the evidentiary challenges that define it.

Keywords: Adverse inference, Discretion of the arbitrator, ICSID, International arbitration, Non-disclosure of evidence

استنتاج مخالف در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

سید محمد حسن رضوی[1*]، سامان محمدیان[2]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۱-۰۳ | بازنگری: ۱۴۰۴-۱۱-۱۵ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۱-۲۳ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

بخش نخست این مقاله به تبیین مفهوم استنتاج مخالف در داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری اختصاص دارد ابزاری که در واکنش به امتناع یکی از طرفین از ارائه مدارک به‌کار گرفته می‌شود تا از انحصار اطلاعاتی جلوگیری گردد و تعادل دادرسی حفظ شود. در بخش دوم، روش تحقیق توصیفی-تحلیلی با رویکرد موردپژوهی است که از تحلیل رویه‌های داوری ایکسید و بررسی پرونده‌ه بهره گرفته تا کاربرد و چارچوب قانونی این ابزار را نشان دهد. اعمال استنتاج مخالف منوط به احراز معیارهایی چون دسترسی طرف ممتنع به اسناد، اهمیت موضوع و وجود شواهد اولیه است، دیوان داوری با تکیه بر اختیارات ذاتی و قواعد ضمنی، حتی در فقدان تصریح قانونی، مجاز به بهره‌گیری از این ابزار است، این شیوه در تقویت شفافیت و پیشگیری از تاکتیک‌های کارشکنانه نقش مهمی دارد. در مجموع، استنتاج مخالف با حفظ تعادل فرایند داوری، صدور آرای منطقی‌تر و عادلانه‌تر را تسهیل می‌کند.

کلید واژه: استنتاج مخالف، داوری بین المللی، اختیارات داوران، ایکسید،عدم ارائه اسناد.

۱. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول) hassan.razavi@ut.ac.ir
۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.saman.mohamadian@ut.ac.ir

مقدمه

با توسعه تجارت بین‌الملل و جهانی شدن اقتصاد، داوری به‌عنوان روشی جهت حل و فصل اختلافات تجاری بین‌المللی به سرعت رشد پیدا کرد، به نحوی که امروزه یک روش معمول در حل و فصل اختلافات بین‌المللی محسوب می‌شود. (shiravi,2022:565) لازم به ذکر است که داوری خالی از عیب و نقص نیست و بعضا مورد انتقاد قرار گرفته. (shiravi,2022:561) در روند دادرسی‌های بین‌المللی، یکی از چالش‌های مهمی که داوران با آن مواجه می‌شوند، دسترسی به شواهد و مدارک مورد نیاز برای تصمیم‌گیری عادلانه است. در بسیاری از موارد، یک طرف دعوا ممکن است از ارائه مدارک خودداری کند، مدارک را پنهان نماید یا همکاری لازم را در فرایند کشف حقیقت نداشته باشد.داوران فاقد قوه حاکمیتی هستند و در نتیجه امکان الزام اشخاص به اجرای دستورات خود را ندارند.این توانایی حق انحصاری دولت است و حتی طرفین داوری نمی تواند با تراضی به مرجع داوری این اختیار را اعطا کنند. (samadi maleh ,Mafi,2021: 251) در چنین شرایطی، داوران از ابزاری به نام استنتاج مخالف یا منفی[1] استفاده می‌کنند تا بتوانند به حقیقت و عدالت نزدیک‌تر شوند. این ابزار به داوران اجازه می‌دهد تا از امتناع یک طرف از ارائه مدارک، نتیجه‌گیری‌هایی را به ضرر آن طرف انجام دهند.

اصل دادرسی منصفانه[2] ایجاب می‌کند که هر یک از طرفین دعوا فرصت برابر برای ارائه دلایل و مدارک خود داشته باشند و با طرفین به طور برابری برخورد شود(Maira,۲۰۲۳:۷۲). با این حال، در بسیاری از موارد، یکی از طرفین ممکن است به دلایل مختلف از ارائه مدارک خودداری کند. این عدم همکاری می‌تواند باعث ایجاد نابرابری در فرایند رسیدگی شده و به ضرر طرف مقابل تمام شود.

درخواست تمدید جلسه رسیدگی به بهانه‌های واهی، کارشکنی در ارائه اسناد، بر هم زدن نظم جلسه،اعتراض‌های پیاپی به داوران و...، راهبردی است که به طرف ناراضی کمک می‌کند تا داوری را بی اثر کند. چنین ترفندهایی به شدت سرعت و کارایی داوری را تضعیف می‌کند (Soltani-Nejad, Talabaki,2022: 43) راهی ساده برای طرف ناراضی این است که از تسلیم سند خودداری کند و بدین شکل حقایق اختلاف را مستور نگاه دارد. اما خودداری از تسلیم سند بی دردسر نیست و دادگاه را به طرف ناراضی بد بین می‌نماید. (Soltani-Nejad, Talabaki,2022: 47)

اهمیت و ضرورت استنتاج مخالف در داوری بین‌المللی زمانی نمایان می‌شود که یکی از طرفین به دلایل مختلف، اعم از عدم شفافیت، پنهان‌کاری یا ملاحظات راهبردی، از ارائه اطلاعات لازم امتناع می‌کند. در چنین شرایطی، دیوان داوری ممکن است با تکیه بر این ابزار بتواند تعادل را در فرایند رسیدگی برقرار کرده و از سوءاستفاده احتمالی جلوگیری کند. این روش به ویژه در داوری‌های سرمایه‌گذاری و تجاری بین‌المللی که معمولاً مدارک کلیدی در اختیار یک طرف قرار دارد، اهمیت زیادی پیدا می‌کند. هدف اصلی این ابزار، ایجاد تعادل میان طرفین و تشویق آن‌ها به همکاری در فرایند داوری است. همچنین، استنتاج مخالف باعث می‌شود که طرفین دعوا مسئولیت‌پذیری بیشتری در قبال ارائه اطلاعات داشته باشند و از سوءاستفاده از روند دادرسی جلوگیری شود. استنتاج مخالف به‌صورت خودکار در هر پرونده‌ای اعمال نمی‌شود، بلکه در شرایط خاصی داوران تصمیم به استفاده از آن می‌گیرند. پس، استنتاج مخالف به‌عنوان یک ابزار مهم در داوری بین‌المللی می‌تواند به تحقق عدالت و شفافیت در رسیدگی‌های داوری کمک کند.

در این مقاله ما به بررسی این امر که اختیار دیوان‌های داوری برای اعمال این ابزار کلیدی از کجا نشأت می‌گیرد می‌پردازیم و اینکه آیا مبنای قانونی یا رویه‌ای خاصی وجود دارد که اجازه دهد داوران در صورت امتناع یک طرف از ارائه شواهد، به استنتاج‌های منفی دست بزنند و به این موضوع می‌پردازیم که دیوان‌های داوری در چه شرایطی به اعمال استنتاج مخالف می پردازند. چه عواملی ممکن است موجب شود که یک دیوان داوری تصمیم بگیرد از عدم همکاری یک طرف استفاده کند و نتیجه‌گیری‌های منفی را در مورد اعتبار ادعاهای آن طرف انجام دهد؟ آیا این تصمیمات تحت‌تأثیرنوع اختلاف، میزان همکاری طرفین، یا حتی زمینه حقوقی خاصی قرار دارند؟ بنابراین، بررسی رویه‌های داوری بین‌المللی در زمینه اعمال استنتاج مخالف نه تنها به فهم بهتر اصول حاکم بر داوری کمک می‌کند بلکه می‌تواند راهگشای توسعه قوانین و رویه‌های جدید باشد که منجر به افزایش شفافیت و عدالت در فرایندهای داوری خواهد شد. همچنین ابعاد مختلف اختیار داوران در اعمال استنتاج مخالف را مورد تحلیل قرار دهد. در گفتار اول به بررسی استنتاج

1. *Adverse Inference*
2. *Due Process*

مخالف چیستی آن و شرایط اعمالش می پردازیم و در گفتار بعد رویه‌های دیوان‌های داوری را تحلیل کرده و در نهایت در آخرین گفتار به اختیار داوران در این امر می‌پردازیم.

۱. استنتاج مخالف و شرایط اعمال آن

استنتاج، نتیجه‌ای است که یک دیوان از طریق فرایند استدلال (از جمله با تکیه بر تجربه عمومی) از حقایق اولیه ست می‌آورد، یعنی حقایقی که دیوان بر اساس اسناد یا شهادت شهود پذیرفته است. به طور کلی، یک دیوان می‌تواند از حقایق اولیه استنتاج‌هایی را که مناسب می‌داند، به عمل آورد. به‌عنوان مثال با پذیرفتن شواهد مستندی که درباره خطرات یک عمل جراحی در فرم رضایت بیمار ثبت شده است،دیوان این نتیجه گیری را انجام می دهد که خطراتی که در فرم ذکر نشده اند،در گفت و گو با بیمار مطرح نشده است. (mpts-uk.org;2024)

استنتاج مخالف در تعریفی که در یکی از فرهنگ واژگان حقوقی اورده شده این طور تعریف شده است: «یک نتیجه‌گیری زیان‌بار که توسط مرجع رسیدگی‌کننده، از عدم ارائه شواهدی که در اختیار یک طرف دعوا بوده است، گرفته می‌شود. برخی دادگاه‌ها این استنباط را تنها در صورتی می‌پذیرند که عدم ارائه شواهد ناشی از سوءنیت طرف باشد. این مفهوم همچنین با عنوان فرض منفی شناخته می‌شود» (Garner,2009:847) در تعریفی دیگر این‌گونه توصیف شده است: « استنتاج مخالف ابزاری اختیاری است که در اختیار دیوان‌های داوری قرار دارد و راهکاری برای طرفین محسوب می‌شود تا در صورت امتناع طرف مقابل از افشای اسناد و مدارک، بار اثبات دعوا را از دوش خود بردارند.این ابزار معمولاً در مواردی به‌کار می‌رود که یک طرف سکوت کرده یا باوجود تعهد یا دستور دیوان، از افشای مدارک خودداری می‌کند» (Trisha,2024)

یکی از دلایل استفاده از استنتاج مخالف این است که با افرادی که نمی‌خواهند با استفاده از شواهد و اسناد خود، احتمال محکومیت خود را بالا ببرند و خود را در معرض اتهام قرار بدهند، مقابله شود. در واقع خود اتهامی مفهومی است که کسی باعث تقویت اتهامات وارده به خود بشود و شرایط لازم را برای محکومیت خود فراهم کند. روند خود متهم‌سازی می‌تواند از روش‌های متفاوتی اتفاق بیافتد مانند اینکه بی مهابا شروع به حرف زدن کند و اطلاعاتی را افشا نماید یا مدارکی را ارائه کند. (Gharghani 2019:233)

بیشتر نمونه‌های استنتاج مخالف از پرونده های کیفری نظام حقوقی کامن لا ناشی می شوند. (Houtte,2009:209) یک قاضی برجسته حقوق کامن لا نیز در گذشته این طور بیان کرده است که «زمانی که اثبات شود طرفی در حال جعل یا پنهان کردن اسناد است، نتیجه طبیعی و حتی اجتناب ناپذیر این است که او چیزی برای پنهان کردن دارد و از گناه خود آگاه است.» (Born,2020:3742) راهکارهایی که برای کاهش یا حذف انحصار اطلاعات توسط یکی از طرفین پیشنهاد شده است : ۱. تعهدات شفافیتی که به طور گسترده ایی مورد بررسی واقع شده است با این حال این تعهدات به طور کامل کارآمد نبوده. ۲. تغییر بار اثبات ۳. ایجاد فرضیات قانونی. (Grando,2009:361)

در واقع امتناع از همکاری باعث ایجاد فرضیات منفی و نامطلوبی علیه طرف ممتنع خواهد شد. (V.Sandifer,1975:150) باید توجه شود که استنتاج مخالف به‌عنوان مجازات طراحی نشده است، بلکه به‌عنوان ابزاری برای وارد کردن فشار در نظر گرفته شده است تا طرفین را وادار کنند که از دستورات دیوان پیروی کنند و باعث ایجاد تعادل بین آن‌ها در جریان رسیدگی داوری شود. قواعد پیش فرض جریمه ایی[3] نقش مجازات را برای پنهان کاری با برنامه اطلاعات توسط یکی از طرفین ایفا می کند.

برخلاف قواعد پیش فرض اکثریتی[4] قواعد پیش‌فرض جریمه‌ای عمداً به‌گونه‌ای تنظیم می‌شوند که برخلاف تمایل طرفین باشند تا آن‌ها را به افشای اطلاعات، چه به یکدیگر و چه به اشخاص ثالث از جمله دادگاه، تشویق کنند. این امر به مشکلات مربوط به غیرقابل مشاهده یا غیر قابل تایید بودن اطلاعات می‌پردازد. به این ترتیب، این قواعد عملکردی مشابه نتیجه‌گیری‌های مخالف در وادار کردن به افشای اطلاعات دارند، اما در مرحله‌ی پیش از بروز اختلاف عمل کرده و بر محتوای حقوقی مورد اختلاف و تفسیر آن تأثیر می‌گذارند. (Florou, 2019: 436) پرداختن بیشتر به جزییات این قواعد در این مقاله نمی گنجد.

3. *penalty default rules*
4. *majoritarian default rules*

این دیدگاه نیز از نظر برخی صاحب نظران وجود دارد که استنتاج مخالف به‌عنوان مؤثرترین مجازات یا ضمانت اجرایی[5] است که بر طرفی که از دستور دیوان سرپیچی کند، اعمال می‌شود. (Sandifer,1975:147)

یکی از مشکلاتی که ممکن است در استفاده گسترده از اصطلاح استنتاج مخالف نهفته باشد این است که بسته به ادعای طرف درخواست‌کننده و ماهیت ادله‌ای که ارائه نشده است، دیوان داوری می‌تواند به نتایج متفاوتی برسد که ماهیت آن‌ها نیز متغیر خواهد بود. (Greenberg And Lautenschlager,2011:45) به بیانی ساده‌تر، مفهوم استنباط مخالف می تواند بسته به شرایط هر پرونده و نوع شواهد ارائه نشده، معانی و پیامدهای متفاوتی در پی داشته باشد. این طور به نظر می رسد که دیوان‌های داوری بین المللی در اعمال استنتاج مخالف ناشی از عدم ارائه مدارک و عدم تبعیت دستورات دیوان برای افشا، مردد و محتاط اند و در برخی موارد بیش از حد محتاط رفتار می کنند. (Born,2020:3742)

ازین رو دیوان‌های داوری برای اعمال استنتاج مخالف یک سری معیارها و نیازمندی‌هایی دارند که باید به استحضارشان برسد از جمله:

۱. طرف درخواست‌کننده‌ی استنتاج مخالف باید تمام مدارک در دسترس را که استنتاج موردنظر را تأیید می‌کنند، ارائه دهد.
۲. مدارک درخواستی باید برای طرف مقابل (طرفی که از ارائه‌ی مدارک خودداری می‌کند) قابل دسترس باشند؛ (یعنی طرف مقابل نباید بتواند صرفاً ادعا کند که مدارک را در اختیار ندارد).
۳. استنتاج موردنظر باید معقول، سازگار با حقایق موجود در پرونده و از نظر منطقی مرتبط با ماهیت احتمالی مدارک ارائه نشده، باشد.
۴. طرف درخواست‌کننده‌ی استنتاج مخالف باید حداقل شواهد اولیه[6] را ارائه دهد.
۵. طرف مقابل باید از تعهد خود برای ارائه‌ی مدارک لازم جهت رد استنتاج مخالف آگاه باشد یا منطقی باشد که از این تعهد آگاه بوده باشد. (Sharpe ,2014:551)

می‌توان گفت که دیوان‌های داوری در عمل از استنتاج مخالف استفاده نخواهند کرد مگر اینکه طرف درخواست کننده شواهدی را که ارائه می دهد تحت شرایط حاکم، به طور معقول سازگار، کامل و با جزئیات باشد. (Sharpe ,2014:556)

یکی از چالش‌های اساسی در فرایند داوری، دستیابی به اسنادی است که در اختیار اشخاص ثالث قرار دارند. از آنجا که این اشخاص امضاکننده شرط داوری نیستند، مقررات داوری بدون رضایت آن‌ها قابل اعمال نخواهد بود. در بسیاری از موارد، ادله حیاتی ممکن است نزد مشاوران طرفین، کارمندان سابق، پیمانکاران فرعی یا سایر افراد مرتبط باشد و همچنین در اختیار شرکت‌های وابسته به یکی از طرفین در یک گروه شرکتی قرار داشته باشد. در چنین شرایطی، دیوان داوری اصولاً از صلاحیت لازم برای الزام اشخاص ثالث به ارائه شهادت یا اسناد برخوردار نیست، مگر آن که این افراد مستقیماً در فرایند داوری مشارکت داشته باشند.

با این حال، در برخی موارد، شهادت یا اسناد ارائه‌شده توسط اشخاص ثالث می‌تواند نقشی کلیدی در حل‌وفصل منصفانه و کارآمد اختلاف ایفا کند و حتی برای رسیدگی عادلانه به دعوا ضروری باشد. (Kalinowska et al,2023)

زمانی که یک سند یا شاهد تحت کنترل اشخاص ثالثی باشد که همکاری نمی‌کنند، دیوان داوری معمولا از انجام استنتاج مخالف به خاطر عدم ارائه این سند یا شاهد خودداری می‌کنند مشروط بر اینکه طرفی که از او درخواست ارائه سند شده مسئول امتناع شخص ثالث از تحویل اسناد نباشد. همچنین ممکن است سندی که در اختیار طرف درخواست شونده بوده به طور فیزیکی از بین رفته باشد. پر واضح است که طرف درخواست شونده در این شرایط اگر بتواند نشان دهد و ثابت کند که مداخله ایی در ناپدیدی اسناد نداشته است دیوان داوری از انجام استنتاج مخالف امتناع خواهد کرد. (Houtte,2009:204)

و زمانی که دولت ها از ارائه اسناد و مدارک با دلیل محرمانگی اسرار سر باز میزنند و حتی وجود چنین اطلاعات و اسنادی را تایید نمی‌کنند، اعمال استنباط های مخالف دشوار خواهد بود چرا که وجود این اسناد برای دادگاه ها و دیوان ها اشکار نخواهد بود. در پرونده کانال کورفو، دیوان بین المللی دادگستری این‌گونه با عدم ارائه اسناد به‌دلیل اسرار نیروی دریایی بودن رفتار کرد: «مطابق با

5. *sanction*
6. *prima facie evidence*

ماده ۴۹ اساسنامه دیوان و ماده ۵۴ قواعد آن، دیوان از نماینده بریتانیا درخواست کرد تا اسنادی را برای استفاده دیوان ارائه دهد. این اسناد ارائه نشدند و نماینده بریتانیا به اصل اسرار نیروی دریایی استناد کرد؛ همچنین، شاهدان بریتانیایی از پاسخ دادن به سؤالات مربوط به این اسناد خودداری کردند. بنابراین، امکان اطلاع از محتوای واقعی این دستورات نیروی دریایی وجود ندارد. بااین‌حال، دیوان نمی‌تواند از این امتناع در ارائه اسناد، نتیجه‌ای متفاوت از آنچه وقایع واقعی نشان داده‌اند، استخراج کند. نماینده بریتانیا بیان کرد که این دستورات صرفاً مربوط به احتمال شلیک از سمت ساحل بوده است که چنین اتفاقی رخ نداد. اگر اظهارات فرمانده کشتی ولاژ[۷] در شهادتش صحیح باشد که این دستورات شامل اطلاعاتی درباره موقعیت‌هایی بوده که ممکن بود کشتی‌های بریتانیایی از آنجا هدف قرار بگیرند، نمی‌توان از این امر نتیجه گرفت که این کشتی‌ها دستور شناسایی دفاع ساحلی آلبانی را دریافت کرده بودند.»[۸] دیوان بین‌المللی دادگستری از استنباط مخالف علیه بریتانیا به‌دلیل امتناع آن از ارائه‌ی دستورات نیروی دریایی به‌دلیل محرمانگی نظامی خودداری کرد، چراکه دیوان هیچ راهی برای آگاهی از محتوای این دستورات نداشت.

قبل از اینکه طرفی که از آن سندی درخواست‌شده از ارائه سند خودداری کند، هیئت داوری باید تصوری از محتوای ادعایی سند داشته باشد و مشخص کند که این سند برای تصمیمی که داوران باید بگیرند، مربوط و مهم است. حتی اگر استنباط مخالف به طور مستقل از هرگونه مسئله مربوط به ارائه اسناد انجام شود، ضروری است که تصور شود سند مفقود شده چه محتوای مرتبط و مهمی می‌توانست داشته باشد. در واقع، اگر مشخص نباشد که سند مفقود شده چه چیزی را ثابت می‌کند، انجام استنباط مخالف امکان‌پذیر نخواهد بود. (Houtte,2009:205)

نکته قابل توجه این است که داوران در عمل، ابزار اجرایی قوی برای اعمال دستورات خود در اختیار ندارند. به همین دلیل، ممکن است طرفین نسبت به تصمیمات و دستورات دیوان داوری بی‌تفاوت باشند یا آن‌ها را به‌صورت ناقص اجرا کنند، بدون آن که نگرانی خاصی از بابت مواجهه با پیامدهای تنبیهی از سوی دیوان داشته باشند. (Craig et al,۲۰۰۱:۴۵۶) بنابراین دیوان‌های داوری برای مقابله با این اقدامات، سه رویکرد متفاوت را می‌توانند در پیش بگیرند تا طرفی را که از ارائه مدارک خودداری می‌کند، بازدارند:

۱. مجازات های مالی برای طرفی که از ارائه مدارک خودداری می کند در نظر بگیرند.
۲. طرف را ملزم به پرداخت هزینه‌های داوری و دیگر هزینه های حقوقی طرف دیگر بکنند از جمله هزینه وکیل آن طرف.
۳. استنتاج مخالف علیه طرفی که مدارک و اسناد را ارائه نمی کند، اعمال کنند. (Bedrosyan,2016:249)

دیوان‌های داوری در مواردی، هزینه‌های داوری را به یکی از طرفین تحمیل می‌کنند، به‌ویژه زمانی که طرف مذکور اصل حسن نیت را نقض کرده باشد به این معنا که با صداقت و انصاف رفتار نکرده و از مزایای ناعادلانه‌ای بهره‌برداری کرده باشد. با این حال، در برخی موارد، دیوان‌های داوری اصل کلی پرداخت هزینه‌ها توسط طرف ناموفق را تعدیل کرده و در صورتی که این طرف در تمامی جلسات و فرایندهای داوری با حسن نیت عمل کرده باشد، میزان پرداختی‌های وی را کاهش می‌دهند. (Zouari,2024)

اهمیت این موضوع در ارتباط با بحث حاضر آن است که لزوم رعایت حسن نیت در تمامی مراحل رسیدگی داوری امری ضروری است. این الزام نه‌تنها در تعاملات کلی میان طرفین، بلکه در موارد مشخصی همچون تعهد طرفین به همکاری با دیوان داوری در فرایند تولید و ارائه ادله نیز نمود پیدا می‌کند. (Zouari 2024) در فرایند ارائه و افشای اسناد چهار عامل کلیدی مشخص بودن[۹]،مرتبط بودن[۱۰]، اهمیت[۱۱] و تناسب[۱۲] باید در نظر گرفته شود. (Born,2020:3742)

در یک مورد جالب، دیوان داوری به‌عنوان یک اصل مقرر داشت که اختیار استنتاج مخالف صرفاً در صلاحیت دیوان داوری است و

7. *Volag*
8. *The Corfu Channel Case , ICJ Reports MERITS, JUDGMENT OF APRIL 9th, 1949 ,4, p 32*
9. *Specificity*
10. *Relevance*
11. *Materiality*
12. *Proportionality*

کارشناسان فنی مجاز نیستند در جریان ارائه نظرات کارشناسی خود به این استنباط‌ها استناد کنند.
(Greenberg And Lautenschlager,2011:51)

استنتاج مخالف را به دو دسته مناسب و نامناسب تقسیم می کنند که استنتاج مخالف مناسب، به وضعیتی اطلاق می‌شود که در آن، ادعای طرف خواهان استنتاج مخالف در یک موضوع خاص از نظر ادله به‌طور واقعی ناقص باشد. در صورتی که طرف مقابل اسناد لازم را ارائه نکند یا استنتاج مخالف صورت نگیرد، این فرد شکست خواهد خورد زیرا نتوانسته است حقایق ضروری برای موفقیت را اثبات کند. استنتاج مخالف مناسب زمانی رخ می‌دهد که امتناع خوانده از ارائه اسناد یا شهادت شهود منجر به این فرض شود که شواهد مستندی یا شفاهی به نفع خواهان بوده است. برخلاف استنتاج مخالف نامناسب، استنتاج مخالف مناسب به‌منظور تأیید مجدد ادله‌ای که خواهان قبلاً ارائه کرده است به کار نمی‌رود، بلکه به‌عنوان جایگزینی برای یک دلیل اساسی عمل می‌کند. به‌عبارت دیگر، این نوع استنتاج به‌عنوان یک «پرکننده واقعی شکاف‌های ادله» محسوب می‌شود. (Greenberg And Lautenschlager 2011:46,) پس استنتاج مخالف مناسب جایگزین مدرکی کلیدی ایی است که وجود آن محتمل است ولی استنتاج نامناسب، صرفا تأیید مجدد ادله ایی است که از پیش ارائه شده است.

به‌عنوان نمونه، در یک پرونده داوری بین‌المللی، یک شرکت ساختمانی (خواهان) ادعا می‌کند که کارفرما (خوانده) به‌طور غیرقانونی قرارداد را فسخ کرده و مطالبات مالی او را پرداخت نکرده است. خواهان درخواست ارائه اسنادی از سوی خوانده می‌کند که نشان‌دهنده مکاتبات داخلی درباره دلایل فسخ قرارداد است. خوانده از ارائه این اسناد خودداری می‌کند و مدعی می‌شود که چنین اسنادی وجود ندارد.

دیوان داوری می‌تواند استنتاج کند که اسناد مورد درخواست احتمالاً حاوی اطلاعاتی بوده که ادعای خواهان را تأیید می‌کرده است، مثلاً نشان می‌داده که فسخ قرارداد به دلایل غیرموجه صورت گرفته است. در نتیجه، دیوان ممکن است بر اساس این استنتاج، ادعای خواهان را وارد بداند و او را مستحق دریافت خسارت تشخیص دهد. این مثال نشان می‌دهد که چگونه استنتاج مخالف مناسب می‌تواند به‌عنوان یک «پرکننده شکاف» در مواردی که یکی از طرفین از ارائه مدارک سر باز می‌زند، مورد استفاده قرار گیرد.

۲. استنتاج مخالف در پرونده‌های داوری بین‌المللی

دیوان‌های داوری موردی[13] به‌طور مکرر بر وجود قاعده‌ای تأکید کرده‌اند که به آن‌ها اختیار می‌دهد، در صورتی که یکی از طرفین از ارائه مدارکی که مشخص یا مفروض است در اختیار او قرار دارد خودداری کند، استنباط‌های مخالفی علیه آن طرف داشته و بر اساس این قاعده رأی صادر کنند. (Sandifer,1975:150)

در پرونده چرچیل ماینینگ و پلنت ماینینگ علیه اندونزی[14] که در ایکسید[15] رسیدگی شد. هر یک از طرفین از دیوان درخواست کردند که از عدم ارائه برخی اسناد توسط طرف مقابل، برخلاف دستور دیوان، یا از عدم معرفی شاهدان در جلسه استماع، استنتاجات منفی بگیرد. به‌طور مشخص، خواهان‌ها ادعا می‌کنند که خوانده در ارائه تعداد زیادی از اسناد کوتاهی کرده است. این اسناد ذکر شده‌اند، که دیوان به آن‌ها ارجاع داده است. علاوه بر این، خواهان‌ها خواستار استنتاجات منفی از عدم معرفی شاهدان از سوی خوانده هستند، همان طور که ذکر شده و مورد استناد دیوان قرار گرفته است. (Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. of Republic of Indonesia, 2016:245) خوانده در پاسخ به درخواست‌های خواهان‌ها اظهار می‌دارد که نباید هیچ‌گونه استنتاج منفی گرفته شود و دلایل مختلفی از جمله عدم وجود برخی اسناد، ضعف در بایگانی، رویه‌های اداری و حق امتیاز مصونیت از افشا را مطرح می‌کند. (Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. of Republic of Indonesia, 2016:246) دیوان با در نظر گرفتن شرایط حاکم و دستوراتی که صادر کرده بود و همچنین مقرراتی که در خصوص ارائه ادله بر این پرونده حاکم بود و براساس شواهدی که در این خصوص در اختیار داشتند این طور اظهار نظر کردند که به نتایج خود می رسند و نیازی به استنتاج منفی ندارند. (Churchill Mining

13. *Ad hoc*
14. *CHURCHILL MINING AND PLANET MINING V. INDONEESIA*
15. *ICSID*

(and Planet Mining Pty Ltd v. of Republic of Indonesia, 2016:249

در پرونده رمپترول گروپ علیه رومانی[16] که در نهاد داوری ایکسید رسیدگی شد. دیوان داوری از خوانده خواست تا اسناد خاصی را که مربوط به شنود تلفنی یک شاهد و درخواست‌های دولتی برای دریافت اطلاعات از مؤسسات بانکی بود، ارائه کند. خوانده از ارائه اسناد درخواستی خودداری کرد اما دلایل خود را برای عدم افشای بیشتر به‌تفصیل بیان نمود. در رابطه با درخواست‌های بانکی: افشای این اطلاعات موجب آگاهی دارندگان حساب‌های بانکی از تحت تحقیق بودنشان می‌شد که می‌توانست منجر به از بین بردن یا پنهان کردن مدارک مهم و در نتیجه آسیب جبران‌ناپذیر به روند تحقیقات گردد. در رابطه با مجوزهای شنود،افشای این اسناد اطلاعات حساسی درباره منابع اطلاعاتی آشکار می‌کرد که دارای سطح بالایی از طبقه‌بندی امنیتی بودند و افرادی که موضوع شنود بودند، طبق قوانین رومانی، حق دسترسی به آن‌ها را نداشتند.

علاوه بر این، هیچ‌یک از این افراد از حقی که طبق قوانین رومانی داشتند برای درخواست کاهش سطح طبقه‌بندی امنیتی این اسناد استفاده نکرده بودند. علاوه بر این، خوانده توضیح داد که بخش قابل توجهی از اسناد درخواستی از طریق رویه‌های داخلی معمول در دسترس است. (The Rompetrol Group N.V. v. Romania,2013:186)

خواهان از دیوان درخواست کرد که از خودداری خوانده در ارائه این اسناد، سوء رفتار را استنباط کند، (The Rompetrol Group N.V. v. Romania,2013:238 270) اما دیوان این درخواست را رد کرد: «دیوان نیازی نمی‌بیند که این موضوع را با جزئیات بیشتری بررسی کند یا نظر رسمی‌تری در مورد این‌که آیا عدم پایبندی جزئی خوانده قابل‌توجیه بوده است یا خیر، ارائه دهد. کافی است ذکر شود که دلایل ارائه‌شده از سوی خوانده، به‌طور مفصل، دلایل مهمی هستند که از سوی سایر دیوان‌های داوری نیز به رسمیت شناخته شده‌اند و بنابراین، در محدوده «دلایلی» قرار می‌گیرند که دیوان ایکسید موظف است طبق ماده ۳۴(۳) قواعد داوری به‌طور رسمی آن‌ها را مورد توجه قرار دهد. خواهان در دفاع شفاهی نهایی خود یا در لایحه پس از جلسه استماع، درخواست صریحی برای استنتاج‌های منفی خاص مطرح نکرد. با توجه به این موارد، و همچنین با در نظر گرفتن میزان پایبندی جزئی خوانده که در مکاتبات میان طرفین مستند شده است، با توجه به این‌که دیوان پس از اتمام جلسه استماع شفاهی فرصت بررسی حکم نهایی دادگاه عالی رومانی در مورد قانونی بودن شنود تلفنی را داشته است، دیوان بر این باور نیست که شرایط موجود، مستلزم استنتاج منفی کلی یا خاصی باشد. بررسی ادعاهای واقعی خاص خواهان و استدلال‌های مبتنی بر آن‌ها به همان شکل باقی خواهد ماند و در بخش دوم رأی داوری به‌صورت موضوع‌به‌موضوع مورد قضاوت قرار خواهد گرفت.» (The Rompetrol Group N.V. v. Romania,2013:186)

به طور کلی، گفته می‌شود که استنتاج‌های منفی واکنشی نامناسب به استناد با حسن نیت به یک حق امتیاز مصونیت از افشا هستند. در واقع، همان طور که شاونسی اشاره کرده است: «تهدید به استنتاج منفی موجب می‌شود که یک طرف مجبور شود بین دو گزینه نامطلوب یکی را انتخاب کند یا ارتباطات دارای حق امتیاز مصونیت از افشا را فاش کند، یا متحمل استنتاج‌های منفی شود که ممکن است منعکس‌کننده حقیقت نباشند.» (GREGOIRE,2016:203)

در پرونده متال تک علیه ازبکستان[17] که در نهاد داوری ایکسید به آن رسیدگی شد. دیوان داوری استنتاج منفی کرد که هیچ خدمات مشروعی در زمان ایجاد سرمایه‌گذاری خواهان توسط مشاوران ارائه نشده است. این نتیجه‌گیری به‌دلیل عدم ارائه مدارکی بود که دیوان دستور ارائه آن‌ها را داده بود. دیوان در رای خود این طور بیان کرد که در جریان جلسه استماع درباره صلاحیت و مسئولیت، مشخص شد که خواهان مبلغ ۴ میلیون دلار به مشاوران بابت «فعالیت‌های لابی‌گری» طبق یک قرارداد مشاوره پرداخت کرده است. برای اینکه خوانده بتواند دفاعیه خود را مبنی بر وجود فساد اثبات کند، دیوان از خواهان خواست که مدارک و شهادت شهود مربوط به خدمات ارائه‌شده توسط مشاوران را ارائه دهد. (Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, 2013:247)

دیوان در اینجا لازم می‌داند اشاره کند که خواهان، به جز یک نفر، هیچ شاهد دیگری برای اثبات اینکه مشاوران واقعاً خدمات مشروعی ارائه داده‌اند، معرفی نکرده است. قراردادهای مشاوره توسط مدیرعامل وقت شرکت امضا شده بود و تنها شاهد ارائه‌شده نیز اظهار داشت که این مدیرعامل چندین بار در سال برای دیدار با مشاوران به ازبکستان سفر می‌کرد و گزارش‌هایی درباره فعالیت

16. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*
17. *Metal-Tech v. Uzbekistan*

آن‌ها ارائه می‌داد. با این حال، اطلاعات بیشتری درباره محتوای این ملاقات‌ها یا نوع خدمات ارائه‌شده مطرح نشد، در حالی که چنین اطلاعاتی می‌توانست به روشن شدن موضوع کمک کند.

همچنین، افراد دیگری که در فرایند معرفی مشاوران یا دریافت پرداختی‌ها نقش داشته‌اند نیز می‌توانستند برای ارائه توضیحات بیشتر فراخوانده شوند اما این اتفاق نیفتاد. از جمله فردی که در دوره‌ای مدیریت شرکت‌هایی را برعهده داشت که در پرداخت‌ها نقش داشتند اما او نیز برای ادای شهادت حاضر نشد. جالب آن که تنها شاهد پرونده اظهار کرده که تا سال‌ها بعد از قرارداد نیز با یکی از این افراد در تماس بوده است. این موارد نشان می‌دهد که امکان ارائه اطلاعات دقیق‌تر وجود داشته، اما خواهان از این فرصت بهره نبرده است. (Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, 2013:263)

خواهان توضیح داد که نمی‌تواند از این شهود برای ارائه شهادت استفاده کند زیرا افراد به‌شدت نگران امنیت خود هستند و از پیگیری دعوی علیه دولت ازبکستان هراس دارند. این توضیح قانع‌کننده نیست. هیچ‌یک از ایشان در ازبکستان زندگی نمی‌کنند. در صورتی که آن‌ها نگران امنیت خود بودند، دیوان می‌توانست ترتیبات لازم را اتخاذ کند. (Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, 2013:264)

بنابراین، دیوان نمی‌تواند توجیهات خواهان را برای عدم ارائه مدارک، چه به‌صورت اسنادی و چه به‌صورت شهادت شهود، بپذیرد. این موضوع زمانی برجسته‌تر می‌شود که شاهد اذعان داشت که مشاوران کمک‌های گسترده‌ای ارائه داده‌اند و اینکه متال تک به‌طور مستمر از فعالیت‌های مشاوران آگاه بوده است. در حالی که دیوان بر این باور نیست که خواهان قصد پنهان کردن مدارک را داشته است، نتیجه‌ای که به‌طور اجتناب‌ناپذیر از این کمبود مدارک حاصل می‌شود، این است که خواهان قادر به ارائه هیچ مدرکی دال بر ارائه خدمات نیست، زیرا هیچ خدمتی، یا حداقل هیچ خدمت مشروعی در زمان ایجاد سرمایه‌گذاری خواهان، در واقع انجام نشده است. دیوان این نتیجه‌گیری را در ارزیابی‌های بعدی خود از حقایق در نظر خواهد گرفت.» (Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, 2013:265)

در پرونده یوروپ سمنت علیه ترکیه[18] که به نهاد داوری ایکسید برای حل اختلاف مراجعه شده بود، دیوان داوری قبلاً دستور داده بود که برخی اسناد مهم ارائه شوند؛ از جمله گواهی‌های سهام مربوط به سال ۲۰۰۵، مدارک خرید سهام در ماه مه ۲۰۰۳، و نسخه‌های اصلی قراردادهای انتقال سهام مربوط به همان دوره. همچنین مقرر شده بود که این اسناد برای بررسی‌های قانونی در اختیار دیوان قرار گیرند. با این حال، خواهان هیچ‌یک از این اسناد را ارائه نکرد و بعدها نیز اعلام کرد که اصولاً توانایی ارائه آن‌ها را ندارد. در نتیجه، طرف مقابل استدلال کرد که این موضوع می‌تواند دلیلی بر جعلی بودن نسخه‌هایی باشد که پیش‌تر همراه با دادخواست ارائه شده بودند، از جمله گواهی‌ها و قراردادهای مورد ادعا. (Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey,2009:99)

خوانده استدلال کرد که در مواجهه با عدم تبعیت یوروپ سمنت از دستورات دیوان داوری برای ارائه اسناد، استنتاج مناسب برای دیوان این است که یوروپ سمنت مالک سهام موردنظر نبوده و ادعای آن متقلبانه بوده است. (Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey,2009:103)

برای اثبات مالکیت، خواهان نسخه‌هایی از قراردادهای انتقال سهام مربوط به مه ۲۰۰۳ و همچنین گواهی‌های بی‌نام سهام صادرشده در اکتبر ۲۰۰۵ را ارائه کرده بود که نشان می‌داد مالک سهام دو شرکت ترکیه‌ای بوده است. اما اعتبار این اسناد مورد تردید قرار گرفت و هیئت داوری از خواهان خواست اصل اسناد و مدارک تکمیلی برای اثبات اصالت آن‌ها را ارائه کند. همچنین خواهان موظف بود ثابت کند که در زمان مربوط، واقعاً مالک سهام آن شرکت‌ها بوده است. با وجود این، خواهان هیچ‌کدام از اسناد خواسته‌شده را ارائه نکرد. در نهایت، نماینده خواهان اعلام کرد که شرکت به‌دلیل ناتوانی در ارائه مدارکی که مالکیت قانونی سهام را ثابت کند، درخواست دارد رسیدگی به پرونده متوقف و دعوا رد شود.

(Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey,2009:141)

هیئت داوری قراردادهای انتقال سهام و استدلال‌های مطرح‌شده درباره آن‌ها را بررسی کرده و موافق است که این اسناد سوالات

18. *Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey*

جدی را مطرح می‌کنند. اگر اصل قراردادهای انتقال سهام وجود داشت تا بتوان از آن‌ها کپی گرفت و کپی‌ها را در یادداشت خواهان درباره صلاحیت و مسئولیت در ۱۵ مه ۲۰۰۸ گنجاند، چرا نتوانستند این اسناد را زمانی که هیئت داوری در ۲۹ مه ۲۰۰۸ دستور ارائه آن‌ها را داد، تولید کنند؟ ؟ نماینده خواهان به مشکلات مدیریت قبلی و شرایط خاص اشاره کرد، اما توضیح قانع‌کننده‌ای ارائه نداد. بنابراین، هیئت داوری به این نتیجه رسید که احتمالاً این اسناد وجود نداشته‌اند، زیرا اگر وجود داشتند، می‌توانستند ارائه شوند و در برابر بررسی‌های دقیق حقوقی مقاومت کنند. این رویکرد نشان‌دهنده اهمیت ارائه شواهد معتبر و قابل تأیید در فرایند داوری است. (Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey,2009:152)

هیئت داوری به این نتیجه رسید که شواهد قوی وجود دارد که نشان می‌دهد انتقال سهام به یوروپ سمنت در سال ۲۰۰۳ اتفاق نیفتاده است و خواهان نتوانسته است ثابت کند که سهام را خریداری کرده است. این موضوع نشان می‌دهد که ادعای مالکیت سهام بر اساس اسناد جعلی بوده و ادعای خواهان فریب‌آمیز بوده است. اگر این ادعا درست باشد، به این معناست که خواهان صلاحیت هیئت داوری را بر اساس یک ادعای نادرست مبنی بر مالکیت سهام و سرمایه‌گذاری در ترکیه به چالش کشیده است. (Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey,2009:163)

هیئت داوری می‌توانست از استنباط منفی استفاده کند، زیرا خواهان نتوانست اصل قراردادهای انتقال سهام یا گواهی‌های سهام را ارائه دهد. حتی با وجود اینکه خواهان اعلام کرده بود که مخالفتی با ارائه برخی اسناد ندارد، هرگز هیچ سندی ارائه نکرد. این رفتار به هیئت داوری این استنباط را داد که اسناد مورد ادعای خواهان یا وجود نداشته‌اند یا نمی‌توانستند در برابر بررسی‌های دقیق حقوقی مقاومت کنند. در نتیجه، ادعای خواهان مبنی بر مالکیت سهام در زمان مربوطه، فریب‌آمیز بوده است. این پرونده نشان‌دهنده اهمیت ارائه شواهد معتبر و قابل تأیید در فرایند داوری است.

هیئت داوری اشاره کرد که خواهان نتوانسته است به طور جدی به استدلال‌های خوانده پاسخ دهد و این موضوع نشان می‌دهد که خواهان هرگز مالک سهام نبوده است، حداقل در زمان مربوطه برای تعیین صلاحیت (Europe Cement Investment and Trade S.A. v. of Republic of Turkey,2009:164 166). در نتیجه استنتاج مخالف علیه سرمایه گذار اعمال شد.

به طور کلی در فرایند داوری، کپی‌های اسناد (مانند فتوکپی) تا زمانی که طرف مقابل آن‌ها را به چالش نکشد، به‌عنوان اسناد اصیل در نظرگرفته می‌شوند. اگر سوالی درباره اصالت اسناد مطرح شود، هیئت داوری مسئول بررسی و تصمیم‌گیری در این مورد است. (Craig ,et al ,2001:249)

داوران در مقایسه با هیئت‌های منصفه، استنباط‌های محدودتری انجام می‌دهند و از استنباط‌های گسترده یا تبعیض‌آمیز خودداری می‌کنند. آن‌ها استنباط‌های خود را به موضوع خاصی که شواهد ارائه‌نشده احتمالاً به آن مربوط بوده است، محدود می‌کنند و درباره کل پرونده یا شخصیت طرف مقابل قضاوت نمی‌کنند. حتی در مورد موضوع خاص، استنباط‌های داوران معمولاً محدود و غیرقطعی است. به همین دلیل، گاهی طرفین با وجود عدم ارائه شواهد و نقض دستورات هیئت داوری، همچنان می‌توانند در داوری پیروز شوند. این رویکرد نشان‌دهنده تعادل بین حفظ انصاف و اجتناب از قضاوت‌های گسترده در فرایند داوری است. (Bedrosyan,2016:259)

۳. استنتاج مخالف و اختیار داوران برای اعمال آن

داوری، حاصل رضایت طرفین است و نتیجهٔ آن وابسته به تک‌تک واژگانی است که در قرارداد داوری درج شده است. بااین‌حال، دستیابی به توافقی که منجر به داوری بی‌عیب و نقص شود، از طریق روش‌های معمول امکان‌پذیر نیست. زیرا پیش از بروز اختلاف، توافقی که پس از ارجاع اختلاف به داوری، نیازمند توافق مجدد در جزئیات نباشد، تقریباً غیرممکن است. ازاین‌رو، بررسی حدود و اختیارات داور در این زمینه، حائز اهمیت خواهد بود. (Soltani-Nejad, Talabaki,2022: 52)

انجمن حقوق بین‌الملل در سال ۲۰۱۴ گزارشی را در خصوص اختیارات غیرقابل شمارش داروان منتشر کرده است و آن ها را در سه گروه اختیارات ضمنی،ذاتی و صلاحدیدی تقسیم بندی کرده است. اختیارات ذاتی در دسته با اهمیت ترین این اختیارات داوران اند. (Samadi maleh ,Mafi,2021:245)

در داوری‌های سرمایه گذاری، اختیارات ذاتی داوران، ابزارهایی هستند که برای حفظ صلاحیت، یکپارچگی فرایند دادرسی و صدور یک رأی قابل اجرا ضروری هستند. اختیارات ذاتی به طور طبیعی تنها در شرایط محدودی مورد استفاده قرار می‌گیرند. این اختیارات

باید به طور محدود تفسیر شوند و به‌صورت متناسب و تنها تا حدی که برای پاسخگویی به ضرورت‌های موقعیت خاص لازم است، استفاده شوند. (Brosseau And Rollat ,2024) این طور به نظر می رسد که استنتاج مخالف نیز ابزاری برای حفظ یکپارچگی در فرایند دادرسی باشد و در صدور رای قابل اجرا نیز بسیار حائز اهمیت باشد.

قاضی باراک سه موضوع را برای اختیارات قضایی شناسایی کرد: «واقعیت‌ها، اعمال هنجارها و خود هنجارها». لذا بررسی و تفسیر واقعیت ها برای دست یابی به حقیقت را می توان ابزاری دانست که در دسته اختیارات و صلاحدید تصمیم گیرنداگان واگذار شده. (Bjorklund and Brosseau,2017) قاضی شهاب الدین نیز در رای خود در پرونده کایاباشی، به این موضوع اشاره کرد که هر نهاد قضایی، چه درفرایند های حقوقی و چه کیفری، این صلاحیت ذاتی را دارد که در صورت نبود مقررات صریح، آیین دادرسی خود را تنظیم کند تا بتواند به درستی و به طور مؤثر وظایف قضایی خود را انجام دهد. (Bjorklund and Brosseau,2017)

اختیاری که داوران برای انجام استنباط‌های مخالف دارند، به‌ویژه زمانی که یکی از طرفین از اجرای دستورات معتبر مربوط به ارائه اسناد خودداری می‌کند، یکی از بخش‌های مهم و طبیعی نقش آن‌ها به‌عنوان قاضی است. این اختیار در چارچوب اختیارات کلی داوران برای تعیین اینکه چه شواهدی پذیرفته شود و چطور آن‌ها را ارزیابی کنند، قرار می‌گیرد. در واقع، این بخشی از مسئولیت حرفه‌ای داوران است که بتوانند در صورت همکاری‌نکردن یکی از طرفین، برداشت‌ها یا نتیجه‌گیری‌هایی علیه آن طرف داشته باشند. با اینکه در برخی موارد نادر ممکن است دادگاه‌های ملی به این نتیجه برسند که یک هیئت داوری در اعمال چنین استنباط‌هایی از حدود اختیارات خود فراتر رفته، اما چنین اتفاقی به‌ندرت رخ می‌دهد و معمولاً تصمیمات داوران در این زمینه پذیرفته می‌شود. (Born,2020:3741)

با این حال، محدودیت‌های اختیارات داور در اکثر موارد صرفاً یک مانع نظری محسوب می‌شود. بیشتر طرفین تمایلی ندارند که نارضایتی دیوان داوری را برانگیزند، زیرا دیوان اختیار کامل و تقریباً غیرقابل تجدیدنظر در تصمیم‌گیری در مورد تمام مسائل ماهوی مرتبط با دعاوی مطرح‌شده را دارد. (Craig et al,2001:456)

در رویه قضایی داوری سرمایه‌گذاری، یک رویه ثابت در مورد نحوه برخورد با استنتاج مخالف وجود دارد. در صورت نبود توافق میان طرفین، داوران بین‌المللی سرمایه‌گذاری به‌طور ذاتی اختیار دارند که از استنتاج مخالف در برابر عدم تبعیت غیرموجه یک طرف از دستور ارائه اطلاعات استفاده کنند. این اختیار از صلاحیت داوران در پذیرش و ارزیابی ادله و همچنین در تنظیم روند داوری ناشی می‌شود. (Solis,2018: 79)

مطابق قواعد داوری انسیترال[19] ۲۰۲۱ در مورد اختیارات داوران، در ماده (۱)۱۷ این طور بیان شده است که «با رعایت این مقررات، دیوان داوری می‌تواند روند داوری را به شیوه‌ای که مناسب تشخیص می‌دهد، اداره کند، مشروط بر اینکه با طرفین به‌صورت برابر رفتار شود و در مرحله‌ای مناسب از رسیدگی، به هر یک از طرفین فرصت معقولی برای ارائه دعوی خود داده شود. دیوان داوری، در اعمال اختیار خود، باید دادرسی را به گونه‌ای هدایت کند که از تأخیر و هزینه‌های غیرضروری جلوگیری شود و فرایندی عادلانه و کارآمد برای حل‌وفصل اختلاف طرفین فراهم گردد.» و همچنین قواعد آنسیترال در مورد شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری مبتنی بر معاهده در ماده ۴ این طور بیان کرده است : « در مواردی که قواعد شفافیت اختیار تصمیم‌گیری را به دیوان داوری واگذار می‌کنند، دیوان داوری در اعمال این اختیار باید موارد زیر را مدنظر قرار دهد:

الف) منافع عمومی در شفافیت داوری‌های سرمایه‌گذار-دولت مبتنی بر معاهده و در رسیدگی داوری خاص موردنظر؛ و
ب) منافع طرف‌های اختلاف در دستیابی به یک حل‌وفصل منصفانه و کارآمد برای دعوای خود.»

قواعد داوری بین المللی و سازمانی (و برخی قوانین ملی داوری) به طور ضمنی یا صراحتا اختیار انجام استنباط های منفی را از عدم ارائه شواهد قابل کشف توسط طرفین، به داوران اعطا کرده اند. (Sharpe ,2014:549)

اختیار ذاتی برای استنتاج‌های منفی در مواردی که قوانین در این زمینه ساکت هستند، ابزاری کارآمد و مؤثر برای اطمینان از مشارکت

19. UNCITRAL Arbitration Rules2021

با حسن نیت طرفین در حل و فصل اختلافات محسوب می‌شود. (Solis,2018: 86) این نشان دهنده توانایی داوران در بهره مندی از اختیارات خود برای حفظ انصاف، عدالت و تضمین جلوگیری از تاخیر غیرضروری و عمل با حسن نیت می باشد.

در پرونده کاراتوب علیه قزاقستان[20] که توسط نهاد داوری ایکسید، مطابق قواعد داوری ۲۰۰۶ ایکسید رسیدگی شد، کمیته ابطال آرای ایکسید که به موضوع استنتاج های منفی پرداخته بود، از این توانایی داوران حمایت نمود. در این رای این طور بیان شد خواهان همچنین ادعا می‌کند که «هیئت داوری توضیح روشنی نداد که چرا مدارکی که برای اثبات کنترل واقعی بر شرکت ارائه شده بود، کافی تلقی نشد. به‌نظر خواهان، داوران بدون اینکه به‌طور دقیق دلیل بیاورند، از عدم ارائه برخی اسناد توسط طرف مقابل یک نتیجه‌گیری منفی کلی کردند که این موضوع به اعتبار ادعاهای خواهان در طول رسیدگی آسیب زده است. خواهان معتقد است این اقدام باعث شد رأی صادرشده شفاف نباشد و استدلال‌های آن قابل پیگیری نباشد.» از نظر او، چنین برخوردی فراتر رفتن از اختیارات داوران و نادیده گرفتن یکی از اصول مهم آیین دادرسی به‌شمار می‌رود. (Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan (I),2014:197) کمیته قبلاً مشخص کرده است که تجاوز آشکار از اختیارات دراعمال قانون تنها در صورتی منجر به ابطال رأی می‌شود که داوران به طور کامل قانون را نادیده گرفته‌اند، رأی خود را بر اساس قانونی غیر از قانون قابل اجرا بنا کرده‌اند یا مرتکب یک خطای فاحش یا شدید حقوقی شده‌اند. ارزیابی شواهد و یافته‌های واقعی توسط هیئت داوری باید حفظ شود، مگر اینکه خطاهای واقعی به قدری فاحش باشند یا ارزیابی شواهد به قدری غیرمنطقی باشد که به خودی خود دلیلی برای ابطال رأی محسوب شوند. (Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan (I),2014:258)

نتیجه‌گیری

در نظام داوری، ارائه اسناد و مدارک از سوی طرفین دعوا نقش اساسی در روند رسیدگی و صدور رأی ایفا می‌کند. در صورتی که یکی از طرفین از ارائه اسناد مورد درخواست دیوان داوری امتناع ورزد، دیوان در وهله اول نسبت به این اقدام بدبین خواهد شد و در وهله دوم، ممکن است از ابزار استنتاج منفی یا مخالف بهره ببرد. در چنین شرایطی، دیوان می‌تواند چنین نتیجه‌گیری کند که امتناع از ارائه مدارک، با هدف پنهان‌سازی اطلاعاتی مهم از دیوان صورت گرفته است و در نتیجه، از این ابزار برای جلوگیری از انحصار اطلاعات توسط یکی از طرفین استفاده نماید.

با این حال، اعمال استنتاج مخالف مستلزم احراز معیارهای مشخصی است. نخست آن که، دیوان داوری باید شواهد اولیه‌ای در اختیار داشته باشد که وجود مدارک موردنظر را تأیید کند و تصوری از محتوای آن‌ها داشته باشد. دوم آن که، مدارک مذکور باید از ارتباط و اهمیت مستقیم با موضوع اختلاف برخوردار باشند. سوم، احراز شود که اسناد مورد درخواست، در اختیار و تحت کنترل طرف ممتنع قرار دارند. مفهوم کنترل در این زمینه به اشخاص وابسته به طرف امتناع کننده نظیر نمایندگان، کارمندان، منشی‌ها و سایر عوامل مرتبط تسری می‌یابد. اما در صورتی که اسناد در اختیار اشخاص ثالثی خارج از کنترل طرف امتناع کننده باشند–مانند کارمندان سابق–دیوان داوری ملزم به بررسی دقیق‌تری خواهد بود. از آنجا که دیوان داوری صلاحیت الزام اشخاص ثالث به ارائه اسناد را ندارد، در صورتی که عدم ارائه ناشی از عدم دسترسی واقعی طرف ممتنع باشد، اعمال استنتاج مخالف موجه نخواهد بود. علاوه بر این، رعایت اصول محرمانگی یکی دیگر از ملاحظات دیوان داوری در ارزیابی عدم ارائه اسناد محسوب می‌شود. چنانچه طرف ممتنع بتواند دلایل قانع‌کننده‌ای مبنی بر لزوم محرمانگی اسناد ارائه کند، این امر ممکن است به‌عنوان توجیهی موجه برای عدم ارائه مدارک تلقی شود، در چنین شرایطی، اعمال استنتاج مخالف علیه طرف ممتنع ضرورتاً مشروع نخواهد بود. همچنین، طرفی که ممکن است استنتاج مخالف علیه وی اعمال شود، باید آگاه باشد که عدم ارائه اسناد می‌تواند منجر به استنباط منفی دیوان داوری گردد.

دیوان‌های داوری از یک رویه از پیش تعیین‌شده برای اعمال استنتاج مخالف پیروی نمی‌کنند بلکه این ابزار را با توجه به اوضاع‌واحوال پرونده، اطلاعات موجود، و تصور خود از ماهیت و محتوای سند ارائه‌نشده به کار می‌گیرند. این اختیار ممکن است به‌صورت صریح یا ضمنی در قواعد داوری به دیوان اعطا شده باشد. حتی در مواردی که قواعد داوری اشاره‌ای صریح به بهره‌مندی از این ابزار ندارند،

20. *Caratube v. Kazakhstan (I)*

هیئت داوران، بر اساس اختیارات ذاتی خود در ارزیابی ادله، مجاز به اعمال استنتاج مخالف هستند. با این حال، چنانچه طرفین در توافق‌نامه داوری، صراحتاً اختیار دیوان را در این خصوص سلب کرده باشند، پر واضح است که امکان اعمال این ابزار از سوی دیوان منتفی خواهد بود.

به طور کلی، استنتاج مخالف به‌عنوان ابزاری مهم در نظام داوری، نقش دوگانه‌ای در صدور رأی و تشویق طرف ممتنع به ارائه اسناد ایفا می‌کند. در واقع استنتاج منفی تلاش می کند طرفین را در همان موقعیتی قرار دهد که اگر اسناد و مدارک ارئه می شدند بودند. این امر می تواند منجر به صدور آرای منطقی تر، قابل پیش‌بینی تر و عادلانه تر شود. با وجود این، به‌دلیل حساسیت و آثار حقوقی این ابزار، دیوان‌های داوری در اعمال آن جانب احتیاط را رعایت کرده و تنها در مواردی که شرایط لازم احراز شده باشد، به آن متوسل می‌شوند.

References

1. *Bedrosyan, A. (2016). Adverse inferences in international arbitration: Toothless or terrifying? Penn Carey Law Journals, 38(1), 241–273. https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol38/iss1/5*
2. *Bjorklund, A., & Brosseau, J. (2017). Sources of Inherent Powers in International Adjudication. European International Arbitration Review, 6(2), 1–49. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3037529*
3. *Born, G. (2020). International Commercial Arbitration (3rd ed.). The Netherlands: Kluwer Law International BV.*
4. *Brosseau, J., & Rollat, S. (n.d.). Inherent Powers of Tribunals. Available at: https://jusmundi.com/en/document/publication/en-inherent-powers-of-tribunals*
5. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan (I), ICSID Case No. ARB/08/12, Decision on the Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP, 21 February 2014.*
6. *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Award, 6 Dec 2016.*
7. *Craig, L., Park, W., & Paulsson, J. (2001). International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed.). New York: Oceana Publications, Inc.; ICC Publishing.*
8. *Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award, 13 August 2009.*
9. *Florou, A. (2019). Adverse inferences and penalty default rules in international investment arbitration: A policy approach to the production of evidence. Journal of International Dispute Settlement, 10(3), 423–442. https://doi.org/10.1093/jnlids/idz009*
10. *Garner, B. A. (2009). Black's Law Dictionary (9th ed.). United States of America St. Paul, MN: West.*
11. *Gharghani, A. (2019). "The Privilege against Self-Incrimination in International Courts; (ICC, ICTY, ICTR)". Journal of Legal Research, 18(38), 231–260. [In Persian] doi10.48300/jlr.2019.93391*
12. *Grando, M. T. (2009). Evidence, Proof, and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement. United statets, Oxford: Oxford University Press.*
13. *Greenberg, S., & Lautenschlager, F. (2011). Adverse inferences in international arbitral practice. ICC International Court of Arbitration Bulletin, 22(2), 43–56.*
14. *Gregoire, N. (2016). Evidentiary Privileges in International Arbitration… Genève · Zurich: Schulthess, Collection Genevoise, Droit International.*
15. *Houtte, V. (2009). Adverse inferences in international arbitration. Dossier of the ICC Institute of World Business Law. Available at: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%2527s%2520Rejoinder%2520%2528redacted%2520per%2520PO10%2529/Pi%25C3%25A8ces%2520juridiques/RL-0112.pdf&ved=2ahUKEwiit-D9luSLAxV3VqQEHYvcHrwQFnoECBkQAQ&usg=AOvVaw1esoxRq09FmAJIaIoEL5Wy*
16. *Kalinowska vel Kalisz, B. G., Kisielińska, J. G., Tomczyk, B., & Ostas, Ł. (n.d.). Planning and Organising Effective Procedures for Taking Evidence. Global Arbitration Review. available at : https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2ndedition/article/planning-and-organising-effective-procedures-taking-evidence*
17. *Kerubo,L (2023) ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION JOURNAL, Nairobi Centre for International Arbitration, Hazron, M. (2023). Due Process in Arbitration and How to Balance Fairness and Efficiency. 3(3), 72–90. ISBN No. 978-9914-40-777-8*
18. *Medical Practitioners Tribunal Service. (n.d.). Guidance on Drawing Adverse Inferences in Medical Practitioners Tribunal Hearings. Available at : : https://www.mpts-uk.org/-/media/mpts-documents/dc13423---guidance-on-drawing-adverse-inferences_pdf-85598002.pdf*
19. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 Oct 2013.*
20. *Maira, H. (2023). Due Process in Arbitration and How to Balance Fairness and Efficiency. NCIA Journal (Alternative Dispute Resolution Journal), 3(3), 72–90. ISBN: 978-9914-40-777-8. DOI: N/A.*
21. *Samadi Maleh, S., & Mafi, H. (2021). Discovery of Truth in International Commercial Arbitration with Emphasizing at Prague Rules (2018) 8(2), 237–258. https://doi.org/10.22096/law.2021.119449.1600 [In Persian]*
22. *Sandifer, D. V. (1975). Evidence before International Tribunals (Rev. ed.). New York: University Press of Virginia, International Law Institute.*
23. *Sharpe, J. K. (2014). Drawing adverse inferences from the non-production of evidence. Arbitration International, 22(4), 549–572. DOI:10.1093/arbitration/22.4.549*
24. *Shiravi, A. (2022). International Trade Law (14th ed.). Tehran: SAMT. [In Persian]*
25. *Solis, M. J. (2018). Adverse inferences in investor–state arbitration. Arbitration International, 34(1), 79–103. DOI:10.1093/arbint/aix029*
26. *Soltani-Nejad, H., & Talabaki, Z. (2022). "Guerrilla Tactics in Arbitration and How to Combat Them". Quarterly Journal of Private Law Studies, 52(1), 43–60. [In Persian] doi 10.22059/jlq.2022.321820.1007526*
27. *The Corfu Channel Case, ICJ Reports, Merits, Judgment of April 9, 1949, p. 32.*
28. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013.*
29. *Trisha Mitra,. (n.d.). Adverse Inference. Available at: https://jusmundi.com/en/document/publication/en-adverse-inference*
30. *UNCITRAL Arbitration Rules, 2021.*
31. *Zouari, M. A. (n.d.). The "Bona Fide" (Good Faith) Principle. Available at: https://jusmundi.com/en/document/publication/en-bona-fide-principle.*

Legal Analysis and Comparison of the Desirability of Using Transferable and Back-to-Back Letters of Credit in International Contracts

Rasoul Bahrampouri*[1] Samaneh Malaklou[2]

1. *Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran.*
(- Corresponding Author Email: r.bahrampoori@usc.ac.ir)*
2. *Ma. In Oil and Gas Law, Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran.*

Received: 2025-06-26
Revised: 2025-12-12
Accepted: 2026-08-25
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Bahrampoori, R.; Malaklou, S. (2026). Legal Analysis and Comparison of the Desirability of Using Transferable and Back-to-Back Letters of Credit in International Contracts. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (23-43) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.94154.1469

1. Introduction

Today, various methods of payment for goods have become common in international trade, among which letters of credit (L/Cs) are considered the most popular due to their role in providing liquidity, financial resources, and payment guarantees (Rouhani, 2017: 114). Some writers have even referred to them as the "lifeblood of international trade" (Schmitthoff, 2001: 574). As the fundamental principles of letters of credit and the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP600) indicate, a letter of credit entails an absolute commitment by the issuing bank to pay the beneficiary upon the presentation of documents that comply with the credit's terms (Schaffer et al, 2017: 185). Although the primary purpose of a letter of credit is to secure the beneficiary's interests rather than those of a third party, the beneficiary of the letter of credit may not necessarily be the ultimate supplier of the goods. In other words, the beneficiary (the seller under the underlying contract) may enter into the transaction with the understanding that they can later purchase the goods from their own supplier and deliver them to the final buyer (Hosseini & Eskini, 2014: 50).

In such cases, the beneficiary may be required to use the letter of credit or another method acceptable to the third party (the supplier) to guarantee their interests, provided that the terms of the credit are met. Some of these possibilities are addressed in the UCP600 itself (Bridge, 2024: 335), while others are based on international commercial customs and domestic laws. In certain cases, the bank may require collateral to issue a letter of credit and may use another letter of credit for this purpose, known as a "back-to-back letter of credit." In this arrangement, the claim arising from the first (primary) letter of credit serves as collateral for the second (back-to-back) letter of credit (Chowdhury & Preeti, 2024: 99). This type of letter of credit has several advantages as well as drawbacks. In some cases, it may be beneficial for financing the beneficiary of the primary letter of credit, while in others, due to its disadvantages, risks, and associated costs, it may not be favorable for the primary beneficiary.

On the other hand, one method for the initial beneficiary to finance payments or guarantees to their suppliers is through transferable letters of credit. By using transferable letters of credit, the first beneficiary (the seller in the underlying contract) can transfer all or part of the credit to the main supplier (Todd, 2013: 45), thereby avoiding the need to open an independent letter of credit. Despite their many advantages in international trade, letters of credit come with limitations for certain countries, including Iran. Economic sanctions, particularly

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

banking sanctions imposed on Iran in recent years, have created significant restrictions and prohibitions on the issuance, transfer, and confirmation of letters of credit for Iranian banks and merchants. Sanctions against Iranian banks have forced Iranian companies engaged in international trade to operate through intermediaries in third countries to open letters of credit and conduct transactions.

2. PURPOSE

Considering the various advantages and disadvantages of both transferable and back-to-back letters of credit, as well as the risks and costs they entail for the applicant, beneficiary, or issuing bank in international transactions, this paper adopts an analytical-descriptive approach to examine the questions that given Iran's current economic conditions, which are subject to multiple banking and trade restrictions, which type of letter of credit (transferable or back-to-back) is more favorable for Iranian businesses and what advantages, disadvantages, costs, and risks do Iranian merchants face when using each of these letters of credit and how can the legal, operational, and economic challenges associated with these letters of credit be addressed. To answer these questions, the study meticulously analyzes The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP600) and the Foreign Exchange Regulations of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran, and the Executive Regulation on the Issuance of Back-to-Back Letters of Credit. The paper ultimately seeks to identify the most suitable letter of credit mechanism for Iranian traders under sanctions and propose solutions to mitigate the legal, practical, and financial challenges they encounter.

To date, no independent research has been conducted that comparatively examines the advantages and disadvantages of transferable letters of credit and back-to-back letters of credit, and assesses the desirability of their use in comparison with one another. However, some studies related to this topic have been carried out, which are briefly presented in this section. Gary Collier, in a book titled "The Guide to Documentary Credits" (2007), examines the roles and responsibilities of banks at various stages, including the issuing bank, confirming bank, and advising bank, and discusses the process of transferring a letter of credit and its effects. However, in that book, back-to-back and transferable letters of credit have not been comparatively analyzed in terms of their advantages and disadvantages. Eskini and Hosseini (2014), in an article titled "Examining the Legal Nature of Credit Transfer under the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits of the International Chamber of Commerce," state that the person in whose favor the credit is issued is not necessarily the ultimate supplier of the goods. In some cases, the seller enters into the transaction hoping to procure the goods from another supplier and deliver them to the buyer. The transfer of a letter of credit—which involves substituting a third party in place of the original beneficiary—allows the first beneficiary not only to benefit from the price difference between the transferred credit and the original credit but also to delegate to another party the obligation to present the documents required under the credit. This article also does not examine the effects of making a letter of credit back-to-back, nor the differences and similarities between back-to-back credits and the transfer of a letter of credit. The purpose of present article is to examine the desirability of transferable letters of credit in comparison with back-to-back letters of credit in international trade, so that by examining both types of letters of credit, merchants can choose the best option as a payment method according to the circumstances of each contract.

3. METHODOLOGY

This study employs an analytical-descriptive approach. By utilizing books, scholarly articles, and judicial decisions, the paper collects and analyzes data to examine the impact of political and economic conditions on the use of transferable and back-to-back letters of credit. Additionally, through a comparative analysis of the advantages and disadvantages of both types of letters of credit, the study identifies the most suitable payment method for international contracts. It further describes and analyzes the current status of transferable and back-to-back letters of credit in international trade and explores their role in managing such contracts effectively. This structured approach ensures a comprehensive understanding of how these financial instruments can be best utilized despite existing constraints.

4. FINDINGS

The use of transferable letters of credit (L/Cs) offers several key benefits, particularly in facilitating financing for intermediaries without requiring personal funds. By enabling horizontal and vertical transfer of the credit, these L/Cs effectively manage multi-stage transactions (Mann & Warren, 2019: 337). This allows international traders to transfer the credit to suppliers without needing to open an independent L/C or wait for the primary L/C to be liquidated. Additionally, transferable L/Cs provide payment security for suppliers, ensuring that they receive payment from the bank as the second beneficiary upon fulfilling their contractual obligations (Carr & Stone, 2013: 457). They also streamline trade operations and financial management in multi-tiered contracts, significantly saving time and costs in payments to downstream suppliers. A major drawback of back-to-back L/Cs, however, is the cost and time involved in opening two separate credits. Unlike transferable L/Cs—which can be reassigned quickly and at minimal cost (only a transfer fee) back-to-back L/Cs require the primary beneficiary to undergo all formalities and bear the expenses of opening a secondary L/C (Chowdhury & Preeti, 2024: 99). This process is not only time-consuming but also exposes the issuing bank to higher risk, as it accepts the primary L/C's claim as collateral for the secondary L/C, leading to higher fees. Risks such as supplier delays and their impact on the supply chain further diminish the appeal of back-to-back L/Cs, making transferable L/Cs a more favorable option for many traders

One of the key strengths of back-to-back L/Cs over transferable L/Cs is their ability to preserve commercial confidentiality (Trivedi & Bhogal, 2019: 83). Since a separate L/C is issued, the primary beneficiary avoids disclosing supplier details—a critical advantage in sanctioned environments where concealing ties to restricted parties is essential (Beaucillon, 2021: 330). In contrast, transferable L/Cs always expose the primary beneficiary's suppliers (Sanati, 2024: 58). Back-to-back L/Cs also offer greater flexibility. The applicant (primary beneficiary) can modify shipping documents, repackage goods, or even rebrand products, reinforcing their role as an intermediary. This is particularly useful when the primary and secondary contracts involve different goods (e.g., raw materials vs. finished products), a scenario where transferable L/Cs are not viable. Moreover, transferable L/Cs face limitations in sequential transfers they can only be reassigned once (from the first to the second beneficiary) and cannot be further transferred (Burnett et al, 2019: 227). Back-to-back L/Cs, however, allow chained financing: a claim from one back-to-back L/C can serve as collateral for another, a practice not prohibited by UCP600 and supported by general L/C principles. These factors collectively underscore the superiority of back-to-back L/Cs in certain contexts, particularly where confidentiality, flexibility, and multi-tier financing are paramount.

It should be noted that in a back-to-back letter of credit, due to its complete independence from the primary letter of credit, the applicant of the primary letter of credit (the original buyer) does not learn the identity of the main supplier of the goods (the beneficiary of the back-to-back letter of credit). Given the independence of the banking files of the two credits, this information remains protected from the original buyer. Although the issuing bank of the second letter of credit will be aware of the person on whose request the primary letter of credit was issued, due to the lack of a contractual relationship between them (the issuing bank of the back-to-back letter of credit and the applicant of the primary letter of credit), as well as the bank's obligation to maintain confidentiality regarding information related to the banking file of the back-to-back letter of credit, this information will be withheld from the applicant of the primary letter of credit (the original buyer).

A transferable letter of credit not only provides payment security for suppliers but also acts as a tool to facilitate transactions. By using a transferable letter of credit, each beneficiary, by fulfilling their independent obligations within the chain, can receive their respective payment from a reputable bank without relying on the financial obligations of the intermediary or the original beneficiary. Ensuring payment security for beneficiary suppliers under transferable letters of credit is carried out in a transparent process, and within a specific supply chain, the rights and duties of each member of that chain are clearly defined. However, as will be discussed in the following sections, in back-to-back letters of credit, the first and last members of this supply chain (the original buyer and the original supplier) have no knowledge of each other. Only the intermediary (the beneficiary of the primary letter of credit and the applicant of the back-to-back letter of credit) indirectly establishes a relationship between them (the applicant of the primary letter of credit and the beneficiary of the back-to-back letter

of credit). Due to the issuance of two independent letters of credit, the level of payment security is higher, because each beneficiary receives payment under their independent letter of credit, and the performance or non-performance of obligations by any member of the supply chain has no effect on the rights of other parties involved in this process. From the perspective that transferable letters of credit provide financing for the intermediary without the need to open a new credit, they offer significant savings in time and cost compared to back-to-back letters of credit. However, given the considerable advantages of back-to-back letters of credit in creating commercial security for the beneficiary of the primary letter of credit (the applicant of the back-to-back letter of credit), expending this time and cost is justified. Moreover, from a legal standpoint, the existence of principles such as the independence of letters of credit (as stated in Article 4 of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits) further enhances the desirability of back-to-back letters of credit.

5. CONCLUSION

In the complex and multidimensional space of international trade, where politics and economics are interwoven with legal issues, transferable and back-to-back letters of credit are two instruments that play a significant role in promoting commercial transactions, managing risk, providing liquidity, and facilitating trade. The specific nature and special functions of each of these two payment instruments sometimes add to the complexity of processes and make the choice between these two mechanisms particularly sensitive and important. Based on the points raised in the present study and considering the political and economic climate governing the foreign trade of Iranian merchants, it appears that back-to-back letters of credit, due to their ability to better preserve the confidentiality of commercial relationships and the supply chain, considerable flexibility, higher financial security, and reduction of typical credit risks, enjoy a significant comparative advantage over transferable letters of credit. Indeed, in the sanctioned environment of foreign trade related to Iranian products and the restrictions on Iranian merchants, using transferable letters of credit can easily lead to the disclosure of information about main suppliers. In contrast, back-to-back letters of credit have the capability, by providing conditions such as multilayering transactions and credits, to sell products and transfer funds without revealing the identity of main sellers and suppliers. Admittedly, back-to-back letters of credit are more time-consuming and costly than transferable letters of credit, but their significant advantages, particularly in preserving commercial security, justify these drawbacks and make them a suitable and strategic tool for Iranian merchants.

However, there is a structural challenge regarding the regulations governing transferable and back-to-back letters of credit. The rules governing these letters of credit in Iran's legal system rely on the regulations, guidelines, and foreign exchange directives of the Central Bank, and no comprehensive codified law has been enacted in this regard. This fragmentation sometimes leads to conflicts between these regulations, at other times results in their contradiction with the fundamental principles governing letters of credit (the principle of independence and the principle of strict compliance of documents), and has even occasionally caused a departure from established international custom in this field (based on the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits), leading to the enactment of different rules. For example, although Article 38 of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600) establishes the principle that letters of credit are non-transferable, the contrary can be agreed upon at the applicant's request and with the issuing bank's acceptance, and the letter of credit can be opened as transferable. However, according to Article 55 of the Directive on Domestic Rial Letters of Credit, opening a domestic rial letter of credit as transferable (even with the agreement of the parties) is not permitted. Accordingly, it is suggested that the legislature, drawing on the experiences of countries such as the United States of America and the United Arab Emirates, establish a clear and integrated framework for letters of credit (especially transferable and back-to-back letters of credit) by enacting comprehensive, explicit, and detailed provisions (within the framework of the Commercial Code or an independent law). This would both clarify the rights and obligations of economic actors and provide robust legal support for judicial and arbitral authorities in dispute resolution.

Keywords: Principle of Strict Compliance, Beneficiary, Financing, Applicant, Intermediation.

تحلیل حقوقی و مقایسه مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی در قراردادهای بین‌المللی

رسول بهرامپوری[1*]، سمانه ملکلو[2]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۴-۰۵ | بازنگری: ۱۴۰۴-۰۹-۲۱ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۰۳ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال و اعتبارات اسنادی اتکایی، هریک نقشی اساسی در تأمین مالی قراردادهایی دارند که شخصی به‌عنوان واسطه میان خریدار اصلی (متقاضی) و تأمین‌کننده قرار می‌گیرد. با توجه به شرایط و ملاحظات موجود، در برخی موارد اعتبارات اسنادی اتکایی و در برخی موارد اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال، حمایت بیشتری از حقوق اشخاص دخیل در فرایند اعتبار اسنادی (متقاضی، ذی‌نفع و بانک صادرکننده) دارند. اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال دارای مزایایی از جمله کم‌هزینه و سریع‌تر بودن آن است و در مقابل دارای ایراداتی است؛ از جمله اینکه انتقال طولی آن بیش‌تر از یک مرتبه ممکن نبوده و خطر افشای اطلاعات مربوط به تأمین‌کنندگان اصلی، همواره ذی‌نفع نخست (فروشنده) را تهدید می‌کند. در مقابل، گشایش اعتبارات اسنادی اتکایی مستلزم صرف زمان و هزینه بیشتری هستند، لکن با توجه انعطاف قابل توجه آن نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال و با عنایت به نقش مؤثری که در محرمانه نگاه داشتن اطلاعات مربوط به تأمین‌کنندگان اصلی دارد، برای برخی فعالان در تجارت بین‌المللی مناسب تلقی می‌شود. در این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی مزایا و معایب و ریسک‌ها و چالش‌های موجود در هریک از این اعتبارات اسنادی تحلیل شده و نقاط افتراق نظام حقوقی ایران با مقررات بین‌المللی در این خصوص بررسی شد و مشخص گردید که در شرایط کنونی اقتصاد کشور ایران و وجود محدودیت‌های تجاری و بانکی بر فعالیت بازرگانان ایرانی، استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی در گسترش مبادلات و تأمین امنیت تجاری، تأمین نقدینگی و تسهیل معاملات، مطلوبیت بیشتری دارد.

واژگان کلیدی: اصل مطابقت دقیق اسناد، تأمین مالی، ذی‌نفع، متقاضی، واسطه‌گری.

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) r.bahrampoori@usc.ac.ir
۲. کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران. smnemalaklou@gmail.com

مقدمه

امروزه روش‌های گوناگونی برای پرداخت وجه کالا در نظام تجارت بین‌المللی رواج پیدا کرده است که اعتبارات اسنادی به دلایلی از جمله تأمین نقدینگی و منابع مالی و تضمین پرداخت به‌عنوان محبوب‌ترین شیوه پرداخت در نظام بین‌المللی محسوب می‌گردد، به نحوی که برخی نویسندگان آن را خون حیات تجارت بین‌المللی[1] عنوان کرده‌اند (Schmitthoff, 2001: 574). همچنان که اصول بنیادین اعتبار اسنادی و نیز مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی[2] (UCP600) نشان می‌دهد، اعتبار اسنادی دربردارنده تعهد مطلق و مجرد بانک صادرکننده مبنی بر پرداخت وجه به ذی‌نفع در ازای ارائه اسناد مطابق با شرایط اعتبار است (Schaffer et al, 2017: 185). با اینکه هدف اصلی اعتبار اسنادی تأمین منافع ذی‌نفع است نه شخص ثالث، با این‌وجود ممکن است ذی‌نفع اعتبار اسنادی لزوماً تأمین‌کننده نهایی کالا نباشد؛ با این توضیح که ذی‌نفع اعتبار اسنادی (فروشنده قرارداد پایه[3]) با توجه به این‌که در آینده می‌تواند کالا را از تأمین‌کننده خود خریداری و تهیه کند و به دست خریدار نهایی برساند، وارد معامله شده است (Hosseini & Eskini, 2014: 50) در چنین شرایطی ممکن است ذی‌نفع ملزم شود به‌وسیله اعتبار اسنادی یا به روشی مورد قبول شخص ثالث (تأمین‌کننده)، منافع وی را تضمین کند؛ البته مشروط به آن که شرایط اعتبار رعایت شده باشد. برخی از این امکانات در خود مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600) در نظر گرفته شده (Bridge, 2024: 335) و برخی دیگر بر پایه عرف تجاری بین‌المللی و همچنین قوانین داخلی کشورهاست.

در مواردی نیز ممکن است بانک جهت گشایش اعتبار اسنادی، درصدد اخذ وثیقه بوده و از اعتبار اسنادی دیگری به همین منظور استفاده کند که به آن «اعتبار اسنادی اتکایی»[4] گفته می‌شود که در این نوع اعتبار، طلب ناشی از یک اعتبار اسنادی (اعتبار اسنادی اولیه) به‌عنوان وثیقه اعتبار اسنادی دوم (اعتبار اسنادی اتکایی) مورد استفاده قرار می‌گیرد (Chowdhury & Preeti, 2024: 99). این نوع اعتبار اسنادی دارای مزایای متعدد و همچنین ایرادات متعددی است که در برخی موارد، استفاده از آن برای تأمین مالی ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه مطلوبیت داشته و در برخی موارد به سبب معایب، ریسک‌ها و هزینه‌های ناظر به این نوع اعتبار اسنادی، استفاده از آن برای ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه مطلوب نمی‌باشد. از سوی دیگر، یکی از شیوه‌های تأمین مالی ذی‌نفع نخست برای پرداخت یا تضمین پرداخت وجه به تأمین‌کنندگان وی، استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال[5] است. با استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال، ذی‌نفع اولیه (فروشنده در قرارداد پایه) این امکان را دارد که تمام یا بخشی از اعتبار اسنادی را به نفع تأمین‌کننده اصلی انتقال دهد (Todd, 2013: 45) و بدین نحو، خود را بی‌نیاز از گشایش اعتبار اسنادی مستقل نماید.

اعتبارات اسنادی با وجود مزایای بسیاری که در تجارت بین‌المللی دارند، با محدودیت‌هایی برای برخی کشورها از جمله ایران همراه است. تحریم‌های اقتصادی و به طور خاص تحریم‌های بانکی که در سال‌های اخیر علیه کشور ایران اعمال شده‌اند، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های قابل توجهی را بر صدور، انتقال و تأیید اعتبارات اسنادی برای بانک‌ها و بازرگانان ایرانی ایجاد کرده‌اند. اعمال تحریم علیه بانک‌های ایرانی باعث شده است که شرکت‌های ایرانی که در زمینه خریدوفروش کالا با کشورهای خارجی فعالیت می‌کنند، ناگزیر از طریق واسطه‌ها در کشورهای ثالث، گشایش اعتبار و فعالیت نمایند.

با عنایت به وجود معایب و مزایای متعدد برای هریک از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال و اتکایی و همچنین با توجه به خطرات و هزینه‌هایی که این نوع اعتبارات اسنادی در معاملات بین‌المللی برای متقاضی یا ذی‌نفع یا بانک صادرکننده اعتبار اسنادی دارند، مقاله حاضر با شیوه تحلیلی – توصیفی و با تدقیق در «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)»، «مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران» و «آیین‌نامه اجرایی گشایش اعتبارات اسنادی اتکایی» به بررسی این سوال‌ها می‌پردازد که با توجه به شرایط اقتصادی فعلی کشور ایران که تحت محدودیت‌های متعدد بانکی و بازرگانی قرار دارد، استفاده از کدام‌یک از این اعتبارات اسنادی مطلوبیت بیشتری دارد و بازرگانان ایرانی در استفاده از هریک از این اعتبارات اسنادی با چه مزایا، معایب، هزینه‌ها

1. *The Life Blood of International Trade.*
2. *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600).*
3. *Underlying Contract.*
4. *Back-to-Back Letter of Credit.*
5. *Transferable Letter of Credit.*

و خطراتی مواجه هستند و در ادامه شیوه رفع چالش‌های حقوقی، عملیاتی و اقتصادی ناظر بر استفاده از این اعتبارات اسنادی مورد بررسی و تبیین قرار خواهد گرفت.

بر این اساس، مقاله حاضر در ۴ بند، ابتدا اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی را از لحاظ مفهومی و عملیاتی بررسی کرده و سپس در بند دوم مزایا و معایب اعتبارات اسنادی قابل انتقال و در بند سوم مزایا و معایب اعتبارات اسنادی اتکایی را مورد تحلیل قرار داده است و در بند چهارم مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی مورد بررسی و مقایسه قرار گرفته و در پایان، پیشنهادات نظری و عملی بیان شده است.

پیشینه

تاکنون پژوهش مستقلی به که صورت تطبیقی، مزایا و معایب اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اعتبارات اسنادی اتکایی را به‌صورتتطبیقی بررسی نموده و مطلوبیت استفاده از آن‌ها را در قیاس با یکدیگر بسنجد، انجام نشده است؛ اما برخی پژوهش‌های مرتبط با این موضوع انجام شده است که در این بند، به‌صورتمختصر بیان می‌گردد. گری کولیر[6] در کتابی با عنوان The Guide to Documentary Credits (۲۰۰۷) نقش و مسئولیت‌های بانک‌ها در مراحل مختلف از جمله بانک صادرکننده، بانک تأییدکننده و بانک ابلاغ‌کننده را بررسی نموده و فرایند انتقال اعتبار اسنادی و آثار آن را مورد بررسی قرار داده است؛ لکن در آن کتاب، به‌صورتمقایسه‌ای اعتبارات اسنادی اتکایی و قابل انتقال و مزایا و معایب آن‌ها بررسی نشده است. اسکینی و حسینی (۱۳۹۳) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی ماهیت حقوقی انتقال اعتبار در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی اتاق بازرگانی بین‌المللی»، بیان می‌دارند کسی که اعتبار به نفع او صادر می‌شود لزوماً عرضه‌کننده نهایی کالا نیست و در برخی مواقع، فروشنده با امید به اینکه در آینده می‌تواند کالا را از تأمین‌کننده دیگری تهیه کرده و به دست خریدار برساند، وارد معامله شده است. انتقال اعتبار اسنادی که عبارت است از جانشینی شخص ثالث به‌جای ذی‌نفع اعتبار اصلی، به ذی‌نفع اول این امکان را می‌دهد تا علاوه بر اینکه از تفاوت قیمت بین اعتبار انتقال‌یافته و اعتبار اصلی استفاده کند، تعهدات خود در تحویل اسناد اعتبار را به دیگری واگذار کند. در این مقاله نیز آثار اتکایی کردن اعتبار اسنادی و تفاوت‌ها و شباهت‌های آن با انتقال اعتبار اسنادی مورد بررسی قرار نگرفته است. کرمی کلمتی و ملائکه‌پور (۱۴۰۳)، در پژوهشی با عنوان «بررسی روش پرداخت اعتبار اسنادی اتکایی در تجارت بین‌الملل»، این موضوع را بررسی نموده‌اند که اعتبار اسنادی اتکایی وجه تمایز خاصی از لحاظ ماهیت، با سایر اعتبارات اسنادی ندارد، بلکه صرفاً اعتبار اسنادی اولیه‌ای به‌عنوان وثیقه و تضمین جهت صدور اعتبار اسنادی دیگر مورداستفاده قرار می‌گیرد. در مقاله مذکور، صرفاً به اعتبارات اسنادی اتکایی پرداخته شده، در حالی که هدف از نگارش مقاله حاضر بررسی مطلوبیت اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال در مقایسه با اعتبارات اسنادی اتکایی در تجارت بین‌الملل می‌باشد تا با بررسی هر دو اعتبار اسنادی بازرگانان بتوانند با توجه به شرایط موجود هر قرارداد، بهترین گزینه را به‌عنوان روش پرداخت برگزینند.

۱. بررسی مفهومی و عملیاتی اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی

در این بند، به‌عنوان زمینه ورود به بررسی مزایا و معایب اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی، در ابتدا به‌صورت مفهومی و عملیاتی هریک از این دو نوع اعتبار اسنادی مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱-۱. اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال

اعتبار اسنادی قابل‌انتقال، نوع خاصی از اعتبارات اسنادی است که بر اساس شرط «قابلیت انتقال اعتبار اسنادی»، ذی‌نفع اختیار دارد که تمام یا بخشی از اعتبار اسنادی را به شخص ثالث منتقل نماید (Carr & Stone, 2013: 457) و پس از انتقال اعتبار اسنادی، منتقل‌الیه (ذی‌نفع دوم) قائم‌مقام انتقال‌دهنده (ذی‌نفع اول) خواهد شد و در صورت ارائه اسناد منطبق بانک اقدام به پرداخت وجه اعتبار اسنادی (به میزان منتقل شده به ذی‌نفع دوم) می‌نماید.

6. *Gary Collier.*

اصل بر آن است که اعتبارات اسنادی به‌صورت غیرقابل‌انتقال گشایش می‌شوند و قابل‌انتقال بودن اعتبار اسنادی بر اساس ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» نیاز به تصریح دارد (Shiravi, 2022: 261). بندهای a و b ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» نیز تصریح می‌دارد که «بانک هیچ‌گونه تعهدی به انتقال اعتبار ندارد، مگر به ترتیب و حدودی که صریحاً با آن موافقت کرده باشد و اعتبار قابل‌انتقال اعتباری است که (قابل‌انتقال) بودن آن مشخصاً در اعتبار ذکر شود.» در نظام حقوقی ایران، در بخش اول مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی، تحت عنوان «واردات کالا و خدمات» که در سال ۱۴۰۱ آخرین اصلاحات آن به تصویب رسیده است، دستورالعمل‌های مفصل و دقیق در خصوص اعتبارات اسنادی بین‌المللی ارائه شده است که در بند ۹-۴ ذیل بند «الف» بخش اول، به‌صراحت موضوع قابلیت انتقال اعتبارات اسنادی بین‌المللی را مورد بررسی قرار داده است و امکان انتقال اعتبارات اسنادی را تحت شرایط و الزامات خاصی به رسمیت می‌شناسد. دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۰۰۳۶ مورخ ۱۳۹۶/۰۱/۱۹ صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در تأیید دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۲۱۶۱۸۰۱۲۳۸ مورخه ۱۳۹۵/۱۰/۱۸ صادره از شعبه ۸۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران بیان می‌دارد: در اعتبار اسنادی قابل انتقال، ذینفع اعتبار می‌تواند عملاً اعتبار گشایش یافته را به شخص ثالث انتقال و شخص اخیرالذکر این حق برایش ایجاد که به بانک گشایش کننده مراجعه و نسبت به مطالبه وجه مندرج در آن اقدام نماید.

موارد فوق‌الذکر در خصوص اعتبارات اسنادی بین‌المللی بیان شد؛ لکن در نظام حقوقی ایران صدور اعتبارات اسنادی داخلی - ریالی به‌صورتقابل انتقال (حتی با توافق متقاضی و بانک صادرکننده) ممنوع بوده و گشایش چنین اعتباری مجاز نیست. ماده ۵۵ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی - ریالی (اصلاحی ۱۴۰۳) گشایش اعتبار اسنادی داخلی - ریالی به‌صورت قابل انتقال (حتی با توافق طرفین) را مجاز ندانسته و تصریح می‌نماید: «گشایش اعتبار اسنادی داخلی که بر اساس آن معامله اعتبار اسنادی داخلی قبل از ارائه اسناد مطابق یا قبل از احراز مطابقت آن با شرایط اعتبار امکان‌پذیر باشد، مجاز نمی‌باشد». بدین ترتیب از این حیث، تعارض میان مقررات داخلی و بین‌المللی مشهود و قابل توجه است.

انتقال اعتبار اسنادی بین‌المللی، ممکن است به‌صورت کلی محقق شود یا جزئی که البته انتقال جزئی آن در صورتی صحیح است که بر اساس بند «d» ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» حمل یا برداشت تدریجی[7] از اعتبار مجاز باشد. لازم به ذکر است که بر اساس بند «a» ماده ۳۱ مقررات مذکور، اصل بر آن است که حمل یا برداشت تدریجی مجاز باشد، مگر آن که خلاف آن در اعتبار اسنادی مورد تصریح قرار گیرد. انتقال اعتبار اسنادی به‌صورت عرضی با هیچ محدودیتی مواجه نیست و ذی‌نفع اول (انتقال‌دهنده) می‌تواند اعتبار اسنادی را به‌صورت جزئی به تعداد زیادی ذی‌نفع دوم (منتقل الیهم) انتقال داده و این اشخاص را قائم‌مقام خود در اعتبار اسنادی قرار دهد (Cranston, 2018: 539)؛ به‌عنوان مثال یک اعتبار اسنادی به مبلغ ۱۰ میلیون یورو، هم به‌صورت کلی قابل‌انتقال است که تمام آن به یک شخص منتقل شود و هم به‌صورت جزئی که به‌عنوان مثال به ۱۰ شخص و هر کدام یک میلیون یورو منتقل شود.

باوجود نبود محدودیت انتقال اعتبار اسنادی به‌صورت عرضی که در فوق بیان شد، انتقال اعتبار اسنادی به‌صورت طولی با محدودیت مواجه بوده و ذی‌نفع یا ذی‌نفع‌های دوم اعتبار اسنادی، حق انتقال آن به اشخاص ثالث را ندارند و صرفاً مجاز هستند که آن را به ذی‌نفع نخست منتقل نمایند (Burnett et al, 2019: 227). این محدودیت در بند «d» ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» تصریح شده است: «اعتبار منتقل شده نمی‌تواند به تقاضای ذی‌نفع دوم به ذی‌نفع‌های بعدی منتقل شود. ذی‌نفع اولیه اعتبار، ذی‌نفع بعدی محسوب نمی‌شود[8].» در عمل، استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال در مواردی صورت می‌گیرد که ذی‌نفع اعتبار اسنادی به‌عنوانشخصی که با متقاضی، طرف قرارداد پایه قرار گرفته است، تأمین‌کننده نهایی کالا (در اعتبارات اسنادی کالایی) یا ارائه‌کننده نهایی خدمات (در اعتبارات اسنادی خدماتی) نیست (Hosseini & Eskini, 2014: 51)؛ بلکه خود وی کالا یا خدمات مذکور در قرارداد پایه را از شخص ثالثی دریافت می‌کند و جهت ایجاد سرعت و همچنین تأمین مالی قراردادهای خود با

7. *Partial Drawing or Shipments.*
8. *A transferred credit cannot be transferred at the request of a second beneficiary to any subsequent beneficiary. The first beneficiary is not considered to be a subsequent beneficiary.*

فروشندگان یا ارائه‌دهندگان خدمات زیرمجموعه خود، از اعتبار اسنادی قابل‌انتقال استفاده می‌کند. با توجه به اینکه تأمین‌کنندگان یا پیمانکاران فرعی واحد یا متعدد باشند، ذی‌نفع اعتبار اسنادی می‌تواند اقدام به انتقال کلی یا جزئی اعتبار اسنادی نماید.

۱-۲. اعتبارات اسنادی اتکایی

اعتبار اسنادی اتکایی از منظر حقوقی، اعتبار اسنادی عادی و مستقلی است که صرفاً شیوه توثیق وثایق در آن متفاوت از سایر اعتبارات اسنادی است؛ به همین سبب در «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» به اعتبارات اسنادی اتکایی اشاره‌ای نشده است. اعتبار اسنادی اتکایی، اعتباری است که به پشتوانه و توثیق یک اعتبار دیگر گشایش شده و موجودیت و حیاتی مستقل از اعتبار اسنادی وثیقه دارد (Chowdhury & Preeti, 2024: 99). توضیح آن که، ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه در برخی موارد که مصادیق آن در بند فوق بیان شد، قصد تأمین مالی تأمین‌کنندگان یا پیمانکاران فرعی و زیرمجموعه خود را داشته و قصد دارد از اعتبار گشایش شده به نفع خود برای رسیدن به این منظور استفاده کند؛ لذا برای گشایش اعتبار اسنادی برای زیرمجموعه خود اقدام به معرفی اعتبار اسنادی اولیه به‌عنوان وثیقه به بانک می‌نماید و بدین ترتیب، اعتبار اسنادی نخست وثیقه اعتبار اسنادی دوم شده و اعتبار ثانویه، به‌صورت کاملاً مستقل از اعتبار اسنادی نخست صادر و به ذی‌نفع آن ابلاغ می‌شود.

استقلال اعتبار اسنادی اتکایی از اعتبار اسنادی اولیه (اعتبار وثیقه) بدین معنی است که هرگونه خدشه در صحت و معتبر بودن اعتبار اسنادی اولیه، بر صحت و معتبر بودن اعتبار اسنادی اتکایی تأثیری ندارد، زیرا وثیقه از مباحث مربوط به قرارداد گشایش اعتبار اسنادی میان بانک صادرکننده و متقاضی است و بر اساس اصل استقلال اعتبار اسنادی که در ماده ۴ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» به آن تصریح شده است، خدشه در صحت وثیقه، تأثیری بر صحت اعتبار اسنادی صادر شده به پشتوانه آن وثیقه ندارد (Fifties, 2013: 3).

در عمل اعتبار اسنادی اتکایی به‌عنوان یکی از شیوه‌های تأمین مالی در معاملات باواسطه، ابزاری جهت مدیریت سازوکار پرداخت‌ها در معاملات چند لایه است که نه‌تنها نیاز به نقدینگی را کاهش می‌دهد بلکه ذی‌نفع اولیه (متقاضی اعتبار اسنادی اتکایی) را از تهیه وثیقه برای گشایش اعتبارهای آتی بی‌نیاز می‌کند (Sanati, 2024: 58) و ابزاری است که تا حدود زیادی اسرار تجاری ذی‌نفع اولیه را حفظ می‌کند که مزایا و معایب مربوط به اعتبارات اسنادی اتکایی در بند مربوطه به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت. در این زمینه لازم به ذکر است که در اعتبار اسنادی اتکایی، به سبب استقلال کامل آن از اعتبار اسنادی اولیه، متقاضی اعتبار اسنادی اولیه (خریدار اصلی) از فروشنده اصلی کالا (ذی‌نفع اعتبار اسنادی اتکایی) اطلاعی نمی‌یابد و با عنایت به مستقل بودن پرونده‌های بانکی دو اعتبار، اطلاعات مذکور از خریدار اصلی در امان خواهد ماند و اگرچه بانک گشاینده اعتبار اسنادی دوم مطلع از آن خواهد بود که اعتبار اسنادی اولیه به تقاضای چه شخصی صادر شده است، لکن به سبب فقدان رابطه قراردادی بین آن‌ها با یکدیگر (بانک گشاینده اعتبار اسنادی اتکایی و متقاضی اعتبار اسنادی اولیه) و همچنین تعهد بانک به عدم افشای اطلاعات مرتبط با پرونده بانکی اعتبار اسنادی اتکایی، این اطلاعات از متقاضی اعتبار اسنادی اولیه (خریدار اصلی) محفوظ خواهد ماند.

در نظام حقوقی ایران، به موجب پیوست چهارم بخش اول مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی، «آیین‌نامه اجرایی گشایش اعتبارات اسنادی اتکایی و تنزیل اعتبارات اسنادی صادراتی موضوع ماده ۱۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی و صنایع کشور[۹]»، بانک‌ها مجازند با در نظر گرفتن اعتبار مشتری، اعتبار اسنادی اولیه و اخذ وثایق کافی، نسبت به گشایش اعتبارات اسنادی اتکایی در سقف اعتبار اسنادی اولیه بر اساس مقررات و ملاحظات موجود در این قانون اقدام نمایند.

این مقرره در خصوص اعتبارات اسنادی اتکایی بین‌المللی است و اعتبارات اسنادی داخلی - ریالی از ضوابط متفاوتی پیروی کرده و بر اساس آن، گشایش اعتبار اسنادی داخلی - ریالی به‌صورت اتکایی ممنوع است. مطابق ماده ۶ ذیل فصل دوم «دستورالعمل اعتبار

۹. ماده ۱۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی و صنایع کشور: وزارت امور اقتصادی و دارایی و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلفند ظرف مدت دو ماه از تاریخ تصویب این قانون، ضوابط اجرایی و آیین‌نامه‌های لازم برای گشایش اعتبار اسنادی اتکائی (Back to Back) و پیش‌خرید (سلف خریدن) و تنزیل (Discount) کردن اعتبارات اسنادی صادراتی را با حق رجوع و بدون حق رجوع، به بانک‌ها ابلاغ نمایند. بعد از ابلاغ آیین‌نامه کلیه بانک‌های کشور با رعایت ضوابط، این قبیل خدمات را به صادرکنندگان کالا و خدمات فنی و مهندسی ارائه می‌نمایند.

اسنادی داخلی - ریالی» مصوب سال ۱۳۹۴ که آخرین اصلاحات آن در تاریخ ۱۴۰۳/۰۱/۲۱ به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده است، در خصوص وثایق تصریح شده است که وثایق مأخوذه باید «سهل البیع» باشند و منظور از سهل البیع بودن یا قابلیت فروش آسان این است که وثایق باید «عین» باشند. ازاین‌رو، این مقرره با امکان صدور اعتبارات اسنادی اتکایی که با توثیق طلب ناشی از اعتبار اسنادی سابق الصدور نزد بانک صادرکننده یا هر بانک دیگری صورت می‌پذیرد، مغایرت وجود دارد. طبق دستورالعمل مذکور، طلب ناشی از اعتبارات اسنادی پیشین نمی‌تواند به‌عنوان وثیقه مورد پذیرش قرار گیرد. بنابراین، در نظام بانکی ایران، گشایش اعتبارات اسنادی اتکایی داخلی امکان‌پذیر نیست. بر این اساس، در زمینه امکان گشایش اعتبار اسنادی به‌صورتاتکایی، میان مقررات داخلی و بین‌المللی تفاوت قابل توجهی وجود دارد.

۲. مزایا و معایب ناظر بر گشایش و استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال

در این بند، مزایا و معایب اعتبارات اسنادی قابل انتقال مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد تا مشخص شود که آیا می‌توان این ابزار پرداخت را در مرحله گشایش و استفاده از آن، به‌عنوان گزینه‌ای مناسب برای حفظ منافع اشخاص دخیل در اعتبار اسنادی (ذی‌نفع، متقاضی و بانک صادرکننده) تلقی کرد. این تحلیل با هدف ارائه تصویری شفاف و جامع از مزایا و معایب اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال انجام می‌شود تا دیدگاه جامعی درباره کارایی و محدودیت‌های این ابزار در تجارت بین‌المللی به دست آید.

۲-۱. مزایای اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال

در ابتدای این بند، این ویژگی اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال که در عمل سبب «تسهیل تأمین مالی برای واسطه‌ها بدون نیاز به منابع مالی شخصی» می‌شوند، بحث و بررسی شده و سپس نقش این اعتبارات در «تأمین امنیت پرداخت برای تأمین‌کنندگان ذی‌نفع» و همچنین «کاهش هزینه‌ها و زمان با استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال» بررسی می‌گردد.

۲-۱-۱. تسهیل تأمین مالی برای واسطه‌ها بدون نیاز به منابع مالی شخصی

بازارهای بین‌المللی عمدتاً در اختیار بازرگانانی است که محصولات را به قصد فروش، خریداری می‌کنند. این بازرگانان، در حالی که محصولات را هنوز نخریده یا تحویل نگرفته‌اند، آن را به فروش می‌رسانند و در بسیاری موارد، برای تأمین کالای مورد نیاز جهت تحویل آن به خریدار، از منابع مالی شخصی خود استفاده نکرده و در صدد آن هستند که با استفاده از ابزارهای مالی همانند اعتبار اسنادی قابل انتقال، وجه آن را به تأمین‌کننده پرداخت نمایند (Oliveira & Saumier, 2024: 315).

این مسئله زمانی اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که حجم معاملات بسیار بالا بوده و واسطه‌ها نیاز داشته باشند سرمایه زیادی را برای خرید این محصولات از تأمین‌کنندگان اولیه اختصاص دهند. محدودیت‌های مالی ممکن است مانع از انجام به‌موقع معاملات شود یا حتی فرصت‌های بزرگ تجاری را از بین ببرد. به‌عنوانمثال در معاملات نفتی که ارزش مالی بالایی دارند، چنین چالش‌هایی می‌تواند اثرات قابل‌توجهی بر زنجیره تأمین بگذارد (Russell & Taylor, 2019: 46). در این مواقع، ذینفع (فروشنده) از متقاضی (خریدار) تقاضای گشایش یک فقره اعتبار اسنادی قابل‌انتقال می‌کند تا بتواند بخشی از اعتبار یا تمام آن را به نفع ذینفع دیگری ظهرنویسی و منتقل کند (Mann & Warren, 2019: 337). یکی از مزایای کلیدی این نوع اعتبار اسنادی، توانمندسازی واسطه‌ها در مواجهه با چالش‌های مالی (با توجه به کلان بودن قراردادهای مربوطه) است. این ابزار مالی، آن‌ها را قادر می‌سازد تا بر موانعی نظیر کمبود نقدینگی و محدودیت در دسترسی به تسهیلات بانکی غلبه کنند و در عین حال تمرکز خود را بر بازاریابی و مدیریت فروش حفظ کنند. با استفاده از این نوع اعتبارات اسنادی، واسطه‌ها می‌توانند محصولات را به خریداران بعدی بفروشند و سود خود را از این معاملات زنجیره‌ای به دست آورند، بدون آن که نیاز به پرداخت مستقیم به تأمین‌کنندگان اولیه داشته باشند. این مزیت به آن‌ها امکان می‌دهد معاملات خود را تسهیل کنند و به سودآوری دست یابند، بدون آن که بار مالی سنگینی را تحمل کنند. به بیان دیگر، این نوع اعتبار به‌عنوان یک ابزار تأمین مالی مؤثر عمل می‌کند که به بازرگانان واسطه کمک می‌کند تا بر محدودیت‌های مالی خود غلبه کرده و فرصت‌های تجاری بیشتری را در اختیار داشته باشند (Aujara, 2019: 31).

به طور کلی، چالش‌های ناشی از تحریم‌های بانکی و تجاری، تأمین مالی و انجام معاملات بین‌المللی در برخی حوزه‌ها همانند خرید و

فروش محصولات نفتی را با مشکلات عملیاتی مواجه می‌کند (Van Bergeijk, 2021: 330). در شرایطی که کشور ایران با محدودیت‌های تجاری و بانکی مواجه است، اعتبار اسنادی قابل انتقال نقش ویژه‌ای در تسهیل معاملات ایفا می‌نماید. محدودیت‌های ناشی از تحریم‌ها، از جمله عدم دسترسی به سیستم‌های مالی بین‌المللی، ممنوعیت استفاده از بانک‌های معتبر جهانی و چالش در انتقال وجوه، فروش محصولات را با پیچیدگی‌های بیشتری روبه‌رو کرده است. به همین دلیل، اعتبار اسنادی قابل‌انتقال به‌عنوان یکی از روش‌های مؤثر برای مقابله با این موانع، به واسطه‌ها در این عرصه امکان می‌دهد تا معاملات خود را بدون نیاز به تأمین مالی مستقیم به سرانجام برسانند. اگرچه اعتبارات اسنادی قابل انتقال، در سرتاسر جهان برای بازرگانان جهت انجام معاملات باواسطه دارای کاربرد قابل توجه و وسیعی است و درصد قابل توجهی از اعتبارات اسنادی بین‌المللی را شامل میشود، لکن با عنایت به شرایط حاکم بر تجارت خارجی کشور ایران و احاطه تحریم‌های بین‌المللی، با عنایت به مطالبی که در بندهای آینده بیان خواهد شد، اعتبارات اسنادی اتکایی قابلیت استفاده بیشتری جهت تسهیل تأمین مالی برای واسطه‌ها بدون نیاز به منابع مالی شخصی، نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال دارند.

۲-۱-۲- تأمین امنیت پرداخت برای تأمین کنندگان ذینفع

استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال و امکان انتقال آن به‌صورت کلی یا جزئی توسط ذی‌نفع اول، امنیت در پرداخت به تأمین‌کنندگان را برای وی ایجاد می‌کند (Manavi Attar, 2021: 190)؛ به عبارت دیگر ذی‌نفع دوم یا انتقال گیرنده در مقابل بانک گشایش کننده حق خواهد داشت تا پرداخت اعتبار را درخواست کند و بانک تعهد متقابل را برای پرداخت وجه اعتبار خواهد داشت (Ellinger, & Dora, 2010: 286). ذی‌نفع اعتبار اسنادی قابل انتقال می‌تواند با استفاده از این قابلیت، اقدام به تأمین مالی مطمئن اشخاصی نمایند که کالاهای وی را تأمین می‌کنند تا این اشخاص پس از ارائه اسناد مطابق با شرایط اعتبار، مستقیماً از بانک اقدام به مطالبه وجه اعتبار اسنادی کنند و فروشنده (ذی‌نفع نخست) نیز کنترل مناسبی روی نحوه پرداخت وجه اعتبار دارد.

در قراردادهایی همانند قراردادهای مرتبط با محصولات نفتی که ارزش معاملات بالا بوده و زنجیره تأمین اغلب شامل چندین واسطه و خریدار می‌شود، تضمین پرداخت به‌موقع و مطمئن برای تأمین‌کنندگان از اهمیت حیاتی برخوردار است (Laxton & Zoltan, 2017: 7). اعتبار اسنادی قابل‌انتقال این امکان را فراهم می‌کند که بخشی از اعتبار، مستقیماً به تأمین‌کنندگان (ذی‌نفع‌های دوم) منتقل شود و این ویژگی به عرضه‌کنندگان این اطمینان را می‌دهد که پرداخت آن‌ها بدون واسطه، از طریق بانک‌های معتبر و در ازای ارائه اسناد منطبق، به‌صورت مستقیم صورت می‌گیرد. این سازوکار، ریسک عدم دریافت وجه یا تأخیر در پرداخت را به‌ویژه در معاملات زنجیره‌ای و چندمرحله‌ای که با واسطه‌های متعدد انجام می‌شود، به حداقل می‌رساند.

با توجه به محدودیت‌های تجاری و بانکی که کشور ایران با آن مواجه است، نگرانی تامین‌کنندگان از وصول وجه افزایش می‌یابد (Mataji & Rajabi Zadeh, 2021: 135) و در چنین شرایطی، اعتبار اسنادی قابل‌انتقال نه‌تنها امنیت پرداخت را برای تأمین‌کنندگان فراهم می‌کند، بلکه به‌عنوان ابزاری برای تسهیل معاملات عمل می‌کند و با استفاده از اعتبار اسنادی قابل‌انتقال هر ذی‌نفع با ایفای تعهدات مستقل خود در زنجیره می‌تواند سهم پرداختی خود را از بانکی معتبر دریافت کند، بدون اینکه به تعهدات مالی واسطه یا ذی‌نفع اصلی متکی باشد. تأمین امنیت پرداخت برای تأمین کنندگان ذینفع در اعتبارات اسنادی قابل انتقال، در فرایندی شفاف انجام خواهد شد و در یک زنجیره تأمین مشخص، حقوق و تکالیف هریک از اعضای این زنجیره مشخص است؛ لکن با عنایت به مطالبی که در بندهای آتی بررسی خواهد شد، در اعتبارات اسنادی اتکایی اعضای ابتدایی و انتهایی این زنجیره تأمین (خریدار اصلی و فروشنده اصلی) نسبت به یکدیگر شناختی نداشته و صرفاً واسطه (ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه و متقاضی اعتبار اسنادی اتکایی) به‌صورت غیر مستقیم میان آن‌ها (متقاضی اعتبار اسنادی اولیه و ذی‌نفع اعتبار اسنادی اتکایی) اقدام به برقراری رابطه می‌نماید و به سبب گشایش دو اعتبار اسنادی مستقل از یکدیگر، امنیت پرداخت در سطح بالاتری است، زیرا هر ذی‌نفع مطابق با اعتبار اسنادی مستقل اقدام به دریافت وجه می‌نماید و ایفا یا عدم ایفای تعهدات هریک از افراد زنجیره تأمین، تأثیری بر حقوق سایر اشخاص دخیل در این فرایند ندارد.

۲-۱-۳. کاهش هزینه‌ها و زمان برای ذی‌نفع با استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال

گشایش اعتبارات اسنادی اغلب مستلزم صرف زمان و هزینه‌های قابل‌توجهی است که می‌تواند تأثیر مستقیمی بر عملکرد پروژه‌ها داشته باشد. اعتبار اسنادی قابل‌انتقال، این مزیّت را دارد که به یک یا چند ذی‌نفع دوم منتقل شود؛ بدین معنی که با گشودن یک اعتبار

نیاز به گشایش چند اعتبار مستقل و در نتیجه پرداخت چندین کارمزد در این خصوص رفع می‌شود (Burnett et al, 2019: 227). اهمیت این موضوع در قراردادهای کلان به‌دلیل حجم گسترده معاملات، پیچیدگی زنجیره تأمین و حساسیت زمانی اجرای پروژه‌ها، دوچندان می‌شود.

به‌عنوان مثال در قراردادهای مرتبط با صنعت نفت، خرید تجهیزات و مواد اولیه بخشی اساسی از عملیات محسوب می‌شود. تجهیزاتی مانند دستگاه‌های حفاری، ماشین‌آلات سنگین، خطوط لوله انتقال یا حتی مواد شیمیایی موردنیاز برای پالایش، اغلب از تأمین‌کنندگان مختلف در داخل یا خارج از کشور تهیه می‌شوند که اعتبارات اسنادی قابل انتقال، نقش مؤثری در کاهش هزینه و زمان برای پرداخت به تأمین‌کنندگان یا پیمانکاران فرعی دارد.

از این منظر که اعتبارات اسنادی قابل انتقال بدون نیاز به گشایش اعتباری جدید، تامین مالی را برای واسطه انجام می‌دهد، صرفه‌جویی قابل توجهی در وقت و هزینه نسبت به اعتبارات اسنادی قابل اتکا دارند، لکن با عنایت به مزایای قابل توجه اعتبارات اسنادی اتکایی در ایجاد امنیت تجاری برای ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه (متقاضی اعتبار اسنادی اتکایی)، صرف این وقت و هزینه توجیه داشته و از منظر حقوقی نیز وجود احکامی همانند اصل استقلال اعتبارات اسنادی (مذکور در ماده ۴ مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی) به مطلوبیت اعتبارات اسنادی اتکایی جلوه بیشتری می‌دهد.

۲-۲. معایب اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال

در این بند، معایب اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال مورد تحلیل و واکاوی قرار می‌گیرد. اگرچه این نوع اعتبار اسنادی ابزار مفیدی برای تسهیل معاملات چند مرحله‌ای به‌نظر می‌رسد، اما ریسک‌ها و هزینه‌های اضافی برای متقاضی، خطر دریافت کالا از اشخاص ثالث ناشناخته، افزایش احتمال اشتباهات و تقلب در فرایند انتقال و احتمال افشای اطلاعات مربوط به زنجیره تأمین، از جمله معایب قابل توجه آن هستند.

۲-۲-۱. ریسک‌ها و هزینه‌های قابل توجه برای متقاضی

ریسک‌ها و هزینه‌های اضافی برای متقاضی اصلی یکی از معایب عمده‌ای است که در استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال برای خریدار وجود دارد. در قراردادهای چند لایه، معمولاً چندین طرف مختلف شامل تولیدکنندگان، تأمین‌کنندگان، پیمانکاران و خریداران درگیر هستند. زمانی که خریدار، گشایش یک اعتبار اسنادی قابل‌انتقال را از بانک صادرکننده درخواست می‌کند، این اعتبار ممکن است به چندین ذی‌نفع منتقل شود که هرکدام مسئول تأمین کالا یا خدمات خاصی هستند که این موضوع، در برخی نظام‌های حقوقی همانند نظام حقوقی ایران بر اساس بند ۹-۴ ذیل بند «الف» بخش اول مجموعه مقررات ارزی بانک مرکزی صرفاً با پذیرش کلیه مسئولیت‌های احتمالی توسط متقاضی انجام خواهد شد. این مسئولیت‌ها از منظر حقوقی ممکن است شامل مسئولیت ناشی از عدم ایفای تعهدات منتقل‌الیه یا ارائه اسناد غیرواقعی یا مجعول توسط وی بوده و بانک صادرکننده می‌تواند در هنگام انعقاد قرارداد گشایش اعتبار اسنادی قابل انتقال، حدود مسئولیت متقاضی در این زمینه را مشخص نموده و متقاضی با پذیرش این حدود مسئولیت و امضای قرارداد گشایش اعتبار اسنادی قابل انتقال (دارای شرط مسئولیت متقاضی)، متعهد به آن خواهد بود.

در این فرایند، خریدار (متقاضی) ممکن است مجبور به پرداخت هزینه‌های بیشتری برای گشایش اعتبار اسنادی قابل‌انتقال (در مقایسه با اعتبارات اسنادی غیرقابل‌انتقال) باشد (Jones, 2020: 340). این هزینه‌های اضافی ممکن است شامل کارمزدهای بانکی یا هزینه‌های مربوط به هماهنگی میان طرف‌های مختلف باشد. در قراردادهای کلان که هر تأمین‌کننده ممکن است محصولات یا خدمات خود را از مناطق مختلف و به‌صورت مجزا ارسال کند، این هزینه‌ها ممکن است به‌طور قابل‌توجهی افزایش یافته و بار مالی اضافی بر عهده متقاضی بگذارد.

۲-۲-۲. ریسک دریافت کالا از شخص ثالث ناشناخته

یکی دیگر از مشکلات جدی در استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال، ریسک دریافت کالا از شخص ثالثی است که ممکن است برای خریدار (متقاضی) ناشناخته باشد. به‌ویژه در معاملات بین‌المللی که برخی از تأمین‌کنندگان ممکن است در کشورهایی با شرایط

سیاسی و اقتصادی غیرشفاف قرار داشته باشند، ذی‌نفع ممکن است از تأمین‌کنندگان جدید یا ناآشنا برای تأمین تجهیزات و مواد اولیه استفاده کند. در چنین شرایطی، خریدار مجبور است ریسک این موضوع را بپذیرد که ممکن است کالای دریافتی مطابق با استانداردهای مورد انتظار نباشد یا حتی در زمان مشخص تحویل داده نشود (Erik, 2016: 62). علاوه بر این، برخی از تأمین‌کنندگان ممکن است برای اولین بار در معاملات با آن خریدار مرتبط شوند و تجربه کمی در تجارت با این خریدار خاص داشته باشند. در نتیجه، این امر می‌تواند به افزایش ریسک‌های عملیاتی منجر شود و مشکلاتی در تحویل به‌موقع کالا و کیفیت آن ایجاد کند.

۲-۲-۳. افزایش ریسک اشتباهات و تقلب در فرایند انتقال اعتبار اسنادی

در صورت انتقال اعتبار اسنادی، اشخاص بیشتری در فرایند اعتبار اسنادی درگیر می‌شوند و اسناد لازم است قبل از رسیدن به بانک صادرکننده دو بار بررسی شوند که این موضوع خطر بروز اشتباه یا مفقودشدن اسناد را افزایش می‌دهد. بزرگ‌ترین مشکل در کنترل عملیات یک اعتبار اسنادی قابل‌انتقال، افزایش خطر تقلب است که بخش زیادی از این خطر متوجه متقاضی اعتبار می‌باشد؛ زیرا معمولاً در اعتبارات اسنادی، متقاضی زیان‌دیده تقلب ارتکاب یافته از جانب ذی‌نفع است (Connerty, 2008: 5) و اوست که به‌شرط وجود اسناد مطابق با شرایط اعتبار، در نهایت متعهد به بازپرداخت وجه اعتبار اسنادی به بانک صادرکننده است.

در معاملات کلانی که ممکن است شامل چندین طرف از جمله تأمین‌کنندگان، حمل‌کنندگان، بیمه‌گران و بانک‌ها باشد، این خطرات می‌تواند بسیار محسوس‌تر باشد. برای مثال، اگر یک خریدار محصولات نفتی بخواهد از اعتبار اسنادی قابل‌انتقال برای پرداخت هزینه‌های خرید نفت خام از یک تأمین‌کننده خارجی استفاده کند، اسناد مربوط به معامله باید از تأمین‌کننده به بانک واسطه منتقل شده و سپس به بانک صادرکننده ارسال شود. در این مسیر، احتمال بروز تقلب یا اشتباه در بررسی اسناد یا حتی مفقود شدن آن‌ها بسیار زیاد است.

از جمله معایب اعتبارات اسنادی برای متقاضی امکان انجام تقلب توسط ذی‌نفع است که حقوق متقاضی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. ماده ۵ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» به‌عنوان کوتاه‌ترین ماده این مقررات، ضابطه بسیار مهمی در خصوص نقش بانک‌ها در تطبیق اسناد ارائه می‌دهد: «بانک‌ها بر اساس اسناد عمل می‌کنند و نه کالا، خدمات یا عملکرد مرتبط با اسناد». بر این اساس، هنگامی‌که ذی‌نفع اقدام به ارائه اسناد به بانک صادرکننده می‌نماید، بانک تکلیفی به بررسی ماهوی این اسناد نداشته و پس از احراز اصالت سند و مطابقت آن با مندرجات اعتبار اسنادی، اقدام به معامله اسناد نموده و وجه اعتبار اسنادی را به ذی‌نفع پرداخت می‌کند. به‌عبارت‌دیگر تنها وظیفه بانک بکار گرفتن دقت متعارف[10] برای حصول اطمینان از اصالت اسناد ارائه‌شده و انطباق آن‌ها با شروط و عبارات اعتبار اسنادی است (Krazovska, 2008: 8). این مقرره صحیح و کارآمد «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» که سبب سرعت فرایند آن می‌شود، در عمل موجب شده است که در برخی موارد، ذی‌نفع اقدام به تقلب نموده و با ارائه مستندات مجعول یا غیرواقعی به بانک، اقدام به دریافت وجه اعتبار اسنادی نماید و به همین دلیل، در کنار اصل استقلال اعتبار اسنادی که متضمن حقوق ذی‌نفع است، استثنای تقلب[11] (که به آن قاعده تقلب[12] هم گفته می‌شود) مطرح شد و حسب این استثنا، برای حفظ کارایی اعتبار اسنادی مراجع رسیدگی بر این تصمیم شدند که چنانچه تقلبی در فرایند ارائه اسناد توسط ذی‌نفع رخ دهد، با تعدیل اصل استقلال اعتبار اسنادی این تقلب را به‌عنوان دلیلی جهت متوقف کردن فرایند پرداخت وجه اعتبار اسنادی به ذی‌نفع بپذیرند. استثنای تقلب از جمله مواردی است که «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» در خصوص آن ساکت است و تفسیر آن را با توجه به وجود جنبه نظم عمومی و عناوین کیفری (مانند جعل و کیفری) در مسئله، به محاکم ملی واگذار کرده است.

در خصوص دامنه شمول استثنای تقلب لازم به توجه است که نحوه اعمال آن در نظام‌های حقوقی به‌صورت یکسان نبوده و برخی نظام‌های حقوقی (مانند انگلستان که تقلب واقعی و عملی را لازم می‌داند) اقدام به تفسیر مضیق مفهوم استثنا نموده و برخی نظام‌های

10. *Reasonable Care.*
11. *Fraud Exeption.*
12. *Fraud Rule.*

حقوقی (همانند ایالات‌متحده آمریکا که ارائه دلایل اولیه برای وقوع تقلب را کافی می‌دانند) مفهومی موسع از آن در نظر دارند؛ لکن به هر طریق، شیوه صحیح حفظ نقطه تعادل میان حقوق متقاضی و ذی‌نفع است و نه استثنای تقلب باید به حدی گسترده شود که کارایی اعتبار اسنادی را از بین برده و مطلوبیت آن را برای ذی‌نفع کم کند و نه به حدی محدود شود که در عمل اجازه ارتکاب تقلب را به ذی‌نفع داده و مطلوبیت آن را برای متقاضی کاهش دهد. این رویکرد در رأی صادر شده در پرونده Edward Owen Engineering Limited V. Barclays Bank International Limited (۱۹۷۸) در انگلستان مشهود است که دادگاه در رأی صادره بیان داشت صرفاً اوضاع و احوالی که موجب می‌شود بانک علی‌رغم مطابقت اسناد از پرداخت وجه اعتبار اسنادی به ذی‌نفع خودداری کند، آن است که برای بانک واضح و آشکار باشد که ذی‌نفع (فروشنده) با سوءنیت مرتکب تقلب شده است (Connerty, 2008: 5) و بدین ترتیب صرفاً یک نقض تعهد نمی‌تواند مانع پرداخت وجه اعتبار اسنادی به ذی‌نفع شود و از سوی دیگر، در مواردی که ذی‌نفع با سوءنیت مرتکب تقلب شده است، وجه اعتبار اسنادی به وی پرداخت نمی‌شود.

۲-۲-۴. احتمال افشای اطلاعات مربوط به زنجیره تأمین

یکی از اصلی‌ترین ریسک‌هایی که ذی‌نفع در اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال با آن مواجه است، بحث افشای تأمین‌کنندگان کالا یا پیمانکاران فرعی است. در این نوع اعتبار اسنادی، ذی‌نفع که معمولاً در موقعیت یک واسطه عمل می‌کند (Titi & Gómez, 2019: 240)، به دلیل انتقال اعتبار اسنادی به تأمین‌کنندگان و طرف‌های دیگر، ممکن است موقعیت اقتصادی مسلط خود را از دست بدهد. به عبارت دیگر، ذی‌نفع که در ابتدا نقش واسطه را ایفا می‌کند و از تفاوت قیمت‌های موجود در زنجیره تأمین بهره‌مند می‌شود، در معرض ریسک‌های قابل توجهی قرار می‌گیرد.

در فرایند انتقال اعتبار اسنادی، اطلاعاتی که شامل نام تأمین‌کنندگان اصلی کالا، پیمانکاران فرعی، منابع تأمین و جزئیات قراردادها هستند، قابل افشا بوده ولذا متقاضی امکان مطلع شدن از آن را دارد. این امر موجب می‌شود که متقاضی توانایی پیدا کند تا در آینده مستقیماً با تأمین‌کنندگان اصلی کالا یا پیمانکاران فرعی ارتباط برقرار کرده و قراردادهای مستقلی با آن‌ها منعقد کند. این وضعیت می‌تواند به معنای از دست دادن موقعیت واسطه‌گری برای ذی‌نفع باشد و در دفعات بعدی، او دیگر نتواند همانند گذشته به‌عنوان واسطه عمل کند. این امر می‌تواند منجر به از دست دادن درآمدها و منافع اقتصادی حاصل از واسطه‌گری برای ذی‌نفع شود (Sanati, 2024: 58). این نوع ریسک که به ریسک افشای تأمین‌کنندگان معروف است، یکی از مهم‌ترین چالش‌ها برای ذی‌نفع در اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال محسوب می‌شود. در واقع، ذی‌نفع با انتقال اعتبار اسنادی و در معرض افشا قرار دادن جزئیات مربوط به تأمین‌کنندگان، موقعیت خود را به‌طور بالقوه در معرض تهدید قرار می‌دهد و ممکن است نتواند در آینده همانند گذشته از واسطه‌گری کسب منفعت کند.

۳. مزایا و معایب ناظر بر گشایش و استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی

در این بند، با عنایت به وجود مزایا و معایب متعدد اعتبارات اسنادی اتکایی، ابتدا مزایای آن به‌صورت مختصر بررسی شده و در ادامه معایبی که در استفاده از این نوع اعتبار وجود دارد، بررسی خواهد شد.

۳-۱. مزایای اعتبارات اسنادی اتکایی

اعتبارات اسنادی اتکایی مجموعه‌ای از مزایا را ارائه می‌دهد که آن را از سایر انواع اعتبارات اسنادی متمایز می‌سازد. از جمله مزایای برجسته آن می‌توان به حفظ محرمانگی روابط تجاری، انعطاف‌پذیری در مدیریت معاملات چندلایه و تنظیم شرایط اعتباری و همچنین امکان تأمین مالی در مراحل مختلف معامله (چه پیش از معامله اسناد و چه پس از آن) اشاره کرد. این ویژگی‌ها، ابزار مؤثری برای کاهش ریسک‌ها و پاسخگویی به نیازهای متفاوت طرفین فراهم می‌کند.

۳-۱-۱. حفظ محرمانگی روابط تجاری از طریق اعتبار اسنادی اتکایی

یکی از برجسته‌ترین مزایای اعتبار اسنادی اتکایی، توانایی آن در حفظ محرمانگی روابط تجاری و مدیریت ارتباطات در زنجیره تأمین بین‌المللی است. در بسیاری از معاملات تجاری، واسطه‌ها نقش کلیدی در برقراری ارتباط بین تولیدکننده و خریدار نهایی ایفا می‌کنند.

با این‌حال، یکی از نگرانی‌های اساسی واسطه‌ها این است که هویت عرضه‌کننده نهایی بر خریدار افشا شود (Kenneth, 2008: 81) و در نتیجه خریدار نهایی و تولیدکننده اصلی بتوانند بدون دخالت واسطه، وارد معامله مستقیم شوند که این موضوع می‌تواند به حذف واسطه و آسیب به منافع او منجر شود. اعتبار اسنادی اتکایی ابزاری است که به‌طور مؤثر از این وضعیت جلوگیری می‌کند و حریم تجاری واسطه را تضمین می‌کند (Bana Niasari, 2016: 681)

در این سازوکار واسطه، اسناد حمل کالا و سیاهه‌های تجاری را تغییر می‌دهد، به‌گونه‌ای که هویت تولیدکننده اصلی برای خریدار نهایی آشکار نمی‌شود (Trivedi & Bhogal, 2019: 83). این تغییر اسناد همچنین امکان بسته‌بندی مجدد کالا را فراهم می‌آورد تا کالا با مشخصات و شرایط دلخواه واسطه به مقصد ارسال شود. برای مثال، بسته‌بندی ممکن است شامل برند یا علائمی‌باشد که واسطه تعیین می‌کند و این امر به تقویت اعتبار و جایگاه واسطه در معاملات کمک می‌کند. این مزیت نه‌تنها از محرمانگی اطلاعات واسطه محافظت می‌کند، بلکه به تقویت اعتماد خریدار به واسطه نیز منجر می‌شود. خریدار نهایی در این روند تنها واسطه را به‌عنوان نقطه تماس اصلی خود می‌شناسد و تمامی تعاملات خود را با وی انجام می‌دهد. از سوی دیگر، تولیدکننده اصلی نیز از طریق همین اعتبار اسنادی، تعهدات مالی خود را از بانک دریافت می‌کند، بدون اینکه مستقیماً با خریدار نهایی در ارتباط باشد.

این ویژگی از دو حیث برای قراردادهای بین‌المللی بازرگانان ایرانی اهمیت ویژه‌ای دارد؛ نخست اینکه واسطه می‌تواند از منافع تجاری خود محافظت کرده و از کنار گذاشته شدن در قراردادهای آتی جلوگیری نماید؛ دوم اینکه این محرمانگی می‌تواند به مدیریت بهتر ریسک‌های مرتبط با تحریم‌ها یا محدودیت‌های قانونی کمک کند، چرا که واسطه به‌عنوان نقطه تماس اصلی شناخته می‌شود و هویت عرضه‌کننده اصلی از خریدار نهایی پنهان می‌ماند.

بر این اساس وقتی که اعتبار اسنادی اتکایی گشایش می‌شود، هیچ‌گونه ارتباطی با اعتبار اسنادی اولیه ندارد و در واقع، این دو اعتبار اسنادی کاملاً مستقل از یکدیگر هستند و هرکدام از بانک‌های گشاینده مسئولیت‌های جداگانه‌ای دارند (Hao, 2013: 200). هر بانک به‌طور مستقل و بر اساس اعتباری که گشایش کرده، تعهدات خود را ایفا می‌کند و نمی‌تواند انجام تعهدات خود را مشروط به اجرای تعهدات ناشی از اعتبار دیگر کند.

۳-۱-۲. انعطاف‌پذیری اعتبار اسنادی اتکایی در مدیریت معاملات چندلایه

یکی از مزایای اعتبار اسنادی اتکایی، انعطاف‌پذیری آن در مدیریت معاملات پیچیده‌ای است که در آن کالا یا محصول نهایی پس از طی فرآیندهای تولید یا تغییر ماهیت به خریدار تحویل می‌شود (Bhatt, 2020: 11). توضیح آن که استفاده از اعتبار اسنادی قابل‌انتقال زمانی مطرح می‌شود که فروشنده در معامله، کالای موردنظر را به همان شکل و ماهیت اولیه از یک تأمین‌کننده دیگر خریداری کند و بدون هیچ تغییری به خریدار اولی تحویل دهد، زیرا وحدت کالای موضوع قرارداد بین ذی‌نفع اولیه اعتبار و خریدار (متقاضی) با کالای موضوع قرارداد بین ذی‌نفع اولیه اعتبار و منتقل‌الیه اعتبار از یک‌سو و وحدت قالب این دو معامله، از جمله پیش‌نیازهای استفاده از اعتبار اسنادی قابل‌انتقال هستند (Bana Niasari, 2016: 683)؛ اما در شرایطی که فروشنده برای انجام تعهدات خود در برابر خریدار، نیاز به تهیه مواد خام، قطعات یا تجهیزات دارد و کالای نهایی که به خریدار تحویل می‌دهد از نظر ماهیت با کالای خریداری‌شده اولیه تفاوت پیدا می‌کند، اعتبار اسنادی قابل‌انتقال دیگر کافی نخواهد بود (Karami &,Malaekehpour, 2022: 116). در این موارد فروشنده، مواد اولیه یا قطعات را خریداری می‌کند، اما کالاهای نهایی را پس از فرآیند تولید یا تغییر ماهیت، به خریدار تحویل می‌دهد. این عدم وحدت میان کالاهای دو معامله موجب می‌شود که اعتبار اسنادی قابل‌انتقال نتواند نیازهای این زنجیره تأمین را برآورده کند. در چنین وضعیتی، اعتبار اسنادی اتکایی با ارائه یک ساختار چندلایه، به فروشنده اجازه می‌دهد که از اعتبار اولیه صادرشده توسط خریدار به‌عنوان وثیقه برای گشایش اعتبار مستقل در مقابل تأمین‌کنندگان مواد خام یا فرآورده‌های میانی استفاده کند. این ابزار، انعطاف‌پذیری بیشتری در مدیریت زنجیره تأمین ایجاد می‌کند و فروشنده را قادر می‌سازد تا بدون نیاز به تطابق کامل میان کالاهای خریداری‌شده و کالاهای تحویلی، تعهدات خود را در برابر خریدار نهایی انجام دهد.

همچنین لازم به ذکر است که هیچ محدودیتی برای اتکایی کردن جزئی اعتبار اسنادی وجود ندارد. به عبارت دیگر، یک اعتبار اسنادی اولیه می‌تواند به‌عنوان وثیقه برای صدور چندین اعتبار اسنادی اتکایی مختلف مورد استفاده قرار گیرد و هیچ‌گونه ممنوعیتی برای این امر در مقررات حاکم بر اعتبارات اسنادی دیده نمی‌شود. امکان اتکایی کردن اعتبارات اسنادی به‌صورت جزئی، به این معناست که

یک اعتبار اسنادی اولیه می‌تواند به‌طور هم‌زمان وثیقه یک یا چند اعتبار اسنادی اتکایی قرار گیرد (Trivedi & Bhogal, 2019: 83). در «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» و دستورالعمل‌های بانک مرکزی، هیچ‌گونه ممنوعیتی برای گشایش چند اعتبار اسنادی اتکایی بر اساس یک اعتبار اسنادی اولیه ذکر نکرده‌اند و تنها محدودیت این است که مبلغ اعتبار اسنادی اتکایی نباید بیشتر از اعتبار اسنادی اولیه باشد.

۳-۱-۳- امکان تغییر شرایط و الزامات با استفاده از اعتبار اسنادی اتکایی

از جمله مزایای مهم اعتبار اسنادی اتکایی، انعطاف‌پذیری آن در تنظیم و تغییر شرایط و الزامات اعتباری است که به نفع تولیدکننده کالا گشایش می‌شود، حتی در مواردی که این شرایط با اعتبار اولیه تفاوت داشته باشد. در بسیاری از معاملات تجاری بین‌المللی، واسطه‌ها نیاز دارند تا شرایط اعتباری را به نحوی تنظیم کنند که الزامات و تعهدات هر طرف با نیازهای تجاری خاص خود سازگار باشد. این انعطاف‌پذیری فراتر از محدوده‌ای است که ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP600)» برای اعتبارات قابل‌انتقال مجاز می‌داند. (Jones, 2020: 250).

به‌طور معمول، در اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال، تغییر شرایط اعتبار اسنادی تنها در برخی موارد محدود مانند کاهش مبلغ اعتبار یا کاهش مهلت‌های ارائه اسناد مجاز است (Sahai, 2020:161)؛ بااین‌حال، واسطه ممکن است نیاز داشته باشد که الزامات اعتبار گشایش‌یافته به نفع تولیدکننده را به‌طور گسترده‌تری تغییر دهد. برای مثال، واسطه ممکن است بخواهد مهلت تحویل کالا، روش پرداخت یا نوع اسناد مورد نیاز را مطابق با توافق خود با تولیدکننده تنظیم کند، درحالی‌که اعتبار اولیه گشایش‌یافته توسط خریدار دارای شرایط متفاوتی باشد.

اعتبار اسنادی اتکایی این امکان را فراهم می‌کند که واسطه به‌صورت مستقل، اعتبار مستقلی را به نفع تولیدکننده گشایش کند و در عین حال، ارتباط مالی و تجاری میان اعتبار اولیه و اعتبار دوم را حفظ نماید (Chowdhury & Preeti, 2024: 99). این سازوکار به واسطه اجازه می‌دهد تا الزامات و شرایط اعتباری را به‌گونه‌ای تغییر دهد که ضمن برآورده کردن نیازهای تولیدکننده، الزامات اعتبار اولیه نیز رعایت شود.

این انعطاف‌پذیری در اعتبار اسنادی اتکایی به‌ویژه در تجارت بین‌المللی که شامل چندین طرف با نیازها و الزامات متفاوت است، اهمیت زیادی دارد. در معاملات بازرگانان ایرانی نیز این ابزار نقشی کلیدی ایفا می‌کند، زیرا قراردادهای این حوزه اغلب شامل مراحل متعددی از جمله تأمین مواد اولیه، واردات محصولات مورد نیاز و صادرات محصولات تولیدی است که ایجاب می‌کند در برخی موارد شرایط و الزامات متفاوتی بر اعتبارهای اسنادی متعدد حاکم باشد.

بر این اساس حتی در مواقعی که ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه مرتکب تقلب شود و به‌واسطه این تقلب، اعتبار اسنادی اولیه متوقف گردد، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این موضوع بر حقوق ذی‌نفع اعتبار اسنادی اتکایی تأثیر می‌گذارد و آیا او در دریافت وجه از بانک صادرکننده با مشکل مواجه می‌شود؟ در پاسخ باید گفت که خیر، اعتبار اسنادی اولیه و اعتبار اسنادی اتکایی دو اعتبار مستقل از یکدیگر هستند و خدشه در صحت و اعتبار یا متقوف شدن فرایند اجرای هریک از این اعتبارها، بر دیگری تأثیری ندارد.

۳-۱-۴. انعطاف‌پذیری اعتبار اسنادی اتکایی در تأمین مالی قبل و پس از معامله اسناد

یکی از ویژگی‌های برجسته اعتبار اسنادی اتکایی، انعطاف‌پذیری آن در تأمین مالی در مراحل مختلف یک معامله تجاری است. درحالی‌که اعتبار اسنادی قابل‌انتقال تنها به‌عنوان ابزاری برای تأمین مالی قبل از معامله اسناد مورداستفاده قرار می‌گیرد، اعتبار اسنادی اتکایی این امکان را فراهم می‌کند که هم قبل از معامله اسناد و هم پس از آن به‌عنوان یک ابزار تأمین مالی به کار گرفته شود (Bana Niasari, 2016: 682).

در اعتبار اسنادی قابل‌انتقال، انتقال اعتبار تنها تا قبل از ارسال کالا و تحویل اسناد به بانک امکان‌پذیر است. به این معنا که فرآیند انتقال محدود به مرحله‌ای است که فروشنده اصلی، اسناد مربوط به حمل کالا را تهیه و ارائه می‌کند. پس از ارسال کالا و دریافت اسناد توسط بانک، امکان استفاده مجدد از اعتبار یا انتقال آن وجود ندارد؛ اما در اعتبار اسنادی اتکایی، انعطاف‌پذیری بیشتری برای تأمین مالی فراهم می‌شود. این اعتبار نه‌تنها می‌تواند قبل از معامله اسناد به‌منظور تأمین مالی تولیدکننده یا تأمین‌کننده مواد اولیه گشایش

یابد، بلکه پس از معامله اسناد نیز به‌عنوان روشی برای تأمین مالی به کار گرفته می‌شود (Karami &,Malaekehpour, 2022: 115). پس از معامله اسناد و مشخص شدن طلب واسطه یا فروشنده از خریدار، این طلب می‌تواند به‌عنوان پشتوانه مالی برای گشایش یک اعتبار مستقل مورد استفاده قرار گیرد؛ بنابراین، اعتبار اسنادی اتکایی این مزیت را دارد که در تمامی مراحل معامله، از تولید تا ارسال و حتی پس از معامله اسناد، به‌عنوان ابزاری برای تأمین مالی عمل کند.

همچنین در خصوص اعتبارات اسنادی اتکایی این موضوع مطرح است که آیا اعتبار اسنادی اتکایی می‌تواند به‌عنوان وثیقه برای یک اعتبار اسنادی اتکایی دیگر قرار گیرد؟ در این خصوص هیچ ممنوعیتی نیست و هیچ وصف خاصی در اعتبار اسنادی اولیه وجود ندارد که مانع از این شود که اعتبار اسنادی اتکایی به‌عنوان وثیقه برای اعتبار اسنادی دیگری قرار گیرد. به عبارت دیگر، هیچ الزامی وجود ندارد که اعتبار اسنادی اولیه حتماً اتکایی نباشد تا اجازه استفاده از آن به‌عنوان وثیقه برای اعتبار اسنادی دیگر صادر شود.

۳-۲. معایب اعتبارات اسنادی اتکایی

اعتبارات اسنادی اتکایی، علی‌رغم مزایای قابل‌توجهی که در مدیریت معاملات پیچیده ارائه می‌دهد، دارای معایبی است که می‌تواند کارایی آن را در برخی شرایط کاهش دهد. از جمله مهم‌ترین این معایب می‌توان به هزینه‌بر و زمان‌بر بودن فرآیند گشایش دو اعتبار مستقل، ریسک‌های ناشی از تأخیر تأمین‌کننده و تأثیر آن بر زنجیره تأمین و خطراتی که وثیقه گذاری طلب غیرمنجز برای بانک صادرکننده ایجاد می‌کند، اشاره کرد. در این بند، به بررسی دقیق این معایب پرداخته می‌شود تا نقاط ضعف این ابزار مالی در مواجهه با نیازهای تجاری روشن گردد.

۳-۲-۱. هزینه‌بر و زمان‌بر بودن گشایش دو اعتبار مستقل

یکی از معایب قابل‌توجه اعتبارات اسنادی اتکایی، پیچیدگی و هزینه‌های اضافی ناشی از گشایش دو اعتبار مستقل است. در این نوع سازوکار مالی، برخلاف اعتبار اسنادی قابل‌انتقال، دو اعتبار مستقل به‌طور هم‌زمان مورد استفاده قرار می‌گیرد. اعتبار اول به نفع ذی‌نفع اولیه (واسطه) گشایش می‌یابد که در اغلب موارد واسطه تجاری یا واردکننده است. سپس اعتبار دوم، به تقاضای ذی‌نفع اولیه (متقاضی اعتبار اسنادی اتکایی) و به نفع ذی‌نفع دوم (تولیدکننده یا تأمین‌کننده اصلی کالا) گشایش می‌شود (Sanati, 2024: 58). صدور این دو اعتبار مستقل، هرکدام مستلزم فرآیندها و هماهنگی بانکی جداگانه هستند که زمان و هزینه مضاعفی را بر طرفین معامله تحمیل می‌کنند.

برای گشایش اعتبار اسنادی اتکایی (اعتبار دوم) طی کردن مراحلی نظیر بررسی مدارک، تأیید صلاحیت مالی و اعتباری، تنظیم قراردادهای مرتبط و هماهنگی با بانک‌های درگیر ضروری است. هر یک از این مراحل نیازمند صرف زمان قابل‌توجه و پرداخت هزینه‌های اضافی مانند کارمزدهای بانکی، هزینه‌های اسناد مالی و کارمزدهای تأیید یا تضمین است (Chowdhury & Preeti, 2024: 99). این موضوع به‌ویژه در معاملات بین‌المللی که شامل چندین بانک، طرف‌های مختلف و قوانین پیچیده است، می‌تواند فشار مالی و زمانی بیشتری بر واسطه‌ها وارد کند. اگرچه هزینه و زمان‌بر بودن اعتبارات اسنادی اتکایی یک چالش جدی است، اما در برخی موارد، ضرورت حفظ محرمانگی یا انعطاف‌پذیری اعتبار این هزینه‌ها را توجیه‌پذیر می‌کند.

۳-۲-۲. ریسک تأخیر تأمین‌کننده در اعتبارات اسنادی اتکایی و تأثیر آن بر زنجیره تأمین

یکی از معایب جدی اعتبارات اسنادی اتکایی، وابستگی به عملکرد تأمین‌کننده یا پیمانکار فرعی (ذی‌نفع دوم) در تحویل کالا یا ارائه خدمات در بازه زمانی تعیین‌شده است. در این نوع اعتبار، ذی‌نفع دوم که مسئول تأمین کالا یا خدمات است، نقشی کلیدی در اجرای تعهدات دارد. اگر این طرف به دلایلی مانند مشکلات تولید، کمبود مواد اولیه، نقص فنی یا حتی نوسانات بازار، نتواند کالا یا خدمات را در چارچوب زمانی مشخص تحویل دهد، تأثیرات منفی این تأخیر مستقیماً بر فروشنده (ذی‌نفع اول) و سایر طرف‌های درگیر در معامله وارد می‌شود (Bashkin & Trubitsina, 2022: 115).

ریسک این تأخیر در معاملات چندلایه بین‌المللی مانند قراردادهای مرتبط با پروژه‌های بزرگ‌مقیاس یا زنجیره‌های تأمین چندمرحله‌ای بیشتر است (Russell & Taylor, 2019: 46). به‌عنوان مثال در قراردادهای مرتبط با محصولات نفتی که زمان‌بندی دقیق در تحویل

مواد خام یا تجهیزات برای جلوگیری از توقف عملیات حیاتی است، این نوع اختلال می‌تواند زیان‌های گسترده‌ای به همراه داشته باشد (Oliveira & Saumier, 2024: 315). برای نمونه، اگر تأمین‌کننده نتواند به‌موقع تجهیزات یا مواد اولیه موردنیاز پالایشگاه را تحویل دهد، ممکن است فرآیند تولید دچار وقفه شده و خسارات مالی و اعتباری قابل‌توجهی به کل پروژه وارد شود.
این مشکل، ضرورت نظارت دقیق‌تر بر انتخاب تأمین‌کننده و شرایط قرارداد را برجسته می‌کند. برای مدیریت این ریسک، فروشنده یا واسطه باید تأمین‌کننده‌ای معتبر و توانمند انتخاب کند و شرایط اعتبار را به‌گونه‌ای تنظیم کند که ابزارهای جبران خسارت یا ضمانت‌های مالی لازم در صورت بروز تأخیر در آن پیش‌بینی شده باشد.

۳-۲-۳. ریسک ناشی از وثیقه‌گذاری طلب غیرمنجز در اعتبارات اسنادی اتکایی

یکی از معایب مهم اعتبارات اسنادی اتکایی، ریسک‌هایی است که به دلیل وثیقه‌گذاری طلب غیرمنجز برای بانک صادرکننده اعتبار ایجاد می‌شود. در این نوع اعتبار، طلبی که ذی‌نفع اولیه (واسطه) از بانک صادرکننده اعتبار اولیه دارد، به‌عنوان وثیقه برای گشایش اعتبار دوم به نفع تأمین‌کننده (ذی‌نفع دوم) به بانک صادرکننده اعتبار اسنادی دوم ارائه می‌شود؛ اما از آنجا که طلب ناشی از اعتبار اولیه هنوز منجز و قطعی نشده است و ممکن است به دلایلی مانند عدم تأیید اسناد، مشکلات در تحویل کالا یا بروز اختلافات تجاری میان طرفین دچار مشکل شود، بانک صادرکننده اعتبار دوم در موقعیت پرریسکی قرار می‌گیرد (Fieties, 2013: 3).
وثیقه‌گذاری طلب غیرمنجز بدین معناست که بانک به‌جای دریافت وثیقه‌ای که از ارزش نقدی و قابلیت نقدشوندگی بالا برخوردار باشد، به طلب غیرمنجز ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه از بانک صادرکننده (ناشی از اعتبار اسنادی اولیه) اعتماد می‌کند. این موضوع بانک را در معرض این خطر قرار می‌دهد که چنانچه پرداخت اعتبار اسنادی اولیه دچار مشکل شود، وثیقه‌ای که وی از متقاضی اعتبار اسنادی اتکایی (ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه) دریافت کرده است، غیر قابل استفاده خواهد شد. این ریسک به‌ویژه در معاملات بین‌المللی که شرایط اقتصادی، نوسانات ارزی یا مشکلات سیاسی می‌تواند بر تعهدات بانک صادرکننده اعتبار اسنادی اولیه یا خریدار (متقاضی) اثر بگذارد (Hancock & Allison, 2020: 653)، شدت بیشتری می‌یابد.
اگرچه این خطر برای بانک صادرکننده در اعتبارات اسنادی اتکایی وجود دارد، لکن مزایای متعدد این نوع اعتبارات اسنادی برای بانک صادرکننده (از جمله کارمزد آن) سبب می‌شود که بانک این خطر را پذیرفته و اقدام به گشایش اعتبار اسنادی نماید. همچنین سیر قانون‌گذاری در کشور ایران نیز به سمت پذیرش مطالبات به‌عنوان وثیقه می‌رود. به‌عنوان مثال ماده ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۲ کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت، طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیرمنقول، اموال مادی و غیرمادی مانند عواید قابل تصرف از سهام، عواید قابل تصرف از قراردادها، مطالبات قراردادی و مواردی از این قبیل را قابل توثیق دانسته است.

۴. مقایسه مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی

با توجه به موارد فوق‌الذکر، در این بند مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی به‌صورت مقایسه‌ای با یکدیگر بررسی می‌شود و ابتدا دلایل مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال نسبت به اعتبارات اسنادی اتکایی بررسی شده و در ادامه دلایل مطلوبیت استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال تحلیل خواهد شد.

۴-۱. دلایل ارجحیت استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال نسبت به اعتبارات اسنادی اتکایی

استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال دارای مزایای متعددی نظیر تسهیل تأمین مالی برای واسطه‌ها بدون نیاز به منابع مالی شخصی با استفاده از انتقال طولی و عرضی اعتبار اسنادی است که در عمل سبب مدیریت مؤثر معاملات چندمرحله‌ای می‌شود (Mann & Warren, 2019: 337) و بازرگانان در عرصه تجارت بین‌الملل را قادر می‌سازد بدون نیاز به گشایش اعتبار مستقل و انتظار برای نقد شدن اعتبار اسنادی اولیه، اقدام به انتقال آن به تأمین‌کنندگان نمایند.
علاوه بر آن، اعتبارات اسنادی قابل انتقال، برای تأمین‌کنندگان اصلی نیز امنیت پرداخت را حاصل نموده و این اطمینان را برای این اشخاص حاصل می‌نماید که در صورت ایفای تعهدات قراردادی خود، وجه معامله را به‌عنوان ذی‌نفع (منتقل‌الیه) از بانک دریافت می‌کند (Carr & Stone, 2013: 457) و علاوه بر آن، اعتبار اسنادی قابل انتقال سبب تسهیل تجارت و مدیریت مالی قراردادهای

چندمرحله‌ای شده و در صرفه‌جویی زمان و هزینه جهت پرداخت وجه به ایادی تأمین‌کننده بسیار مؤثر است.
توضیح آن که، ایراد قابل توجه اعتبارات اسنادی اتکایی، هزینه‌بر و زمان‌بر بودن گشایش دو اعتبار مستقل است. بر عکس اعتبار اسنادی قابل‌انتقال که بدون صرف هزینه قابل توجه (فقط با پرداخت هزینه انتقال) و به‌صورت سریع به ذی‌نفع دوم انتقال می‌دهد، در فرایند اتکایی کردن اعتبار اسنادی، ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه مکلف است تمامی تشریفات و هزینه‌های لازم به‌عنوان متقاضی برای گشایش یک اعتبار اسنادی ثانویه (اعتبار اسنادی اتکایی) را انجام دهد (Chowdhury & Preeti, 2024: 99) و این موضوع سبب صرف وقت و هزینه قابل توجهی خواهد شد و از سوی دیگر بانک صادرکننده نیز با پذیرش طلب ناشی از یک اعتبار اسنادی، به‌عنوان وثیقه یک اعتبار اسنادی دیگر خود را در معرض ریسک قابل توجهی قرار داده و به همین سبب اقدام به دریافت کارمزد بیشتری می‌کند و علاوه بر آن، ریسک‌هایی همانند ریسک تأخیر تأمین‌کننده و تأثیر آن بر زنجیره تأمین وجود دارد که جمیع این موارد را می‌توان به‌عنوان دلایلی تلقی نمود که به استفاده بازرگانان از اعتبارات اسنادی قابل انتقال نسبت به اعتبارات اسنادی اتکایی مطلوبیت بیشتری ببخشد.

۴-۲. دلایل ارجحیت استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال

یکی از مهم‌ترین دلایل ارجحیت استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال آن است که به سبب گشایش یک اعتبار اسنادی مستقل از اعتبار اسنادی اولیه، محرمانگی روابط تجاری حفظ شده (Trivedi & Bhogal, 2019: 83) و ذی‌نفع در معرض ریسک افشای اطلاعات مربوط به تأمین‌کنندگان قرار نمی‌گیرد و این امتیاز قابل توجهی برای استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی محسوب می‌شود. در مقابل، اعتبارات اسنادی قابل انتقال همواره ذی‌نفع نخست را در معرض افشای اطلاعات مربوط به تأمین‌کنندگان خود قرار می‌دهد (Sanati, 2024: 58). اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال معمولاً در شرایطی استفاده می‌شود که معامله از شفافیت برخوردار باشد و اطلاعات مالی و تجاری طرفین به‌راحتی منتقل شود. شفافیت در سطح جهانی یکی از اصول اساسی است که موجب افزایش تمایل تجار به استفاده از این نوع ابزارهای پرداخت می‌شود. با این حال، در شرایط خاصی مانند تحریم‌های اقتصادی علیه ایران، شفافیت می‌تواند یک نقطه ضعف بزرگ باشد، زیرا جزئیات معاملات به‌راحتی توسط نهادهای تحریم‌کننده قابل رصد است و ممکن است باعث مسدود شدن مسیر این معاملات و تشدید تحریم‌ها شود. بنابراین، در شرایط تحریمی، این نوع اعتبار نمی‌تواند گزینه مناسبی برای مقابله با تحریم‌ها باشد. در مقابل، اعتبارات اسنادی اتکایی به‌ویژه در شرایطی که نیاز به فضای مبهم و جلوگیری از افشای جزئیات معاملات باشد، گزینه‌ای مناسب است و این نوع اعتبار، از لحاظ حقوقی به‌گونه‌ای طراحی شده که انتقال وجه و اطلاعات مربوط به معامله به‌صورت غیرشفاف صورت گیرد که امری حیاتی جهت مقابله با افشای اطلاعات معامله است.
بر این اساس در مسائل مرتبط با ممنوعیت‌های تجاری همانند تحریم‌های بانکی و تجاری که شخصی حقیقی یا حقوقی به‌عنوان واسطه عمل کرده و عدم افشای تأمین‌کننده تحت تحریم وی، از مسائل حیاتی و اساسی است (Beaucillon, 2021: 330)، اعتبار اسنادی اتکایی ارجحیت قابل توجهی بر اعتبار اسنادی قابل انتقال دارد. لازم به ذکر است که صرفاً در برخی موارد، همانند جایی که فروشنده (ذی‌نفع) به‌عنوان نماینده انحصاری در فروش محصول خاصی عمل می‌کند و به دلایل مختلف سیاسی و اقتصادی، خریدار (متقاضی) قادر یا مایل به انعقاد قرارداد مستقیم با تأمین‌کنندگان اصلی نیست، امکان افشای اطلاعات تأمین‌کنندگان برای ذی‌نفع اهمیت خاصی ندارد.
علاوه بر آن، اعتبارات اسنادی اتکایی قابلیت انعطاف زیادی داشته و متقاضی اعتبار اسنادی اتکایی که همان ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه است، می‌تواند اسناد حمل کالا را تغییر داده و حتی در مواردی با تغییر بسته‌بندی و برند کالا، جایگاه خود به‌عنوان واسطه را تقویت می‌کند و در مواردی که کالای موضوع قرارداد اولیه با کالای موضوع قرارداد ثانویه از لحاظ ماهیت تفاوت داشته باشد (به‌عنوان مثال کالای موضوع قرارداد اولیه، مواد اولیه تولید کالای موضوع قرارداد ثانویه باشد)، در چنین شرایطی، امکان استفاده از اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال فراهم نیست؛ لکن با استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی، بازرگان (به‌عنوان ذی‌نفع اعتبار اسنادی اولیه) می‌تواند با وثیقه نهادن طلب ناشی از اعتبار اسنادی اولیه اقدام به گشایش اعتبار اسنادی اتکایی نماید (Karami &,Malaekehpour, 2022: 115).
این انعطاف‌پذیری در اعتبارات اسنادی اتکایی و همچنین امکان اینکه طلب ناشی از اعتبار اسنادی اتکایی، به‌عنوان وثیقه یک اعتبار اسنادی اتکایی دیگر قرار گیرد، آن را نسبت به اعتبارات اسنادی قابل‌انتقال ارجحیت زیادی می‌بخشد.
همچنین اعتبارات اسنادی قابل انتقال، از حیث انتقال طولی با محدودیت مواجه است و اعتبار اسنادی صرفاً یک‌بار توسط ذی‌نفع اول به ذی‌نفع یا ذی‌نفعان دوم قابل‌انتقال بوده و توسط ذی‌نفع یا ذینفعان دوم قابل‌انتقال به ایادی بعدی نیست

(Burnett et al, 2019: 227) در حالی که این محدودیت در وثیقه قرار دادن طلب ناشی از اعتبار اسنادی اتکایی وجود نداشته و طلب ناشی از یک اعتبار اسنادی که خود به اتکای یک اعتبار اسنادی دیگر صادر شده است، می‌تواند وثیقه گشایش اعتبار اسنادی دیگری شود و از این حیث ممنوعیتی در مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP 600) مشاهده نشده و اصول کلی حاکم بر اعتبارات اسنادی نیز چنین مؤید صحیح بودن چنین اقدامی است. جمیع این موارد، بر ارجحیت استفاده از اعتبارات اسنادی اتکایی نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال دلالت دارد.

نتیجه

در فضای پیچیده و چند بُعدی تجارت بین‌المللی که سیاست و اقتصاد نیز در موضوعات حقوقی در آمیخته است، اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی دو ابزاری هستند که در ترویج مبادلات تجاری، مدیریت ریسک، تامین نقدینگی و تسهیل معاملات نقش قابل توجهی ایفا می‌کنند. ماهیت خاص و کارکردهای ویژه هریک از این دو ابزار پرداخت، برخی مواقع بر پیچیدگی فرایندها می‌افزاید و انتخاب بین این دو سازوکار را از حساسیت و اهمیت قابل‌توجهی برخوردار می‌سازد.

با توجه به مطالب مطرح شده در پژوهش حاضر و با عنایت به فضای سیاسی و اقتصادی حاکم بر تجارت خارجی بازرگانان ایرانی، به نظر می‌رسد که اعتبارات اسنادی اتکایی به سبب قابلیت آن‌ها در حفظ هرچه بیشتر محرمانگی روابط تجاری و زنجیره تأمین، انعطاف‌پذیری قابل توجه، امنیت مالی بالاتر و کاستن از ریسک‌های اعتباری معمول، از مزیت نسبی قابل توجهی نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال بهره‌مند است. در واقع در محیط تحریمی تجارت خارجی مربوط به محصولات ایرانی و محدودیت بازرگانان ایرانی، استفاده از اعتبارات اسنادی قابل انتقال می‌تواند به سادگی به افشای اطلاعات تأمین‌کنندگان اصلی منجر شود، در حالی که اعتبارات اسنادی اتکایی این قابلیت را دارد که با فراهم نمودن شرایطی نظیر چندلایه سازی معاملات و اعتبارات، بدون آشکارسازی هویت فروشندگان و تأمین‌کنندگان اصلی، به فروش محصولات و نقل و انتقال وجوه اقدام شود. البته اعتبارات اسنادی اتکایی نسبت به اعتبارات اسنادی قابل انتقال، زمان‌بر و پرهزینه هستند ولی مزایای چشم‌گیر آن به خصوص در حفظ امنیت تجاری، این معایب را توجیه کرده و آن را عنوان ابزاری مناسب و راهبردی برای بازرگانان ایرانی تبدیل می‌کند.

با این حال، چالشی ساختاری در خصوص مقررات مرتبط با اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی وجود دارد که مقررات حاکم بر این اعتبارات اسنادی در نظام حقوقی ایران، متکی بر آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های ارزی بانک مرکزی است و قانون مدون و جامعی در این خصوص به تصویب نرسیده است و همین پراکندگی، در برخی مواقع منجر به تعارض این مقررات با یکدیگر و در برخی مواقع منجر به تعارض آن‌ها با اصول بنیادین حاکم بر اعتبارات اسنادی (اصل استقلال و اصل مطابقت دقیق اسناد) شود و حتی گاهی سبب شده است که از عرف مستقر بین‌المللی در این خصوص (مبتنی بر مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی) جدا مانده و مقرراتی متفاوت به تصویب رسد. به‌عنوانمثال اگرچه در ماده ۳۸ «مقررات متحدالشکل اعتبارات اسنادی (UCP۶۰۰)» اصل بر غیرقابل انتقال بودن اعتبارات اسنادی است، لکن با درخواست متقاضی و پذیرش بانک صادرکننده، خلاف این موضوع قابل توافق بوده و اعتبار اسنادی به‌صورت قابل انتقال گشایش می‌شود، اما بر اساس ماده ۵۵ دستورالعمل اعتبار اسنادی داخلی – ریالی (اصلاحی ۱۴۰۳) گشایش اعتبار اسنادی داخلی - ریالی به‌صورت قابل انتقال (حتی با توافق طرفین) مجاز نیست. بر این اساس پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با الهام از تجربیات کشورهایی همانند ایالات متحده آمریکا[13] و امارات متحده عربی[14] با تصویب موادی جامع، صریح و تفصیلی (در چارچوب قانون تجارت یا قانون مستقل) چارچوب شفاف و یکپارچه برای اعتبارات اسنادی (به خصوص اعتبارات اسنادی قابل انتقال و اتکایی) ایجاد نماید تا هم حقوق و تکالیف فعالان اقتصادی به روشنی قابل تشخیص باشد و هم مراجع رسیدگی قضایی و داوری در حل و فصل اختلافات، پشتوانه مستحکم قانونی داشته باشند.

13. *Uniform Commercial Code (UCC) – Article 5-101: This Article shall be known and may be cited as Uniform Commercial Code-Letters of Credit.*
14. *UAE Commercial Transactions Law - Article 428: A documentary credit is a contract pursuant to which a bank opens a credit at the request of its customer (the person ordering the opening of the credit) within the limits of a specified amount and for a definite term in favor of another person (beneficiary) against a security of documents representing goods freighted or intended for freight.*

References

1. *Aujara, S. (2019). Documentary Letter of Credit Discrepancy and Risk Management in the Nigerian Crude Oil Export. Preston: University of Central Lancashire (thesis).*
2. *Bana Niasari, M. (2016). Law of Documentary Credits (Commercial and Standby). Vol. 2, Tehran: Shahre Danesh Publications. (In Persian).*
3. *Bashkin, V.; Trubitsina, O. (2022). Geoecological and Geopolitical Risks for the Oil and Gas Industry. London: Springer Nature.*
4. *Beaucillon, C. (2021). Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.*
5. *Bhatt, K. (2020). Letters of Credit: Forms and Functioning. Gujarat: JBS Academy Private Limited.*
6. *Bridge, M. (2024). The International Sale of Goods. Oxford: Oxford University Press.*
7. *Burnett, R.; Bath, V. (2009). Law of International Business in Australasia. Sydney: Federation Press.*
8. *Carr, I.; Stone, P. (2013). International Trade Law. Abingdon: Routledge.*
9. *Chowdhury, T.; Preeti, S. (2024). Export Import Documentation. Lucknow: AKTU.*
10. *Connerty, A. (2008). Fraud and Documentary Credits: The Approach of the English Courts. London: Lamb Chambers.*
11. *Cranston, R.;Van Sante, T. (2018). Principles of Banking Law. Oxford: Oxford University Press.*
12. *Krazovska, Danute, (2008), Impact of the Doctrine of Strict Compliance, Arshus University.*
13. *Ellinger, P.; Dora, N. (2010). The Law and Practice of Documentary Letters of Credit. London: HART.*
14. *Erik, B. (2016). The Credit Risk of Financial Instruments. Berlin: Springer.*
15. *Hao, Yan, (2013), Risk Analysis of Letter of Credit, International Journal of Business and Social Science, vol 4.*
16. *Hancock, K.; Allison, J. (2020). The Oxford Handbook of Energy Politics. Oxford: Oxford University Press.*
17. *Hosseini, S. M. Eskini, R. (2014). The Legal Nature of Transfer of Credit in the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP) Regulations. Comparative law Research Quarterly. 18 (2), 49-70, DOI: 20.1001.1.22516751.1393.18.2.2.0. (In Persian).*
18. *Jones, A. (2020). Trade and Receivables Finance. London: Springer.*
19. *Karami, F.; Malaekehpour, S. M. (2022). Investigating the method of payment of reliance credit in international trade, Adl va Ensaf Comparative Law Researches Quarterly. 5 (16), 105-123. DOI: 10.22034/aeclr.2023.342266.1092. (In Persian).*
20. *Kenneth, W. (2008). Building an Import/Export Business. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.*
21. *Laxton, D.; Zoltan, J. (2017). Oil Prices and the Global Economy. Pennsylvania: International Monetary Fund.*
22. *Manavi Attar, M. (2021). The Legal Status of Transfer of Commercial and Stand-by Letters of Credit: A Comparative Study of the Iranian and American Legal Systems and International Legal Documents. Journal of Research and Development in Comparative Law. 3(8): 175-206, DOI: 10.22034/law.2021.522088.1030. (In Persian).*
23. *Mann, R.; Warren, E. (2019). Comprehensive Commercial Law: 2017 Statutory Supplement. Alphen: Wolters Kluwer Law & Business.*
24. *Oliveira, A.; Saumier, G. (2024). Soft Law in International Trade Finance: A Comparative Analysis of the Harmonizing Effect of the UCP. Leiden: BRILL.*
25. *Sahai, M. (2020). International Marketing. Agra: SBPD Publishing House.*
26. *Sanati, G. (2024). International Trade Finance and Forex Operations: Theory and Application. Milton: Taylor & Francis.*
27. *Russell, R.; Taylor, B. (2019). Operations and Supply Chain Management. New Jersey: John Wiley.*
28. *Schaffer, R.; Agusti, F. (2017). International Business Law and Its Environment, Boston: Cengage Learning.*
29. *Schmitthoff, C. (2001). Select Essays on International Trade Law. Leiden: BRILL.*
30. *Shiravi, A. (2022), International Trade Law, Tehran: Samt. (In Persian).*
31. *Titi, C.; Gómez, K. (2019). Mediation in International Commercial and Investment Disputes. Oxford: Oxford University Press.*
32. *Todd, P. (2013). Bills of Lading and Bankers Documentary Credits. Milton: Taylor and Francis.*
33. *Trivedi, A.; Bhogal, T. (2019). International Trade Finance: A Pragmatic Approach. London: Springer Nature.*
34. *Van Bergeijk, P. (2021). Research Handbook on Economic Sanctions. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.*

Challenges of pension fund investment in achieving legal goals

Ali Akbar Masoumi[1]

1. *1 Faculty of Humanities, Department of Law, Ahar Branch, Islamic Azad University, Ahar, Iran.*
(- Corresponding Author Email: dr.masumialiakbar@yahoo.com)*

Received: 2025-07-18
Revised: 2025-11-07
Accepted: 2026-08-26
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Masoumi, A,A. (2026). Challenges of pension fund investment in achieving legal goals. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (44-60) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.94404.1474

Abstract

1. Introduction

Today, in most countries, pension funds are recognized as institutional investors and invest their assets. Currently, the issue of investment for pension funds is considered a vital issue; in the legal system of most countries, investment is considered one of their main sources of income in laws and regulations, including the statutes of pension funds. Although the investment of pension funds has been considered in numerous laws and regulations in the Iranian legal system, this issue faces challenges; so that its continuation will make it difficult for funds to fulfill their obligations in the future.

2. Purpose

Paying attention to this issue is important for several reasons; first, pension funds are the most important mechanism for realizing social insurance as the most extensive area of the comprehensive social security system. Therefore, guaranteeing the right to social security (the subject of Article 29 of the Iranian Constitution) by the government primarily depends on the existence of pension funds that are capable and capable of fulfilling their obligations to the insured. In addition to collecting premiums from insured persons, the most important mechanism that enables pension funds to fulfill their obligations is the investment mechanism. Second, most of Iran's pension funds are considered bankrupt or in crisis according to the standards of the International Labor Organization. In the last decade, this crisis has been so severe that at the time of the Sixth Development Plan Law, the pension fund crisis was considered one of the six main crises in Iran (along with the water and environmental crises). Given the continuation of their critical situation in the years following the enactment of this law, the legislator in the Seventh Development Plan Law (approved in 1403) obliged the government to formulate "investment regulations for pension organizations and funds." Third, if pension funds fail to grow their assets through investments appropriate to the country's inflationary situation, they will face further economic crisis and ultimately bankruptcy and even liquidation, especially through mergers. In addition to causing social protests among the insured community, this issue also presents the government with a serious challenge.

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

3. Methodology

Considering the existing challenges and the importance of the issue, the current research has examined the legal challenges of investing in active pension funds in the Iranian social security system using a descriptive-analytical method and based on library studies.

4. Findings

The findings of this study show that the inadequacy of the rules governing pension fund investments (including the inadequacy of the legal framework for investment and the criteria for appointing managers and the legal liability for inappropriate investments), legal restrictions on investment (including restrictions on the selection of portfolio types and restrictions on international investments), and the existence of laws that conflict with investment (including laws that provide government benefits and laws that impose undue financial obligations on these insurance funds) are the most important legal challenges for the investment of Iranian pension funds.
Another challenge of responsible investment is the difficulty of selecting a portfolio, because selecting a portfolio for a pension fund that complies with social, environmental, and governance criteria is generally a more complex process than selecting a portfolio for a conventional fund. For example, in cases where the subject of responsible investment is the shares of commercial companies, the ranking of social, environmental, and governance factors varies widely; so that a company may receive a high rating based on some criteria, depending on the environmental, social, or governance criterion, but in some other criteria, due to a lower score, it may be in a lower rank than other companies. This issue causes different estimates to be created by the audience, including current and potential shareholders; so that some consider a particular case to be at the highest level of compliance with responsible investment, while others do not have such a view. Accordingly, companies that are in the top ten percent for one rater may be in the lowest position according to another rater.
The achieving the goal of responsible investment is its cost, since responsible investment requires a careful and comprehensive search for multiple investment options in order to obtain reliable information, especially in cases where indirect foreign investment is among the investment options of a fund. In this regard, fund managers must spend more time and money on researching the companies in which they invest. These measures (compared to conventional investments) mainly require higher management costs. In addition, responsible investment may, in some cases, create obligations that the pension fund is not financially prepared to implement or impose unforeseen costs on the fund; For example, when a fund is faced with gross human rights violations by a foreign company in whose shares it has made an indirect foreign investment and decides to withdraw its capital, in order to maintain investment returns, it should normally choose a more suitable investment option than that or at least the same; however, the fund may not be able to find such an option in that period of time; in fact, if a suitable alternative investment option is not found, the fund may suffer losses in this regard. This loss is more evident in cases where the capital market is limited and the economic system is in a state of increasing inflation, given the gradual decrease in the value of liquidity.
The goal of providing a system of benefits commensurate with social dignity has been accepted as one of the investment goals of pension funds in the legal system of some countries. However, there are also challenges in achieving this goal; for example, in some countries, achieving this goal requires that legal restrictions on investments (in order to achieve greater profits) be reduced so that the profits obtained as a result of removing these restrictions can be allocated to aligning social security benefits with the social dignity of the insured. In addition, despite the emphasis of the laws on this goal, in many cases, pension fund managers are not very inclined to allocate investment profits in line with the adequacy of benefits and only think about fulfilling their legal obligations to the insured based on their contribution; in more precise terms, while pension funds have two options regarding the profits from their investments: reinvesting the same profits or allocating all or part of them to provide a system of benefits beyond legal obligations, they prefer the first option.
Perhaps, at first glance, this reluctance indicates the self-interested policy and the approach of obtaining maximum profit of pension funds; however, this is not always the case; because in some cases, pension funds are hardly able to fulfill their obligations to the insured due to financial crises or bankruptcy; as a result, they are

forced to allocate all the profit from the investment to reinvest and fulfill the obligations to the insured, and investment with the aim of providing a system of payment of benefits commensurate with social dignity is almost unattainable for them. A practical example of this issue can be seen in the case of Iranian pension funds; although the issue of benefit adequacy has been addressed in Iranian laws, most Iranian pension funds are hardly able to fulfill their obligations to the insured due to bankruptcy and a large part of the profit from investments is spent on this issue and in practice, investment with the aim of providing a system of payment of benefits commensurate with social dignity is not much considered.
This issue can have an adverse effect on investment in open pension funds, where membership is available to all individuals, as it may cause some insurers to withdraw from the fund, and consequently, reduce the premiums received by the fund as its main source of income and part of the resources to finance future investments.

Conclusion

Considering the existing challenges, the following legal reforms are proposed; First, since there is no comprehensive law on pension fund investments in the Iranian legal system, it is necessary to formulate and enact an "Insurance Fund Investment Law" or, for funds that have an independent law, a chapter of the law related to them should be dedicated to the investment rules of that fund. Given the shortcomings in the appointment of managers and their responsibilities, the legal reforms should specify the criteria for appointing managers in detail and provide civil or disciplinary guarantees for their negligence or fault in the field of investments. Secondly, given that high restrictions on portfolios affect the possibility of investment, it is necessary to make changes to the legal restrictions on pension fund investments. Regarding the restriction on the choice of portfolio type, given that these restrictions are mainly related to the amount of shares owned by commercial companies, it is better to increase the ceiling for the ownership of shares in commercial companies, given the state of the country's economic system, by amending the law on the implementation of general policies of Article 44 of the Constitution or by exempting some pension funds from the restrictions set forth in this law. Third, in the context of the challenge of laws conflicting with pension fund investments, the most important laws in this regard are those imposing undue financial obligations on these insurance funds that affect pension fund liquidity. Regarding these laws, it is necessary to eliminate or modify some legal exemptions, especially those with a long history and lack of efficiency. Given that the government largely does not fulfill the obligations stipulated in these laws (payment of insurance premiums or other funds resulting from exemptions), it is better to make the fulfillment of pension funds' obligations subject to financial financing by the government by making legal amendments; so that until the financial financing for the implementation of that law is foreseen in the annual budget law, the Social Security Organization is not obliged to fulfill its obligations against such exemptions.

Keywords: insurance premium, government, stocks, legal liability

چالش‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در نیل به اهداف قانونی

علی اکبر معصومی[1]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۴-۲۷ | بازنگری: ۱۴۰۴-۰۸-۱۶ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۰۴ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

در یک قرن اخیر یکی از مسایل اساسی مورد توجه صندوق‌های بازنشستگی، سرمایه‌گذاری بوده است؛ بسیاری از دولت‌ها نیز با درک اهمیت این موضوع به منظور صیانت از دارایی صندوق‌های بازنشستگی در فرایند سرمایه‌گذاری، سازکارهای قانونی متعددی تعیین کرده‌اند. سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی از هر نوعی که باشد، اهداف مشخصی دارد که شامل اهداف اقتصادی یا اجتماعی بوده و عمدتا در قوانین هر کشور تعیین گردیده‌اند. با این حال در برخی موارد، ممکن است صندوق‌ها به دلایل مختلف در دستیابی به اهداف از پیش تعیین شده در قوانین و مقررات با چالش‌هایی مواجه شوند. با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در قوانین و مقررات مختلف مورد توجه قرار گرفته است اما در زمینه دستیابی صندوق‌های بازنشستگی به برخی اهداف از پیش تعیین شده در قوانین و مقررات، چالش‌هایی وجود دارد مقاله کنونی با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و بر مبنای مطالعات کتابخانه‌ای به بررسی مهم‌ترین چالش‌های صندوق‌های بازنشستگی در دستیابی به اهداف سرمایه‌گذاری پرداخته است. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد به موجب اسناد مصوب سازمان‌های بین‌المللی و قوانین و مقررات موجود در نظام حقوقی برخی کشورها، ایفای تعهدات در برابر بیمه‌شدگان، حفظ پایداری منابع مالی و سودآوری، مهم‌ترین اهداف اقتصادی و تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی و سرمایه‌گذاری مسئولانه، مهم‌ترین اهداف اجتماعی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی هستند که برای دستیابی به آن‌ها در برابر چالش‌های موجود، اصلاحات قانونی بویژه در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، ضرورت دارد.

واژگان کلیدی: پرتفوی، ایفای تعهدات بیمه‌ای، پایداری منابع، سرمایه گذاری مسئولانه.

۱. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد اهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اهر، ایران. (نویسنده مسئول): dr.masumialiakbar@yahoo.com

۱. مقدمه

امروزه در بسیاری از کشورها صندوق‌های بازنشستگی به دلایل متعدد به سرمایه‌گذاری دارایی‌های که در اختیار دارند، اقدام می‌نمایند. اهمیت این موضوع از سوی بسیاری از متخصصان علوم اقتصادی نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ به‌طوری که در تعریف صندوق بازنشستگی بیان داشته‌اند: سرمایه‌گذاران نهادی[1] هستند که جمع، متمرکز و سرمایه‌گذاری می‌نمایند سرمایه‌های داده شده توسط حامیان و ذینفعان را تا مستمری استحقاقی آینده ذینفعان را تأمین نمایند (Davis, 2000: 230). این توصیف از صندوق‌های بازنشستگی نشان‌دهنده نقش محوری سرمایه‌گذاری برای آن‌هاست و اهمیت این مساله در نظام حقوقی بین‌المللی و نظام حقوقی بسیاری از کشورها در قوانین انعکاس یافته است. با توجه به اینکه سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی، دارای اهداف مشخصی است یکی از موضوعاتی که در قوانین مرتبط با سرمایه‌گذاری آن‌ها به‌طور صریح یا ضمنی به آن توجه می‌شود، اهداف این سرمایه‌گذاری‌هاست که عمدتا شامل اهداف اقتصادی یا اجتماعی است.

موضوع سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی و اهداف سرمایه‌گذاری در نظام حقوقی ایران نیز در قوانین و مقررات مورد توجه قرار گرفته است؛ با وجود این در خصوص اهداف سرمایه‌گذاری آن‌ها و چالش‌های موجود در زمینه دستیابی به اهداف تعیین شده در قوانین و مقررات، ابهاماتی وجود دارد که در آثار علمی، توجه چندانی به آن‌ها نشده است؛ حال آن که این موضوع از چند جهت مهم محسوب می‌شود؛ نخست آن که، در بیشتر نظام‌های تأمین اجتماعی، پایداری و تداوم فعالیت صندوق‌های بازنشستگی با سرمایه‌گذاری آن‌ها گره خورده است. به همین جهت آشنایی با اهداف اقتصادی و اجتماعی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی از منظر قوانین و مقررات، روشنگر بسیاری از ابعاد سرمایه‌گذاری این صندوق‌ها از جمله مسایل حقوقی، اقتصادی، مدیریتی و بیمه‌ای مرتبط با سرمایه‌گذاری‌ها خواهد بود. دوم آن که، در ایران در سه دهه اخیر در مورد سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی قوانین و مقررات متعددی به تصویب رسیده است اما همچنان صندوق‌های بازنشستگی با بحران اقتصادی مواجه هستند و با تصویب این قوانین و مقررات نه تنها مشکلات، تعدیل نگردیده است بلکه در یک دهه اخیر تشدید شده است. به همین جهت این سوال مطرح می‌شود وضعیت موجود صندوق‌های بازنشستگی ایران تا چه اندازه با اهداف تعیین شده در قوانین و مقررات، ارتباط دارد. این موضوع از آن جهت اهمیت دارد که از یک سو سازکارهای قانونی مناسب برای سرمایه‌گذاری که مبتنی بر اهداف متناسب باشد، می‌تواند در خروج از بحران موثر باشد و از دیگر سو اهداف نامتناسب یا خروج از اهداف متناسب تعیین شده در قوانین و یا پیدایش چالش در دستیابی به اهداف، می‌تواند بحران‌های مالی صندوق‌های بازنشستگی را تشدید نماید. سوم آن که، در حال حاضر تعداد زیادی از جمعیت کشور بازنشسته بوده و از صندوق‌های بازنشستگی مختلف، مستمری بازنشستگی دریافت می‌نمایند. با توجه به اینکه در یک دهه اخیر بسیاری از مستمری‌بگیران صندوق‌های بازنشستگی نسبت به وضعیت معیشتی خود و عملکرد صندوق بازنشستگی خود، معترض بوده و مبادرت به تجمعات اعتراضی نموده‌اند، سرمایه‌گذاری مطلوب صندوق‌های بازنشستگی می‌تواند بر مستمری‌های پرداختی، موثر باشد و از این جهت، در نهایت به رضایت جامعه مستمری بگیران منتهی شود.

با توجه به موارد بیان شده، مقاله کنونی به دنبال پاسخ به این سوال است، مهم‌ترین اهداف اقتصادی و اجتماعی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی و چالش‌های دستیابی به این اهداف چه هستند؟

در راستای پاسخ به این پرسش، مقاله کنونی با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی و بر اساس مطالعات کتابخانه‌ای با نگاه تطبیقی به قوانین و مقررات ایران و برخی کشورهای پیشرو در زمینه سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی به بررسی موضوع خواهد پرداخت. با توجه به اینکه آشنایی با بسیاری از مفاهیم و تبیین موضوع ضرورت دارد در این مقاله از روش توصیفی بهره گرفته خواهد شد و در کنار آن در هر قسمت به نقد و بررسی و تحلیل موارد پرداخته می‌شود.

به منظور بررسی جامع موضوع، این پژوهش در دو بخش مجزا ابتدا به بررسی اهداف اقتصادی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی و چالش‌های دستیابی به آن‌ها می پردازد و پس از آن اهداف اجتماعی سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی و چالش‌های موجود، مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.

---

1. *Institutional Investor*

۲. اهداف اقتصادی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی و چالش‌های دستیابی به آن‌ها

در نظام‌های حقوقی که در آن‌ها سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی پذیرفته شده است، اهداف اقتصادی سرمایه‌گذاری‌ها عمدتا در قوانین و مقررات به‌صراحت تعیین شده و یا آن که از مفاد آن‌ها به آسانی قابل استنباط است. برخی از مهم‌ترین اهداف اقتصادی که تاکنون در برخی اسناد مصوب سازمان‌های بین‌المللی و نظام‌های حقوقی داخلی مورد تأکید قرار گرفته‌اند، به شرح زیر می‌باشند.

۲-۱. ایفای تعهدات در مقابل بیمه‌شدگان

ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان به‌عنوان یکی از اهداف سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی از سوی سازمان توسعه و همکاری اقتصادی مورد توجه قرار گرفته است. از نظر این سازمان، هدف از مقررات سرمایه‌گذاری این است که اطمینان حاصل شود که وجوه انباشته شده برای حمایت از تعهدات بیمه‌گران و صندوق‌های بازنشستگی در مقابل بیمه شدگان یا ذینفعان آن‌ها و برای تأمین منبع درآمد بازنشستگی آینده آنان، کافی است. این هدف در نظام حقوقی برخی کشورهای عضو سازمان فوق نیز به‌صراحت، پذیرفته شده است؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا صندوق‌های بازنشستگی به عنوان امانت‌داران طرح‌های بازنشستگی، محسوب و دارایی‌های صندوق بازنشستگی نیز به عنوان یک امانت متعلق به بیمه شدگان، نگریسته می‌شود که هدف از سرمایه‌گذاری آن، بازگرداندن دارایی بیمه شدگان در زمان بازنشستگی، ازکارافتادگی و یا فوت به آنان یا بازماندگانشان می‌باشد (OECD, 2015: 22). در نظام حقوقی ایران نیز چنین هدفی از برخی قوانین و مقررات، قابل استنباط است؛ به‌عنوان مثال، ضمن آن که بند «د» ماده ۷ قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۸۳)،«وجوه، اموال، ذخایر و دارایی‌های صندوق‌های بیمه اجتماعی و درمانی» را در حکم اموال عمومی و در مالکیت مشاع بیمه‌شدگان دانسته است، قانون برنامه هفتم پیشرفت کشور به تعیین سازکارهای سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی با هدف حفظ حقوق و تعهدات صندوق‌های بازنشستگی در برابر بیمه شدگان اشاره دارد (بند پ ماده ۲۸).

تعهدات صندوق‌های بازنشستگی در مقابل بیمه شدگان در یک تقسیم بندی کلی به تعهدات بلندت مدت (شامل مستمری‌های بازنشستگی، از کار افتادگی و بازماندگان) و تعهدات کوتاه مدت (مانند مقرری بیکاری، غرامت دستمزد ایام بیماری، کمک هزینه ازدواج و کمک هزینه کفن و دفن) تقسیم می‌شود. برخی نویسندگان در خصوص این هدف بیان داشته‌اند: سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در مقایسه با سرمایه‌گذاری سایر نهادهای مالی مانند شرکت‌های تجاری، دارای یک ویژگی خاص است؛ بدین معنی که سرمایه‌گذاری صندوق‌ها برای پاسخ به تعهدات است؛ در حالی که سرمایه‌گذاری شرکت‌ها لزوما در راستای ایفای تعهدات نیست؛ یعنی شرکت تجاری ممکن است بدون آن که متعهد یا مدیون بالقوه باشد، به فعالیت تجاری بپردازد. حتی شرکت‌هایی مانند شرکت‌های بیمه که مزایای فوت یا از کارافتادگی ارایه می‌دهند احتمال پرداخت مزایا از سوی آن‌ها به بیمه شده، یک درصد است؛ به‌عنوان مثال، یک شرکت بیمه تجاری که بیمه آتش سوزی می‌فروشد اگرچه یک سرمایه‌گذار نهادی است اما تعهد آن، یک متغیر تصادفی است که احتمال آن بین صفر تا یک می‌باشد؛ به‌طوری که اگر آتش سوزی اتفاق نیافتد، این شرکت، تنها سود می‌برد؛ اما در یک طرح بازنشستگی، وضعیت تا حد زیادی متفاوت است؛ زیرا در طول دوره بیمه‌پردازی، یکی از سه رویداد بازنشستگی، فوت یا از کارافتادگی، حتما اتفاق می‌افتد و تعهد برای صندوق ایجاد می‌شود (Fallah Ziarani, 2004: 24). به همین جهت با توجه به اینکه یک تعهد قطعی مفروض و بالقوه برای صندوق‌های بازنشستگی وجود دارد، ایفای تعهدات بیمه‌شدگان، همواره به‌عنوان یکی از اهداف اصلی سرمایه‌گذاری، تلقی می‌شود.

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است آیا صندوق‌های بازنشستگی با وجود دریافت حق بیمه برای ایفای تعهدات خود لزوما همواره مبادرت به سرمایه‌گذاری نمایند؟

در این خصوص برخی بر این عقیده‌اند: در صورتی که صندوق بازنشستگی، اجراکننده طرح بازنشستگی از نوع مزایای معین[۲] باشد در نظام‌های اقتصادی بدون تورم یا با تورم ناچیز، سرمایه‌گذاری آن‌ها ضرورت چندانی ندارد؛ زیرا صندوق‌های بازنشستگی از زمان پیدایش تا زمان بلوغ یعنی زمانی که پرداخت مستمری بازنشستگی به‌عنوان مهم‌ترین تعهد آن‌ها ایجاد شود (با توجه به اینکه بیشتر

۲. در این طرح‌ها حق بیمه پرداختی از سوی شاغلان نسل جاری، صرف پرداخت مستمری بازنشستگان کنونی می‌شود.

صندوق‌های بازنشستگی پرداخت سی سال حق بیمه را برای احراز شرایط بازنشستگی لازم می‌دانند)، تقریبا سه دهه عمدتا دریافت کننده حق بیمه هستند و سایر تعهدات آن‌ها عمدتا به‌طور اتفاقی ایجاد شده و بار مالی چندانی برای صندوق ندارد؛ در نتیجه با ذخایر حق بیمه در طی سی سال در کنار دریافت حق بیمه در زمان برقراری مستمری بازنشستگی می‌توانند به آسانی تعهدات خود را ایفاء نمایند (Rostami, 2018: 24).

با این حال به نظر می‌رسد پذیرش دیدگاه فوق حتی در مواردی که صندوق اجراکننده طرح مزایای معین در یک نظام اقتصادی بدون تورم باشد بتدریج صندوق را به وضعیت بحرانی دچار نماید. در واقع به دلایل متعدد صرف اتکای به حق بیمه بدون استفاده از روش سرمایه گذاری، ممکن است صندوق را در ایفای تعهدات خود ناکام باقی گذارد؛ نخست آن که در برخی مقاطع زمانی به دلیل کاهش جمعیت کشور و به تبع آن کاهش تعداد بیمه‌پردازان، حق بیمه‌های دریافتی نتواند تعهدات صندوق را به خوبی تأمین نماید؛ نمونه عملی این موضوع را در نظام تأمین اجتماعی ایران در مورد برخی صندوق‌های بازنشستگی می‌توان مشاهده نمود؛ به عنوان مثال، نتایج برخی پژوهش‌ها نشان می‌دهد در مورد صندوق بازنشستگی کشوری در حال حاضر تعداد شاغلان بیمه پرداز از بازنشستگان و وظیفه‌بگیران این صندوق، پیشی گرفته است (Ghasemi Siani, 2024: 17). دوم آن که، اگرچه دارایی‌های یک صندوق بازنشستگی بتدریج رشد می‌کند اما به دلایلی چون افزایش امید به زندگی و سالمندی جمعیت، تعهدات آن معمولا بیشتر می‌شود؛ با توجه به این موضوع در صورتی که صندوق بازنشستگی اقدام به سرمایه‌گذاری ننماید، در دراز مدت، تنها با دریافت حق بیمه قادر به ایفای تعهدات خود نخواهد بود.

بنابراین سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی برای ایفای تعهدات، امری ضروری بوده و به همین جهت در نظام حقوقی بیشتر کشورها سازکارهای قانونی آن تعیین شده است. با وجود این برخی صندوق‌های بازنشستگی برای دستیابی به این هدف با چالش‌هایی مواجه هستند. در کشورهای در حال توسعه از جمله ایران، کم عمق بودن یا محدودیت‌های بازار سرمایه، مداخله غیرمستقیم دولت در تصمیمات سرمایه‌گذاری و متمایل نمودن بخشی از سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی به نفع خود مانند سوق دادن صندوق‌های بازنشستگی به سوی خرید اوراق مشارکت دولتی (از طریق تصویب مقررات یا تاثیر بر مدیران صندوق به انجام چنین سرمایه‌گذاری‌هایی) که ممکن است بازدهی چندانی نداشته باشد و نیز محدودیت‌های قانونی متعدد در مورد سبد سرمایه‌گذاری یا شیوه سرمایه‌گذاری (مانند محدودیت در میزان سرمایه گذاری در سهام شرکت‌های تجاری و یا سرمایه گذاری‌های خارجی)، مهم‌ترین چالش‌های موجود برای دستیابی به هدف ایفای تعهدات از طریق سرمایه‌گذاری هستند (Rostami & Habibnejad, 2017: 106-109).

علاوه بر این در برخی کشورها تعهدات صندوق‌های بازنشستگی در اثر اصلاح قوانین و مقررات، یکباره افزایش می‌یابد و تکالیف جدیدی به صندوق‌ها تحمیل می‌شود؛ نمونه‌های متعددی از این موضوع را در نظام حقوقی ایران می‌توان مشاهده نمود؛ به‌طوری که در طی دو دهه اخیر وضع قوانین متعدد مانند قوانین مرتبط با متناسب‌سازی مستمری بازنشستگی، قوانین حمایت کننده از ایثارگران[۳] و قوانین حمایت کننده از گروه‌های آسیب پذیر و اقشار کم در آمد (مانند بیمه قالیبافان)، موجب افزایش قابل توجه تعهدات صندوق‌های بازنشستگی شده است (Sheikhinejad, 2024: 85). ایجاد چنین تعهداتی از آن جهت که در نهایت، مستمربیگیران جدیدی را به شمار مستمری‌بگیران صندوق‌ها اضافه کرده است یا موجب افزایش میزان مستمری‌ها شده (بدون آن که منابع مالی آن تأمین و محاسبات بیمه‌ای آن لحاظ شود)، این صندوق‌های بیمه‌ای را ناچار نموده است خارج از محاسبات بیمه‌ای از قبل تعیین شده به افراد جدید، مستمری بپردازند. اگرچه در قوانین حمایتی فوق، دولت مکلف به تأمین بار مالی ناشی از اجرای مفاد این قوانین شده است اما از یک سو در عمل دولت در بیشتر موارد نسبت به تأمین مالی اقدام ننموده و از دیگر سو صندوق‌های بازنشستگی (حتی باوجود نبود انجام تکلیف قانونی از سوی دولت)، مکلف به اجرای مفاد قوانین حمایتی گردیده‌اند؛ بدین صورت که در بسیاری از قوانین حمایتی، صندوق بازنشستگی باید در هر صورت تعهدات ناشی از قوانین حمایتی را ایفاء نماید و بعدا برای دریافت بار مالی متحمل شده به صندوق به دولت مراجعه کند؛ به عنوان مثال، بند «خ» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه (که در بند ۲ از قسمت

---

۳. مانند ماده ۲۷ قانون جامع خدمات رسانی به ایثارگران (در مورد احتساب ایام حضور در جبهه به عنوان اشتغال در مشاغل سخت و زیان آور و پرداخت حق بیمه مازاد از سوی دولت) و مواد ۸۷ و ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (از جمله در مورد پرداخت حق بیمه سنوات ارفاقی ایثارگران و یا پرداخت ما به التفاوت حق بیمه انتقال سوابق بیمه‌ای میان صندوق‌های بازنشستگی).

ت ماده ۳۱ قانون برنامه هفتم پیشرفت کشور نیز تجویز گردیده است)، بیان می دارد:«ایثارگران و فرزندان شهدا و آزادگان و جانبازان و رزمندگان با حداقل دوازده ماه سابقه حضور در جبهه برای یک بار از پرداخت ما به التفاوت برای پانزده سال سنوات بیمه ای ناشی از تغییر صندوق بیمه و بازنشستگی معافند. این مبلغ به عنوان مطالبه صندوق منتقل الیه از دولت منظور و در قالب بودجه سنواتی توسط دولت پرداخت و تسویه می‌شود.» بنابراین همان طور که مشاهده می‌شود بر اساس این بند، صندوق‌های بازنشستگی باید به تکلیف خود در مورد انتقال سوابق بیمه ای عمل نمایند و ما به التفاوت انتقال سوابق را که پرداخت آن بر عهده ایثارگر بوده است را بعد از انتقال سوابق از دولت مطالبه کنند. این رویکرد در نظام قضایی ایران نیز پذیرفته شده است؛ به‌طوری که برخی شعب دیوان عدالت اداری با استناد به رای وحدت رویه شماره ۳۹۴، مورخ ۱۳۸۹/۹/۲۹ هیات عمومی دیوان عدالت اداری، عدم تأمین اعتبار از سوی دولت را نافی حقوق مکتسبه اشخاص ندانسته و صندوق‌های بازنشستگی را مکلف به ایفای تعهدات ناشی از قوانین حمایتی دانسته‌اند (https://ara.divan-edalat.ir).

این موارد صرفنظر از اینکه موجب افزایش بدهی دولت به صندوق‌های بازنشستگی (ایجاد دیون انباشته شده) و بر هم خوردن محاسبات بیمه‌ای آن‌ها گردیده، کاهش نقدینگی صندوق‌ها را به دنبال داشته و بر سرمایه گذاری آن‌ها نیز تاثیرگذار بوده است؛ زیرا سرمایه گذاری، مستلزم دارا بودن نقدینگی است و با افزایش تعهدات مالی، بخشی از نقدینگی صندوق که باید صرف سرمایه گذاری می شده است، صرف ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان گردیده است. کاهش نقدینگی صندوق یا فقدان نقدینگی لازم برای صندوق‌های بازنشستگی نه تنها آن‌ها را از سرمایه‌گذاری در زمان مناسب در زمینه‌های سودآور، محروم کرده و با توجه به کاهش ارزش پول و افزایش نرخ تورم، موجب فوت منفعت برای آن‌ها شده است، بلکه یکی از عوامل عمده کاهش بازدهی و افزایش ریسک سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی ایران بوده است. نمونه عملی این موضوع را در مورد صندوق بازنشستگی کشوری می‌توان مشاهده نمود؛ به‌طوری که مطالعاتی که توسط شرکت مشاور بین‌المللی مکنزی و نیز مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی انجام شده است، نشان می‌دهد تغییرات پارامتریک ناشی از اجرای قوانین حمایتی از سوی صندوق بازنشستگی کشوری در یک دهه اخیر، تاثیر اساسی بر کسری نقدینگی این صندوق داشته است و سهم درآمد ناشی از حق بیمه از ۵۵ درصد در سال ۱۳۸۶به ۲۸ درصد در سال ۱۳۹۴ تقلیل یافته است (Bagheri & Khorshidi, 2025: 29).

۲-۲. حفظ پایداری منابع مالی

هدف دیگر سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی که در نظام حقوق بین‌الملل و نظام‌های حقوقی داخلی مورد تأکید قرار گرفته است، «پایداری منابع مالی»[۴] است. بانک جهانی در گزارش‌های متعدد خود، پایداری منابع مالی را به عنوان یکی از اهداف اساسی صندوق‌های بازنشستگی دانسته است.

این موضوع در برخی نظام‌های حقوقی نیز مورد تأکید قرار گرفته است؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی انگلستان، «قانون طرح‌های بازنشستگی»[۵] به موضوع پایداری منابع مالی، اشاره دارد و یکی از روش‌های پایداری منابع مالی صندوق‌های بازنشستگی را سرمایه‌گذاری دانسته است. در نظام حقوقی ایران نیز حفظ پایداری منابع مالی در برخی قوانین مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است؛ از جمله در قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۸۳)، یکی از شیوه‌های پایداری منابع مالی نهادهای تأمین اجتماعی «درآمد ناشی از سرمایه‌گذاری‌ها و مدیریت وجوه و ذخایر سازمان‌ها، موسسات و صندوق‌های فعال در قلمروهای مختلف نظام تأمین اجتماعی» دانسته شده است (قسمت ۱۱ از بند «الف» ماده ۷). قانون برنامه هفتم پیشرفت اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۴۰۲) نیز به‌عنوان آخرین اراده مقنن در این زمینه بیان می‌دارد: «به منظور کاهش ناترازی مالی سازمان‌ها و صندوق‌های بازنشستگی و جلوگیری از ناپایداری مالی و همچنین کاهش وابستگی آن‌ها به بودجه عمومی و ارتقای کیفیت و اصلاح ساختار بیمه‌های اجتماعی، از سال اول اجرای برنامه اقدامات زیر در صندوق‌های بازنشستگی انجام می‌گردد:...» (ماده ۲۸). یکی از اقداماتی که به منظور تحقق مفاد صدر این ماده، در ذیل همین ماده به آن اشاره شده است، سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی است.

4. *Financial sustainability*
5. *Pension Schemes Act*

در نظام حقوقی ایران با وجود توجه قوانین متعدد به مساله پایداری منابع مالی، مفهوم و سازکارهای این موضوع در قوانین و مقررات تبیین نشده است؛ در خصوص مفهوم «پایداری منابع مالی» باید گفت: پایداری منابع مالی در یک بیان ساده به معنای وجود تعادل میان منابع و مصارف یک صندوق بازنشستگی است؛ همچنانکه قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، «ایجاد تعادل بین منابع و مصارف صندوق‌های بیمه‌ای» را یکی از عوامل پایداری منابع مالی دانسته است (ماده ۷).

اگرچه پایداری منابع مالی می‌تواند موجب ایفای تعهد در برابر بیمه شدگان شود، اما این دو هدف تا حدی با یکدیگر تفاوت دارند؛ از آن جهت که هدف پایداری منابع مالی، فراتر از هدف ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان است و نسبت به آن یک هدف بلندمدت‌تر محسوب می‌شود؛ یعنی پایداری منابع مالی صرفا به ایفای تعهدات در برابر نسل فعلی نمی‌اندیشد؛ در واقع در بسیاری موارد ممکن است منابع مالی برای ایفای تعهدات در برابر بازنشستگان فعلی کافی باشد اما تکافوی نسل‌های بعدی را ننماید.

اگرچه برای هدف پایداری منابع مالی عمدتا سازکارهای متعددی در قوانین و مقررات تعیین می‌شود، با این حال دستیابی به این هدف از طریق سرمایه‌گذاری در برخی موارد چالش‌هایی به همراه دارد که عمدتا مشابه با چالش‌های بیان شده برای دستیابی به هدف ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان هستند و برخی دیگر چالش‌های مربوط به محاسبات بیمه‌ای سرمایه‌گذاری‌ها می‌باشند.

در همین راستا با توجه به ضرورت نگاه بلند مدت به سرمایه‌گذاری برای حفظ پایداری منابع مالی و تاثیر بازارهای اقتصادی محل فعالیت صندوق‌های بازنشستگی بر پایداری آن‌ها، در بسیاری از کشورهای اروپایی، صندوق‌های بازنشستگی برای تداوم بقای خود همواره این موضوع را بررسی کنند که آیا مخاطرات مختلف، توانایی آن‌ها را برای محافظت از ارزش بلندمدت دارایی‌هایشان، تهدید می‌نماید (Unep, 2024 :5). در صورتی که پاسخ به این سوال، مثبت باشد صندوق‌ها در صدد حفظ پایداری منابع مالی، به‌ویژه از طریق تغییر شیوه‌های سرمایه‌گذاری بر می‌آیند. نمونه‌هایی از این موضوع را در نظام حقوقی انگلستان می‌توان مشاهده نمود. در این کشور در مورد هر طرح بازنشستگی باید این اطمینان وجود داشته باشد که آن طرح از منابع مالی کافی برای تأمین هزینه‌های طرح، برخوردار است. به منظور اطمینان از این موضوع در نظام حقوقی انگلستان، به موجب «قانون طرح‌های بازنشستگی» لازم است دارایی موجود و هزینه‌های صندوق بازنشستگی (بویژه نقدینگی آن) از سوی یک یا چند متخصص بیمه‌ای (اکچوئر)، مورد بررسی و ارزیابی قرار گیرد. در صورتی که محاسبات بیمه‌ای، دلالت بر عدم ثبات مالی در آینده‌ای نزدیک نماید، یکی از سازکارهای حفظ ثبات مالی، اصلاح در روش‌های سرمایه‌گذاری خواهد بود (UK Pension Schemes Act, 2021). این در حالی است که در ایران مدیران بسیاری از صندوق‌های بازنشستگی به ارزیابی اموال صندوق، توجه چندانی ندارند؛ به عنوان مثال یافته‌های یکی از پژوهش‌های اخیر دلالت بر آن دارد در حالی که با توجه به نرخ بالای تورم در ایران و تغییر مستمر ارزش اموال و دارایی‌های صندوق بازنشستگی کشوری، ارزیابی، انجام کارشناسی و قیمت گذاری به روز اموال (بویژه دارایی‌های غیربورسی)، ضرورت دارد، اما تجدید ارزیابی دارایی‌ها به دلیل عدم صرفه اقتصادی انجام نمی‌شود (Ghasemi Siani, 2024: 39).

با توجه به چالش‌هایی که بیشتر صندوق‌های بازنشستگی ایران در دستیابی به هدف حفظ پایداری منابع مالی از طریق شیوه سرمایه‌گذاری با آن مواجه هستند برخی نویسندگان اصلاح در شیوه‌های سرمایه گذاری را بسیار دشوار دانسته و بجای آن، اصلاحات قانونی پارامتریک، شامل اصلاح در حق بیمه یا سن بازنشستگی را پیشنهاد کرده‌اند. علاوه بر این در برخی قوانینی که در سال‌های اخیر به تصویب رسیده اند، برخی اصلاحات پارامتریک را پیش بینی کرده اند که در میان آن‌ها می‌توان به قانون برنامه هفتم پیشرفت کشور (مصوب ۱۴۰۳) اشاره نمود؛ به عنوان مثال افزایش سنوات بیمه پردازی که عمدتا موجب افزایش سن بازنشستگی می‌شود یکی از اصلاحات پارامتریک اخیر است که در ماده ۲۹ این قانون مقرر شده است.

اگرچه اصلاحات پارامتریک می‌تواند گامی مثبت و رو به جلو باشد با این حال به نظر می‌رسد اصلاحات پارامتریک از طریق افزایش میزان حق بیمه یا اصلاح سن بازنشستگی که در واقع به معنای افزایش مدت زمان پرداخت حق بیمه خواهد بود هر یک خود با چالش‌هایی مواجه هستند؛ زیرا افزایش حق بیمه علاوه بر اینکه موجب افزایش هزینه‌های کارفرما و در نهایت قیمت تمام شده محصول تولیدی یا خدمات می‌شود، ممکن است برخی از کارفرمایان را از تکلیف قانونی بیمه نمودن، منصرف نماید و این موضوع خود موجب کاهش موارد پرداخت حق بیمه به صندوق‌های بازنشستگی شود. علاوه بر این افزایش سن بازنشستگی، صرفنظر از تاثیر نامطلوب آن بر نظام اشتغال کشور، عمدتا محدود بوده و به تنهایی نمی‌تواند در حفظ پایداری منابع مالی، موثر باشد.

به همین جهت به نظر می رسد در میان شیوه های مختلف دستیابی به هدف پایداری منابع مالی، برای صندوق‌های بازنشستگی ایران

به دلایل متعدد، تغییر در شیوه سرمایه‌گذاری‌ها مناسبتر باشد؛ نخست آن که، صندوق‌های بازنشستگی ایران عمدتا اجراکننده طرح بازنشستگی از نوع اندوخته‌گذاری جزیی هستند و به علت عدم انعطاف در تغییر نرخ حق بیمه در این طرح‌های بازنشستگی، مرکز ثقل تعادل بلندمدت و پایداری آن‌ها بر سیاست‌های سرمایه‌گذاری استوار است.[۶]

دوم آن که با توجه به آن که در ایران تورم سالانه به طور قابل توجهی افزایش می‌یابد، سرمایه‌گذاری سودآور وجوه دریافتی از بیمه‌شدگان موثرترین شیوه برای حفظ پایداری منابع مالی خواهد بود. به همین جهت در حال حاضر بیشتر صندوق‌های بازنشستگی ایران، در سه دهه اخیر سعی نموده‌اند از طریق سرمایه گذاری به این هدف دست یابند. با این حال، در ایران حفظ پایداری منابع مالی از طریق سرمایه‌گذاری، عمدتا محدود به سرمایه گذاری داخلی است؛ این در حالی است که بسیاری از صندوق‌های بازنشستگی کشورهای در حال توسعه برای حفظ پایداری منابع مالی از روش سرمایه گذاری خارجی نیز استفاده می‌کنند. از آنجایی که صندوق‌های بازنشستگی کشورهای در حال توسعه عمدتا در کشورهایی سرمایه‌گذاری می‌کنند که ارزش پول ملی آن‌ها بیشتر از ارزش پول کشور خودشان است، در مواردی که تفاوت ارزش پول کشور محل پیدایش صندوق بازنشستگی و کشور محل سرمایه‌گذاری آن صندوق، فاحش باشد، این سرمایه‌گذاری به شکل محسوسی، موجب افزایش دارایی صندوق و پایداری منابع مالی آن می‌شود (Mustafa, 2019: 44-45). به همین جهت ضروری است در نظام حقوقی ایران برای حفظ پایداری منابع مالی صندوق‌های بازنشستگی، با اصلاح قوانین، سازکارهای مشخصی برای سرمایه گذاری خارجی نیز تعیین شود.

۲-۳. سودآوری

به زعم برخی نویسندگان، هدف واقعی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی، کسب سود است؛ چرا که بیشتر صندوق‌های بازنشستگی با وجود آن که از امکان ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان و پایداری منابع مالی خود اطمینان دارند و دارایی آن‌ها به میزانی است که به آسانی می‌تواند آن‌ها را برای سالیان زیاد، قادر به ایفای تعهدات در مقابل بیمه شدگان یا حفظ پایداری نماید با این حال سرمایه‌گذاری‌های خود را متوقف ننموده و همچنان به‌طور فزاینده، مبادرت به سرمایه‌گذاری می‌کنند. در بسیاری از کشورها نمونه‌های متعددی از صندوق‌های بازنشستگی را می‌توان یافت که هدف اصلی از سرمایه‌گذاری آن‌ها کسب سود یا بازده می‌باشد؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی آمریکا هدف اصلی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی، افزایش بازده دانسته شده است (Yari, 2019: 25). در کشور کانادا نیز دستیابی به حداکثر بازده و حداقل ریسک با توجه به عواملی که بر بودجه و تعهدات مالی روزانه صندوق تاثیرگذار است، به‌عنوان یکی از اهداف اصلی سرمایه‌گذاری صندوق بازنشستگی کانادا به شمار می‌آید (جهانفر، ۱۳۹۹: ۱۴). از نظر اتحادیه اروپا نیز یکی از اهداف اولیه سرمایه‌گذاری‌های تأمین اجتماعی، سودآوری است. از نظر این سازمان، سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی باید با لحاظ ریسک قابل قبول، حداکثر بازدهی را داشته باشند و علاوه بر سود اقتصادی می‌بایست به‌گونه‌ای باشد که به رشد بلندمدت اقتصاد کشورها کمک کند؛ مانند سرمایه‌گذاری در منابع انسانی یا زیرساخت‌های حمل و نقل (Bitinas, 2019: 15).

در نظام‌های حقوقی داخلی این هدف در قوانین بسیاری از کشورها پذیرفته شده است؛ به‌عنوان مثال در کشور انگلستان هدف اصلی سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی، سودآوری دانسته شده و بویژه در سرمایه‌گذاری‌های خارجی صندوق‌های بازنشستگی این کشور همواره بر این هدف تأکید گردیده است. صرفنظر از منافع مادی مستقیم ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، برخی نویسندگان و مدیران صندوق‌های بازنشستگی بر این عقیده‌اند سرمایه‌گذاری بین‌المللی صندوق‌های بازنشستگی موجب انتقال فناوری‌ها و دانش‌های جدید کسب شده به بریتانیا شده و علاوه بر صندوق برای کشور نیز منافعی دارد. علاوه بر این سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، فرصتی برای نشان دادن استانداردهای بالای بنگاه‌های اقتصادی بریتانیا در خارج از کشور به شمار می‌آید که موجب افزایش اعتبار ملی و گسترش تجارت بین‌المللی بریتانیا می‌شود و در نهایت برای دولت بریتانیا و بنگاه‌های اقتصادی آن، موجد منفعت است (Fox MP, 2017: 1-2).

---

۶. در طرح‌های اندوخته‌گذاری جزیی از آنجایی که حق بیمه دریافتی از شاغلان باید صرف پرداخت مستمری‌ها شود معمولا منابع مالی زیادی برای سرمایه‌گذاری وجود ندارد و منابع مالی که پس از کسر تعهدات صندوق، باقی میماند برای شرایط اضطراری در نظر گرفته می‌شود که به صورت پول نقد و یا به صورت اوراق قرضه کوتاه مدت، به‌طور عمومی یکساله نگهداری می‌شود (Fallah Ziarani, ۲۰۱۷: ۹۶).

هدف سودآوری در نظام حقوقی ایران نیز یکی از اهداف سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی دانسته شده است؛ به‌عنوان مثال «آیین‌نامه (ضوابط کلی) نحوه مدیریت وجوه، ذخایر و سرمایه‌گذاری‌های دستگاه‌های اجرایی دولتی و عمومی غیردولتی فعال در قلمروهای مختلف نظام تأمین اجتماعی و سازمان‌ها، موسسات و صندوق‌های بیمه اجتماعی و بازنشستگی کشور» (مصوب ۱۳۹۸) در تعریف سرمایه‌گذاری، بیان می‌دارد: «تخصیص بخشی از وجوه و ذخایر به طرح‌ها و پروژه‌ها و سایر فعالیت‌های اقتصادی از سوی دستگاه‌های مشمول به منظور کسب سود و با رعایت اصول و مقررات مندرج در این ضوابط (بند «الف» ماده ۱). علاوه بر این، اساسنامه بیشتر صندوق‌های بازنشستگی نیز به سود حاصل از سرمایه‌گذاری‌ها اشاره نموده‌اند (به‌عنوان مثال بند «الف» ماده ۱۹ اساسنامه صندوق تأمین اجتماعی، مصوب ۱۳۸۹ و اساسنامه صندوق بازنشستگی کشوری، مصوب ۱۳۸۷).

اگرچه سازکارهای سودآوری سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی در نظام حقوقی بیشتر کشورها پذیرفته شده است با این حال، دستیابی به این هدف عمدتا محدودیت‌ها و چالش‌هایی دارد. مهم‌ترین محدودیت در این زمینه امنیت سرمایه‌گذاری است؛ زیرا صندوق‌های بازنشستگی نمی‌توانند در راستای کسب سود، راه افراط در پیش گرفته و امنیت سرمایه‌گذاری‌ها را نادیده بگیرند. از نظر بیشتر کارشناسان اقتصادی، معمولا میان سودآوری سرمایه‌گذاری و امنیت آن، رابطه معکوس وجود دارد؛ یعنی، گرایش بنگاه اقتصادی به سمت سرمایه‌گذاری در زمینه‌های بسیار سودآور، عمدتا در مقابل، پر مخاطره بوده و امنیت سرمایه را به خطر می‌اندازد. به همین دلیل است که اتحادیه بین‌المللی تأمین اجتماعی (ایسا) در «دستورالعمل سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی» (مصوب ۲۰۱۹)، بیان داشته است: سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی باید مبتنی بر توجه همزمان به هر دو مقوله امنیت و سودآوری سرمایه‌گذاری و تا حد امکان، ایجاد تعادل میان آن‌ها باشد (ISSA, 2019: 2-3).

علاوه بر این، دستیابی به این هدف تا حد زیادی با وضعیت نظام‌های اقتصادی و حقوقی هر کشور ارتباط دارد؛ به طوری که در بسیاری موارد بویژه در کشورهای در حال توسعه مانند ایران، نظام اقتصادی با وضعیت‌هایی چون رکود اقتصادی، تنزل ارزش یک یا چند دارایی سبد سرمایه گذاری و محدودیت یا فقدان بازار سرمایه سودآور مواجه است و یا آن که بسترهای قانونی مناسب برای سرمایه‌گذاری سودآور وجود ندارد؛ به عنوان مثال با وجود آن که به زعم بسیاری از متخصصان حوزه سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاری در بازار سهام بین‌المللی عمدتا سودآور بوده و شرایط چنین سرمایه‌گذاری‌هایی در بازار سهام برخی کشورها برای صندوق‌های بازنشستگی ایران تا حد زیادی فراهم است با این حال در نظام حقوقی ایران از یک سو بسترهای قانونی مناسبی برای آن وجود ندارد (مانند فقدان سازکارهای سرمایه‌گذاری خارجی و شیوه حمایت از سرمایه‌گذار) و از دیگر سو قوانین و مقررات به دلایل متعدد آن را محدود می‌نمایند؛ مانند محدودیت مقرر در آیین‌نامه (ضوابط کلی) نحوه مدیریت وجوه و ذخایر و سرمایه گذاری (مصوب ۱۳۹۸) در خصوص محدود بودن سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در بازارهای مالی بین‌المللی در سهام شرکت‌های تجاری در قالب سرمایه‌گذاری مشترک (بند ۵ ماده ۶) آن هم حداکثر تا سقف ۲۰ درصد از ارزش روز وجوه و ذخایر (بند «ت» ماده ۷).

در نهایت به‌عنوان یکی دیگر از چالش‌های سودآوری باید به بالا بودن هزینه‌های اداره صندوق‌های بازنشستگی و شرکت‌های زیر مجموعه آن‌ها اشاره نمود؛ چرا که صندوق‌های بازنشستگی بویژه صندوق‌های بازنشستگی عمومی یا دولتی عمدتا دارای ساختار سازمانی گسترده بوده و برای انجام وظایف خود، نیروهای انسانی متعددی را در حوزه‌های بیمه‌ای، حسابداری، حقوقی، مدیریت، اکچوئری و غیره بکار می‌گیرند. علاوه بر هزینه دستمزدهای پرداختی به نیروهای انسانی در برخی موارد پرداخت دستمزدهای بالا به مدیران صندوق‌های بازنشستگی و شرکت‌های زیرمجموعه یکی از چالش‌های هزینه اداره صندوق‌های بازنشستگی محسوب می‌شود که می‌تواند بر نقدینگی و سودآوری سرمایه گذاری‌ها موثر باشد. نمونه عملی این موضوع را در نظام تأمین اجتماعی ایران طی سال‌های گذشته در خصوص دستمزد هنگفت مدیران برخی صندوق‌های بازنشستگی می‌توان مشاهده نمود. در کنار این موضوع در بسیاری موارد اداره شرکت‌های زیان‌ده یا فاقد سوددهی متعارف تابعه صندوق‌های بازنشستگی، هزینه‌های زیادی را به صندوق‌های بازنشستگی تحمیل نموده و برای هدف سودآوری، چالش محسوب می‌شود.

۳. اهداف اجتماعی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی و چالش‌های دستیابی به آن‌ها

صندوق‌های بازنشستگی، یکی از سازکارهای تحقق بیمه اجتماعی به‌عنوان مهم‌ترین حوزه نظام تأمین اجتماعی هستند؛ به همین جهت علاوه بر اهداف اقتصادی دارای برخی اهداف اجتماعی نیز می‌باشند. بر همین اساس برخی سازمان‌های بین‌المللی تأکید دارند

این نهادهای اقتصادی در همه فعالیت‌های خود از جمله سرمایه‌گذاری باید اهداف اجتماعی را نیز همواره مورد توجه قرار دهند. مهم‌ترین اهداف اجتماعی که تاکنون در سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های بازنشستگی مورد توجه قرار گرفته است به شرح زیر است.

۳-۱. تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی

به موجب اسناد مصوب برخی سازمان‌های بین‌المللی، مزایای تأمین اجتماعی قابل پرداخت از سوی صندوق‌های بازنشستگی باید متناسب با کرامت اجتماعی یا انسانی بیمه‌شدگان باشد و یا به تعبیر دیگر هزینه‌های لازم برای داشتن حداقل استانداردهای زندگی شامل مسکن، خوراک، پوشاک، درمان، آموزش، تفریح و سرگرمی را تأمین نماید. در این خصوص اتحادیه اروپا هدف از مستمری بازنشستگی را حفظ استانداردهای زندگی سالمندان و محافظت از آن‌ها در برابر فقر دانسته است؛ به‌طوری که زندگی شرافتمندانه را در دوران پیری برای آنان تضمین نماید (Simpson & Others, 2017:15-20).

این هدف که امروزه در نظام حقوقی کشورهای عضو اتحادیه اروپا مورد پذیرش قرار گرفته است، فراتر از هدف ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان است؛ زیرا ایفای تعهد در برابر بیمه شدگان عمدتا با میزان مشارکت آنان در نظام بیمه‌ای (سال‌های بیمه پردازی به صندوق بازنشستگی) ارتباط دارد و بر مبنای قواعد بیمه‌های اجتماعی که عمدتا برگرفته از قواعد بیمه‌های خصوصی است، میزان تعهد صندوق بازنشستگی در برابر بیمه شدگان بر اساس میزان حق بیمه پرداختی تعیین می‌شود؛ حتی اگر تورم سالانه موجب کم شدن ارزش مستمری قابل پرداخت گردد. اما هدف تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی به صرف بیمه‌پردازی توجه ندارد بلکه به دنبال متناسب‌سازی مستمری با وضعیت بیمه شده صرفنظر از میزان مشارکت واقعی وی در نظام تأمین اجتماعی است.

در دهه‌های اخیر با توجه به اینکه در بسیاری از کشورها از یک سو جمعیت مسن همراه با امید به زندگی در حال افزایش بوده است و از دیگر سو تورم سالانه افزایش داشته است، بسیاری از دولت‌ها از طریق سازکارهای متعدد سعی نموده‌اند ضمن ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان، پرداخت مزایا را متناسب با کرامت اجتماعی بیمه شدگان نموده و کفایت مزایای قابل ارایه را نیز حفظ نمایند. یکی از ابزارهای تحقق این موضوع در برخی کشورها مانند اسکاتلند تغییرات مربوط به نظام سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی بوده است (Simpson & Others, 2017:17).

در نظام حقوقی ایران نیز کفایت مزایای تأمین اجتماعی در قانون اساسی (از جمله بند ۱۲ اصل سوم و بند ۱ اصل چهل و سوم) و برخی قوانین عادی مانند قانون ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی، مورد توجه قرار گرفته است؛ ماده ۹ این قانون، یکی از اصول و سیاست‌های اجرایی نظام جامع تأمین اجتماعی را اصل کفایت مزایای تأمین اجتماعی دانسته و بیان داشته است: به موجب این اصل، لازم است حداقل نیازهای اساسی تأمین شود و کمیت و کیفیت مزایای تأمین اجتماعی ارتقاء یابد. بر اساس همین قانون، یکی از سازکارهای دستیابی به اصل کفایت،«درآمد ناشی از سرمایه‌گذاری‌ها و مدیریت وجوه و ذخایر دستگاه‌های اجرایی دولتی و عمومی، سازمان‌ها، موسسات و صندوق‌های فعال در قلمروهای مختلف نظام تأمین اجتماعی» دانسته شده است (بند ۱۱ ماده ۷).

موضوع تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی به عنوان یکی از اهداف سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در نظام حقوقی برخی کشورها پذیرفته شده است؛ با این حال در دستیابی به این هدف چالش‌هایی نیز وجود دارد؛ از جمله آن که این مساله با برخی محدودیت‌های قانونی در زمینه سرمایه‌گذاری مواجه است؛ به همین جهت در برخی کشورها تحقق این هدف مستلزم آن است محدودیت‌های قانونی سرمایه‌گذاری‌ها (در راستای دستیابی به سود بیشتر)، با اصلاح قوانین، تعدیل شود تا سود حاصل شده در اثر رفع این محدودیت‌ها به متناسب سازی مزایای تأمین اجتماعی با کرامت اجتماعی بیمه شدگان، اختصاص یابد. علاوه بر این، با وجود تأکید قوانین بر این هدف، در بسیاری موارد مدیران صندوق‌های بازنشستگی، تمایل چندانی به تخصیص سود حاصل از سرمایه‌گذاری در راستای کفایت مزایا ندارند و تنها به ایفای تعهدات قانونی خود مقابل بیمه شدگان بر اساس میزان مشارکت آنان می‌اندیشند؛ به تعبیر دقیقتر در حالی که صندوق‌های بازنشستگی در خصوص سود حاصل از سرمایه‌گذاری‌های خود، دو گزینه شامل: سرمایه‌گذاری مجدد همان سود و یا تخصیص تمام یا بخشی از آن به تأمین نظام پرداخت مزایا فراتر از تعهدات قانونی، پیش رو دارند، مورد نخست را ترجیح می‌دهند.

شاید در بادی امر این عدم تمایل بر سیاست منفعت طلبانه و رویکرد کسب سود حداکثری صندوق‌های بازنشستگی دلالت نماید؛ با

این حال همواره این گونه نیست؛ زیرا در برخی موارد صندوق‌های بازنشستگی به دلیل بحران‌های مالی یا ورشکستگی به سختی قادر به ایفای تعهدات خود در برابر بیمه شدگان هستند؛ در نتیجه بناچار تمام سود حاصل از سرمایه گذاری را به سرمایه‌گذاری مجدد و ایفای تعهدات در برابر بیمه شدگان، اختصاص می‌دهند و سرمایه‌گذاری با هدف تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی برای آن‌ها تقریبا دست نیافتنی است. نمونه عملی این موضوع را در مورد صندوق‌های بازنشستگی ایران می‌توان مشاهده نمود؛ با وجود آن که در قوانین ایران به موضوع کفایت مزایا توجه شده است اما بیشتر صندوق‌های بازنشستگی ایران به دلیل ورشکستگی به سختی قادر به ایفای تعهدات خود در برابر بیمه شدگان هستند و قسمت زیادی از سود سرمایه‌گذاری‌ها صرف این موضوع می‌شود و عمدتا سرمایه‌گذاری با هدف تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی چندان مورد توجه نمی‌باشد. در واقع با وجود آن که در ایران مستمری دریافتی بیشتر مستمری بگیران کفایت هزینه‌های زندگی آنان را نمی‌نماید و سرمایه‌گذاری باید سازگاری برای تحقق این موضوع باشد اما در عمل سعی شده است کفایت مزایا (بجای تأمین از طریق سرمایه‌گذاری مطلوب)، با سازکارهایی چون متناسب‌سازی مستمری‌ها که برای صندوق‌های بازنشستگی بار مالی دارد، جبران شود (Bagheri & Khorshidi, 2025: 18-19). عدم توجه به کفایت مزایا در صندوق‌های بازنشستگی باز که در آن‌ها امکان عضویت همه اشخاص فراهم است می‌تواند بر سرمایه‌گذاری تاثیر نامطلوب داشته باشد؛ از آن جهت که ممکن است موجب خروج برخی بیمه پردازان از صندوق شود و به تبع آن، کاهش حق بیمه‌های دریافتی صندوق به عنوان مهم‌ترین منبع درآمد و بخشی از منابع تأمین کننده سرمایه گذاری‌های آتی صندوق را به دنبال داشته باشد.

۳-۲. سرمایه‌گذاری مسئولانه

در یک قرن اخیر عوامل اجتماعی بر سرمایه‌گذاری بنگاه‌های اقتصادی تاثیرگذار بوده است. مهم‌ترین نمونه این تاثیر را می‌توان در سرمایه‌گذاری مسئولانه صندوق‌های بازنشستگی مشاهده نمود (Maynard & Nikulina, 2024: 4). سرمایه‌گذاری مسئولانه[7] که سرمایه‌گذاری با اهداف اجتماعی نیز خوانده می‌شود به معنای توجه به عوامل اجتماعی یا محیط زیستی و حکمرانی در فرایند تصمیم‌گیری برای سرمایه‌گذاری و اداره فعالیت‌های مربوط به آن است. این نوع سرمایه‌گذاری، تلفیق اهداف مالی سرمایه‌گذاران با نگرانی‌هایشان در مورد مسایل اجتماعی یا اخلاقی و محیط زیستی است (OECD, 2007: 5). در راستای سرمایه‌گذاری مسئولانه، باید عوامل سه گانه مذکور، در فرایند تصمیم‌گیری سرمایه‌گذار، ارزیابی و مورد تحقیق و بررسی جامع قرار گیرند؛ در رویه‌ها و سیاست‌های مالکیت، گنجانده شوند و در تخصیص دارایی، انتخاب سهام و ساختار سبد سرمایه‌گذاری تاثیر بگذارند. همچنین شرکت‌های سرمایه‌پذیر نیز باید متعهد به رعایت این موارد سه گانه باشند (Hierzig, 2015: 9-10). صندوق‌های بازنشستگی در سرمایه‌گذاری مسئولانه با اهداف اجتماعی عمدتا به مواردی چون حقوق بشر، حقوق استخدامی، حقوق سلامت، برده‌داری مدرن، کار کودکان، بهداشت و ایمنی شغلی، برابری و عدم تبعیض، توجه دارند؛ به‌طوری که بر مبنای همین اهداف اجتماعی ممکن است سرمایه‌گذاری در اوراق قرضه دولتی صادره از سوی دولت‌هایی که ناقض حقوق بشر به شمار می‌آیند، اجتناب نمایند (Sheikhinejad, 2025: 158). امروزه بسیاری از دولت‌ها در راستای سرمایه‌گذاری مسئولانه فعالان اقتصادی از جمله صندوق‌های بازنشستگی، مبادرت به وضع قوانین و مقررات متعددی نموده‌اند و بسیاری از صندوق‌های بازنشستگی نیز از قواعد مربوط به سرمایه‌گذاری مسئولانه تبعیت می‌نمایند؛ به‌عنوان مثال در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا سرمایه‌گذاری مسئولانه به‌صراحت در اساسنامه بیشتر صندوق‌های بازنشستگی، مورد اشاره واقع شده و این صندوق‌ها در سرمایه‌گذاری‌های خود به مسایل اجتماعی توجه دارند؛ به‌طوری که بر اساس گزارش وال استریت ژورنال، بسیاری از صندوق‌های بازنشستگی این کشور در دهه‌های اخیر به‌طور قابل توجهی علاقه خود را از سرمایه‌گذاری صرف در سهام در حال رشد، به سرمایه‌گذاری در سهام ارزشی[8] تغییر داده‌اند (Geczy & Others, 2021: 2-3). چنین رویکردی در میان صندوق‌های بازنشستگی کشورهای عضو اتحادیه اروپا نیز قابل مشاهده است؛ به‌عنوان مثال در کشور نروژ صندوق بازنشستگی دولتی نروژ همواره از دستورالعمل اخلاقی مسوولیت سرمایه‌گذاری (مصوب ۲۰۰۴) که معیارهای مبنای حذف یا تحت نظر

7. *Responsible investment*
8. *Value Stocks*

قرار دادن شرکت‌ها (به‌عنوان گزینه‌های سرمایه‌گذاری) را بیان می‌کند، تبعیت نموده است. از جمله این معیارها تجارت در محصولاتی است که از نظر اخلاقی قابل قبول نیستند؛ مانند تنباکو، حشیش، انواع خاصی از سلاح‌ها و زغال سنگ و یا رفتارهایی که نقض فاحش هنجارهای اجتماعی یا اخلاقی به شمار می‌آیند؛ مانند نقض حقوق بشر، فساد و سایر جرایم مالی، آسیب‌های زیست محیطی و انتشار گازهای گلخانه‌ای (Council on Ethics, 2022: 21-23).

پرسشی که در اینجا پیش می‌آید آن است چرا برخی صندوق‌های بازنشستگی در سرمایه‌گذاری‌های خود به دنبال دستیابی به هدف سرمایه‌گذاری مسئولانه هستند؟

در این خصوص مدیران برخی صندوق‌های بازنشستگی بر این عقیده‌اند: سرمایه‌گذاری در سهام شرکت‌هایی که به مسوولیت اجتماعی شرکت‌ها در فعالیت‌های تجاری خود توجه می کنند در بلند مدت، بیشترین منفعت را برای سهامداران، جامعه و نیز برای ذینفعان صندوق ایجاد خواهند نمود (Dutch Pension Fund of Netherland, 2016). به زعم طرفداران سرمایه‌گذاری مسئولانه علاوه بر منتفع شدن کل جامعه (شامل نسل فعلی و آینده)، سرمایه‌گذاری مسئولانه موجب کسب شهرت و اعتبار صندوق‌های بازنشستگی نیز خواهد شد که این خود یک مساله اجتماعی است.

در واقع این صندوق‌ها همانند سایر سرمایه‌گذاران با نشان دادن نگرانی خود برای مسایل اجتماعی مانند حقوق بشر به دنبال کسب شهرت اجتماعی هستند (Della Croce, 2011: 12) تا از این طریق با جلب اعتماد اجتماعی، اعضا (یا بیمه پردازان) بیشتری را به سمت خود سوق دهند.

گروه دیگری از نویسندگان، مهم‌ترین دلیل سرمایه‌گذاری مسئولانه صندوق‌های بازنشستگی را مبانی اقتصادی آن دانسته و بیان داشته‌اند: سرمایه‌گذاری مسئولانه، موجب افزایش بازده سرمایه‌گذاری، ایجاد بازدهی پایدار و بلندمدت و کاهش ریسک سرمایه‌گذاری می‌شود. در خصوص کاهش ریسک، این گروه بر این باورند: سهام شرکت‌هایی که در درجه بالایی از رعایت اصل سرمایه‌گذاری مسئولانه قرار دارند با نوسانات کمتری همراه است و به‌طور بالقوه کمتر مستعد شوک‌های سیستماتیک اقتصادی می‌باشد. در مقابل، شرکت‌هایی که از الگوهای رفتاری مطلوب در زمینه مراقبت از هنجارهای اجتماعی، محیط‌زیست و حاکمیت شرکتی پیروی نمی‌کنند، خود را در معرض خطرات حقوقی، اجتماعی و مالی قرار می‌دهند که می‌تواند توانایی آن‌ها را برای ایجاد ارزش بلندمدت در دارایی‌هایشان به خطر بیاندازد (Marcilio R., 2015: 13). بررسی‌های به‌عمل آمده نشان می‌دهد: شرکت‌هایی که از نظر رعایت اصل سرمایه‌گذاری مسئولانه در رتبه پایینی قرار دارند، سه برابر بیشتر از شرکت‌های دارای بالاترین رتبه از این جهت، کاهش قیمت سهام را تجربه می‌کنند. این مساله در سال‌های گذشته در زمان بروز بحران ناشی از کرونا به اثبات رسیده است (Geczy, 2021: 7-9). علاوه بر این، بسیاری از صندوق‌های بازنشستگی به دلیل بهره‌مندی از کمک‌های مالی دولتی یا معافیت‌های قانونی تمایل به سرمایه‌گذاری مسئولانه دارند؛ زیرا امروزه در برخی کشورها بسیاری از نهادهای مالی که در راستای سرمایه‌گذاری مسئولانه، مسایل زیست محیطی را رعایت می‌کنند از یارانه‌های دولتی بهره‌مند می‌شوند و یا مشمول معافیت مالیاتی می‌گردند (Green, 2022: 2-5). با توجه به اینکه این امتیازها و معافیت‌ها مزیت مالی برای صندوق‌های بازنشستگی رعایت‌کننده اصل سرمایه‌گذاری مسئولانه به دنبال دارد، یکی از مهم‌ترین دلایل اقتصادی است که آن‌ها را به سمت سرمایه‌گذاری مسئولانه سوق داده است (شیخی نژاد، ۱۴۰۳: ۱۶۰-۱۶۱)

با این حال، سرمایه‌گذاری مسئولانه با وجود منافعی که دارد با چالش‌های متعددی نیز همراه است؛ نخستین چالش آن است که شناسایی شرکت‌های با سرمایه‌گذاری مسئولانه، مستلزم بررسی دقیق دارایی‌های همه شرکت‌های منتخب برای سرمایه‌گذاری است. در واقع باید دیده شود چه مقدار از دارایی یک شرکت (هدف سرمایه‌گذاری) بر مبنای رعایت سرمایه‌گذاری‌های اجتماعی، اخلاقی یا زیست محیطی، تشکیل شده است. احراز این مساله، مستلزم بررسی جامع است که دشواری‌های خاص خود را دارد؛ از آن جهت که در برخی موارد، شرکت‌ها بدون اعتقاد واقعی به سرمایه‌گذاری مسئولانه، تنها ادعای سرمایه‌گذاری مسئولانه دارند و حتی در این راستا مبادرت به اغراق می‌کنند (Green, 2022: 7-8). به همین جهت، تشخیص شرکت‌هایی که به‌طور واقعی اصل مسئولانه بودن سرمایه‌گذاری را رعایت می‌کنند، دشوار می‌گردد. این دشواری‌ها زمانی که هدف سرمایه‌گذاری، سهام شرکت‌های تجاری فعال در قلمرو کشورهای دیگر باشد، بیشتر است؛ زیرا جمع‌آوری داده‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری مسئولانه شرکتی که در قلمرو کشور دیگر فعال است، دشوارتر است. علاوه بر این، همه شرکت‌های تجاری به‌طور داوطلبانه اطلاعات مربوط به عملکرد رعایت معیارهای اجتماعی، محیط زیستی و حکمرانی خود را منتشر نمی‌کنند؛ از آن جهت که افشای نقض اصل سرمایه‌گذاری مسئولانه ممکن است موجب

کاهش ارزش سهام آن‌ها و خروج برخی از سرمایه‌گذاران شود (Geczy, 2021: 7-9). این مساله برای صندوق‌های بازنشستگی که تمایل به سرمایه‌گذاری خارجی مسئولانه دارند، یک چالش جدی‌تر به شمار می‌آید.

دومین چالش سرمایه گذاری مسئولانه، دشواری انتخاب پرتفوی می‌باشد؛ چرا که انتخاب پرتفوی برای یک صندوق بازنشستگی رعایت کننده معیارهای اجتماعی، محیطی زیستی و حکمرانی، به‌طور کلی فرایند پیچیده‌تری نسبت به انتخاب پرتفوی برای یک صندوق معمولی دارد؛ به‌عنوان مثال در مواردی که موضوع سرمایه‌گذاری مسئولانه، سهام شرکت‌های تجاری است، رتبه‌بندی عوامل اجتماعی، محیطی زیستی و حکمرانی به‌طور گسترده، متفاوت است؛ به‌طوری که یک شرکت ممکن است بر اساس برخی معیارها (حسب مورد معیار محیط زیستی، اجتماعی یا حکمرانی) رتبه بالایی دریافت کند اما در برخی معیارهای دیگر به دلیل امتیاز کمتر در مرتبه پایینتری نسبت به سایر شرکت‌ها باشد (Geczy, 2021: 7-9). این مساله، موجب می‌شود برآوردهای متفاوتی از سوی مخاطبان (سهامدارن فعلی و بالقوه)، ایجاد شود؛ به‌طوری که برخی یک مورد خاص را در حد اعلای رعایت سرمایه‌گذاری مسئولانه بدانند و برخی دیگر، چنین دیدگاهی نداشته باشند. بر همین اساس ممکن است شرکت‌هایی که داخل در ده درصد برتر برای یک رتبه‌دهنده هستند، در پایین‌ترین جایگاه از نظر رتبه‌دهنده دیگر باشند.

سومین چالش در زمینه دستیابی به هدف سرمایه‌گذاری مسئولانه، هزینه‌بر بودن آن است؛ از آن جهت که سرمایه‌گذاری مسئولانه، مستلزم جستجوی دقیق و جامع در مورد گزینه‌های متعدد سرمایه‌گذاری به منظور دستیابی به اطلاعات موثق است؛ بویژه در مواردی که سرمایه‌گذاری خارجی غیرمستقیم جزو گزینه‌های سرمایه‌گذاری یک صندوق باشد. در همین راستا مدیران صندوق‌ها باید زمان و هزینه بیشتری را برای تحقیق در مورد شرکت‌هایی که در آن‌ها سرمایه‌گذاری می‌کنند، صرف کنند. این اقدامات (نسبت به سرمایه‌گذاری‌های معمولی) عمدتا به هزینه‌های مدیریتی بیشتری نیاز دارند (Green, 2022: 7-8). علاوه بر این، سرمایه‌گذاری مسئولانه، ممکن است در برخی موارد، تعهداتی را ایجاد کند که صندوق بازنشستگی، از نظر مالی، آمادگی اجرای آن را نداشته باشد (Hampole, 2019: 3-4) و یا هزینه پیش‌بینی نشده‌ای را به صندوق، تحمیل نماید؛ به‌عنوان مثال، زمانی که صندوق با نقض فاحش حقوق بشر از سوی شرکت خارجی که در سهام آن سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی کرده است، مواجه می‌شود و تصمیم می‌گیرد، سرمایه خود را از آن، خارج کند، در راستای رعایت بازدهی سرمایه‌گذاری به‌طور معمول باید به انتخاب گزینه سرمایه‌گذاری مناسبتر از آن و یا حداقل همانند آن مبادرت نماید؛ این در حالی است که ممکن است صندوق در آن بازه زمانی نتواند چنین گزینه‌ای را بیابد؛ در واقع، در صورت یافت نشدن گزینه سرمایه‌گذاری جایگزین مناسب، از این حیث، صندوق ممکن است، متضرر شود. این ضرر در مواردی که بازار سرمایه محدود است و نظام اقتصادی در وضعیت افزایش تورم بسر میبرد، با توجه به کاهش تدریجی ارزش نقدینگی، مشهودتر است.

با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران در قوانین و مقررات، سرمایه‌گذاری مسئولانه جزو اهداف سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی تعیین نشده است این سوال مطرح می‌شود، صندوق‌های بازنشستگی ایران در صورتی که در آینده، قصد سرمایه‌گذاری مسئولانه داشته باشند با چه چالش‌های احتمالی مواجه خواهند بود؟

در پاسخ باید گفت: صندوق‌های بازنشستگی فعال در ایران در درجه نخست، فاقد دانش و اطلاعات لازم برای سرمایه‌گذاری مسئولانه می‌باشند؛ به دلیل آن که از یک سو، به جهت عدم توجه مقنن ایرانی به سرمایه‌گذاری مسئولانه، ادبیات حقوقی این موضوع برای مدیران صندوق‌های بازنشستگی ایران، ناآشناست و در تجویز یا عدم تجویز این نوع سرمایه‌گذاری، از سوی برخی از آنان، تردید وجود دارد. از دیگر سو، یکی از عوامل پایهای برای امکان سرمایه‌گذاری مسئولانه، آگاهی کامل صندوق‌ها از سبد دارایی شرکت‌های تجاری (به‌عنوان مهم‌ترین گزینه سرمایه‌گذاری صندوق‌ها در ایران) است؛ حال آن که در ایران بسیاری از شرکت‌های تجاری، اصل شفافیت اطلاعات را رعایت ننموده و عملکرد مالی، نوع و میزان دارایی آن‌ها به‌طور دقیق مشخص نمی‌باشد. چالش دیگر در این زمینه، دشواری انتخاب پرتفوی می‌باشد؛ چرا که در حال حاضر صندوق‌های بازنشستگی ایران در سرمایه‌گذاری‌های خود با مشکل محدودیت بازار سرمایه مواجه هستند؛ به‌طوری که به دلیل محدود بودن گزینه‌های سرمایه‌گذاری و فراهم نبودن بسترهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، انتخاب پرتفوی مناسب که بازدهی کافی را به همراه داشته باشد، برای آن‌ها یک چالش اساسی به شمار می‌آید (Rostami & Habib-nejad, 2017: 106)؛ بدون تردید، سرمایه‌گذاری مسئولانه که موجب اجتناب از سرمایه‌گذاری در برخی گزینه‌های سرمایه‌گذاری و یا خارج نمودن سرمایه از برخی دارایی‌ها (مانند سهام برخی شرکت‌ها) خواهد شد، سبب محدودیت و دشواری بیشتر در انتخاب پرتفوی

خواهد شد. در نهایت به عنوان چالشی دیگر باید به هزینه‌بر بودن سرمایه‌گذاری مسئولانه برای صندوق‌های بازنشستگی ایران اشاره نمود؛ از آن جهت که بیشتر صندوق‌های بازنشستگی ایران از نظر استانداردهای سازمان بین‌المللی کار، ورشکسته بوده و یا در آستانه ورشکستگی قرار دارند (Maleki & others, 2024, 19-20.)؛ به همین جهت، هر اقدامی که موجب افزایش هزینه‌های آن‌ها گردد بر وضعیت بحرانی آن‌ها خواهد افزود؛ بنابراین در صورتی که سرمایه‌گذاری مسئولانه با حمایت‌ها و مشوق‌های دولتی (مانند معافیت‌های مالی) همراه نباشد تا افزایش هزینه‌های ناشی از سرمایه‌گذاری مسئولانه را جبران کند، بحران مالی صندوق‌ها را عمیق‌تر خواهد نمود.

۴. نتیجه‌گیری

امروزه در نظام حقوقی بسیاری از کشورها موضوع سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در قوانین پیش‌بینی شده است و اهداف چنین سرمایه‌گذاری‌هایی نیز تعیین گردیده است که عمدتا شامل اهداف اقتصادی یا اجتماعی است. با این حال در برخی موارد، ممکن است صندوق‌ها به دلایل مختلف در دستیابی به اهداف از پیش تعیین شده در قوانین با چالش‌هایی مواجه شوند. با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی در قوانین و مقررات مختلف مورد توجه قرار گرفته است مقاله کنونی به بررسی اهداف سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی و چالش‌های موجود در دستیابی به آن‌ها پرداخته است. یافته‌های این مقاله نشان می‌دهد به موجب اسناد مصوب سازمان‌های بین‌المللی و قوانین برخی کشورها، ایفای تعهدات در برابر بیمه‌شدگان، حفظ پایداری منابع مالی و سودآوری، مهم‌ترین اهداف اقتصادی و تأمین نظام پرداخت مزایا متناسب با کرامت اجتماعی و سرمایه‌گذاری مسئولانه، مهم‌ترین اهداف اجتماعی سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی هستند؛ با این حال در میان اهداف فوق، سرمایه‌گذاری مسئولانه در نظام حقوقی ایران مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است.

صندوق‌های بازنشستگی ایران برای دستیابی به اهداف قانونی خود با چالش‌های متعددی چون عدم کفایت قوانین و مقررات موجود و قوانین و مقررات نامتناسب در زمینه سرمایه‌گذاری، محدودیت‌های قانونی متعدد در مورد سبد سرمایه‌گذاری یا شیوه سرمایه‌گذاری، فقدان نقدینگی کافی برای سرمایه‌گذاری، کم عمق بودن یا محدودیت‌های بازار سرمایه، مداخله غیرمستقیم دولت در تصمیمات سرمایه‌گذاری و متمایل نمودن بخشی از سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی به نفع خود، مواجه هستند. با توجه به چالش‌های حقوقی و فراحقوقی موجود، به منظور تعدیل مشکلات، انجام اصلاحات قانونی در قواعد مربوط به سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی از جمله تعدیل محدودیت‌های قانونی در پرتفوی و فراهم سازی بسترهای قانونی سرمایه‌گذاری بین‌المللی صندوق‌های بازنشستگی ایران و تعیین سازکارهای قانونی مشخص برای حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و نیز تدوین «ضوابط سرمایه‌گذاری سازمان‌ها و صندوق‌های بازنشستگی» (تکلیف مقرر در بند پ ماده ۲۸ قانون برنامه هفتم پیشرفت کشور) با بهره گیری از قوانین و مقررات کشورهای پیش رو در زمینه سرمایه‌گذاری صندوق‌های بازنشستگی بویژه سرمایه‌گذاری خارجی، ضرورت دارد.

References

1. *Aliu, F. & Knapkova, A., (2017). "Portfolio Risk of International Diversification of Kosovo Pension Fund: A Historical Perspective", Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis. 65(28),. DOI: https://doi.org/10.11118/actaun201765010237*
2. *Azarbadgan, A. (2016). "Investment Requirements in Pension Funds", a collection of lectures for the pre-conference sessions of the Pension Funds Conference; Challenges and solutions, Tehran, High Institute for Social Security Research,]in Persian[.*
3. *Bagheri, Y. & Khoshri, M. (2025). Investigating the Status of the National Pension Fund; Challenges and Solutions, Expert Report of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly,]in Persian[.*
4. *Bitinas, A.(2019). Social Security Investments for the Sustainability of the Future Pension Guarantees, Madrid.*
5. *Council on Ethics for the Norwegian Government Pension Fund Global, 2022*
6. *Fallah Ziarani, A. (2004). "Tools and Limitations of Pension Fund Investments; A Comparative Comparison with the Social Security Organization", Social Security Quarterly, No. 17,]in Persian[.*
7. *Fallah Ziarani, A. (2017). Investment Policy Document of a Pension Fund; Existential philosophy, conceptual framework, components and requirements, under the supervision of Saba Retirement Strategies Institute, Tehran, Refah, First Edition,]in Persian[.*
8. *Fox MP, L. (2017), Supporting overseas investment by British companies can bring vast benefits to the UK, available at: https://www.linkedin.com/pulse/supporting-overseas-investment-british-companies-can-bring-fox-mp,*
9. *Ghasemi S, M. (2024). Review of the performance of the National Pension Fund's investments, expert report of the Islamic Consultative Assembly Research Center, Tehran,]in Persian[.*
10. *Geczy, C & Others, "How Far Could Pension Funds Drive Sustainable Investing?", Knowledge at Wharton Journal, University of Pennsylvania, 2021,*
11. *Hierzig, S., Swiss Pension Funds and Responsible Investment, 2015,*
12. *Ingram, D., A Guide to Responsible Investment Reporting in Public Equity, Version 1; 2015,*
13. *Investment Climate Statements: Greece, 2022, available at: https://www.state.gov/reports/2022-investment-climate-statements/greece/,*
14. *ISSA, ISSA Guidelines on investment of social security funds, September 2019,*
15. *Jahanfar, N. (2010). Investment Statement in Selected Pension Funds, Tehran, Saba Pension Strategies Institute, First Edition,]in Persian[.*
16. *Maleki, M. R. &others(2024). Instability of Pension Funds; 2: Series of Reports on the Dynamics of Country Challenges, Tehran, Research Center of the Islamic Consultative Assembly,]in Persian[.*
17. *Maynard, P & Nikulina, L, Considering Social Factors in Pension Scheme Investments: Guide from the Taskforce on Social Factors, Final Report, March 2024,*
18. *Ministry of Finance, Ethical guidelines Responsible Investing, 2022,*
19. *Mustafa, A. M. M.,"The Relationship between Foreign Direct Investment and Inflation: Econometric Analysis and Forecasts in the Case of Sri Lanka", Journal of Politics and Law; Vol. 12, No. 2; 2019, DOI: 10.5539/jpl.v12n2p44*
20. *OECD, Recent Trends and Regulatory Implications of Socially Responsible Investment Investment for Pension Funds, 2007,*
21. *OECD, Regulation of Insurance Company and Pension Fund Investment; OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, September 2015,*
22. *OECD, Survey of Investment Regulation of Pension Funds OECD Secretariat, 2024,*
23. *Rostami, M. (2018). A proper legal model for pension funds in the Iranian social security system, Tehran, Mizan, First issue,]in Persian[*
24. *Rostami, M and Habibnejad, A. (2017). "Investigation of Iranian Pension Funds Investment in Light of Investment Principles", Private Law Quarterly, Volume 14, Issue 1,]in Persian[. DOI: https://doi.org/10.22059/jolt.2017.226897.1006308*
25. *Schücking, H., Dirty & Dangerous; The Norwegian Government Pension Fund's Coal Investments, Published by urgewald, Framtiden i våre hender and Greenpeace Norway, 2014,*
26. *Sheikhinejad, Z. (2024). "Responsible Investment of Pension Funds; Ethical Considerations and Challenges", Private Law Quarterly, Volume 21, No. 1,]in Persian[. DOI:10.22059/jolt.2023.360085.1007206*
27. *Sheikhinejad, Z. (2025). Legal Challenges of Foreign Investment of Iranian Insurance Funds; A Comparative Study of the European Union and the United States, PhD Thesis in Private Law, Tehran, Islamic Azad University, Research Sciences Branch,]in Persian[.*
28. *UK Pension Schemes Act, 2021, available at: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/1/contents/enacted/data.htm,*
29. *Davis, E. Philip, Pension funds, financial intermediation and the new financial landscape, Published in: Finanzmärkte im Umbruch, Berlin, 2000,*
30. *National Security and Investment Act 2021*
31. *UNEP, Progress and Priorities; Reviewing Sustainability in Key Pension Systems, nited Nations Environment Programme Finance Initiative, 2024*
32. *Yari, H. (2019). Principles of Optimal Investment of Social Security Fund Resources, Tehran, Higher Institute for Social Security Research, First Edition,]in Persian[*

A Comparative Analysis of the Recoverability of Lost Profits in Intellectual Property Disputes under Iranian Law and the Paris Convention

Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi[1]* Reza Zakershoub[2]

1. *Associate Professor of private law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.*
   (- Corresponding Author Email: mh.taghipour@umz.ac.ir)*
2. *Master Of Laws (LL.M.) in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.*

Received: 2025-19-16
Revised: 2026-05-17
Accepted: 2026-08-25
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Taghipour Darzi Naghibi, M.H., Zakershoub, R (2026). A Comparative Analysis of the Recoverability of Lost Profits in Intellectual Property Disputes under Iranian Law and the Paris Convention. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (61-76) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.94893.1480

1. INTRODUCTION

There are two main positions concerning the legal status of lucrum cessans (loss of expected profit). One view holds that lost profit does not constitute "damage" in the legal sense. Proponents argue that since lucrum cessans is not considered "property," it does not fall under the rules of destruction of property or causation. They add that the principle of la-zarar (no harm) merely negates harmful rulings rather than creates liability. In this view, profit loss is not property damage, as "property" must have physical form or storability. Expanding on this, some argue that even if in limited scenarios lucrum cessans could be seen as damage, it remains unrecoverable under current Iranian law particularly due to Note 2 of Article 515 of the Civil Procedure Code, which lacks explicit permission for compensating such losses. In contrast, the opposing view argues that la-zarar includes definite loss of profit. According to this perspective, whether lucrum cessans counts as "property" under destruction or causation should be based on custom and decided case by case. They argue that rational conduct and the principle of retaliation recognizing lucrum cessans as a compensable form of harm. This aligns with the dominant view in many jurisdictions where legal scholars and courts accept that lost profit can be subject to compensation.

Regarding intellectual property (IP) claims, Iranian legislative treatment of lucrum cessans has changed over time. Article 49 of the old Trademark and Patent Registration Law allowed recovery for both actual damage and lost profits. However, this article was repealed by the 2007 Law on Patents, Industrial Designs, and Trademarks, which did not clearly address recoverable damage types. Its Executive Bylaw, under Article 181, only referenced actual losses. This led some jurists to conclude that lost profit was no longer compensable in IP cases, unless it fell within Article 62's specific framework. Others counter this conclusion. They argue IP law should be interpreted in harmony with general civil liability principles. From this view, Note 2 of Article 515 should be read as allowing recovery for verified profit losses in appropriate cases. Later, a Draft Bill on the Protection of Intellectual Property was approved by the Cabinet and submitted to Parliament. It specifically recognized clear lost profit as compensable under civil remedies. However, its legal status remains uncertain, pending parliamentary

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

approval. The clearest legislative stance appears in the 2024 Industrial Property Protection Act. Article 150 of this law repeals the 2007 Act, while Article 72 states that proven patent infringers must fully compensate all resulting damage including profit loss qualifying under destruction if the injured party requests it. According to Article 149, a new Executive Bylaw must be issued within six months of the Act's effective date, subject to Judiciary approval. Until then, the previous bylaw applies unless in direct conflict with the new law. This temporary overlap allows existing uncertainty over lucrum cessans to persist. Importantly, Article 72 addresses only patent infringement. For other IP categories, Article 181 of the old bylaw remains the reference, and disagreement continues. Among existing interpretations, the one favoring compensability appears more compelling.
Separately, Iran is a party to the 1883 Paris Convention for the Protection of Industrial Property, which covers areas like patents, trademarks, and industrial designs. Though foundational to global IP law, the Paris Convention contains no direct rule on lost profit recovery. More broadly, international IP treaties rarely offer full legal codes to replace national law. Because IP rights are territorial, issues such as enforcement and remedies like recovery for expected profit loss remain subject to domestic legal systems.

2. PURPOSE

This study aims to examine the compensability of loss of expected profit (lucrum cessans) in intellectual property (IP) disputes under Iranian law, with particular focus on its legal status in relation to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. The issue is significant due to ongoing disagreements among Iranian legal scholars and courts about whether lucrum cessans qualifies as recoverable damage in the context of IP rights. The central legal question is whether loss of expected profit constitutes compensable harm under Iran's civil liability framework and IP legislation, and if so, on what legal basis. In light of Iran's membership in the 1883 Paris Convention, the study also examines whether the Convention supports or limits claims for lost profits in IP related litigation. To explore this, the research analyzes relevant legal sources, including the former Trademark and Patent Registration Law, the 2007 Law on Patents, Industrial Designs, and Trademarks, and the 2024 Industrial Property Protection Act. Article 72 of the latter explicitly recognizes lucrum cessans as compensable in patent infringement cases, marking a key legislative development. However, uncertainty persists regarding other IP rights, especially in the absence of a new executive bylaw. Finally, the study evaluates the Paris Convention's scope to determine whether it may be invoked in support of claims for lost profit, and how it interacts with national legal standards to promote coherence between domestic and international IP frameworks.

3. METHODOLOGY

This research is applied in nature and adopts a descriptive-analytical method. With reference to the Trademark and Patent Registration Act of 1931 (Solar Hijri 1310), the Law on Registration of Inventions, Industrial Designs, and Trademarks of 2007 (Solar Hijri 1386), its Executive Bylaw enacted in 2008 (Solar Hijri 1387), the Draft Bill on the Protection of Intellectual Property approved by the Cabinet in 2014 (Solar Hijri 1393), the Industrial Property Protection Act of 2024 (Solar Hijri 1403), as well as the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883, all required data and statistics were collected through library-based research and document analysis. Subsequently, using legal interpretive principles and analytical tools, a legal and economic examination was carried out to address the core research question: the possibility of claiming damages for loss of expected profit (lucrum cessans) in intellectual property disputes under Iranian law and the 1883 Paris Convention.

4. FINDINGS

Article 72 of the Law on the Protection of Industrial Property states that in cases of proven patent infringement, the infringer must fully compensate all damages upon request, including potential profits considered as actual loss under the doctrine of destruction(loss of expected profit). This provision recognizes such potential profits as compensable damage but applies only to patents and their infringement. It does not address damages or lucrum cessans for other intellectual property categories. Despite this limitation, a stronger legal view holds that the legislator's silence on other IP rights does not deny compensability of damages or lucrum cessans. General

legislative provisions, such as Article 14 of the Criminal Procedure Code and Articles 5 and 6 of the Civil Liability Act, affirm that certain and provable loss of profit is considered actual damage and is compensable under Iranian law. There is no valid reason to treat patents differently from other IP rights. Legal non-existence principle(ex nihilo nihil fit) applies only when no legal rationale or evidence exists. Therefore, legislative silence should not be seen as denying claims for lucrum cessans. Iran is a party to the 1883 Paris Convention for the Protection of Industrial Property, which imposes limited substantive obligations based on territoriality, independence, and national treatment. The Convention preserves member states' sovereignty over their industrial property laws. Accordingly, the compensability of loss of profit remains subject to each country's domestic law.

5. CONCLUSION

The legislative authority, through the enactment of the Industrial Property Protection Act, addressed three key considerations: First, Article 150 of the Act repeals the previous Law on Registration of Patents, Industrial Designs, and Trademarks. This represents a clear legislative intent to replace the old framework. Second, Article 72 states that in proven cases of patent infringement, the infringer must compensate all resulting damages, including potential profits that qualify as actual losses. This confirms the compensability of lucrum cessans under Iranian law but only in the context of patent rights. The law does not address the issue of compensating loss of profit in relation to other intellectual property categories such as trademarks or industrial designs. Third, Article 149 provides that a new executive bylaw must be prepared within six months of the law's enactment. Until then, the bylaw of the repealed law remains applicable unless it conflicts with the new Act. However, as of this writing, the new bylaw has not yet been issued. Article 181 of the old bylaw states that only "actual damages" may be recovered in IP disputes, but it is silent on whether lost profit qualifies as such. This has created theoretical disagreement, opening space for two interpretations. The more convincing view holds that although the legislator is silent about other IP rights, there is no explicit prohibition against the recovery of lucrum cessans. The broader legislative trend illustrated by Article 14 of the Code of Criminal Procedure and Articles 5 and 6 of the Civil Liability Act treats certain and provable loss of profit as compensable. Hence, patent rights should not be treated as an exception among IP rights. Additionally, the principle of non-liability in the absence of legal foundation applies only where there is no legal reasoning at all. Legislative silence does not imply denial of recovery. Finally, Iran's accession to the 1883 Paris Convention supports this interpretation. The Convention, grounded in principles of territoriality and national treatment, leaves the scope of damage recovery to domestic law. It does not impose a unified substantive standard, reinforcing the role of national systems in determining the extent of compensability.

Keywords: Comparative analysis, Loss of profits, Paris Convention, Industrial property, Intellectual property.

بررسی تطبیقی امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در دعاوی مالکیت فکری در حقوق ایران وکنوانسیون پاریس

محمد حسین تقی پور درزی نقیبی[1*] رضا ذاکرشوب[2]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۶-۲۵ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۲-۲۷ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۰۳ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

اشهر اقوال، ضرر و قابل مطالبه شناختن عدم‌النفع مسلم است؛ مح‌الوصف، مقنن در نظام حقوق مالکیت فکری گاه عدم‌النفع را ذیل خسارات برشمرد و گاه خسارات را منحصر در معنای ضرر کرد و نسبت به عدم‌النفع اشاره‌ای نداشت؛ گاه نیز آن‌را صرفاً ناظر به قسمی خاص از دعاوی مالکیت فکری دانست که همین امر موجب اختلاف، پیرامون قابلیت مطالبه آن گردید؛ بدین وجه که قانون ثبت علائم و اختراعات، خسارات را شامل ضرر و منافعی می‌دانست که زیان‌دیده از آن محروم گردیده‌است؛ لیکن آیین‌نامه قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری خسارت را صرفاً ضررهای وارده برشمرد. نهایتاً قانون حمایت از مالکیت صنعتی در باب نقض حق اختراع، منافع ممکن‌الحصولی را که صدق اتلاف می‌نماید ذیل عنوان خسارت إحصاء کرده‌است. ایران همچنین به کنوانسیون پاریس ۱۸۸۳ پیوسته‌است که از مدلول آن استنباط می‌شود که این پرسش در حقوق مالکیت فکری به نظام داخلی دول عضو واگذار گردیده‌است؛ چراکه این معاهده مجموعه‌ای از قوانین مدون ماهوی ندارد که بتواند جایگزین حقوق داخلی شود. نتیجتاً باید بر آن بود که امکان مطالبه عدم‌النفع در دعاوی مالکیت فکری هم مطابق قاعده عمومی حاکم بر نظام حقوقی است و هم از وحدت ملاک باب حق اختراع در قانون مالکیت صنعتی منبعث می‌شود.

واژگان کلیدی: بررسی تطبیقی، عدم‌النفع، کنوانسیون پاریس، مالکیت صنعتی، مالکیت فکری.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران. (نویسنده مسئول) mh.taghipour@umz.ac.ir
۲. دانش‌آموخته‌ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

۱. مقدمه

دو نظر پیرامون ماهیت عدم‌النفع وجود دارد؛ گروهی آن‌را ضرر تلقی نکرده و اشعار می‌دارند که عدم‌النفع مال قلمداد نمی‌گردد پس اتلاف و تسبیب حاکم بر آن نیست و لاضرر نیز صرفاً نفی حکم ضرری می‌کند. همچنین اعلام می‌دارند عدم‌النفع، ضرر به اموال نیست چراکه مؤلفه‌ای که شاکله مالیت قلمداد می‌شود را عینیت یا قابلیت ذخیره‌سازی آن برمی‌شمارند (Esmaeili, 1998: 77)؛ ادامه می‌دهند که اگر در فرضی هم بتوان آن‌را ضرر به مال تلقی کرد، در نظام حقوقی کنونی باتوجه به قانون آیین دادرسی مدنی امکان مطالبه آن وجود ندارد (Amini & Piri, 2021: 140). گروهی دیگر اما بر آن هستند که لاضرر در برگیرنده عدم‌النفع مسلم می‌باشد (Mohammadi, 2014: 158) و در خصوص استناد به اتلاف و تسبیب که در گرو مال تلقی کردن عدم‌النفع است، اذعان می‌دارند که مالیت داشتن و ضرر بودن عدم‌النفع در هر قضیه نیازمند مراجعه به عرف است؛ همچنین سیره عقلاء و جواز مقابله به مثل، دلالت بر ضرر و قابل مطالبه شناختن عدم‌النفع دارد.

در راستای قابلیت مطالبه عدم‌النفع در دعاوی حقوق مالکیت فکری در نظام حقوقی ایران، مراجع وضع مقررات، در گام‌های مختلف اظهاراتی متفاوت با یکدیگر داشته‌اند. مقنن ابتداً در ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات مقرر گرداند که خسارت شامل ضرر و منافع‌ای است که زیان‌دیده از آن محروم گردید؛ ولی با وضع قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، قانون سابق را نسخ صریح نمود. قانون لاحق در خصوص خسارت قابل مطالبه تصمیمی اتخاذ نکرد، لیکن آیین‌نامه اجرایی آن در ماده ۱۸۱ مقرر داشت که خسارت شامل ضررهای وارده می‌باشد و همین امر برخی را بر آن داشت تا قائل گردند که عدم‌النفع در دعاوی مالکیت فکری قابل مطالبه نیست مگر ذیل شرایط مندرج در ماده ۶۲ قانون اخیرالاشعار (Afrasiab, 2017: 346)؛ گروه دیگر اما بیان می‌دارند، نباید تفکیکی بین حقوق مالکیت فکری و رویه عمومی موجود در نظام حقوقی قائل شد و منبعث از تفسیر معقول تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی باید نظر به قابلیت مطالبه عدم‌النفع مسلم داشت (Hosseinpour, 2016: 62). سپس لایحه‌ای تحت عنوان حمایت از مالکیت فکری تصویب و تقدیم مقنن گردید که منافع مسلم محروم مانده را هم تحت عنوان خسارت مدنظر قرار می‌داد. آخرین اراده مقنن در ماده ۱۵۰ قانون حمایت از مالکیت صنعتی که مقرر می‌دارد: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون «ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری»... نسخ می‌گردد»، متجلی گشت؛ همچنین ماده ۷۲ قانون موصوف مقرر می‌دارد: «در صورت اثبات نقض حق اختراع، مرتکب به تقاضای هر یک از ذی‌نفعان باید تمام خساراتی را که در نتیجه این نقض وارد شده‌است، از قبیل منافع ممکن‌الحصولی که صدق اتلاف می‌کند را جبران نماید». ماده ۱۴۹ نیز اشعار می‌دارد: «آیین‌نامه اجرایی این قانون ظرف شش ماه پس از لازم‌الاجراء شدن این قانون،... تهیه می‌شود و به تصویب قوه قضائیه می‌رسد. تا زمان تصویب آیین‌نامه مذکور، آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، در حدودی که مغایر با این قانون نباشد، مجری است». همین امر می‌تواند منتج به آن گردد که تنازع فکری موجود در آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری به این قانون هم، مادام که آیین‌نامه اجرایی آن وضع نگردیده تسری یابد چراکه ماده ۷۲ قانون حمایت از مالکیت صنعتی صرفاً در باب نقض حق اختراع اتخاذ تصمیم نموده و خسارت را شامل عدم‌النفع می‌داند ولی در سایر موارد باید به ماده ۱۸۱ آیین‌نامه اجرایی قانون سابق رجوع کنیم که پیرامون آن دو دیدگاه وجود دارد که به نظر می‌رسد قول امکان مطالبه صائب تلقی شود.

از طرفی ایران به کنوانسیون پاریس۱۸۸۳[1] برای حمایت از مالکیت صنعتی پیوست؛ در کنوانسیون پاریس، موضوع حمایت مالکیت صنعتی، ورقه‌های اختراع، نمونه‌های اشیاء مصرفی و طرح‌ها و مدل‌های صنعتی و علائم کارخانه‌ها یا بازرگانی و علائم مربوط به خدمات و اسم بازرگانی و... می‌باشد (Hojjati Ashrafi, 2004: 366). اهمیت این کنوانسیون در نظام مالکیت فکری در عرصه بین‌المللی تا

---

۱. *کنوانسیون پاریس ذیل سازمان جهانی مالکیت فکری یا معنوی(WIPO) در راستای حمایت از مالکیت صنعتی در بدو امر توسط یازده کشور در سال ۱۸۸۳ مورد توافق قرار گرفت و به امضاء رسید و متعاقباً در سال‌های ۱۸۸۶ در رم، ۱۸۹۰ و ۱۸۹۱ در مادرید، ۱۸۹۷ و ۱۹۰۰ در بروکسل، ۱۹۱۱ در واشنگتن، ۱۹۲۵ در لاهه، ۱۹۳۴ در لندن، ۱۹۵۸ در لیسبون و ۱۹۶۷ در استکهلم مورد بازنگری و در ختم امر در سال ۱۹۷۹ مورد اصلاح قرار گرفت؛ ایران نیز بعد از به تصویب رساندن قانون اجازه الحاق دولت ایران به اتحادیه عمومی بین‌المللی معروف به پاریس، در تاریخ ۱۳۳۷ به عضویت این موافقت‌نامه درآمد و در نهایت یکسال بعد چنین عضویتی قطعی شد. بر همین اساس ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری در خصوص معرفی این کنوانسیون بیان می‌دارد: «کنوانسیون پاریس: منظور از کنوانسیون پاریس برای حمایت مالکیت صنعتی مورخ ۱۲۶۱ هجری شمسی(۱۸۸۳ میلادی با اصلاحات بعدی) است که در تاریخ ۱۳۳۷/۱۲/۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی رسیده و در تاریخ ۱۳۷۷/۰۸/۱۷ نیز مجلس شورای اسلامی اصلاحات بعدی آن‌را پذیرفته‌است».*

آنجا است که برخی آن‌را بنیاد اساسی همه معاهدات بین‌المللی معاصر مالکیت فکری خواندند (Morris, 2020: 158). کنوانسیون موصوف در راستای امکان مطالبه عدم‌النفع صراحتاً مقرره‌ای ندارد و اساساً معاهدات بین‌المللی در خصوص حقوق مالکیت فکری، مجموعه‌ای از قوانین جامع ماهوی ندارند که بتواند جایگزین حقوق داخلی شود و این یعنی ماهیت سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری مانع از پیدایش ضوابط ماهوی و فراملی شده‌است و در نتیجه اجرای مقررات مالکیت فکری، مدیریت و ضمانت‌اجرای آن همچنان در سطح ملی باقی مانده‌است و دول عضو هستند که صلاحیت دارند تا نوع و میزان حمایت خود از حقوق مربوط به مالکیت فکری از جمله قابلیت یا عدم امکان مطالبه عدم‌النفع را درون مرزهای خود تعیین کنند (Sheikhi, 2024: 211).

به نظر می‌رسد هیچ‌گونه تحقیق مستقلی در منابع غیرفارسی دربرگیرنده‌ی موضوع حاضر نباشد لیکن برخی از نویسندگان نظام‌های حقوقی دیگر دست به تبیین اصولی نظیر سرزمینی بودن، رفتار ملی و استقلال در حقوق مالکیت فکری زده‌اند که ما را در شناسایی عدم‌النفع در این قسم از حقوق یاری می‌نماید. در منابع فارسی اما شاید بتوان اهم آثاری را که به تبیین مضمونی قریب به پژوهش حاضر پرداخته‌اند، رساله دکتری دانشگاه علامه طباطبائی با عنوان نحوه حمایت از مالکیت صنعتی در نظام حقوقی ایران با تأکید بر رویه قضائی اثر سرکار خانم محبوب افراسیاب به سال ۱۳۹۶ برشمرد.

در گام نخست ماهیت عدم‌النفع از حیث ضرر تلقی‌شدن یا نشدن آن تبیین و پس از آن مبانی عدم‌النفع در حقوق مالکیت فکری ایران، همچنین دیدگاه‌های پیرامون آن و در نهایت همین امر در کنوانسیون پاریس با عنایت به اصول حاکم بر آن، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲. ماهیت عدم‌النفع

در راستای ماهیت عدم‌النفع یعنی قابلیت تلقی کردن آن به‌عنوان ضرر دو دیدگاه وجود دارد؛ گروهی آن‌را ضرر تعبیر کرده و قائل به لزوم جبران آن هستند و گروهی نیز پذیرای ضرر دانستن عدم‌النفع نمی‌باشند و همین امر را موجب نفی قابلیت مطالبه آن برمی‌شمارند.

۱.۲. نظریه مخالف با ضرر تلقی کردن عدم‌النفع و دلایل آن‌ها

اشهر اقوال فقهای امامیه دائر بر ضرر تلقی نکردن عدم‌النفع می‌باشد چه آن‌که اشعار داشته‌اند اگر شخصی مالکی را از فروش متاعش بازدارد این امر را نمی‌توان ضرر دانست بلکه منع از تحصیل نفع است و چنانچه شخصی، اراده به اصلاح قنات بایر نماید، اما دیگری مانع او شود ضرر واقع نشد و صرفاً ممانعت از تحصیل حق رخ داده‌است (Naraghi, 1996: 115). همچنین بیان گردیده که اگر فردی مانع از فروش کالایی شود، مسئول جبران خسارت تفویت منفعتی که برای کاهش قیمت متاع در زمان جلوگیری از فروش حادث شده‌است، نمی‌باشد (Mousavi Khomeini, 2000: 175).

دلیل نظر دال بر عدم ضرر تلقی کردن عدم‌النفع، استوار بر این است که اعمال قواعد اتلاف و تسبیب صرفاً در اموال ممکن است؛ از همین روی برخی در تعریف این قواعد از واژه مال استفاده کرده‌اند (Mohammadi, 2014: 25) و همچنین بیان می‌دارند لاضرر نفی حکم ضرری می‌کند نه اثبات آن.

قائلین به ضرر تلقی نکردن و عدم قابلیت مطالبه عدم‌النفع در نظام حقوقی نظر خود را به این امر معطوف کرده‌اند که حسب مورد یا عدم‌النفع، ضرر به اموال نیست، چه آن‌که مؤلفه‌ای که شاکله مالیت قلمداد می‌شود را عینیت و وجود خارجی و یا قابلیت ذخیره‌سازی آن می‌دانند (Esmaeili, 1998: 77) و یا در فرضی هم که بتوان آن‌را ضرر به مال تلقی کرد، در نظام حقوقی کنونی با توجه به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع وجود ندارد (Amini & Piri, 2021: 140). برخی دیگر از ایشان در مقام جمع تبصره یادشده از مقرره موصوف با تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بر آن شدند که خسارت عدم‌النفع تنها، چنانچه، ناشی از جرم عمدی و عمل با سوءنیت مجرمانه باشد جبران‌پذیر است و نه در سایر امور[۲] (Babaei, 2023: 56).

---

۲. دیگران اما در نقد دیدگاه اخیرالاشعار ضمن رد این مدعی بیان می‌دارند وقتی ضرری ایجاد گشت، نظام حقوقی در صدد جبران آن برمی‌آید و از این حیث فرقی ندارد که موجب ضرر جرم باشد یا غیر آن (Mirshekari et al, ۲۰۲۳: ۱۱).

گرچه به نظر می‌رسد با این استدلال که عدم‌النفع، از دست دادن سود احتمالی بوده و تحقق آن قطعی نمی‌باشد، دیدگاه غالب در گذشته عدم پذیرش عدم‌النفع به عنوان ضرر قابل جبران بوده‌است، اما با گذشت زمان رویه قضایی و دکترین حقوقی اقدام به تعدیل چنین دیدگاهی نمودند.

۲.۲. نظریه موافق با ضرر تلقی کردن عدم‌النفع و دلایل آن‌ها

قائلان به این نظر، ضرر را به دو قسم محقق (مسلم) و محتمل منقسم می‌نمایند (Ghasemzadeh, 2011: 84) و کانون تنازع پیرامون قابلیت مطالبه عدم‌النفع به عنوان ضرر را منحصر به قسم محقق آن می‌دانند؛ در راستای عدم‌النفع محتمل به جهت فقد رابطه سببیت بین فعل و عدم پیدایش منفعت قائل به عدم قابلیت مطالبه هستند؛ چه آن‌که اظهار می‌دارند بر فرض ایجاد فعل هم احتمال داشت منفعت حاصل نشود (Asghari Aghmashhadi, 2002: 80). در مقابل اما اگر در موردی حصول منفعت و سود حتمی باشد، ضرر ناشی از محرومیت از آن نیز مسلم و حتمی است و ادله‌ای موجه جهت غیر قابل جبران شناختن آن وجود ندارد (Barikloo, 2020: 77)؛ یا به تعبیری درجه احتمال فوت منفعت به اندازه‌ای باشد که عرف آن‌را ضرر مسلم بخواند نه از دست دادن بخت و امکان (Katouzian, 2025: 243)، جبران آن لازم می‌آید.

بعضی بی‌آن‌که قائل به تفکیک بین دو مفهوم تفویت منفعت و عدم‌النفع گردند در توضیح بیان داشتند که عدم‌النفع محقق یعنی فوت شدن منفعتی که هرگاه فعل معین موجود نمی‌شد، محققاً آن منفعت به متضرر می‌رسید و فعل مزبور سبب منحصر نرسیدن منفعت شده‌است؛ مثالی هم که در این راستا بدان اشاره می‌نمایند این است که اگر کسی کارگری را به موجب بازداشت از کار روزانه منع کند، مانع از رسیدن مزد که منفعت محقق او قلمداد می‌گردد، شده‌است (Asghari Aghmashhadi, 2002: 79; Emami, 1987: 407). نویسندگان نظام‌های حقوقی دیگر نیز با ذکر مثال‌هایی عدم‌النفع را ضرر برشمرده و آن‌را قابل جبران می‌دانند.
(Markesinis et al, 2019: 396; Harpwood, 2000: 451; Harpwood, 2009: 461)

در راستای عدم‌النفع محتمل نیز بیان داشتند فوت شدن منفعتی است که هرگاه فعل معین، موجود نمی‌شد احتمال داشت که عاید طرف گردد و مثال می‌زنند که مشترک روزنامه‌ای بواسطه نرساندن روزنامه‌ای که در آن اعلان مزایده ملک درج شده بود علیه شخص توزیع‌کننده اقامه دعوا کند که اگر روزنامه به من می‌رسید در مزایده برنده می‌شدم (Emami, 1987: 408; Asghari Aghmashhadi, 2002: 89). ادله‌ای را هم که می‌توان در توجیه این نظر به‌کار بست اعم هستند از لاضرر، اتلاف و تسبیب، جواز مقابله به مثل و بنای عقلاء؛ به این توضیح که در فرضی که بتوان قائل به ضرر بودن عدم‌النفع شد و قاعده لاضرر اثبات حکم کند می‌توان به این دلیل تمسک کرد (که خود این امر در گرو تفسیر از نافیه یا ناهیه بودن لای استعمال شده در عبارت لاضرر است)؛ در همین راستا بعضی اظهار داشته‌اند قاعده لاضرر شامل عدم‌النفع مسلم می‌شود ولی از بین رفتن منافع احتمالی را فرا نمی‌گیرد (Mohammadi, 2014: 158). از طرفی توسل به اتلاف و تسبیب در گرو مال تلقی کردن عدم‌النفع است چه آن‌که مواد ۳۲۸ و ۳۲۱ قانون مدنی که مستند قواعد مارالذکر هستند، تنها نظر به اموال دارد و در تعریف اموال نیز بیان گشته که چیزی است که باید بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و ارزش مبادله داشته باشد (Emami, 1987:19; Safaei, 2014: 141) و یا اینکه مفید باشد و نیازی را اعم از مادی یا معنوی مرتفع سازد و قابلیت اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین را داشته باشد (Katouzian, 2013: 9)؛ از همه توضیحات فوق برمی‌آید که مالیت داشتن و ضرر بودن عدم‌النفع مفهومی عرفی است (Mohammadi, 2014: 158) و نه امری قانونی یا شرعی، پس اگر عرف در موردی، داوری در وجود ضرر کند، اقتضای قواعد و اصول حقوقی جبران آن است (Barikloo, 2020: 75). آیات نورانی ۶۰ سوره مبارکه حج، ۱۹۴ سوره مبارکه بقره و ۴۰ سوره مبارکه شوری، دلالت بر جواز مقابله به مثل می‌کنند و همچنین سیره قطعی عقلاء و خرمندان اقتضاء می‌کند هرگاه شخصی مال موجود دیگری را زایل کند و یا او را از تحصیل نفع مسلمی که مورد انتظارش بود محروم کند، لازم است اقدام به جبران نماید.

برخی از اینان در مقام رد آن اندیشه‌ای که می‌پندارد در نظام حقوقی کنونی با عنایت به تبصره ۲ از ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، عدم‌النفع مطالبه پذیر نیست، اظهار می‌دارند که مقنن در این تبصره صحبتی از مطالبه‌پذیر بودن یا نبودن عدم‌النفع به میان نیاورده و در مقام بیان جبران ناپذیری خسارت ناشی از عدم‌النفع است و فی‌الواقع خسارت از خسارت را مسموع ندانسته(کما اینکه چنین حکمی در ماده ۷۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ منعکس گردیده بود)

و با توجه به اینکه قانون جاری در خصوص عدم‌النفع موضعی اتخاذ ننموده، باید به اصول حقوقی و سایر مقررات قانونی(از جمله تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، ۵۳۶ قانون مدنی، ۳۷ قانون تسریع محاکمات، ۴۹ قانون ثبت علائم، ۸ قانون مسئولیت مدنی و ۱۳۳ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت) رجوع نمود و بر آن بود که اگر حصول منافعی که شخص زیان‌دیده از بدست آوردن آن محروم مانده بر مبنای امور عرفی میسر باشد، نمی‌بایست در مسئولیت عامل آن تردید کرد (Mirshekari et al, 2023: 6-12).

به نظر می‌رسد این دیدگاه با عنایت به دلایل پیش گفته از پشتوانه محکم‌تری برخوردار باشد و باید متمایل به پذیرش عدم‌النفعی به عنوان ضرر قابل مطالبه بود که مسلم(محقق)، قابل استیفاء بوده و رابطه سببیت مستقیمی با رفتار زیانبار یا نقض قرارداد داشته‌باشد[۳].

۳. مبانی عدم‌النفع در نظام حقوق مالکیت فکری ایران و کنوانسیون پاریس

در وهله اول تبیین می‌شود که آیا در نظام حقوق مالکیت فکری ایران می‌توان قائل به مطالبه عدم‌النفع گردید یا خیر و در گام بعدی به پاسخ همین پرسش در کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی (مصوب ۱۸۸۳) پرداخته می‌شود.

۱.۳. عدم‌النفع در نظام حقوق مالکیت فکری ایران

ذیلاً در باب امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در نظام حقوق مالکیت فکری ایران با تدقیق در نظریات مطرح شده، با توجه به آخرین مقررات موجود بررسی صورت می‌پذیرد.

---

۳. مع‌الوصف به نظر می‌رسد تنازع فکری موجود نزد دکترین، میان مراجع رسیدگی به دعاوی و حتی در نشست‌های قضایی نیز شایع است؛ به این توضیح که دادنامه‌های قطعی به شماره‌های ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۱۵۲۲ به تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۴صادره از شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، ۹۴۰۹۹۷۰۹۵۵۷۰۱۷۴۵ به تاریخ ۱۳۹۴/۰۶/۰۹ صادره از شعبه هفتم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری، ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۷۱۴ به تاریخ ۱۳۹۶/۰۶/۰۳ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۴۰۷ به تاریخ ۱۳۹۵/۰۳/۳۱ صادره از شعبه ۳۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران جملگی بر آن هستند که عدم‌النفع خسارتی غیرقابل جبران و مطالبه است. در مقابل اما دادنامه قطعی به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۹۸۲ به تاریخ ۱۳۹۲/۰۹/۲۷ صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اظهار می‌دارد که خسارت عدم‌النفع قابل مطالبه است. همچنین در نشست قضایی به کد ۶۵۸۷-۱۳۹۸ به تاریخ ۱۳۹۷/۰۹/۱۲ برگزار شده در شهر مرودشت استان فارس در پاسخ به اینکه خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه است یا خیر(به نظر می‌رسد همخوانی بین پرسش مطروحه و پاسخ ارائه شده وجود ندارد چراکه در صورت سوال، موضوع، خسارت ناشی از عدم‌النفع است لیکن پاسخ‌ها، عمدتاً معطوف به مطالبه‌پذیری خود عدم‌النفع است و نه خسارت ناشی از آن)، هیئت عالی ابراز داشت خسارت عدم‌النفع آن چنان زیانی است که محتمل‌الحصول است و چه بسا با وجود شرایط لازم و فقدان موانع، چنین منافعی برای خواهان محقق نمی‌شد؛ بنابراین از انواع خسارت‌ها صرفاً خسارت عدم‌النفع به عنوان ضرر محتمل‌الحصول قابلیت جبران و مطالبه ندارد؛ اکثریت اما اظهار داشتند که ضرر و زیان و تشخیص قابل جبران بودن آن امری عرفی است؛ وانگهی عرف نیز محرومیت از منفعتی را که بر اساس جریان عادی امور حصولش قطعی و مسلم باشد ضرر می‌داند؛ بنابراین اگر چنین عدم‌النفعی واجد شرایط ضرر قابل جبران باشد، مطابق اصول کلی فقهی و حقوقی که بر اساس آن‌ها جبران ضرر ناروا لازم می‌باشد، قابل جبران است. درست است که قانونگذار در تبصره دوم ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی خسارت ناشی از عدم‌النفع را قابل مطالبه ندانسته، لیکن این تبصره ناظر به منافع محتمل‌الحصول است. لذا چنانچه منافع مفوته، بر حسب جریان عادی امور، حصولش محقق بوده باشد و بعلت فعل یا ترک فعل دیگری، منفعت مزبور فوت شده باشد، در امکان مطالبه آن نباید تردید کرد؛ اقلیت نیز بر آن شدند که نظر به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، علیرغم نظر بسیاری از حقوقدانان، با توجه به صراحتی که این ماده در موضوع عدم امکان جبران خسارت ناشی از عدم‌النفع دارد، ناسخ مواد سابقی است که مثبت قابل جبران بودن این نوع از ضرر است. از طرفی بسیاری از فقها در خصوص عدم‌النفع عنوان داشته‌اند که(عدم‌النفع لیس بضرر). لذا وقتی از اساس نتوان عدم‌النفع را ضرر قلمداد کرد، امکان مطالبه آن نیز منتفی می‌باشد؛ نظر ابرازی اما بر آن شد که با صراحتی که تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی در موضوع عدم امکان جبران خسارت ناشی از عدم النفع دارد، باید گفت فی‌الحال به لحاظ قانونی امکان مطالبه این نوع از خسارت وجود ندارد. برای مطالعه نشست‌هایی با مضامینی نسبتاً مشابه، می‌توان به نشست‌های قضایی به کدهای ۸۷۹۲-۱۴۰۱ به تاریخ ۱۳۹۸/۰۴/۱۲ برگزار شده در شهر کردکوی استان گلستان و ۱۰۲۳۳-۱۴۰۳ به تاریخ ۱۴۰۱/۰۵/۰۵ برگزار شده در شهر الوند استان قزوین مراجعه نمود.

در آراء نظام‌های حقوقی حقوق عرفی(کامن‌لا) عموماً عدم‌النفع به عنوان خسارتی تبعی احصاء گردید و مطالبه‌پذیری آن مشروط به حصول شرایطی از قبیل پیش‌بینی‌پذیری، وجود رابطه سببیت و مسلم بودن است. برای درک بهتر شروط یادشده می‌توانید به آراء ذیل مراجعه نمایید.

Galoo Ltd. v. Bright Grahame Murray, 14 T.L.R. 25 (C.A.1994); Alexander v. Cambridge Credit Corp. (1987) 9 N.S.W. L. R. 310, 315, 350-51; Hadley v. Baxendale, 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854); Factorset Ltd. v. Selby Dist. Council, 2 PLR 11 (1995); Bagwell Coatings, Inc. v. Middle S. Energy, Inc., 797 F.2d 1298, 1307- 09 (05 th Cir. 1986). Kozlowski v. Kozlowski, 403 A.2d 902, 908 (N.J.1979).

همچنین شروط یادشده را در نظام حقوقی کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته(رومی- ژرمنی) منعکس دیده‌اند و به مواد ۱۱۴۹ قانون مدنی(سابق) فرانسه، ۲۸۰ قانون مدنی آلمان، ۱۲۲۳ قانون مدنی ایتالیا، ۱۱۰۶ قانون مدنی اسپانیا و ۴۱۶ قانون مدنی ژاپن اشاره می‌نمایند (Bana e Niyasari, 2010: 217-218).

۱.۱.۳. نظریه عدم امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در حقوق مالکیت فکری

اولین اقدام تقنینی در این راستا وضع قانون ثبت علائم و اختراعات بود که با در بر داشتن ۵۱ ماده به تاریخ ۱۳۱۰/۰۴/۰۱ شمسی به تصویب کمیسیون قوانین عدلیه مجلس شورای ملی رسید. ماده ۴۹ قانون فوق‌الذکر اشعار می‌داشت: «در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای جزایی در دعاوی مربوطه به اختراعات و علائم تجارتی مطالبه می‌شود، خسارات شامل ضررهای وارده و منافعی خواهد بود که طرف از آن محروم شده‌است». مقنن در راستای قابلیت مطالبه عدم‌النفع صراحت به خرج داد، زیرا دامنه خسارات را اعم از ضررهای وارده و منافعی دانست که شخص از آن‌ها محروم گردید.

دیری نپایید که مقنن اوضاع و احوال را دچار تغییراتی کرد؛ چراکه قانونی مشتمل بر ۶۶ ماده تحت عنوان ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری در جلسه مورخ ۱۳۸۶/۰۸/۰۷ شمسی توسط کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی تصویب و پس از موافقت مجلس شورای اسلامی با اجرای آزمایشی آن به مدت پنج سال، در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۳ به تأیید شورای نگهبان رسید و چند مرتبه مهلت اجرای آزمایشی آن تمدید گردید.

ماده ۶۶ قانون مارالذکر اظهار می‌دارد: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب ۱۳۱۰/۰۴/۰۱ و اصلاحات بعدی آن و آیین‌نامه‌های مربوط به آن ملغی می‌شود». گرچه به موجب این قانون، مقرره پیشین به نحو صریح نسخ گردید؛ اما قانون لاحق با اینکه در مواد ۶۰ و ۶۱ خود از خسارت صحبت به میان آورده اما حکمی را در راستای نفی یا ثبوت امکان مطالبه عدم‌النفع وضع نکرد؛ لیکن در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۰۱ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مشتمل بر ۱۹۲ ماده به تصویب ریاست قوه قضائیه رسید.

ماده ۱۸۱ این آیین‌نامه اجرایی در رابطه با خساراتی که در دعاوی مربوط به اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری قابل مطالبه‌است، حکمی را مقرر می‌گرداند که شباهت با ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات ندارد؛ اول اینکه قانون ثبت علائم و اختراعات خسارت را اعم از ضررهای وارده و منافعی می‌دانست که شخص از آن محروم گردیده‌است اما آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری خسارت را صرفاً منحصر به ضررهای وارده می‌داند و در خصوص منافع سخنی به میان نیاورده‌است؛ دوم آن‌که حکم قانون ثبت علائم و اختراعات منحصر به اختراعات و علائم تجارتی است، در حالیکه حکم مقرر در آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری عام‌الشمول‌تر است چراکه ناظر به اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری است؛ این ماده از آیین‌نامه اشعار می‌دارد: «در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای کیفری در دعاوی مربوط به اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری مطالبه می‌شود، خسارت شامل ضررهای وارده خواهد بود».

همین امر سبب گردید برخی قائل بر این باشند که باعنایت به قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و آیین‌نامه اجرایی آن، خسارت قابل مطالبه ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری محدود به ضررهای وارده است و ضرر وارده را مشمول عنوان عدم‌النفع نمی‌دانند و در راستای توجیه نظر خود اذعان می‌دارند که در سایر قوانین مربوط به شاخه‌های حقوق مالکیت ادبی و هنری نظیر قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی و قانون حمایت از حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای و آیین‌نامه‌های اجرایی مربوطه آن‌ها هیچ‌گونه اشاره‌ای به نوع خسارات قابل مطالبه نشده‌است (Afrasiab, 2017: 346). در تأیید این دیدگاه می‌توان افزود که چون مقامات وضع قانون لاحق و آیین‌نامه اجرایی آن، در مقام بیان خسارت بوده و با علم به مقرره سابق یعنی ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات سکوت روا داشته‌اند، تلویحاً قائل به عدم قابلیت مطالبه عدم‌النفع بوده‌اند.

البته صاحبان این اندیشه در یک فرض قائل به قابلیت مطالبه عدم‌النفع برمبنای قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری هستند و آن هم ماده ۶۲ این قانون است که بیان می‌کند: «در صورت تعارض مفاد این قانون با مقررات مندرج در معاهدات بین‌المللی راجع به مالکیت صنعتی که دولت جمهوری اسلامی ایران به آن‌ها پیوسته یا می‌پیوندد، مقررات معاهدات مذکور مقدم است». آن‌ها توضیح می‌دهند در مواردی که در معاهدات بین‌المللی راجع به مالکیت صنعتی که ایران بدان پیوسته یا می‌پیوندد، مطالبه عدم‌النفع ناشی از حق اختراع، تجویز شده باشد، مستند به آن معاهده بین‌المللی، عدم‌النفع به عنوان خسارت، قابل مطالبه خواهد بود (Afrasiab, 2017: 346).

۲.۱.۳. نظریه امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در حقوق مالکیت فکری

برخی در پاسخ به این پرسش که آیا می‌توان با سکوت مقامات وضع قانون مؤخر و آیین‌نامه اجرایی آن در راستای قابلیت مطالبه عدم‌النفع در دعاوی مالکیت فکری با علم آن مقامات به جواز قانون مقدم، خواستار عدم‌النفع شد یا خیر، اذعان می‌دارند، در این باب باید به رویه عمومی موجود در نظام حقوقی رجوع کرد و دلیلی برای استثناء قائل شدن نظام حقوق مالکیت فکری از سایر مبانی حقوقی وجود ندارد. رویه عمومی را هم تفسیر معقول از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی که اشعار می‌دارد: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست...»، می‌دانند (Hosseinpour, 2016: 62). تفسیر معقول را نیز این برمی‌شمارند که به اظهار برخی از حقوق‌دانان می‌توان به استناد حدیث نبوی مشهور«لاضرر و لاضرار» تفویت منفعت مسلم را خسارت دانسته و مسبب را مسئول جبران آن شناخت (Emami, 1987: 245)؛ همچنین ادامه می‌دهند عدم‌النفع احتمالی قابل مطالبه نمی‌باشد؛ اما فوت منفعت مسلم یعنی نفعی که بر حسب جریان عادی امور قابل حصول است، ضرر بشمار می‌آید و باید جبران گردد و مؤید این نظر را ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری سابق می‌دانند که به موجب آن محروم شدن از منافع ممکن‌الحصول ضرر و قابل جبران به‌شمار آمده‌است. بیان می‌دارند مقصود از منافع ممکن‌الحصول، منافع احتمالی صرف نیست بلکه منافعی است که حصول آن برحسب جریان عادی امور ممکن و از آن به منافع مسلم نیز تعبیر می‌شود (Safaei, 2012: 211).

به نظر می‌رسد چنین دیدگاهی سازگاری بیشتری با رویه عمومی اتخاذ شده از جانب مقنن داشته باشد چه آن‌که اراده مقنن در ابعاد زمانی مختلف به قابلیت مطالبه عدم‌النفع یا فوت منفعت مسلم دلالت می‌کند؛ یعنی عدم‌النفع مسلم را ضرر و قابل جبران تلقی کرده‌است و وضع مواد ۵ و۶ قانون مسئولیت مدنی، ۱۳۳ لایحه اصلاحی قانون تجارت، ۵۳۵ و ۵۳۶ قانون مدنی، ۱۸ قانون کار، ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری خود گواهی بر این ادعا بوده (Safaei & Rahimi, 2020: 116) و دلیلی هم وجود ندارد که مقنن حقوق ناشی از مالکیت فکری را از عمومات یادشده احصاء کرده باشد.

می‌توان افزود که در سال ۱۳۹۰ وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی لایحه‌ای را تحت عنوان لایحه جامع حمایت از مالکیت ادبی و هنری و حقوق مرتبط تقدیم دولت می‌کند که در سال ۱۳۹۳ با عنوان لایحه حمایت از مالکیت فکری به تصویب هیأت وزیران می‌رسد و تقدیم مقنن می‌گردد. در ماده ۱۰۱ این لایحه مقرر گردید: «دارنده حقوق مورد حمایت این قانون می‌تواند مستقل از دعوای کیفری یا به تبع آن، جبران خسارت مادی و معنوی ناشی از نقض حقوق خود را از ناقض یا ناقضان حقوق از طریق طرح دعوای حقوقی مطالبه نماید. میزان خسارت بر اساس قواعد عمومی و با توجه به اهمیت و میزان زیان مادی و معنوی وارده به دارنده حق و میزان منافعی که شخص نقض‌کننده از طریق نقض حقوق کسب کرده و نیز منافع مسلمی که دارنده حق از آن محروم شده‌است، تعیین می‌شود». گرچه این لایحه ذیل مبحث دوم از فصل دوم خود، منافع مسلم محروم مانده را هم تحت عنوان خسارت مدنظر قرار داد، اما سرنوشت لایحه پس از وصول مجلس شورای اسلامی در هاله‌ای از ابهام است.

لیکن امر در اینجا به پایان نرسید و قانون‌گذار آخرین اراده خود را در قانون مالکیت صنعتی متجلی کرد. این قانون مشتمل بر ۱۵۰ ماده و ۱۲۸ تبصره است که در تاریخ ۱۴۰۳/۰۳/۰۱ تصویب و در تاریخ ۱۴۰۳/۰۳/۲۳ به تأیید شورای نگهبان رسید. ماده ۱۵۰ این قانون مقرر می‌دارد: «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون «ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری» مصوب ۱۳۸۶/۰۸/۰۷ نسخ می‌گردد». ماده ۱۴۹ این قانون نیز اشعار می‌دارد: «آیین‌نامه اجرایی این قانون ظرف شش ماه پس از لازم‌الاجراء شدن این قانون،... تهیه می‌شود و به تصویب قوه‌قضائیه می‌رسد. تا زمان تصویب آیین‌نامه مذکور، آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، در حدودی که مغایر با این قانون نباشد، مجری است» (لازم به ذکر است تا زمان نگارش پژوهش حاضر آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مالکیت صنعتی تهیه و تدوین نگشته‌است).

ماده ۷۲ این قانون نیز مقرر می‌دارد: «در صورت اثبات نقض حق اختراع، مرتکب به تقاضای هر یک از ذی‌نفعان باید تمام خساراتی را که در نتیجه این نقض وارد شده‌است، از قبیل منافع ممکن‌الحصولی که صدق اتلاف می‌کند را جبران نماید». مقنن در واقع قائل به این شده که منافع ممکن‌الحصولی که صدق اتلاف می‌کند خسارت است و مقصود از منافع ممکن‌الحصولی که صدق اتلاف می‌کند همان عدم‌النفع مسلم است که اشخاص برحسب جریان عادی روزگار نیل دستیابی به آن‌را دارند. نکته اینجاست که مقنن صرفاً در خصوص نقض حق اختراع عدم‌النفع مسلم را مورد پذیرش قرار داد و در خصوص سایر انحاء حقوق مالکیت فکری سکوت روا داشت. این پرسش مجدداً مطرح می‌شود که آیا در سایر مصادیق حقوق مالکیت فکری می‌توان قائل به مطالبه عدم‌النفع بود یا خیر؟

می‌توان دو دیدگاه موجود در خصوص آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری را در این خصوص هم اشاعه داد؛ یعنی شاید برخی ادعا نمایند که اولاً مقننی که در مقام بیان بوده، صرفاً در خصوص خسارت ناشی از حق اختراع سخن به میان آورده و نه سایر مصادیق حقوق مالکیت فکری، چه آن‌که اگر اراده او چنین امکانی بود باید همان جا بدان اشاره می‌نمود و ثانیاً تا بدین لحظه که آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مالکیت صنعتی، تهیه نگردیده، با عنایت به ماده ۱۴۹ این قانون، آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری تا حدودی که در مغایرت با این قانون نباشد دارای اعتبار است و چون مقام وضع آن آیین‌نامه اجرایی در ماده ۱۸۱ با علم به قابلیت مطالبه عدم‌النفع در ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات از آن سخنی به میان نیاورد و به ذکر ضررهای وارده بسنده کرد، در نتیجه باید پذیرای این بود که در قانون حمایت از مالکیت صنعتی در سایر مصادیق حقوق مالکیت فکری عدم‌النفع مطمح نظر قانون‌گذار نبوده و قابل مطالبه نیست؛ از طرفی در مقام تردید باید به اصل عدم رجوع کرد.

مع‌الوصف به نظر می‌رسد قول اقرب به صحت این باشد که گرچه مقنن در خصوص سایر مصادیق ساکت است اما هیچ تصریحی به عدم قابلیت مطالبه خسارات و خاصه عدم‌النفع ندارد، از طرفی رویه عمومی مقنن با وضع مقررات سابق‌الذکر (نظیر ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی و...) دال بر این است که عدم‌النفع مسلم ضرر و قابل جبران است و جهتی را برای استثناء کردن حق اختراع از سایر مصادیق حقوق مالکیت فکری نمی‌توان یافت و چه بسا بهتر آن است که از باب نقض حق اختراع اقدام به اتخاذ ملاک واحد کرد و دایره حکم را تسری داد و در نهایت در خصوص اصل عدم هم باید بیان داشت که زمانی می‌توان به آن رجوع کرد که اساساً دلیلی وجود نداشته باشد؛ پس نباید سکوت قانون‌گذار حمل بر عدم قابلیت مطالبه عدم‌النفع گردد.

۲.۳. عدم‌النفع در کنوانسیون پاریس

پاسخ صریحی در خصوص امکان مطالبه خسارت عدم‌النفع در کنوانسیون یافت نمی‌شود، چه آن‌که هیچ‌یک از مواد این کنوانسیون دلالتی در این معنا ندارد و این معاهده تعداد محدودی تعهدات در رابطه با مفاد ماهوی را به کشورهای عضو تحمیل می‌نماید و دول ملحق شده به آن، اصول سرزمینی بودن، استقلال و رفتار ملی را مطمح نظر دارند (Dinwoodie, 2004: 901) و بر استقلال حقوق داخلی در حمایت از مالکیت صنعتی تأکید می‌کنند.

لیکن آنچه از مدلول این کنوانسیون استنباط می‌شود، واگذاری پاسخ این پرسش به نظام حقوق داخلی دول عضو است. معاهدات بین‌المللی در خصوص حقوق مالکیت فکری، مجموعه‌ای از قوانین جامع و مدون ماهوی ندارند که بتواند جایگزین حقوق داخلی شود و این یعنی ماهیت سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری مانع از پیدایش ضوابط ماهوی فراملی شده و در نتیجه اجرای مقررات مالکیت فکری، مدیریت و ضمانت‌اجرای آن همچنان در سطح ملی باقی مانده‌است و دولت‌ها هستند که صلاحیت دارند تا نوع و میزان حمایت خود از حقوق مربوط به مالکیت فکری از جمله قابلیت یا عدم امکان مطالبه عدم‌النفع را درون مرزهای خود تعیین نمایند (Sheikhi, 2024: 211). برای درک بهتر پاسخ ارائه شده، به تبیین اصول سرزمینی بودن، رفتار ملی و استقلال اقدام می‌شود.

۱.۲.۳. اصل سرزمینی بودن

در نظام حقوق مالکیت فکری، اصل سرزمینی بودن که از آن به کشورمحور بودن نیز یادکرده‌اند، تا بدان جا دارای اهمیت است که برخی آن‌را پیش‌فرض این نظام خواندند (Doi, 2002: 377). این اصل روشن‌کننده حوزه جغرافیایی اعتبار مالکیت فکری قلمداد می‌شود و این یعنی که این حق منحصراً محدود به قلمرو سرزمینی خواهد بود که چنین حقی را اعطا کرده‌است (Cornish et al, 2013: 28; Dinwoodie, 2005: 195) و تنها با قوانین داخلی آن سرزمین حمایت می‌گردد و به تعبیر بعضی بر مبنای چنین اصلی، اعتبار بخشیدن به یک حق یا نهاد، به وسیله یک نظام حقوقی، منحصر در سرزمینی است که حاکمیت سیاسی آن به قواعد حاکم بر روابط مردم اعتبار بخشیده‌است (Sheikhi, 2024: 210-211). بعضی بیان داشتند که کشور و یا منطقه محل ثبت، حدود و ثغور حمایت را، از قبیل اینکه چه کسی از آن بهره‌مند خواهد بود، مدت زمان آن چه مقدار است و چگونه باید این حمایت اعمال شود، تعیین می‌نماید (Ghorbanifar, 2017: 95) و هرگاه عمل ارتکابی ناقض یکی از قوانین امری سرزمینی باشد، آن سرزمین با عنایت قانون خود در آن خصوص اتخاذ تصمیم می‌نماید و دادگاه‌ها کم‌تر به اقامتگاه طرفین، محل وقوع فعل زیان‌بار و یا محل وقوع

خسارت توجه می‌نمایند. علت این امر هم چنین بیان گشته که هر کشوری در اجرای برخی از قواعد و مقررات خود منافع انکارناپذیری دارد، گرچه طرفین دعوا خارجی و حتی غیرمقیم باشند (Symeonides, 2004: 22). بعضی اذعان داشته‌اند که از آنجایی که معمولاً از دارندگان حقوق واجد شرایط تحت قانون کشور متعاهد که در آن تخلف رخ می‌دهد محافظت می‌شود، دیگر نیازی برای گسترش عملکرد سرزمینی قانون کشور مبدأ حق، برای تخلفاتی که خارج از آن کشور رخ می‌دهد، وجود ندارد (Goldstein & Hugenholtz, 2013: 97-98). برخی اذعان می‌دارند اصل سرزمینی به نحو ضمنی در این واقعیت نهفته است که کنوانسیون‌ها بعضی از حقوق اساسی را به نحو حداقلی الزام‌آور دانسته‌اند، با اینحال تفاوت موجود در قوانین ملی را نیز پذیرفته‌اند[۴] (Bradley, 1997: 549).

کنوانسیون پاریس این اصل را در خصوص اختراع، علامت تجاری و طرح‌های صنعتی پذیرفت. در باب حق اختراع کنوانسیون در ماده ۴رابع از قانون داخلی و در شق اول ماده ۴مکرر از استقلال سخن به‌میان آورد. متن مواد و شقوق مذکور به ترتیب بدین شرح است: «اعطای گواهی‌نامه‌ی اختراع نباید به این دلیل مردود یا ابطال شود که فروش محصولات مشمول گواهی‌نامه‌ی اختراع یا محصولات ناشی از فرآیند مشمول گواهی‌نامه‌ی اختراع، تحت موانع و محدودیت‌های ناشی از قانون داخلی قرار گرفته‌است»؛ «اظهارنامه‌های اختراع که توسط اتباع کشورهای عضو اتحادیه در کشورهای مختلف اتحادیه تقدیم شده باشند، مستقل از گواهی‌نامه‌های اختراعی هستند که برای همان اختراع در کشورهای دیگر(عضو یا خارج از اتحادیه) اخذ شده‌اند». از مجموع مواد و شقوق یادشده و ماده ۲، بند (د) ماده ۴، شق (۱) بند (ه) ماده ۴، برمی‌آید که کشورهای عضو تکلیفی ندارند تا اختراعی را که در یکی از دول عضو به ثبت رسیده‌است را به ثبت برسانند، بلکه مختارند با عنایت به مقررات داخلی خود درخواست ثبت اختراع را مورد بررسی و در فرض احراز وجود شرایط قانونی لازم به ثبت برسانند.

همچنین در شق (۱) بند (الف) ماده ۴ برای صاحب طرح صنعتی که با رعایت مقررات در یکی از کشورهای عضو اتحادیه اظهارنامه مربوط به تقاضای ثبت طرح صنعتی تسلیم نموده باشد، در مورد تسلیم اظهارنامه در سایر دول عضو حق تقدم ۶ ماهه درنظر گرفته‌شد. به عقیده بعضی اصل استقلال که در کنوانسیون برای دو امر اختراع و علامت تجاری دارای صراحت است، قابلیت تسری به طرح صنعتی نیز می‌باشد؛ به این معنا که اگر شخصی طرح صنعتی خود را در کشوری از کشورهای عضو کنوانسیون به ثبت برساند و موفق به اخذ گواهی‌نامه مربوطه شود، دول دیگر اتحادیه موظف به حمایت نیستند بلکه در مقام ثبت، می‌توانند بدون توجه به گواهی‌نامه صادره، درخواست ثبت طرح صنعتی را با عنایت به مقررات داخلی خود مورد بررسی قراردهند. باتوجه به شق (۱) بند (الف) ماده ۴، حق تقدم یادشده، در خصوص علامت تجاری نیز مرعی خواهد بود. بند (۳) ماده ۶ کنوانسیون نیز مقرر می‌دارد علامتی که در یکی از کشورهای اتحادیه مطابق قانون به ثبت رسید، نسبت به علامت ثبت شده در سایر کشورهای عضو کنوانسیون و کشور مبدأ مستقل است و این یعنی که چنانچه گواهی ثبت علامت در یکی از کشورهای عضو صادر شده باشد، برای سایر دولت‌ها الزامی جهت ثبت ایجاد نخواهد کرد (Kasehgari, 2018: 54-56). فی‌الجمله این اصل متضمن احترام به حاکمیت ملی دول عضو، پذیرش تنوع نظام‌های حقوقی آنان و تنظیم قوانین مالکیت صنعتی متناسب با شرایط داخلی است.

۲.۲.۳. اصل رفتار ملی

در تعریف این اصل بیان داشتند، قانون داخلی همان گونه که شامل اتباع یک کشور خاص عضو کنوانسیون می‌شود، باید شامل اتباع سایر کشورهای عضو نیز بشود تا امکان هرگونه تبعیض نسبت به اتباع سایر اعضاء از میان برود و فی‌الواقع شامل تمام امتیازاتی می‌شود که قوانین مختلف داخلی به اتباع خود می‌دهند (Mirhosseini, 2021: 273-274). اصل مذکور تا بدان جا حائز اهمیت بوده‌است که برخی آن‌را اصل اساسی و سنگ بنای معاهدات بزرگ مالکیت فکری نظیر کنوانسیون‌های برن و پاریس شناخته‌اند. (Laskar & Narang, 2013:1)

اصل یادشده در بند (۱) ماده ۲ کنوانسیون به‌رسمیت شناخته شده‌است؛ این ماده مقرر می‌دارد: «درخصوص حمایت مالکیت صنعتی، اتباع هریک از کشورهای عضو اتحادیه باید در سایر کشورهای عضو از مزایایی که قوانین آن کشورها در حال حاضر یا در

---

۴. حق اختراع را بارزترین مصداق سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری(Chisum, ۱۹۹۷: ۶۰۵) و حق کپی‌رایت و علامت تجاری را در مقایسه با حق اختراع در درجه کمتری از اصل سرزمینی بودن متأثر می‌دانند(Peukert, ۲۰۱۲: ۲۲۰).

آینده به اتباع خود اعطاء می‌کنند برخوردار گردند؛ تماماً بدون اینکه به حقوقی که به‌طور خاص توسط این کنوانسیون مقرر شده‌است زیانی وارد آید. در نهایت اتباع سایر کشورهای عضو از حمایتی یکسان با اتباع آن کشور برخوردار شده و نسبت به هرگونه نقض حقوق خود، از حق جبران خسارت قانونی (با توسل به مراجع قضایی) برخوردار هستند، مشروط بر آن‌که شرایط و تشریفات لازم که بر اتباع آن کشور مقرر است را رعایت کنند».

منبعث از این اصل، بیگانگان مورد حمایت قرار می‌گیرند و هیچ‌گونه تبعضی نیز علیه آنان روا داشته نمی‌شود و در واقع اتباع خارجه مشمول کلیه امتیازاتی خواهند شد که قوانین داخلی یک دولت به اتباع خود می‌دهد. اشاره می‌نمایند که اصل رفتار ملی هردوی امور ماهوی و شکلی را در برمی‌گیرد (Kasehgari, 2018: 12). در یک تعریف ساده، اصل رفتار ملی متضمن عدم تبعیض است یعنی که اعمال قانون در راستای حمایت، به نحو یکسان میان اتباع داخل و خارج صورت می‌پذیرد و هر کشور از حقوق مالکیت صنعتی اتباع خارجه عضو کنوانسیون، مطابق با مقررات داخلی خود حمایت می‌کند (Ghorbanifar, 2017: 100-101)، برای مثال شرکت آمریکایی که خواستار توسعه تجارت خود در مکزیک است باید با عنایت به مقررات داخلی مکزیک اظهارنامه‌اش را به ثبت برساند و در نتیجه دولت مکزیک با آن شرکت به مثابه متبوع خود رفتار خواهد کرد (Austin, 2013: 8).

بعضی، در خصوص اتباع کشورهایی نیز که عضو کنوانسیون پاریس نیستند این اصل را در صورتی که در یکی از کشورهای عضو سکونت یا اقامتگاه داشته یا دارای مقر صنعتی یا تجاری مؤثر باشند، لازم‌الرعایه می‌دانند (Kasehgari, 2018: 16). این نکته هم مورد اشاره قرار گرفته‌است که بهره‌گیری از واژه تبعه منحصر در معنای شخص حقیقی یا طبیعی نیست، بلکه اشخاص حقوقی که بر مبنای مقررات و ضوابط حقوق خصوصی کشورهای عضو ایجاد می‌شوند را نیز در بر می‌گیرد اگر که مقر واقعی آن‌ها در یکی از دول عضو کنوانسیون باشد، ممکن است تبعه کشوری نیز تلقی گردند که مرکز اصلی آن‌ها در آن کشور واقع شده‌است (Mirhosseini, 2024: 169). به نظر می‌رسد که این اصل روح حاکم بر کنوانسیون پاریس را که همانا ایجاد یک نظام حمایتی متوازن و عادلانه برای مالکیت صنعتی در عرصه بین‌المللی است تقویت می‌کند چراکه این امر از هرگونه تبعیض ناروا بر اساس ملیت جلوگیری کرده و فضای رقابتی و منصفانه را برای نوآوران در سطح جهانی فراهم می‌آورد.

۳.۲.۳. اصل استقلال

با استفاده از بندهای(۲) و (۳) ماده ۶ کنوانسیون پاریس در خصوص علائم تجاری و شق(۱) ماده ۴ مکرر همین کنوانسیون در زمینه اختراع قائل به اصل استقلال شده‌اند. برمبنای چنین اصلی اختراعات و علائم تجاری به نحو مستقل در هر کشوری مورد ارزیابی قرار گرفته و ثبت یا رد یک اختراع و علامت تجاری مؤثر در ثبت یا رد آن در سایر دول عضو نیست (Reiss, n.d.: 6). از همین روی بیان می‌دارند اعطای ورقه ثبت اختراع در یک کشور متعاهد، سایر کشورهای متعاهد را ملزم نمی‌سازد که چنین ورقه‌ای را به آن اختراع اعطاء نمایند (Mirhosseini, 2008: 207). برای تبیین بیشتر مثال می‌زنند که اگر ایالات متحده درخواست ثبت اختراع یک مخترع ایتالیایی را دریافت نماید، اصل استقلال اختراعات، اداره ثبت اختراعات ایالات متحده را از رد این درخواست بر مبنای این امر که اداره ثبت اختراعات ایتالیا سابقاً چنین تقاضایی را نامعتبر دانسته، منع می‌کند (Grimshaw, 2001: 1). مبنای چنین اصلی را حاکمیت دولت‌ها و استقلال قوانین کشورها نسبت به سایر دول عضو کنوانسیون برشمرده‌اند چراکه قواعد ملی، عرف و رویه‌های مرسوم اداره مالکیت صنعتی دولت‌ها و منافع ملی هر یک از آن‌ها نسبت به یکدیگر متفاوت است. چه بسا شرایط کسب چنین حقی و رویه‌های اداری حاکم بر آن می‌تواند در دولت‌ها متفاوت باشد و هر دولت عضو، معیارهای خود را در زمینه قبول، رد، فسخ، انتقال و یا هر نوع تغییر در مورد اختراع را لحاظ می‌نماید (Askari, 2014: 31).

بعضی اظهار می‌دارند که در کنوانسیون هیچ‌گونه نظامی در راستای شرایط تسلیم اظهارنامه و ثبت علائم تعیین نشده‌است لذا این شرایط تنها در قوانین داخلی کشورها پیش‌بینی می‌گردد؛ چه آن‌که اتخاذ تصمیم در خصوص چنین حمایتی در زمره اعمال حاکمیتی کشورها قرار گرفته است (Aslani, 2010: 31).

در انتها باید با عنایت به اصول پیش گفته خاطر نشان داشت که کنوانسیون صرفاً رویه واحد از حیث شکلی را به عنوان مبنا قرار می‌دهد تا دولت‌های عضو کنوانسیون در آن چارچوب حرکت نمایند، لیکن از حیث ماهوی این قوانین داخلی دولت‌های عضو است که مستقل تلقی می‌گردند.

۴. نتیجه

مقام وضع قانون حمایت از مالکیت صنعتی سه نکته را مطمح نظر قرار داد؛ اول اینکه در ماده ۱۵۰ مقرر گردید از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری نسخ می‌گردد؛ پس در وهله اول نسخ صریح مقرره پیشین را نظاره می‌نماییم.

دوم آن‌که در ماده ۷۲ اشعار داشت که در صورت اثبات نقض حق اختراع، مرتکب به تقاضای هر یک از ذی‌نفعان باید تمام خساراتی را که در نتیجه این نقض وارد شده‌است، از قبیل منافع ممکن‌الحصولی که صدق اتلاف می‌کند را جبران نماید؛ پس نکته بعدی این است که منافع ممکن‌الحصولی را که صدق اتلاف می‌کند(همان عدم‌النفع مسلم) را خسارت تلقی کرد، اما حکم را صرفاً ناظر به حق اختراع و نقض آن گرداند و درخصوص امکان مطالبه خسارت و خاصه عدم‌النفع در سایر مصادیق حقوق مالکیت فکری سخنی به میان نیاورد.

نکته سوم را هم در ماده ۱۴۹ بیان داشت که آیین‌نامه اجرایی این قانون ظرف شش ماه پس از لازم‌الاجراء شدن این قانون،... تهیه می‌شود و به تصویب قوه قضائیه می‌رسد. تا زمان تصویب آیین‌نامه مذکور، آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری، در حدودی که مغایر با این قانون نباشد، مجری است. امر غامض می‌گردد چراکه از طرفی تا زمان نگارش پژوهش حاضر آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مالکیت صنعتی تهیه و تدوین نگردیده‌است و از طرف دیگر آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری در ماده ۱۸۱ بیان می‌دارد که در مورد خساراتی که خواه از مجرای حقوقی و خواه از مجرای کیفری در دعاوی مربوط به اختراعات، طرح‌های صنعتی، علائم و نام‌های تجاری مطالبه می‌شود، خسارت شامل ضررهای وارده خواهد بود. این ماده از آیین‌نامه اجرایی خسارت را محدود به ضررهای وارده دانسته و از اینکه آیا خسارت عدم‌النفع را هم در بر می‌گیرد یا اینکه عدم‌النفع در مفهوم ضرر می‌گنجد سخنی بر زبان نیاورده‌است و همین امر کانونی را برای تنازع فکری فراهم می‌آورد که می‌توان به دو دیدگاه قائل گردید.

با این‌حال باید اصح اقوال را این بدانیم که گرچه مقنن در خصوص سایر مصادیق در قانون حمایت از مالکیت صنعتی ساکت است اما هیچ تصریحی هم به عدم قابلیت مطالبه خسارات و خاصه عدم‌النفع ندارد، از طرفی رویه عمومی مقنن با وضع مقرراتی نظیر ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، ۵ و ۶ قانون مسئولیت مدنی و... دال بر این است که عدم‌النفع مسلم ضرر و قابل جبران قلمداد گردد و هیچ جهتی را برای استثناء کردن حق اختراع از سایر مصادیق حقوق مالکیت فکری نمی‌توان یافت و چه بسا بهتر آن باشد که از حکم اتخاذ شده در باب حق اختراع وحدت ملاک گرفت و دایره موضوع آن‌را تسری داد و در خصوص اصل عدم نیز باید خاطر نشان کرد که زمانی می‌توان به آن رجوع کرد که اساساً دلیلی وجود نداشته باشد؛ پس نباید سکوت قانون‌گذار حمل بر عدم قابلیت مطالبه عدم‌النفع گردد.

ایران به کنوانسیون پاریس ۱۸۸۳ برای حمایت از مالکیت صنعتی پیوسته‌است. این معاهده مربوط به مالکیت صنعتی تعداد محدودی تعهدات در رابطه با مفاد ماهوی را به کشورهای عضو تحمیل می‌نماید و دول، اصول سرزمینی بودن، استقلال و رفتار ملی را ذیل کنوانسیون مطمح نظر دارند و بر استقلال حقوق داخلی در حمایت از مالکیت صنعتی تأکید می‌کنند. بنابراین آنچه از مدلول این کنوانسیون استنباط می‌شود، واگذاری پاسخ این پرسش به نظام حقوق داخلی دول عضو است.

آنچه در پایان باید اشاره شود این است که معاهدات بین‌المللی در خصوص حقوق مالکیت فکری، مجموعه‌ای از قوانین جامع ماهوی ندارند که بتواند جایگزین حقوق داخلی شود و این یعنی ماهیت سرزمینی بودن حقوق مالکیت فکری مانع از پیدایش ضوابط ماهوی فراملی شده‌است و در نتیجه اجرای مقررات مالکیت فکری، مدیریت و ضمانت‌اجرای آن همچنان در سطح ملی باقی مانده‌است و دول عضو هستند که صلاحیت دارند تا نوع و میزان حمایت خود از حقوق مربوط به مالکیت فکری از جمله قابلیت یا عدم امکان مطالبه عدم‌النفع را درون مرزهای خود تعیین کنند و باید با عنایت به اصول پیش گفته خاطر نشان داشت که کنوانسیون صرفاً یک رویه یکسان شکلی را به عنوان مبنا قرار می‌دهد تا دولت‌های عضو کنوانسیون در آن چارچوب حرکت نمایند، لیکن از حیث ماهوی این قوانین داخلی دولت‌های عضو است که مستقل تلقی می‌گردند.

References

1. *Afrasiab, M. (2017). Protection of industrial property in Iranian legal system with emphasis on judicial practice (Doctoral dissertation, Allameh Tabataba'i University). (In Persian)*
2. *Amini, M.; Piri, J. (2021). The criterion for assessing damages arising from contractual breach in legal systems and international instruments; guidelines for Iranian law. Judiciary Law Journal, (114), 135–158. https://doi.org/10.22106/JLJ.2020.123783.3294 (In Persian)*
3. *Asghari Aghmashhadi, F. (2002). Loss of profit damages in Iranian law and the 1980 CISG. Name-ye Mofid Journal, (29), 77–94. (In Persian)*
4. *Askari, Z. (2014). Examination of Priority right in industrial property (Master's thesis, Tarbiat Modares University). (In Persian)*
5. *Aslani, H. R. (2010). Industrial property rights in cyber space (1st ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
6. *Austin, G. W. (2013). The territoriality of United States trademark law. The University of Arizona James E. Rogers College of Law, (28), 1–25.*
7. *Babaei, I. (2023). Civil liability law based on critique and judicial precedents (Vol. 1, 6th ed.). Tehran: Judiciary Publications Center. (In Persian)*
8. *Bana e Niyasari, M. (2010). Recovering Lost Profit in International Disputes. International law Review, (43), 203–260. (In Persian)*
9. *Bariklo, A. (2020). Civil liability (9th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
10. *Bradley, C. A. (1997). Territorial intellectual property rights in an age of globalism. Virginia Journal of International Law, (37), 505–586.*
11. *Chisum, D. S. (1997). Normative and empirical territoriality in intellectual property: Lessons from patent law. Virginia Journal of International Law, (37).*
12. *Cornish, W.; Llewelyn, D.; Aplin, T. (2013). Intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights (8th ed.). London: Sweet & Maxwell.*
13. *Dinwoodie, G. B. (2004). Trademarks and territory: Detaching trademark law from the nation-state. Houston Law Review, 39(3), 885–973.*
14. *Dinwoodie, G. B. (2005). Conflicts and international copyright litigation: The role of international norms. In Basedow, Drexl, Kur & Metzger (Eds.), Intellectual property in the conflict of laws(195-218). Tübingen: Mohr Siebeck.*
15. *Doi, T. (2002). The territoriality principle of patent protection and conflict of laws: A review of Japanese court decisions. Fordham International Law Journal, (26), 377–395.*
16. *Emami, S. H. (1987). Civil law (Vol. 1, 6th ed.). Tehran: Eslamiyeh Bookstore Publishing. (In Persian)*
17. *Esmaeili, M. (1998). Theory of damages (1st ed.). Tehran: Amir Kabir Publications. (In Persian)*
18. *Ghasemzadeh, S. M. (2011). Obligations And Non -Contractual Civil Liability (9th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
19. *Ghorbanifar, M. (2017). Comparative study of applicable law on trademark infringement with emphasis on Paris Convention, TRIPS Agreement, and Rome II regulations, and its comparison with Iranian law. Business Research Quarterly, (84), 93–130. (In Persian)*
20. *Goldstein, P.; Hugenholtz, P. B. (2013). International copyright: Principles, law, and practice (3rd ed.). Oxford: Oxford University Press.*
21. *Grimshaw, K. (2001). International upheaval: Patent independence protectionists and the Hague conference. IBrief/Patents & Technology. Retrieved from https://scholarship.law.duke.edu.*
22. *Harpwood, V. (2000). Principles of tort law (4th ed.). London: Cavendish Publishing Limited.*
23. *Harpwood, V. (2009). Modern tort law (7th ed.). Abingdon: Routledge-Cavendish.*
24. *Hojjati Ashrafi, G. (2004). Complete collection of commercial and trade laws and regulations (1st ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publishing. (In Persian)*
25. *Hosseinpour, H. (2016). Study of legal remedies for trademark infringement with emphasis on judicial practice (Master's thesis, Islamic Azad University, Science and Research Branch). (In Persian)*
26. *Kasehgari, H. (2018). The Principle of territorial protection in certain aspects of industrial property under national and international instruments (Master's thesis, Allameh Tabataba'i University). (In Persian)*
27. *Katouzian, N. (2013). Introductory course in civil law: Property and ownership (38th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
28. *Katouzian, N. (2025). Non-Contractual Obligation: Civil Liability(General rule) (Vol. 1, 6th ed.). Tehran: Ganj-e Danesh Publishing. (In Persian)*
29. *Laskar, M. E.; Narang, C. (2013). National treatment and efficient protection of IPR as adopted in IP treaties. Symbiosis Law School Pune.*
30. *Markesinis, B. S.; Bell, J.; Janssen, A. (2019). Markesinis's German law of tort: A comparative treatise (5th ed.). Oxford: Hart Publishing.*
31. *Mirhosseini, S. H. (2008). Patent law (1st ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
32. *Mirhosseini, S. H. (2021). Trademark law (4th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
33. *Mirhosseini, S. H. (2024). Industrial design law (2nd ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
34. *Mirshekari, A; Hosseini, F. S.; Samadi, A. (2023). The Comparative Study Of Expected Benefit With Focus on Iranian Judicial Procedure. Judiciary Law Journal, (124), 1–40. https://doi.org/10.22106/JLJ.2021.521789.3889 (In Persian)*
35. *Mohammadi, A. (2014). Rules of jurisprudence (13th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
36. *Morris, P. S. (2020). Private intellectual property regulation in public international law. University of California, Davis Law Review, 26(1), 148–169.*

37. *Mousavi Khomeini, R. A. (2000). Tahrir al-Wasilah (Vol. 2). Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (In Arabic)*
38. *Naraghi, M. A. (1996). Awa'id al-Ayyam. Qom: Islamic Propagation Office Publishing. (In Arabic)*
39. *Peukert, A. (2012). Territoriality and extraterritoriality in intellectual property law. In Handl & Zekoll (Eds.), Beyond territoriality: Transnational legal authority in an age of globalisation (pp. 189–228). Leiden/Boston: Brill Academic Publishing(Queen Mary Studies in International Law).*
40. *Reiss, S. M. (n.d.). Commentary on the Paris Convention for the Protection of Industrial Property. Lex-IP.com. Retrieved from https://lex-ip.com.*
41. *Safaei, S. H. (2012). Introductory course in civil law: General rules of contracts (Vol. 2, 13th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
42. *Safaei, S. H. (2014). Introductory course in civil law: Persons and property (Vol. 1, 17th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
43. *Safaei, S. H.; Rahimi, H. (2020). Civil liability (non-contractual obligations) (13th ed.). Tehran: SAMT Publications(Organization for Researching and Composing University Textbooks in the Humanities). (In Persian)*
44. *Sheikhi, M. (2024). Principles of intellectual property rights (2nd ed.). Tehran: Mizan Publishing. (In Persian)*
45. *Symeonides, S. C. (2004). Territoriality and personality in tort conflicts. In Einhorn, T., & Siehr, K. (Eds.), Intercontinental cooperation through private international law: Essays in memory of Peter Nygh (pp. 22–41). The Hague: T.M.C. Asser Press.*

The Validity of Indemnity for Manufacturer by the Consumer (A Comparative Study in the Legal Systems of Iran and England)

Akbar Mirzanejad Jouybari[1] Roohollah Akhoundi Roshanavand*[2] Hoda Moshfeghi[3]

1. *Associate Professor, Department of Law, Institute for Management and Planning Studies, Tehran, Iran.*
2. *Assistant professor, Department of law, Payame Noor University, Tehran, Iran.*
3. *Assistant professor, Department of Law, Khorasan higher education institute, Mashhad, Iran.*

(- Corresponding Author Email:Akhoundi@pnu.ac.ir)*

Received: 2025-19-16
Revised: 2026-05-17
Accepted: 2026-08-25
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Mirzanejad Jouybari, A, Akhoundi Roshanavand, R & Moshfeghi, H. (2026). The Validity of Indemnity for Manufacturer by the Consumer (A Comparative Study in the Legal Systems of Iran and England). Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (77-90) (in Persian with English abstract). https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.94938.1481

1. INTRODUCTION

Indemnity Clause is a condition according to which one of the parties of the contract expressly agrees to undertake and compensate the civil liability or damage caused to the other party that is made by a specific event or action, and to protect him from any loss or damages that may be incurred. The party that is obligated to compensate the other party for damages is called the "Indemnitor", the other party is called the "Indemnitee" and the event covered by the condition is called the "subject of the Indemnity clause". In the Iranian legal system, as in English law, the parties of the contract are free to determine the terms of the contract according to the principle of freedom of contract and can foresee the terms they want in the contract. Therefore, in many contracts, including commercial and service contracts, the parties can, by mutual agreement, manage and anticipate possible risks arising from the contract, such as the risk of damage to third parties during the execution of the contract, according to their wishes and the nature and importance of the subject matter of the contract; unless restrictions such as public order or mandatory laws restrict their freedom. One of the methods of contractual risk management is the transfer of risk, in whole or in part, which is done by transferring responsibility to another party or by sharing and dividing the risk between the parties to the contract. Insurance is a type of risk transfer strategy by concluding a contract. Another method of transferring risk in this way is to use a clause called an "indemnity". It is worth noting that indemnity clauses, unlike limiting and exemption clauses, do not change or eliminate the extent of liability; rather, they transfer the risk arising from the contract and the financial consequences of such liability, causing the ultimate burden of compensation to be shifted from the person who is held liable under the general rules of civil liability (the indemnitee) to the other party (the indemnitor). Sometimes, contracts between producers and consumers include a provision according to which the producer stipulates to the consumer that if the consumer (first or third party buyer) suffers any loss or damage due to the defectiveness of the goods provided by her (the producer), the consumer himself will be responsible for com-

* *Corresponding Author.*

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

pensating for the damages and exempt the producer from bearing the burden of compensating for the losses and damages. In this article, we are going to examine this subject in the legal systems of Iran and England.In Iran, the answer to whether the indemnity clause of the manufacturer by the consumer in production contracts can be correct or not, undoubtedly requires attention to concepts such as "general economic order" and "unfair terms." In addition to citing these concepts", Article 7 of the Automobile Consumer Protection Law and its subsequent note, and the implementing regulations of the Consumer Protection Law, can also be used by the consumer to declare the validity or invalidity of the Indemnity clause of the manufacturer by the consumer. In the UK, in the field of consumer protection, five important laws should be considered and reviewed: The Unfair Contract Terms Act of 1977, the Consumer Protection Act of 1987, the Unfair Terms in Consumer Contracts Act of 1994 with amendments of 1999, the Consumer Protection from Unfair Commercial Practices Act of 2008, and the Consumer Rights Act of 2015.

2. PURPOSE

In this study, we seek to examine the issue of whether, given the unequal status of producers and consumers and the protection that is the indemnity clause of the manufacturer by the consumer in production contracts the consumer can be considered correct and enforceable, or whether the said condition is generally invalid and can we distinguish between exclusive and dangerous goods and non-exclusive and non-dangerous goods? To answer this fundamental question, and given that the English legal system is known as the main origin and birthplace of the "Indemnity Clause" institution, in this article, we will analyze the legislative approach in the two legal systems of Iran and England regarding the validity of the indemnity clause of the manufacturer by the consumer in production contracts.

3. METHODOLOGY

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

4. FINDINGS

Imposing indemnity clause on consumers in production contracts can sometimes go against the purpose of consumer protection law. Contrary to the opinion of some researchers who do not make a distinction in this regard, In our opinion, the indemnity clause of the manufacture by the consumer, which causes the transfer of the burden of financial responsibility for compensation for damages resulting from product defects from the producer to the consumer, is invalid and unenforceable, and not exclusively non opposability, in two cases: exclusive goods where consumers do not have the right to choose, and dangerous goods where the possibility of limiting, eliminating, or insuring the risk either does not exist or is simply not possible. In the legal system of Iran in these cases, the court, adhering to the concept of public economic order, can declare the indemnity clause of producer by the consumer in favor of the producer invalid due to its conflict with public economic order and based on Article 975 of the Civil Code. Moreover, in the case of these two (exclusive and dangerous goods), imposing an indemnity clause of manufacturer against damages resulting from defects in the goods sold, damages resulting from breach of contract, bodily, financial or moral damages and, by analogy, the priority of damages resulting from the manufacturer's fault over the consumer can be discussed as an unfair condition that disrupts the contractual balance to the detriment of the weaker party to the contract.

Although the legislator has not provided a definition of unfair conditions, the reference to this category of conditions in Articles 179 of the Maritime Law and 46 of the Electronic Commerce Law shows the attention of the national legislator to this concept and the effect it can have on the validity and invalidity of the conditions. The legislator has commented on the absolute invalidity of these conditions in the Note to Article 7 of the Automobile Consumer Protection Law. It may be said that the ultimate implication of the note to Article 7 of the aforementioned law is the invalidity of such conditions only in the field of automobiles or ultimately motor vehicles, and its generalization is not stipulated. In response, it should be said that it is not a specific case and

the car did not have any characteristics that would allow the legislator to separate its ruling from other dangerous vehicles and goods. Furthermore, the legislator's consistent statement in the Consumer Rights Protection Law and its executive regulations that "any direct or indirect agreement or contract between the supplier, sales intermediary, and the consumer that... is null and void against the consumer" and the avoidance of the provision of the Note to Article 7 of the Automobile Consumer Protection Law itself fully and completely implies that the two types of simple consumer goods and exclusive and dangerous goods are different from the legislator's perspective. In the legal system of England, the latest legislative enactments in the UK, the Consumer Rights Act was passed by Parliament in 2015, which is in fact a supplement to the Unfair Contract Terms Act of 1977. This Act added parts to the Unfair Contract Terms Act of 1977, while reducing parts from it, and at the same time amending parts. The first paragraph of Article 62 of this Act stipulates that an unfair term in a consumer contract is not binding on the customer. The fourth paragraph of Article 62 of this Act also states that a term is unfair if it creates a significant and significant imbalance in the rights and obligations of the parties, contrary to the principle of good faith and to the detriment of the consumer. So, in English law, the validity of these clauses depend on fair and unfair condition rules.

5. CONCLUSION

Indemnity Clause is a kind of the transferring responsibility clauses that due to its relevance and increasing importance in terms of risk transfer and division of responsibility in various commercial, service contracts and especially in production contracts has an important position in both of the domestic and International law. Since in most of the world's legal systems the theory of strict liability of manufacturer towards the consumer has been accepted, in this analytical and comparative research the validity of indemnity clause of manufacturer by the consumer in two legal systems of Iran and England have been examined and we reach to this result that Contrary to English law, where the validity of these clauses depend on fair and unfair condition rules, In Iranian law, despite the weakness of the legislator in expressing the clear verdict of these clauses, with the sum of the positions of the legislator in the recent special statutes, it can be said that regardless of the non-opposability of these clauses against any third party, including the third party that is consumer or professional, we should accept a difference among the mentioned indemnity clauses in dangerous and exclusive goods with others.

Keywords: Consumer, Indemnity Clause, Manufacturer, Non-opposability, The Principle of Privity of Contracts.

اعتبار تضمین مسؤولیت تولیدکننده به‌وسیله مصرف کننده (مطالعه‌ای تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان)

اکبر میرزانژاد جویباری[1] روح الله آخوندی روشناوند[2] هدی مشفقی[3]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۶-۱۴ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۳-۱۸ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۴-۲۴ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

شرط تضمین مسؤولیت یکی از شروط انتقال مسؤولیت محسوب می‌گردد که به‌دلیل مبتلابه بودن و اهمیت روزافزون آن از حیث انتقال ریسک و تقسیم مسؤولیت در قراردادهای مختلف تجاری، خدماتی و به‌ویژه در قراردادهای تولیدی هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌المللی از جایگاه مهمی برخوردار است. با توجه به پذیرش نظریه‌ی مسؤولیت محضِ تولیدکننده در برابر مصرف کننده در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا، در پژوهش تحلیلی و تطبیقی حاضر اعتبار شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده به‌وسیله مصرف کننده در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان بررسی شده و نتیجه گرفته‌ایم که برخلاف حقوق انگستان که اعتبار این شروط تابعی از شروط عادلانه و غیر عادلانه دانسته شده است، در حقوق ایران به‌رغم عجز و ضعف قانون‌گذار در بیان حکم شفاف این شروط، با در نظر گرفتن مواضِع قانون‌گذار در قوانین خاص اخیرالتصویب می‌توان گفت فارغ از غیر قابل استناد بودن این شروط در برابر هر ثالثی اعم از ثالث مصرف‌کننده یا حرفه‌ای، باید میان شروط تضمین مسؤولیت مزبور درخصوص کالاهای خطرناک و انحصاری با این شروط درخصوص کالاهای غیرخطرناک و غیر انحصاری قائل به تفاوت شد. درواقع مقتضی جمع منطقی مفاد قوانین جدید درخصوص صحت یا بطلان چنین شروطی میان خود متعاملین این است که این شروط درخصوص کالاهای انحصاری و یا خطرناک به دلالت و تنقیح مناط تبصره ماده هفت قانون حمایت از مصرف کنندگان خودرو از اساس باطل و بی اعتبار است، این در حالی است که در سایر کالاهای مصرفی وفق مقررات جدید و نیز قواعد عمومی قراردادها باید حکم به صحت چنین شروطی میان متعاملین اصلی نمود.

کلید واژه‌ها: اصل نسبی بودن قراردادها، تولیدکننده، شرط تضمین مسؤولیت، عدم قابلیت استناد، مصرف کننده.

۱. دانشیار گروه حقوق، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی، تهران، ایران.
۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) Akhoundi@pnu.ac.ir
۳. استادیار گروه حقوق، مؤسسه آموزش عالی خراسان، مشهد، ایران.

۱. مقدمه

«شرط تضمین مسؤولیت»[۱] شرطی است که به‌موجب آن یکی از طرفین قرارداد به‌طور صریح تعهد می‌کند مسؤولیت مدنی و یا ضرر تحمیل شده به طرف مقابل را که ناشی از رویداد یا عمل خاصی است، برعهده گرفته و جبران نماید و او را در مقابل ضرر یا خساراتی که ممکن است متحمّل گردد، مصون نگاه دارد (Richardson, et al. 2011: 2). طرفی که متعهد به جبران خسارات طرف مقابل است «تضمین‌کننده»[۲] یا مشروطٌ‌علیه»، طرف دیگر «تضمین‌شونده»[۳] یا مشروطٌ‌له» و رویداد مشمول شرط «موضوع تضمین مسؤولیت» نامیده می‌شوند. پیشینه‌ی شرط تضمین مسؤولیت -که در حقوق کامن‌لا با عنوان Indemnity Clause شناخته می‌شود- را می‌توان در کلام فقهاء و در موضوع عقد امانی اجاره یافت. این مسأله همواره میان فقهاء مطرح بوده که آیا شرط ضَمان مستأجر نسبت به عموم خساراتی که بدون تعدی و تفریط او بر عین مستأجره وارد می‌شود، صحیح است یا خیر؟ برخی فقیهان مانند صاحب جواهر (Najafi, 1404: 216)، محقق حلّی (Helly, 1408: 140) و شهید اول (Ameli, 1410: 155) معتقدند شرط ضَمان مستأجر به‌دلیل مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد اجاره که همانا امانت می‌باشد، باطل و مبطل عقد است. در مقابل برخی دیگر مانند صاحب عروه‌الوثقی (Tabatabaei yazdi, 1409: 600) اعتقاد بر صحت شرط ضَمان مستأجر داشته و آن‌را صحیح می‌دانند. در میان قواعد فقهیه، قاعده «تسلیط»، «المؤمنون عند شروطهم» و «العقود تابعه للقصود» می‌تواند جزو مبانی فقهی صحت شرط تضمین مسؤولیت به‌شمار آید. هم‌چنین مصادیقی هم‌چون ضَمان جریره و پذیرفتن ضَمان انداختن بار کشتی در دریا می‌تواند تأیید ضمنی ازسوی بسیاری از فقها درخصوص صحت تضمین مسؤولیت و جبران خسارت دیگری باشد.

در پاره‌ای از مقررات نیز می‌توان به نمونه‌هایی دست یافت که قانون‌گذار به طرفین یک رابطه‌ی قراردادی اختیار داده است در باب مسؤولیت جبران خسارت با یکدیگر توافق نمایند. به‌عنوان نمونه، در ماده «۵۸» قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ مقرر گردیده است که متصدی باربری و فرستنده‌ی بار مجاز هستند شرایط خاصی را در قرارداد پیش‌بینی کنند که برطبق آن مسؤولیت و تعهدات متصدی باربری و کشتی درمورد فقدان یا خسارات مربوط به محافظت و مواظبت و جابه‌جا کردن بار قبل از بارگیری و بعد از تخلیه بار کشتی تعیین گردد.[۴] به‌همین‌شکل در نظام حقوقی انگلستان، عنوان تضمین مسؤولیت برای اولین بار در ماده «۶۷» قانون دریایی مصوب ۱۹۰۶ منعکس گردید. به‌موجب بند یک این ماده، مبلغی که بیمه‌گذار می‌تواند از بیمه‌گر مسترد کند «میزان خسارت تضمین‌شده»[۵] نامیده شد. قانون شروط ناعادلانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ انگلستان نیز به شرایط و محدودیت‌های این شروط در قراردادهای مرتبط با مصرف‌کننده پرداخته است.

برهمین‌اساس، در بسیاری از قراردادها از جمله قراردادهای تجاری و خدماتی، طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر ریسک‌های احتمالی ناشی از قرارداد مانند ریسک خسارت به اشخاص ثالث در جریان اجرای قرارداد را مطابق تمایل خود و ماهیت و اهمیت موضوع قرارداد مدیریت و پیش‌بینی نمایند؛ مگر آن‌که محدودیت‌هایی هم‌چون نظم عمومی و یا قوانین آمره، آزادی ایشان را محدود نماید. نکته‌ی درخور توجه آن است که شروط تضمین مسؤولیت، برخلاف شروط تحدیدکننده و عدم مسؤولیت، میزان مسؤولیت را تغییر نمی‌دهد و یا از بین نمی‌برد؛ بلکه ریسک ناشی از قرارداد و نتایج مالی چنین مسؤولیتی را انتقال می‌دهد و باعث می‌شود بار نهایی جبران خسارت از عهده‌ی شخصی که مطابق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی مسؤول شناخته می‌شود (مشروطٌ‌له) برعهده‌ی طرف دیگر (مشروطٌ‌علیه) قرار داده شود (Kangles et al, 2011: 341).

هر از گاهی در قراردادهای میان تولیدکنندگان با مصرف‌کنندگان، مقرره‌ای درج می‌گردد که وفق آن تولیدکننده بر مصرف-کننده شرط می‌کند چنان‌چه در اثر معیوب بودن کالاهای ارائه شده توسط او (تولیدکننده) ضرری به مصرف‌کننده (خریدار نخست یا ثالث) وارد

---

۱. *شرط پذیرش جبران خسارت، شرط جایگزینی مسؤولیت، شرط تأمین تاوان، شرط انتقال مسؤولیت و شرط پوششدهی غرامات از دیگر عبارات معادل شرط تضمین مسؤولیت هستند.*

2. *Indemnifier/ Indemnitor.*

3. *Indemnified/ Indemnitee/ Indemnity Holder.*

۴. *برای مطالعهی بیشتر در خصوص اعتبار شرط تضمین مسؤولیت مراجعه کنید به مشفقی، هدی، آخوندی روشناوند، روحالله، (۱۴۰۰)، «شرط تضمین مسؤولیت در قراردادهای مالکیت فکری»، نشریه علمی دانش حقوق مدنی، س دهم، ش۱، ص۱۰۱-۱۱۸.*

5. *Measure of Indemnity*

آید، خود مصرف‌کننده مسؤول جبران خسارت‌ها باشد و تولیدکننده را از تحمّل بار جبران ضرر معاف نگاه دارد. در این پژوهش ما درصدد بررسی این موضوع هستیم که با توجه به وضعیت نابرابر تولیدکننده و مصرف‌کننده و حمایتی که علی‌الاصول در نظام‌های حقوقی از خریداران و مصرف‌کنندگان می‌شود، آیا اساساً می‌توان شرط تضمین مسؤولیتِ تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده را صحیح و نافذ دانست یا این‌که شرط مزبور به طور کلی باطل است و آیا می‌توانیم میان کالاهای انحصاری و خطرناک با کالاهای غیرانحصاری و غیرخطرناک قائل به تفکیک شویم یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش اساسی و با توجه به این‌که نظام حقوقی انگلستان به‌عنوان خاستگاه اصلی و مهد پیدایش نهاد «Indemnity Clause» شناخته می‌شود (Ebrahimpoor Asanjan, 2015: 1)، در قسمت اول این پژوهش به بررسی تحلیلی اعتبار شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم و در قسمت دوم پژوهش، رویکرد قوانین نظام حقوقی انگلستان را در این‌خصوص بررسی می‌کنیم.

۲. بررسی صحت یا بطلان شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده

به‌طور کلی، تعهد مشروطٌ‌علیه مبنی بر تضمین مسؤولیت مشروطٌ‌له می‌تواند به یکی از دو صورت پیش‌گیری‌کننده[6] و یا جبرانی[7] تحقق یابد. در شروط تضمین مسؤولیت پیش‌گیری‌کننده، مشروطٌ‌علیه تعهد می‌کند مانع از ایجاد مسؤولیت برای مشروطٌ‌له شود و از مشروطٌ‌له در برابر رجوع زیان‌دیده محافظت نماید. لیکن در شرط تضمین مسؤولیت جبرانی، مشروطٌ‌علیه تعهد می‌کند مبالغی را که مشروطٌ‌له جهت جبران ضرر به زیان‌دیده پرداخت کرده است به او مسترد نماید (Courtney, 2011: 5-6). با توجه به مفاد شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی خریدار مبنی بر تعهد خریدار به عدم دریافت خسارات ناشی از عیب کالا از تولیدکننده، این‌گونه شروط در دسته‌ی شروط پیش‌گیری‌کننده قرار می‌گیرند.

پاسخ به امکان یا نافذ و یا باطل بودن شروط تضمین مسؤولیت چه در قبال جبران خسارات خریدار و چه در قبال جبران خسارات اشخاص ثالث، علاوه بر اصول و قواعد عمومی قراردادها به سیاست‌های اقتصادی، قوانین مصوب و ملاحظات و محدودیت-های هریک از نظام‌های حقوقی بستگی دارد. در این پژوهش مطالعه‌ی رویکرد دو نظام حقوقی ایران و انگلستان در این‌خصوص مورد اهتمام است.

۲-۱. نظام حقوقی ایران

در ایران پاسخ به این‌که آیا شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی خریدار در قراردادهای تولیدی می‌تواند صحیح یا باطل باشد، بی‌تردید مستلزم توجه به مفاهیمی مانند «نظم عمومی اقتصادی» و «شروط ناعادلانه» است. در این مسیر بی‌نیاز از بررسی توالی فاسد پذیرش چنین شروطی و نیز پرداختن به قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو و قانون حمایت از مصرف‌کنندگان و آیین-نامه اجرایی آن نیستیم.

۲-۱-۱. تأثیر مفاهیم نظم عمومی اقتصادی و شروط ناعادلانه بر اعتبار شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده

نظم عمومی اقتصادی به‌عنوان جلوه‌ای نوین از نظم عمومی به مجموعه‌ای از قواعد (آمره) اقتصادی اطلاق می‌شود که با هدف حمایت از اقشار و طبقات خاص اجتماعی نظیر کارگران، مصرف‌کنندگان کالا و خدمات و هدایت اقتصاد ملی به‌سمت از پیش تعیین‌شده وضع گردیده‌اند (Shahbazi, 2016: 20). یکی از شاخه‌های نظم عمومی اقتصادی، نظم عمومی حمایت‌کننده است. نظم عمومی حمایتی بر این مبنا استوار است جایی‌که دو طرف قرارداد به‌لحاظ قدرت معاملاتی و چانه‌زنی در سطح برابری نیستند، هدف اقتصادی قرارداد که همانا توزیع عادلانه ثروت در جامعه است تأمین نمی‌شود و به ظلم طرف قوی بر طرف ضعیف می‌انجامد. در این موارد، آزاد گذاردن طرف قوی قرارداد در سوء استفاده از ضعف قدرت معاملی طرف ضعیف و تحمیل شرایطی که فقط منافع او(طرف قوی) را لحاظ نموده و به ضرر طرف ضعیف قرارداد می‌انجامد، در تضاد با نظم عمومی اقتصادی بوده و این آزادی می‌بایست محدود گردد (Karami, 2015: 115).

---

6. Preventive.
7. Compensative.

تحمیل شروط تضمین مسؤولیت تولیدکننده بر مصرف‌کننده در قراردادهای تولیدی می‌تواند هر از گاهی مخالف هدف قانون حمایت از مصرف‌کننده باشد. برخلاف نظر برخی از محققان که در این خصوص قائل به تفکیک نشده‌اند (Izanloo et al, 2020: 122) و چنان‌که خواهیم دید به‌نظر می‌رسد این اعتقاد ایشان به عدم تفکیک هم بی‌تأثیر از اجمال قانون در این خصوص نمی‌باشد، به اعتقاد ما شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده که موجب انتقال بار مسؤولیت مالی جبران خسارات ناشی از عیوب کالا از تولیدکننده به مصرف‌کننده می‌شود، در دو مورد کالاهای انحصاری که حق انتخابی برای مصرف‌کنندگان وجود ندارد و کالاهای خطرناک که امکان تحدید حدود، رفع یا بیمه کردن خطر (ریسک) در آن‌ها یا وجود ندارد یا به‌سادگی ممکن نیست، باطل و غیرقابل اجرا و نه منحصراً غیر قابل استناد می‌باشد. در این موارد، دادگاه می‌تواند با تمسّک به مفهوم نظم عمومی اقتصادی، شرط تضمین مسؤولیت از سوی مصرف‌کننده به نفع تولیدکننده را به‌دلیل مغایرت با نظم عمومی اقتصادی و مستنداً به ماده ۹۷۵ قانون مدنی باطل اعلام نماید. وانگهی در مورد این دو (کالاهای انحصاری و خطرناک)، تحمیل شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده در مقابل خسارت‌های ناشی از عیوب مبیع، خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد، خسارت‌های جانی، مالی یا معنوی و به‌قیاس اولویت خسارت‌های ناشی از تقصیر تولیدکننده بر مصرف‌کننده می‌تواند از باب شرط ناعادلانه که باعث برهم خوردن تعادل قراردادی به ضرر طرف ضعیف قرارداد می‌گردد، قابل بحث باشد. گرچه قانون‌گذار درخصوص شرط ناعادلانه تعریفی ارائه ننموده، لیکن اشاره به این دسته از شروط در مواد ۱۷۹ قانون دریایی و ۴۶ قانون تجارت الکترونیک نشان از توجه قانون‌گذار ملی به این مفهوم و تأثیری که می‌تواند در صحت و بطلان شروط ایفاء نماید، دارد.

۲-۱-۲. بررسی رویکرد قانون‌گذار در قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو و قانون حمایت از مصرف‌کنندگان و آیین‌نامه اجرایی آن

علاوه بر استناد به مفاهیم «نظم عمومی» و «شرط ناعادلانه»، از ماده هفت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو و تبصره ذیل آن و آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان نیز می‌توان برای اعلام صحت و یا بطلان شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده استفاده نمود.

«خودرو» از جمله کالاهای با تولید انحصاری در ایران می‌باشد که اشخاص ناگزیر از خرید آن از تولیدکنندگان مشخصی هستند. در اکثر کشورها تاکنون مسؤولیت عرضه‌کنندگان خودرو عادتاً تابع قواعد عام حقوق مصرف‌کنندگان است و قانون خاصی درخصوص آن تصویب نگشته است. در سال۱۳۸۶، قانون‌گذار ایران به‌لحاظ انحصاری بودن بازار خودرو و تحمیل شرایط یک‌جانبه از سوی آنان بر مصرف‌کننده و هم‌چنین آمار بالای تصادفات رانندگی و خسارات بدنی و مالی ناشی از نقص وسایل نقلیه و درجهت حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو اقدام به وضع قانونی با عنوان «قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو» نموده است (Badini &Panahi, 2013: 40). به‌موجب ماده هفت قانون مزبور «هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه‌ی فروش با مصرف-کننده که به‌موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده برطبق این قانون و یا ضمانت‌نامه صادره برعهده دارد ساقط نماید یا به‌عهده‌ی واسطه‌ی فروش یا هر عنوان دیگری گذارده شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر است». گرچه عبارت «... در برابر مصرف‌کننده...» در فراز نخست این ماده، موهم این است که به‌موجب نص ماده هفت، این شروط یا قراردادها تنها در برابر مصرف-کنندگان و اشخاص ثالث، غیر قابل استناد می‌باشد و اساساً قانون‌گذار نظر بر بطلان توافق‌های میان طرفین اصلی (تولیدکننده یا عرضه‌کننده با واسطه یا خریدار غیر مصرف‌کننده) ندارد، لیکن با تدقیق در هدف قانون‌گذار و به‌ویژه مستنداً به نص تبصره این ماده مبنی‌بر «انعقاد هر نوع قراردادی که حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و مشمولین این قانون در آن رعایت نشود به استناد ماده ده قانون مدنی و مورد مشابه، غیرقانونی و از درجه اعتبار ساقط است»، باید دست از ظاهر نص ماده کشید و بدون هیچ‌گونه شک و تردیدی قائل به بطلان چنین شروطی از نظر قانون‌گذار گشت. بنابراین با توجه به این‌که یکی از تعهدات ضمنی تولیدکنندگان تحویل کالای سالم و بدون عیب به مصرف‌کنندگان است، از مفاد ماده مزبور و به‌ویژه تبصره ذیل آن که تغییر دادن حقوق و تعهدات تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان خودرو به استناد ماده ده قانون مدنی را منع نموده است، می‌توان چنین نتیجه گرفت که توافق بر شرط تضمین مسؤولیت در قراردادهای فروش خودرو که به‌موجب آن جبران ضررهای ناشی از عیب خودرو برعهده‌ی مصرف‌کننده و یا حتی واسطه-ها و خریداران غیر مصرف‌کننده گذارده شود، باطل است، هرچند این نظر قانون‌گذار برخلاف

قواعد فنی قراردادها و اصل نسبی بودن عقود باشد. درواقع اجرای عدالت در رابطه‌ی تولیدکنندگان کالاهای انحصاری و خطرناک و خریداران ایجاب می‌کند نقش قرارداد خصوصی در این زمینه به حداقل ممکن برسد؛ چراکه آزادی قراردادی در این رابطه باعث می‌شود طرف توانا بتواند شرایط دلخواه خود را بر طرف ضعیف تحمیل کند و بدین‌ترتیب تمهیدهای حقوقی و مصلحتی را خنثی سازد (Katouzian, 2005: 123).

ممکن است گفته شود مفاد تبصره ماده هفت قانون مزبور و دلالت آن بر بطلان مطلق توافق‌ها و شروط انتقال خطر در آن‌چه گفته شد، یک استثنا و خلاف اصل است خاصه آن‌که خود قانون‌گذار دو سال بعد در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، درخصوص سایر کالاهای مصرفی در این زمینه مقرراتی مشابه متن ماده هفتم قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو را وضع نموده است، لذا باید با مفاد بطلان مطلق در تبصره ماده هفت قانونِ مارّالذکر به‌عنوان استثناء، بر سر تقابل افتاد و دامنه آن‌را فروکاهید. وانگهی می‌توان گفت گرچه در خود قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، قانون‌گذار برخلاف قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو اشاره‌ای مستقیم به صحت یا بطلان یا غیر قابل استناد بودن شروط اسقاط و انتقال مسؤولیت تولیدکننده ننموده است و به‌طورکلی در دو ماده ۱۶ و ۱۸ این قانون به‌ترتیب مقرر نموده «مسؤولیت جبران خسارت مصرف‌کننده با تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده به‌عهده‌ی شخص حقیقی یا حقوقی اعم از خصوصی و دولتی می‌باشد که موجب ورود خسارت و اضرار به مصرف‌کننده شده است...» و «چنان‌چه کالا یا خدمات عرضه شده توسط عرضه‌کنندگان کالا یا خدمات معیوب باشد و به‌واسطه آن عیب، خساراتی به مصرف‌کننده وارد گردد، متخلّف علاوه‌بر جبران خسارات به پرداخت جزای نقدی حداکثر تا معادل چهار برابر خسارت محکوم خواهد شد»، اما از آن جا که قانون‌گذار در ماده ۴۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی این قانون اصلاحی مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۰۳ صریحاً مقرر نموده است «هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم و یا انعقاد قرارداد بین عرضه‌کننده، واسطه فروش و مصرف‌کننده که به‌موجب آن تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده برطبق قوانین و ضمانت‌نامه صادره بر عهده دارد، ساقط شود و یا خلاف قانون برعهده هر شخص حقیقی و حقوقی دیگری گذاشته شود، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر می‌باشد»، شاید بتوان چنین استنباط نمود که قانون‌گذار به‌دلیل مؤخر بودن قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸، مطلقاً دست از بطلان مطلق در تبصره ماده هفتم قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو، کشیده است.

بااین‌حال به‌نظر می‌رسد این تقدم و تأخر نظر قانون‌گذار را نباید بر تعارض دیدگاه قانون‌گذار در هدف اصلی‌اش که همانا حمایت از مصرف‌کننده می‌باشد، حمل نمود و سپس قائل به عدول یا نسخ از نظر نخست قانون‌گذار (بطلان مطلق) شد. چراکه مقرره اخیر (ماده ۴۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان اصلاحی ۱۳۹۹) که درصدد حمایت از مصرف‌کنندگان دربرابر همه کالاها می‌باشد (عام لاحق)، نسبت به موضوع تبصره ماده هفتم قانون حمایت از مصرف‌کنندگان که فقط ناظر بر حمایت از مصرف‌کنندگان درقبال مهم‌ترین کالاهای مصرفی انحصاری و خطرناک یعنی خودرو در بازار انحصاری ایران می‌باشد (خاص سابق)، یک مقرره عام به‌حساب می‌آید و نیک می‌دانیم که عام لاحق (موضوع مقرره ۱۳۸۸ و آیین‌نامه اصلاحی آن در ۱۳۹۹)، ناسخ خاص سابق (موضوع مقرره ۱۳۸۶) نیست و حکم خاص سابق، تَخصیصاً از شمول حکم عام لاحق خارج است.[۸] باری در خود مقرره اخیر یعنی ماده ۴۱ اصلاحی آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، قانون‌گذار به‌صراحت مقرر نموده است که هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم و یا انعقاد قرارداد بین عرضه‌کننده، واسطه فروش و مصرف‌کننده که به‌موجب... در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر می‌باشد. به‌موجب منطوق و مفهوم نص همین مقرره مؤخر نیز قانون‌گذار بر بطلان مطلق قراردادها و شروطی که مصرف‌کننده را در برابر زیاده‌خواهی‌های بنگاه‌های بزرگ صنعتی و اقتصادی بی‌پناه می‌کند، نظر داشته و دارد. در واقع به‌موجب عموم و اطلاق نص همین مقرره کلیه توافقات میان تولیدکنندگان با خریداران و یا تولیدکنندگان با واسطه‌ها و نیز عرضه‌کنندگان و تولیدکنندگان با خریداران و واسطه‌ها آن‌جا که طرف دوم خود مصرف‌کننده باشد، باطل و بلااثر است و این نه حدیثی است که مشکل خوانند.

---

۸. دراین خصوص باید گفت از چهار حالت تعارض ظاهری احکام، یعنی حکومت، ورود، تَخَصُّص و تخصیص، اساساً هیچ یک از این دو حکم، موضوع بحث حاکم و محکوم و یا وارد و مورود نیست. با این حال اینکه حکم موضوع تبصره ماده هفت قانون سال ۱۳۸۶ (خاص سابق) را باید ذیل عنوان تخصیص یا تَخَصُّص از شمول عام لاحق (قانون ۱۳۸۸ و آیین نامه اجرایی آن در ۱۳۹۹) خارج دانست، به نظر می رسد چون شمولیت عام (کلیه کالاهای مصرفی) بر خاص سابق (خودرو به عنوان یک کالای مصرفی خطرناک و در عین حال انحصاری در ایران) محرز است، بنابراین باید در انصراف حکم عام لاحق نسب به خاص سابق قائل به تخصیص و نه تَخَصُّص شد (Mohammadi, 2004: 91-126).

نکته جالب توجه در بیان موضع قانون‌گذار در همه مقررات مقدم و مؤخر در خصوص حمایت از مصرف‌کنندگان چه کالاهای خاص و انحصاری و چه عموم کالاها، این است که قانون‌گذار در مسیر حمایت از مصرف‌کننده‌ی نهایی هرگز از اصطلاح غیر قابل استناد بودن چنین شروط یا قراردادهایی بهره نبرده است، بلکه به‌طور مطلق این شروط یا قراردادها میان عرضه‌کنندگان یا تولید-کنندگان با مصرف‌کنندگان نهایی را باطل و بلاثر دانسته است. این بیان قانون‌گذار و سیاق تأکیدی (باطل و بلااثر) و تکراری آن (تبصره و ماده هفت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو و ماده ۴۱ آیین‌نامه اجرایی اصلاحی قانون حمایت از حقوق مصرف-کنندگان) در همه کالاها اعم از کالاهای انحصاری یا غیر انحصاری و خطرناک یا غیر خطرناک، به‌وضوح نشان از اصرار بی‌حد و حصر قانون‌گذار در رسیدن به هدف اصلی خود یعنی حمایت کامل از مصرف‌کنندگان دارد، هدفی که قانون‌گذار با فارغ دانستن خود از قواعد عمومی قراردادها و مباحث فنی آن، خود را برای رسیدن به آن آزاد دانسته تا اصول متعدد حقوقی از جمله اصل آزادی قراردادها، اصل نسبی بودن آثار قراردادها و نیز اصل غیر قابل استناد بودن تعهد علیه دیگری را نه‌تنها به‌چالش بکشاند، بلکه آن‌ها را نادیده بگیرد.

توجه به لزوم رعایت نظم عمومی اقتصادی و پرهیز از تحمیل شروط ناعادلانه بر مصرف‌کننده‌ای که گریزی جز انتخاب کالای مورد نیاز خود از میان کالاهای محصور و مشخصی ندارد ما را به سمت صحه گذاردن بر بطلان مطلق شروط تضمین مسؤولیت در قراردادهای مربوط به کالاهای انحصاری رهنمود می‌سازد و از این‌رو قانون‌گذار در تبصره ماده هفت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو بر بطلان مطلق این شروط نظر داده است. ممکن است گفته شود نهایت دلالت تبصره ماده هفتم قانون مارّالذکر، بطلان چنین شروطی فقط در زمینه خودرو یا درنهایت وسایل نقلیه موتوری است و تعمیم آن منصوص نیست. در پاسخ باید گفت اساساً مورد مخصص نیست و خودرو خصوصیتی نداشته است که قانون‌گذار حکم آن‌را از سایر وسایل و کالاهای خطرناک جدا سازد. وانگهی، بیان متعاقَب قانون‌گذار در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان و آیین‌نامه اجرایی آن مبنی‌بر «هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم و یا انعقاد قرارداد بین عرضه‌کننده، واسطه فروش و مصرف‌کننده که... در برابر مصرف‌کننده باطل و بلاثر می‌باشد» و اجتناب از حکم تبصره ماده هفتم قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو، خود دلالت تام و بالغی بر متفاوت بودن دو نوع کالاهای مصرفی ساده و کالاهای انحصاری و خطرناک از دیدگاه قانون‌گذار دارد.

بنابراین با وجود تبصره ماده هفت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو در بطلان مطلق قراردادها و شروط انتقال خطری که مصرف‌کننده نهایی را در برابر عیوب کالاهای انحصاری و خطرناک بی‌پناه رها سازد از سوی هر شخصی ولو خود تولیدکنندگان یا توزیع‌کنندگان و یا به‌تعبیر قانون‌گذار واسطه‌ها یا عرضه‌کنندگان، نباید هیچ تردیدی به خود راه داد. با این‌حال تعبیر قانون‌گذار در قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ مبنی‌بر باطل و بلاثر بودن چنین شروطی در کالاهای عادی مصرفی ولو درقبال مصرف‌کنندگان تعبیر چندان دقیقی نیست. توضیح آن‌که در حقوق ایران هنگامی‌که قراردادی یا شرطی نسبت به یکی از طرفین یا اشخاص مرتبط از سوی قانون‌گذار یا شارع باطل اعلام می‌گردد، این بطلان اثر قاطع نسبت به همه طرفین یا اشخاص ذیربط دارد و در حقوق سنتی و قواعد عمومی قراردادهای ایران امکان ندارد که عقد یا شرطی نسبت به یکی باطل باشد و هم‌زمان نسبت به دیگری صحیح باشد. از طرفی با توجه به رویه معمول قراردادهای تجاری مبنی‌بر کثرت استعمال و استفاده از شروط انتقال مسؤولیت در همه یا اکثر قریب به اتفاق کالاهای مصرفی، نظر داشتن بر بطلان چنین شروطی به‌طور مطلق تقریباً غیر ممکن و نشدنی است. چگونه قانون‌گذار یا قانون‌گذاران می‌توانند خود را با «بطلان» در تقابل با شروط تضمین مسؤولیت یا انتقال خطری قرار دهند که تقریباً بدون استثناء همه کالاهای مهم و معتنابه بازار را به اشکال مختلف اعم از مسؤولیت استرداد کالا و بیمه تعویض قطعات، گارانتی تعمیر، انواع خدمات پس از فروش و... در بر می‌گیرد؟ چنین کاری تعلیق بر محال است. وانگهی اصاله‌الصحه یا اصل صحت و اصل آزادی قراردادی اشخاص در توافقات خصوصی و نیز اصل نسبی بودن آثار قراردادها ما را به‌روشنی به این دلالت می‌کند که در این مورد نظر واقعی و حقیقی قانون‌گذار نمی‌تواند دلالت بر بطلان اصطلاحی در قراردادها داشته باشد. ازهمین‌رو باید ناگریز در تأویل اصطلاح «باطل و بلاثر» کوشید. به‌نظر می‌رسد با تفطّن بر تفاوت فنی بطلان و غیر قابل استناد بودن شرط تضمین مسؤولیت می‌توان به این تعارض ظاهری پایان داد و به این وسیله غفلت قانون‌گذار را با قلم توجیه و تأویل حقوقی رفو گرفت. بنابراین مراد قانون‌گذار از عبارت« باطل و بلاثر» مذکور در ماده ۴۱ آیین‌نامه اجرایی اصلاحی قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان «غیر قابل

استناد بودن قرارداد»[9] می‌باشد.

بنابراین باید گفت هنگامی‌که خریدار در انتخاب خرید کالا از تولیدکنندگان متعدد مختار است و هیچ الزامی در پیوستن به قراردادی تحمیلی ندارد و کالای فروخته شده از جمله کالاهای انحصاری یا خطرناک به‌حساب نمی‌آید، قدر متیقّن این است که شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی خریدار نخست میان این دو صحیح و نافذ است، چراکه وفق اصل آزادی قراردادها (ماده ده قانون مدنی)، قراردادهای خصوصی نسبت به اشخاصی که آن‌را منعقد می‌نمایند، درصورتی‌که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است و حسب اصل تسلیط به‌عنوان یک اصل مسلم فقهی و پذیرفته شده در همه نظام‌های حقوقی طرفین قرارداد می‌توانند هرگونه تصرف حقوقی در اموال خود بنمایند. وانگهی براساس اصل صحت چنین قرارداد و شرطی هم صحیح خواهد بود و درچارچوب مفاد توافق و شروط ضمن آن، طرفین براساس العقود تابعه للقصود ملزم به مفاد آن شروط (اصاله اللزوم) می‌باشند.

بااین‌حال باید دانست حسب اصل نسبی بودن قرارداها و آثار آن‌ها، مفاد این نوع قراردادها و شروط ضمن آن‌ها نیز تنها نسبت به متعاملین و متشارطین نافذ و لازم است، درحالی‌که مفاد این شروط درقبال مصرف‌کنندگان و یا خریداران متعاقب به لحاظ ضرورت حفظ حقوق اشخاص ثالث غیر قابل استناد و بلااثر است.[10] ازاین‌رو به اقتضای همه اصول حقوقی مارّالذکر و قواعد عمومی قراردادها که پیش‌تر به قلم آمد باید گفت در آن‌جا که شرط تضمین مسؤولیت میان هر یک از تولیدکنندگان یا عرضه‌کنندگان یا واسطه‌ها با خریداری که از قضا خود مصرف‌کننده می‌باشد نیز با قوّت ساری و جاری می‌باشد. به‌عبارت بهتر، ازآن‌جاکه هرگونه شرطی علیه ثالث غیر الزام‌آور و اصطلاحاً غیر قابل استناد است، اعم از این‌که آن ثالث مصرف‌کننده باشد یا غیر مصرف‌کننده، بنابراین برخلاف برداشت اولیه از منطوق ماده ۴۱ آیین‌نامه مذکور، هدف قانون‌گذار اشخاص ثالث نبوده، بلکه اشخاص مصرف کننده بوده است، چه آن‌ها ثالث باشند یا طرف مستقیم قرارداد باشند. تفطّن به این نکته و تفکیک مهم در این خصوص بسیار حایز اهمیت است. براین‌اساس اگر در اثر مصرف کالای معیوب زیانی متوجه ثالث شود و ثالث متضرر به استناد وجود رابطه‌ی سببیت بین ضرر وارده و تقصیر تولیدکنند در تولید کالای معیوب، اقدام به طرح دعوا علیه تولیدکننده نماید، تولیدکننده نمی‌تواند در پاسخ به دعوای خواهانِ زیان‌دیده به شرط تضمین مسؤولیت انعقاد یافته میان خود و خریدار کالا استناد جوید. او باید خود نخست حکم مرجع قضایی مبنی‌بر جبران خسارات زیان‌دیده را اجرا نماید و سپس با توسل به شرط تضمین مسؤولیت مورد توافق با خریدار اقدام به مراجعه یا عنداللزوم طرح دعوا علیه او بنماید. به بیان ساده، شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی خریدار در فرض کالاهای غیرانحصاری و غیرخطرناک بین طرفین قرارداد نافذ بوده و لیکن در برابر اشخاص ثالث یا مصرف‌کننده غیرقابل استناد می‌باشد. در واقع، مستفاد از قواعد عمومی قراردادها آن است که اگرچه طرفین رابطه قراردادی آزاد و مختار هستند ریسک ایجاد خسارت به یکدیگر را تنظیم کنند و به این طریق مسؤولیت خود بابت خسارت وارده به طرف دیگر را محدود نمایند و یا از حق خود جهت اقامه‌ی دعوی مطالبه خسارات انصراف دهند، لیکن گستره‌ی قلمروی آزادی قراردادی ایشان به‌گونه‌ای نیست که بتوانند شرایط مطالبه‌ی خسارت توسط شخص ثالث زیان‌دیده را تنظیم کنند و تغییر دهند؛ زیرا این نوع از خسارت‌ها در قانون مسؤولیت مدنی مشخص شده‌اند و موقعیت شخص زیان‌دیده در مقابل طرف واردکننده‌ی زیان نمی‌تواند با قراردادی که خود زیان‌دیده نقشی در آن نداشته است تغییر یابد.[11] هم‌چنین طرفین شرط تضمین مسؤولیت نمی‌توانند با توافق یکدیگر خوانده‌ی دعوی ثالث را تغییر دهند و شرط کنند ثالث زیان‌دیده می‌بایست بدواً به مشروطٌ‌علیه مراجعه کند و حق اقامه دعوی علیه مشروطٌ‌له را نخواهد داشت. چنین توافقی باتوجه به آمرانه بودن

---

9. Non Opposability of Contracts.

۱۰. *مصادیق متعدد استنادناپذیری قرارداد در برابر اشخاص ثالث را می توان در قوانین مختلف ازجمله قانون مدنی، قانون تجارت و لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت ملاحظه کرد. هدف از قوانین مذکور حمایت از اشخاص ثالث در برابر قراردادهایی است که خود نقشی در انعقاد آن ها نداشته لیکن مفاد و مضمون آن قراردادها حقوق وی را تحت تأثیر قرار می دهند. به عنوان نمونه، ماده «۴۰» لایحه اصلاح قسمتی از ق.ت مقرر می کند: «انتقال سهام با نام باید در دفتر ثبت سهام شرکت به ثبت برسد و انتقال دهنده یا وکیل یا نماینده قانونی او باید انتقال را در دفتر مزبور امضاء کند..... هر انتقالی که بدون رعایت شرایط فوق به عمل آید از نظر شرکت و اشخاص ثالث فاقد اعتبار است». همچنین در ماده «۱۲۵» ق.ت آمده است: «هرکس به عنوان شریک در شرکت تضامنی موجودی داخل شود متضامناً با سایر شرکا مسؤول قروضی هم خواهد بود که شرکت قبل از ورود او داشته..... هر قراری که بین شرکا برخلاف این ترتیب داده شده باشد در مقابل اشخاص ثالث کأنلم یکن خواهد بود». غیرقابل استناد بودن معامله به قصد فرار از دین و معاملات خریدار در مقابل شفیع نیز احکامی هستند که می توان از مواد ق.م استنباط و استخراج کرد.*

۱۱. *برابر رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۰۴۰۰۵۴۹ صادره از شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۸: «تعهد علیه ثالث بدون اذن وی یا درصورتی که مورد پذیرش او واقع نشده باشد نافذ نیست و ثالث ملزم به ایفای تعهد نمی‌شود».*

مقررات آیین دادرسی مدنی شرطی نامشروع و باطل محسوب می‌شود.

نیاز طبیعی به ایجاد و توسعه شروط تضمین مسؤولیت در روابط پیچیده حقوقی و گسترش روزافزون انواع مختلف چنین شروطی در قراردادهای تجاری به‌ویژه با تأکید بر فایده رقابتی چنین شروطی در شرایط یک بازار آزاد از طرفی و ضرورت جمع بین دو مصلحت حمایت از مصرف‌کننده و نیز رعایت اصول و قواعد عمومی قراردادها هم‌چون «اصل حاکمیت اراده»، «اصل آزادی قراردادی»، «اصل صحت»، «اصل تسلیط» و «اصل نسبی بودن آثار قراردادها» از طرف دیگر، در این خصوص ما را متقاعد می‌سازد که باید از ظاهر الفاظ قانون‌گذار و تعارض‌های ظاهری در این باره گذشت و دخالت ضروری قانون‌گذار را در قراردادهای خصوصی، محدود به همان مصلحت عالی نظم عمومی اقتصادی و حمایت از مصرف‌کننده دانست، دخالتی که مستند به قاعده فقهی لاضرر و لاضرار به زیبایی قابل تعلیل و توجیه است و در نقطه مقابل درصورت تأمین مصلحت حمایت از مصرف‌کننده، دیگر نباید به قیمت در افتادن با اصول و قواعد عمومی قراردادها، ظاهر الفاظ قانون‌گذار را مقدس دانست و ازهمین‌رو باید لفظ «بطلان» را در قوانین مرتبط حمل بر «عدم قابلیت استناد» و به تعبیر برخی اساتید (Izanloo&Shariatnasab, 2013: 36) «استنادناپذیری» نمود، راه‌حلی که در نظام حقوق سنتی ما ایرانیان و در نهادهای اصیل آن مانند حق شفعه، پیش از این مسبوق به سابقه بوده است.[۱۲]

۲-۲. نظام حقوقی انگلستان

اعتبار شروط تضمین مسؤولیت در نظام حقوقی انگلستان به عوامل مختلفی از جمله الفاظ خاص شرط و مطابقت با اصول کامن‌لا و قوانین مصوب بستگی دارد. دادگاه‌های انگلستان شفافیت مفاد شروط تضمین مسؤولیت را اجباری می‌دانند و ابهام در مفاد این شروط را موجبی برای غیرقابل اجرا بودن شرط دانسته‌اند. در قراردادهای مربوط به مصرف‌کننده، درجه‌ی بالاتری از حمایت پیش‌بینی شده و هرگونه تلاش برای تحمیل شروط تضمین مسؤولیت غیرعادلانه یا یک‌جانبه می‌تواند باعث غیرقابل اجرا شدن شرط گردد (Korcova, 2024). در این نظام حقوقی مسؤولیت ناشی از تقصیر عامل زیان می‌تواند تحت پوشش شرط تضمین مسؤولیت قرار گیرد؛ مشروط بر این‌که قصد طرفین در این خصوص به‌طور صریح و واضح بیان گشته باشد (Booth, 2015: 12).

در انگلستان در زمینه‌ی حمایت از مصرف‌کننده پنج قانون مهم«شروط ناعادلانه‌ی قراردادی»[۱۳] مصوب ۱۹۷۷، قانون«حمایت از مصرف‌کننده»[۱۴] مصوب ۱۹۸۷، قانون« شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده»[۱۵] مصوب ۱۹۹۴ با اصلاحات ۱۹۹۹، قانون« حمایت از مصرف‌کننده در مقابل مقررات تجاری ناعادلانه»[۱۶] مصوب ۲۰۰۸ و قانون «حقوق مصرف‌کننده»[۱۷] مصوب ۲۰۱۵ باید مورد توجه و بررسی قرار گیرند.

در مورد پذیرش شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی خریدار در بند نخست بخش چهارم قانون شروط ناعادلانه قراردادی مقرر در قسمت نخست فصل«۵۰» تحت عنوان« شروط تضمین مسؤولیت نامعقول»[۱۸] آمده است که مصرف‌کننده نمی‌تواند شرط تضمین مسؤولیتی را بپذیرد که به‌موجب آن او مسؤولیت ناشی از تقصیر یا نقض قرارداد توسط طرف دیگر را برعهده گیرد؛ مگر آن‌که معیار معقولیت[۱۹] در قرارداد محقق باشد. در ماده ۱۸ قسمت دوم قانون مذکور نیز آمده است که هر مقرره‌ای در قرارداد مصرف که به‌موجب آن مصرف‌کننده بایستی مسؤولیت شخص دیگری را در مقابل نقض وظیفه یا نقض قرارداد توسط آن طرف، تضمین کند بلااثر است؛ مگرآن‌که منصفانه و معقول باشد.

---

۱۲. به اعتقاد برخی حقوقدانان (Katouzian, 2005: 288-289, Mohaghegh Damad, 2005: 82-86) منظور از لفظ بطلان در ماده ۸۱۶ قانون مدنی درخصوص اعتبار معاملات مشتری پیش از اخذ به شفعه توسط شفیع، استنادناپذیری این معاملات در برابر شفیع است.

13. Unfair Contractual Terms(1977).

14. Consumer Protection Act (1987).

15. The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations (2008)/ Unfair Trading Regulations.

16. The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations (2008)/ Unfair Trading Regulations.

17. Consumer Rights Act(2015).

18. Unreasonable Indemnity Clauses.

19. Reasonable Test.

تشخیص معقول یا غیرمعقول بودن شرط امری موضوعی است و در بررسی آن، عوامل مرتبط با رابطه طرفین مانند وضعیت قدرت معاملاتی و چانه زنی طرفین، علم و آگاهی مشتری از وجود شرط و محدوده آن و تولید کالا به سفارش مشتری و مواردی از این قبیل سنجیده می شوند (Schedule ۲,۱۹۷۷ Unfair Contracts Terms Act)

قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب ۱۹۸۷ مهم‌ترین قانون در نظام حقوقی انگلستان درخصوص مسؤولیت در برابر کالاهای معیوب برای حمایت از مصرف‌کنندگان است. در این قانون به‌رغم پرداخته شدن به مباحثی هم‌چون معیارهای تشخیص معیوب بودن کالا، انواع مسؤولیت ناشی از کالاهای معیوب، اشخاص مسؤول در زنجیره‌ی تولید و... اشاره‌ای به شروط ناعادلانه و تضمین مسؤولیت نشده است.

پس از این قانون، مطابق مقررات قانون شروط ناعادلانه در قراردادهای مصرف‌کننده مصوب ۱۹۹۹ که با اندک تغییری نسبت به مقررات سال ۱۹۹۴ به تصویب رسید، شرط درصورتی ناعادلانه محسوب می‌گردد که به‌طورمستقل مورد مذاکره قرار نگرفته باشد و یا خلاف الزامات اصل حُسن نیّت باشد و یا به ضرر مصرف‌کننده عدم تعادل چشم‌گیری بین حقوق و تعهدات طرفین ایجاد نماید. نتیجه‌ی درج شرط ناعادلانه در ماده پنج قانون ۱۹۹۴ و ماده هشت قانون ۱۹۹۹ ابتدا غیرالزام‌آور بودن شرط برای مصرف-کننده و سپس الزام‌آور بودن قرارداد برای طرفین درصورتی‌که شرط ناعادلانه اساس قرارداد را از بین نبرد، می‌باشد.[20] تصریح در این مقرره به «... غیرالزام‌آور بودن شرط ناعادلانه برای مصرف‌کننده»، خود حکایت از اهمیت بالغ و کامل قانون‌گذار نسبت به حمایت از اشخاص ثالث خصوصاً مصرف‌کننده دارد. براین‌اساس، درصورتی که شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده توسط مصرف‌کننده مطابق با یکی از سه معیار مذکور در این قوانین ناعادلانه تلقی گردد، شرط باطل خواهد بود.

مقررات تجاری ناعادلانه مصوب ۲۰۰۸ که بعدها به‌موجب قانون حمایت از مصرف‌کننده مصوب۲۰۱۴ اصلاح گردید، نقش به‌سزایی در تجارت و فروش کالاها و خدمات به مصرف‌کنندگان داشته است. این قانون به‌طورکلی فعالان تجاری را از تحمیل رویه‌های ناعادلانه نسبت به مصرف‌کنندگان منع می‌نماید و به‌طورخاص از مصرف‌کنندگان در برابر اَعمال تجاری ناعادلانه و گمراه‌کننده حمایت می‌کند و تجّار را مکلّف می‌سازد که با صداقت و حسن نیّت با مشتریان خود معامله نمایند (Conway, 2021:4). در جدول شماره یک این قانون مصادیقی از رفتار ناعادلانه مانند تبلیغات نادرست، اظهارات نادرست درخصوص غیرقابل دسترس بودن کالا برای یک دوره‌ی زمانی و... ذکر شده است.[21] براساس این قانون شرط ناعادلانه نسبت به مشتری و مصرف‌کننده مؤثر و الزام‌آور نمی‌باشد، لیکن اگر مشتری با اطلاع از مُفاد شرط و ناعادلانه بودن توافق آن‌را پذیرفته باشد شرط مزبور نسبت به طرفین لازم‌الاتباع خواهد بود (Khaledi& Jalali, 2024: 153-154). بدین‌ترتیب، چنانچه شرط تضمین مسؤولیت تولیدکننده از سوی مصرف‌کننده، برخلاف حسن‌نیت بوده و ناعادلانه تلقی گردد باطل می‌باشد؛ مگرآن‌که ثابت شود مشتری با علم و اطلاع از ناعادلانه بودن شرط آن را پذیرفته است.

در واپسین مصوبات قانونی انگلستان، قانون حقوق مصرف‌کننده در ۲۰۱۵ به تصویب پارلمان می‌رسد که در واقع مکمل قانون شروط ناعادلانه قراردادی مصوب ۱۹۷۷ می‌باشد. این قانون بخش‌هایی را بر قانون شروط ناعادلانه قراردادی ۱۹۷۷ افزوده و در مقابل بخش‌هایی را از آن کاسته است و هم‌زمان بخش‌هایی را نیز اصلاح نموده است. در بند نخست ماده ۶۲ این قانون مقرر گشته که شرط ناعادلانه مندرج در قرارداد مصرف‌کننده نسبت به مشتری الزام‌آور نیست. در بند چهارم از ماده ۶۲ این قانون نیز بیان گشته که شرط درصورتی ناعادلانه است که برخلاف اصل حُسن‌نیّت و به ضرر مصرف‌کننده عدم تعادل مهم و چشم‌گیری در حقوق و تعهدات طرفین ایجاد نماید.

قانون‌گذار در جدول شماره دو این قانون، از آن دسته از شروط تضمین مسؤولت یاد می‌نماید که ممکن است با تحقق شرایطی ناعادلانه باشند، هرچند توافق بر آن‌ها را به‌طورکلی ممنوع ننموده است. مطابق این قانون تحمیل شروطی دالّ بر انتقال خطر از تاجر به مصرف‌کننده که خود تاجر توانایی بیشتری برای تحمل آن خطر را دارد، می‌تواند ناعادلانه درنظر گرفته شود. هم‌چنین آن دسته از شروط تضمین مسؤولیت که از تولیدکننده در برابر تقصیر او حمایت می‌نماید یا باعث انتقال خطری به مصرف‌کننده می‌شود که تولیدکننده خود قادر به بیمه کردن آن خطر بوده است و این امر (بیمه نمودن) برای مصرف‌کننده حداقل به‌دلیل گرانی یا صعوبت ممکن نیست، می‌بایست ناعادلانه در نظر گرفته شوند (CMA. 2015: 17). شایان ذکر است مطابق بندهای یک و دو ماده ۶۵ در قسمت دوم این قانون، تاجر نمی‌تواند در قرارداد مصرف‌کننده مسؤولیت خود بابت فوت یا صدمه بدنی ناشی از تقصیر را ساقط یا محدود

---

20. (1) An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller of supplier shall not be binding on the c onsumer.

(2) The contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair term.

21. Schedule 1: Blacklisted Unfair Practices.

نماید و چنین توافقی حتی در فرض آگاهی و اطلاع مشتری از مفاد آن مشتری را متعهد نمی‌سازد. بااین‌حال، بند دوم ماده ۶۶ مقرر نموده «مفاد ماده ۶۵ اعتبار برائت یا تضمین مسؤولیتی را که توسط شخص در ازای دریافت غرامت برای صلح و سازش در دعاوی آن شخص با تاجر مورد توافق قرار می‌گیرد خدشه‌دار نمی‌سازد». باتوجه به مفاد این بند چنین برداشت می‌شود چنان‌چه در اثر تقصیر تولیدکننده خسارتی به مشتری وارد آید و او اقدام به طرح دعوا علیه تولیدکننده نماید، می‌توان در ازای پرداخت غرامت به مشتری و به‌منظور صلح در دعوی شرط نمود که مشتری مسؤولیت تولیدکننده در مقابل خسارات ناشی از عیب کالا را تضمین می-نماید.

۳. نتیجه

در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلستان علی‌الاصول استفاده از شرط تضمین مسؤولیت در همه‌ی قراردادهای تجاری و غیرتجاری صحیح و جایز است؛ مگر آن‌که قانون‌گذار بر بطلان و بی‌اعتباری این نوع شروط تصریح نموده باشد. بااین‌حال در نظام حقوقی ایران باتوجه‌به نیاز طبیعی به شروط تضمین مسؤولیت در روابط چندجانبه حقوقی و نیز فایده رقابتی چنین شروطی از طرفی و ضرورت جمع بین دو مصلحت حمایت از مصرف‌کننده و نیز رعایت اصول و قواعد عمومی قراردادها از طرف دیگر و به‌رغم بیان نارسای قانون‌گذار در تمشیت احکام این نوع شروط و با عدول ازظاهر الفاظ قانون‌گذار و عبور از تعارض‌های ظاهری دراین‌خصوص باید گفت اساساً شروط تضمین مسؤولیت تحت هر عنوانی علیه اشخاص ثالث وفق قواعد عمومی قراردادها غیر قابل استناد است و تصریح قوانین خاص دراین‌خصوص نباید دلالتی بیش از تأکید داشته باشد. بااین‌حال با جمع منطقی مفاد قوانین خاص مصوب ۱۳۸۶ و ۱۳۸۸ درخصوص صحت یا بطلان چنین شروطی میان متعاملین باید گفت چنین شروطی درخصوص کالاهای انحصاری و یا خطرناک به-دلالت و تنقیح مناط تبصره ماده هفت قانون حمایت از مصرف‌کنندگان خودرو از اساس باطل و بی‌اعتبار است، درحالی‌که در سایر کالاهای مصرفی وفق ماده ۴۱ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از مصرف‌کنندگان (اصلاحی ۱۳۹۹) و نیز قواعد عمومی قراردادها با عدول و عبور از تناقضات و ظواهر قانونی باید حکم به صحت چنین شروطی میان متعاملین اصلی نمود.

در حقوق انگلستان برخلاف حقوق ایران، موضوع صحت و اعتبار چنین شروطی بیش از آن‌که تابعی از مقررات حمایت از مصرف‌کننده باشد، در پرتوِ شروط عادلانه و ناعادلانه نگریسته شده است و به‌طورکلی قانون‌گذار انگلیس نظر بر این دارد که کلیه شروط تضمین خطر یا انتقال ریسک از تولیدکنندگان به مشتری‌ها و مصرف‌کنندگان باید عادلانه باشد و در غیر این صورت الزام‌آور نیست.

References

1. *Amili, M, (1410 AH), Al-Lama' al-Damasqiya fi fiqh al-Imamiyah, Beirut: Dar al-Turaht-Dar al-Islamiyah (In Arabic)*
2. *Badini, H, Panahi, P, (2013), A Critical Study of The automobile consumer protection Act (2007), Private Law Research, 1(1), 39-64 (In Persian).*
3. *Booth, Peter J, 2015, Problems with Contractual Indemnities, Victorian Bar, pp.1-15.*
4. *CMA (2015), Unfair Contract Terms Explained, 17, pp.1-28.*
5. *Consumer Protection Act (1987).*
6. *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations (2008).*
7. *Consumer Rights Act of England (2015).*
8. *Conway, L (2021), Consumer Protection: Unfair Trading Regulations, House of Commons Library pp.1-20.*
9. *Courtney, W (2011), The Nature of Contractual Indemnities, Legal studies Research Paper, No.11/41. Pp. 1-17.*
10. *Ebrahimpoor Asanjan A, Ebrahimi D S N, Bagheri M. (2015), An Analysis about Indemnity Clauses: Case Study: Oil and Gas Contracts, Journal of Comparative Law Researches, 20 (3) :1-26.DOI: 20.1001.1.22516751.1395.20.3.4.8 (In Persian).*
11. *Indemnity- and Hold Harmless Clauses (2011), pp.1-28, Available at: https://www.jus.uio.no.*
12. *Izanloo, M, Shariatnasab, Sadegh, (2013), A Comparative Study on Unenforceability in Iranian and French, Journal of Private Law, 9 (2), 35-66. DOI: 10.22059/jolt.2013.35159 (In Persian).*
13. *Izanloo, M, Shahin, A, (2020), A Comparative Study of Hold Harmless (Indemnity) Clause in Contracts, Journal Encyclopedia of Economic Law, 17 (27), 103-142. DOI: 10.22067/le.v27i17.81169 (In Persian).*
14. *Kangles, Nick, Rogers, R Ben, Allidina, Zahra & Harris, Chris, 2011, Risk Allocation Provision in Energy Industry Agreements: Are We Getting It Right? Alberta Law Review, p.339-367.*
15. *Karami, S, (2015), Public Order as a Tool to Control Unfair Contractual Terms, The Judiciary Law Journal, 91, 107-134. DOI: 10.22106/jlj.2015.15718 (In Persian).*

16. *Katouzian, N, (2005), Liability arising from production defects (a critical and comparative study on the balance of producer and consumer rights), Tehran: Publication of Tehran University (In Persian).*
17. *Katouzian, N, (2005), Civil rights, (Unilateral Act), Tehran: Mizan (In Persian).*
18. *Khaledi, P, Jalali, H, (2022), A Comparative Study of Examples of Unfair Terms in the Iranian and English Legal Systems, Quarterly Journal of Interdisciplinary Studies in Jurisprudence,2(4), 139-156 (In Persian).*
19. *Korcova, B (2024), Indemnity: The Basics, https://emlaw.co.uk.*
20. *Mohaghegh Damad, S.M, (2005), Unilateral Act, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center (In Persian).*
21. *Mohaqiq-e-Hilli, J, (1408 AH), Islamic Laws in Matters of Halal and Haram, Vol. 2, Qom: Ismaili Institute (In Arabic).*
22. *Mohammadi, A, (2004), Fundamentals of Islamic Law Inference (Principles of Jurisprudence), Tehran: Publication of Tehran University (In Persian).*
23. *[23] Myerson Solicitors (2023), Products Liability-Considerations for Manufactures, Available at: https://www.myerson.co.uk.*
24. *Najafi, M. H, (1404 AH), Jawaher al-Kalam, vol. 27, Beirut: Dar Ihya al-Turaht al-Araby (In Arabic).*
25. *Richardson, L, Lang, P, Reid, C (2011), Indemnities in commonwealth contracting, Legal Briefing, No. 93.*
26. *Shahbazi, M, (2016), The effect of general economic order in limiting the principle of freedom of contract, Master's thesis in Jurisprudence and Economic Law, Supervisor: Ahmad, Habibnejad, Advisor: Abdolreza, Alizadeh, University of Tehran (Farabi Campus), noordoc.ir/thesis (In Persian).*
27. *Tabataba'i Yazdi, Sayyid Muhammad Kazim, 1409 AH, Al-Aruwa-al-Wathqi, vol. 2, Beirut: Al-A'lami Publishing House (In Arabic).*
28. *Unfair Contractual Terms Act of England (1977).*
29. *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations of England (1994).*
30. *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations of England (1999).*

Statistical study of the challenges facing Iran's criminal justice policy regarding economic crimes

Maryam Beheshti Aghdam[1]* Hossein Aghababaei[2] Mojtaba Janipour[3]

1. *PhD Student in Criminal law and Criminology, University of Guilan, Rasht, Iran. (Corresponding Author Email: maryamb8970@yahoo.com)*
2. *Associate Professor of Criminal Law and Criminology, University of Guilan, Rasht, Iran. aghababaei@guilan.ac.ir*
3. *Associate Professor of Criminal Law and Criminology, University of Guilan, Rasht, Iran.*

Received: 2025-09-22
Revised: 2026-04-25
Accepted: 2026-08-26
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Beheshti Aghdam, M.; Aghababaei, H; & Janipour, M. (2026). Statistical study of the challenges facing Iran's criminal justice policy regarding economic crimes. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (91-110) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.95553.1489

Abstract

Introduction

Economic crimes have become one of the most serious threats to economic security, social justice, and public trust in contemporary societies. The expansion of financial corruption, money laundering, tax evasion, embezzlement, fraud, and organized economic misconduct has significantly challenged the effectiveness of criminal justice systems worldwide. In developing countries, particularly in economies facing structural vulnerabilities and regulatory instability, economic crimes not only disrupt market order and economic development but also weaken public confidence in legal and governmental institutions. In Iran, the growing complexity of economic transactions, the expansion of financial networks, and the emergence of sophisticated forms of white-collar and organized economic crimes have intensified the need for an effective and coherent criminal justice policy. Despite the increasing criminalization of economic misconduct and the adoption of various punitive measures, Iran's criminal justice policy continues to face substantial conceptual, legislative, judicial, and enforcement challenges. One of the most significant problems is the absence of a comprehensive and precise legal definition of economic crime, which has led to fragmented legislation, inconsistent judicial approaches, and uncertainty in criminal enforcement. Furthermore, multiplicity of legislative authorities, inconsistency between economic policies and criminal laws, disproportionate punishments, and the predominance of reactive and security-oriented approaches have reduced the effectiveness of criminal policy in combating economic crimes.
Another major challenge concerns the inefficiency of preventive mechanisms within Iran's criminal justice system. Current policies have largely emphasized punitive responses rather than preventive, regulatory, and transparency-based approaches. As a result, many economic crimes remain undetected or are addressed only after causing extensive damage to the national economy and public interests. Additionally, the lack of specialized judicial institutions, insufficient expertise among judicial authorities in economic and financial matters, and procedural delays have further undermined the effectiveness of criminal justice responses to economic offenses.

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

From a criminological perspective, economic crimes possess unique characteristics that distinguish them from traditional crimes. These offenses are often committed by individuals or entities with economic and political influence, involve complex financial mechanisms, and generate substantial illicit profits. Consequently, conventional criminal justice tools may not be sufficient to effectively prevent and control such crimes. This reality highlights the necessity of adopting a multidimensional criminal policy that integrates punitive measures with preventive strategies, economic transparency, institutional accountability, and specialized judicial mechanisms. Accordingly, the present study seeks to conduct a statistical and analytical examination of the major challenges facing Iran's criminal justice policy regarding economic crimes. By analyzing legislative deficiencies, judicial inconsistencies, enforcement obstacles, and structural weaknesses, this research aims to evaluate the effectiveness of current criminal policies and identify the factors that hinder efficient responses to economic crimes. Ultimately, the study attempts to provide a clearer understanding of the weaknesses of Iran's criminal justice framework and contribute to the development of more coherent, preventive, and effective criminal policies in the field of economic crime control.

Purpose

It seeks to answer the question of what challenges Iran's judicial criminal policy faces in dealing with economic crimes, and which of these challenges are of greater significance and more prevalent.

Methodology

The present study is conducted using a qualitative methodology, employing questionnaires as the data collection instrument, with data analysis carried out through SPSS software and the Friedman ranking test.

Findings

The findings indicate that, from the respondents' perspectives, the challenges confronting Iran's judicial criminal policy in relation to economic crimes encompass several major themes, including "challenges related to organization and structure," "challenges related to the prosecutor's office," "challenges related to judicial officers," among others. The most significant challenge identified by the respondents is the "politicization of criminal justice in confronting economic crimes." Moreover, each of these challenges comprises related sub-challenges, all of which have been separately identified, analyzed, and examined in detail..

Conclusion

The findings of this study demonstrate that economic crimes constitute one of the most complex and destructive forms of criminality confronting Iran's criminal justice system. Unlike conventional crimes, economic offenses are deeply interconnected with financial structures, administrative systems, political influence, and institutional weaknesses. Their harmful consequences extend beyond direct financial losses and affect economic stability, public trust, social justice, and the legitimacy of governmental institutions. The statistical and analytical examination conducted in this research reveals that Iran's criminal justice policy regarding economic crimes continues to face serious legislative, judicial, structural, and enforcement-related challenges that significantly reduce its effectiveness.

The research further indicates that Iran's criminal justice policy has been predominantly punitive and reactive rather than preventive and strategic. Policymakers have frequently relied on severe punishments, public trials, and security-oriented responses as the primary tools for combating economic crimes. Although punitive measures may create temporary deterrent effects, the study shows that excessive reliance on punishment alone has failed to address the structural causes of economic criminality. Economic corruption, fraud, money laundering, and other financial crimes often emerge from systemic deficiencies such as lack of transparency, weak regulatory oversight, administrative corruption, economic inequality, and institutional inefficiency. Therefore, a criminal policy focused solely on punishment cannot achieve sustainable control over economic crimes without

simultaneous preventive reforms.

Another significant finding concerns the institutional and procedural weaknesses within the criminal justice system. The complexity of economic crimes requires specialized judicial mechanisms, trained investigators, financial experts, and advanced technological tools. However, statistical evidence and legal analysis suggest that many judicial and law enforcement institutions in Iran still lack sufficient expertise and technical capacity in dealing with sophisticated financial crimes. Procedural delays, inadequate forensic accounting mechanisms, limited inter-agency coordination, and insufficient digital monitoring systems have reduced the efficiency of investigations and prosecutions. In many cases, these weaknesses allow offenders to exploit legal loopholes and procedural complexities to avoid accountability.

The study also highlights the important role of corruption and abuse of power in weakening criminal justice responses to economic crimes. Since many economic offenses involve influential individuals, corporate networks, or politically connected actors, enforcement processes may be affected by selective justice, unequal treatment, or political considerations. Such conditions undermine public confidence in the impartiality and integrity of the criminal justice system. Public trust is a fundamental element of effective criminal policy, and when citizens perceive that anti-corruption measures are applied inconsistently, the legitimacy of legal institutions becomes seriously damaged.

Furthermore, the research demonstrates that preventive criminal policy remains underdeveloped in Iran's approach to economic crimes. Effective prevention requires transparency in financial transactions, strong regulatory institutions, digital monitoring systems, corporate accountability, and public access to economic information. However, preventive mechanisms in Iran often suffer from inadequate implementation, weak institutional independence, and insufficient coordination between regulatory and judicial authorities. As a result, many economic crimes are discovered only after substantial economic harm has already occurred. This reactive pattern increases both the social costs of crime and the burden placed on the judicial system.

From a criminological perspective, the study confirms that economic crimes possess characteristics that distinguish them from ordinary criminality. These offenses are typically nonviolent, organized, profit-oriented, and highly adaptive to regulatory changes. Offenders often possess specialized knowledge, economic influence, and access to institutional resources. Therefore, traditional law enforcement approaches designed for conventional crimes are often ineffective in addressing economic criminality. The findings suggest that combating economic crimes requires a multidisciplinary strategy integrating criminal law, economic regulation, financial oversight, administrative reform, and technological innovation.

Ultimately, this research concludes that the effectiveness of Iran's criminal justice policy regarding economic crimes depends on a transition from a predominantly punitive model toward a comprehensive and preventive criminal policy. Such a transformation requires legislative coherence, institutional specialization, transparency-based governance, stronger anti-corruption mechanisms, and enhanced judicial independence. Criminal law should operate not merely as a tool of repression but as part of an integrated governance strategy aimed at protecting economic order, promoting accountability, and strengthening public trust.

In conclusion, combating economic crimes in Iran demands more than harsher punishments or symbolic prosecutions. It requires structural reforms, coordinated institutions, preventive mechanisms, and evidence-based policymaking capable of addressing the root causes of economic criminality. Without such reforms, the criminal justice system will continue to face significant limitations in controlling economic crimes

Keywords: Judicial criminal policy, Economic crimes, Iranian criminal system, Criminal justice

چالش‌های پیش روی سیاست جنایی قضائی ایران در قبال جرائم اقتصادی

مریم بهشتی اقدم[1*] حسین آقا بابایی[2] مجتبی جانی پور[3]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۶-۳۱ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۲-۰۵ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۰۴ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

جرائم اقتصادی به‌عنوان یکی از مهم‌ترین تهدیدها علیه عدالت اجتماعی و اعتماد عمومی، همواره چالش جدی برای نظام عدالت کیفری ایران ایجاد کرده است.

تحقیق حاضر بر اساس روش تحقیق کاملا کمی و از نوع گرایش سنجی است و با استفاده از ابزار پرسش نامه و تحلیل آن‌ها با کمک از برنامه spss و آزمون رتبه‌بندی فریدمن به‌دنبال پاسخ به این پرسش است که چالش‌های پیش روی سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی چه می باشد و کدام موارد از اهمیت بیشتری برخوردار بوده و بیشتر مبتلابه است.یافته‌های تحقیق نشان‌می‌دهد که چالش‌های پیش روی سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی از دیدگاه پاسخ دهندگان به پرسشنامه شامل مضامین یا چالش اصلی همچون «چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار »،«چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا»،«چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری» و... که مهم‌ترین چالش از دیدگاه پاسخ دهندگان «سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی» شناسایی شده است و البته هر یک از چالش‌ها نیز دارای زیرچالش‌های مرتبط می باشند که هر کدام از آن ها نیز به صورت جداگانه شناسایی و مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

در نتیجه می توان عنوان کرد که سیاست جنایی قضایی ایران در برابر جرائم اقتصادی با چالش‌های متعددی مواجه است که مهم‌ترین آن‌ها «سیاست‌زدگی عدالت کیفری» می‌باشد. این مشکل، کارآمدی دستگاه قضایی را کاهش داده و اعتماد عمومی را تضعیف می‌کند. سایر چالش‌ها شامل مسائل ساختاری، نهاد دادسرا و ضابطان دادگستری هستند. برای بهبود وضعیت، بازنگری اساسی در رویکردها، کاهش تأثیر عوامل سیاسی و تقویت سازوکارهای تخصصی و شفاف ضروری است.

کلید واژگان: سیاست جنایی قضایی, جرایم اقتصادی، نظام کیفری ایران، عدالت کیفری

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه گیلان، رشت، ایران. (نویسنده مسئول) Maryamb8970@yahoo.com
۲. دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه گیلان، رشت، ایران.
۳. دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

مقدمه

اقتصاد نبض تپنده هر کشوری است و تأثیر نظام اقتصادی بر حوزه های اجتماعی و سیاسی کشورغیر قابل انکار است. فساد اقتصادی و جرایم ناشی از آن امروزه به معضلی جهانی بدل شده اند و کشور ما نیز از آثار مخرب جرایم اقتصادی مخصوصا در شرایطی که بسیاری از مردم با مشکلات مالی دست و پنجه نرم می کنند در امان نمی باشد، فلذا امنتی اقتصادی بیش از پیش اهمیت خود را نشان می‌دهد (Mirmohammad Sadeghi, Ranani,1402,12).

حساسیت جایگاه نظام اقتصادی مستلزم سیاست گذاری‌های مناسب, اصولی و علمی در زمینه‌های مختلف سیاست جنایی است که این مهم نیز بدون انجام تحقیقات علمی و پژوهش در راستای شناسایی نقاط قوت و ضعف سیاست های حاکم به جهت رفع آن ها و تقویت سیاست جنایی قضایی فعلی امکان پذیرنمی باشد.

پیشینه تحقیق نشان می دهد تحقیقاتی در این زمینه هر چند به شکل متفاوت به شرح ذیل انجام گرفته است:

حسین آقابابایی و مهران رمضانی (۱۴۰۳) در مقاله خود با عنوان «چالش‌های اجرای اصل قضامندی: از ترجیحات شخصی دادرسان تا ناکارامدی نهاد دادرسی» ضمن بررسی کلی موضوع چالش‌های اجرای اصل قضامندی، عنوان می کنند که موضوع دلبستگی سیاسی و تأثیر ترجیحات یا سوگیری نیز چالشی است که ممکن است در زمینه رسیدگی به جرایم مطبوعاتی و حتی اقتصادی به شکل متفاوتی بروز نماید

سلامه ابوالحسنی و همکاران(۱۴۰۲) در مقاله خود با نام «بررسی سیاست جنایی تقنینی و قضایی ایران در حوزه جرایم اقتصادی با تأکید بر فقه اسلامی و حقوق ایران» ضمن بررسی تأثیر آموزه های فقهی بر نظام قضایی در حوزه جرایم اقتصادی بیان می دارند که سیاست جنایی ایران در این زمینه به درستی از مفاهیم و آموزه های فقهی بهره نبرده و همین امر سبب بوجود آمدن وضع موجود می باشد و این موضوع را از مهم‌ترین چالش‌های پیش روی سیاست جنایی قضایی در این زمینه می دانند.

سعید حکیمی ها و همکاران (۱۳۹۹) در مقاله خود با عنوان «چالش‌های سیاست جنایی تقنینی- قضایی ایران درمقابله با جرایم مخل نظام اقتصادی کشور با تاکید برآموزه های فقهی اسلام» عنوان می کنند که: در مبارزه با این جرایم را در سرلوحه خود قرار دهد. در عین حال مهم ترین چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران در مقابله با اخلال در نظام اقتصادی کشور، تعدد مراجع قانونگذاری، تعدد وپراکندکی قوانین کیفری همسان در این حوزه، مخصوصا وجود اصل ۱۶۷ قانون اساسی ونظرات فقها از چالش‌های دیگری است که محاکم در زمینه جرایم اقتصادی را دچار مشکل کرده است.

علیرضا آیت و همکاران (۱۳۹۸) در مقاله ای با عنوان«توجیه رسیدگی افتراقی برای جرایم اقتصادی: تهدید جرم یا خطر مرتکب؟» بیان می دارند که آموزش دادرسان برای دادرسی جرایم اقتصادی، فرامنطقه ای کردن دادگاه ها در خصوص این جرایم ونیز اقدام به تأسیس مجتمع های قضایی که تنها به جرایم اقتصادی اختصاص داشته باشند، جهت افتراقی سازی دادرسی در جرایم اقتصادی لازم است، که از این متن می توان دریافت نگارندگان این موارد را جز چالش‌های مهم پیش روی سیاست جنایی قضایی می‌دانند و رفع آن را لازم می‌دانند.

با توجه به اینکه تا کنون نقش سیاست جنایی قضایی ایران در قبال مقابله با جرایم اقتصادی مورد تحقیق جدی قرار نگرفته است لذا ضرورت دارد جهت رفع خلاء علمی در این زمینه پژوهش صورت بگیرد تا آسیب های موجود در روند رسیدگی به جرایم اقتصادی شناسایی شوند و با رفع این آسیب ها از ظرفیت ها و امکانات موجود در قوه قضائیه به بهترین نحو استفاده گردد, تا رسیدگی ها علاوه بر جنبه ارعابی و تنبیهی، جنبه پیشگیرانه نیز به خود بگیرند، این امر نیازمند این است که برنامه های سیاست جنایی قضایی کشورمان با نگاه نقادانه و علمی مورد چالش قرار گیرد, در تحقیق حاضر پس از طرح پرسشنامه و توزیع فیزیکی و اینترنتی آن به صورت تصادفی و مشارکت افراد از بیش از ۱۰ استان، سعی در یافتن و طبقه بندی چالش‌های موجود در سیاست جنایی قضایی ایران نسبت به جرایم اقتصادی دارد تا از طریق تحلیل و سنجش داده ها به تشریح چالش‌ها و اولویت بندی آن ها بپردازیم. امید است تحقیق حاضر با شناسایی چالش‌های موجود در سیاست جنایی قضایی ایران نسبت به جرایم اقتصادی و تحلیل آن ها، به شناسایی هر چه بیشتر این موارد و بهبود سیاست جنایی قضایی فعلی در زمینه جرایم اقتصادی کمک نماید.

سیاست جنایی«از اوایل دهه ۱۹۷۰ میلادی (دهه ۱۳۵۰ خورشیدی) و پس از فترت ناشی از جنگ دوم جهانی که با ارتکاب جنایات علیه بشریت همراه بود، دوباره مورد توجه استادان حقوق کیفری و جرم‌شناسی قرار گرفت و عمدتاً با آثار قلمی مارک آنسل در چارچوب

جُنبش دفاع اجتماعی که بر انسان‌مداری سیاست جنایی تکیه می‌نمود گسترش یافت (Najafi Abrandabadi,1402,11-12). در یک مفهوم موسع سیاست جنایی « عبارتست از کلیه تدابیر و اقدام های پیشگیرانه و سرکوبگرانه ای که توسط دولت و جامعه مدنی، جداگانه و یا با مشارکت یکدیگر، جهت پیشگیری از جرم، مبارزه با بزهکاری، اصلاح و یا سرکوب مجرم بکار برده می‌شود» (نجفی ابرندآبادی، ۱۴۰۳: ۹۸). سیاست جنایی خود به سیاست جنایی تقنینی, سیاست جنایی قضایی, سیاست جنایی اجرایی(دولتی) و سیاست جنایی مشارکتی تقسیم می گردد که در پژوهش حاضر به ارزیابی سیاست جنایی قضایی ایران در پیشگیری ازجرایم اقتصادی پرداخته خواهد شد.

اصل بر این است که سیاست جنایی قضایی منطبق بر سیاست جنایی تقنینی ودر راستای آن پیش می رود و قوانین وضع شده توسط قانون‌گذار از ناحیهٔ قضات مو به مو به مرحلهٔ اجرا در می آیند (Najafi Abrandabadi,1371,419). اما باید توجه داشت سیاست جنایی قضایی گرایشی از سیاست جنایی است که طرز تلقی و برداشت دستگاه قضایی از سیاست جنایی و در واقع نحوه پذیرش و اجرای سیاست جنایی تقنینی توسط مراجع قضایی را مورد مطالعه و بررسی قرار می دهد که ممکن است عینا با آن مطابقت نداشته باشد, ضمن اینکه می تواند بر روی سیاست جنایی تقنینی تأثیرگذار باشد. به بیان دیگر، سیاست جنایی قضایی یعنی سیاست جنایی تقنینی، آن طور که مورد برداشت، تفسیر و عمل قضات قرار می‌گیرد (Ghiasi,1385,88).

سیاست جنایی قضایی درمفهوم محدود ومضیق،دربرگیرنده سیاست جنایی انعکاس یافته درتصمیم ها، آرا و رویه های قضایی است. با این حال، تنوع وتکثرا ین تصمیم ها و رویه ها درهر نظام حقوقی سبب می‌شود نتوان وحدت سیاست های جنایی قضایی را احرازکرد (Najafi Abrandabadi,1403,46)، امادرمفهوم موسع، سیاست جنایی قضایی محدود به تصمیمات و رویه های قضایی نمی گردد، بلکه درنظام های قضایی مانند ایران،کیفیت مدیریت زعمای قضایی- به ویژه ریاست قوه قضائیه- به انضمام رهنمودها وراهبردهای اصولی آنان، تأثیر شگرفی بر چرخه سیاست جنایی قضایی می‌گذارد (AbolHasani,1402,92-93:Delmas Marti,1402,254).

همچنین نحوه دریافت گفتمان سیاست جنایی قانون گذار توسط قوه قضائیه و نیز چگونگی اعمال و اجرای سیاست جنایی تقنینی توسط مراجع قضایی، بدنه سیاست جنایی قضایی را تشکیل می دهد (Najafi Abrandabadi,1378,52).

همچنین باید توجه داشت که اصل بر این است که سیاست جنایی قضایی منطبق بر سیاست جنایی تقنینی و در راستای آن پیش می رود و قوانین وضع شده توسط قانون‌گذار از ناحیه قضات مو به مو به مرحله اجرا در می آیند، هر چند قانون‌گذار در برخی موارد خود، اختیاراتی را به قاضی واگذار کرده است، اما در بررسی عملکرد دستگاه قضایی مشاهده می‌شود همیشه سیاست جنایی قضایی با سیاست مقنن همخوانی ندارد و گاهی ناسازگاری به وجود می آید و در عمل سیاست جنایی تقنینی در همه زمینه ها و ابعاد در دادسرا و دادگاه ها یکسان دریافت و اجرا نمی‌شود (Lazergh,1404,36) و به اقتضای ماهیت کار قضا بعد دیگری از سیاست جنایی شکل می گیرد. نقش قضات و سیاست های اتخاذی از ناحیه اجزاء دستگاه قضایی در اجرای قوانین به حدی است که می توانند شدیدترین قوانین کیفری را تعدیل و ضعیف ترین قوانین را تشدید کنند (Abbas Zadeh, Ansari,1398,384).

در رابطه با جرایم اقتصادی و مفهوم آن نیز در یک تعریف کلی باید عنوان کردکه« جرم اقتصادی عبارت است از ارتکاب اعمال ممنوعه ای که به منافع اقتصادی مورد حمایت جامعه صدمه وارد کرده یا آنرا به خطر می اندازد. با توجه به این تعریف روشن می گردد که جرائم اقتصادی,جرایمی هستند که منافع اقتصادی مورد حمایت قانون را به خطر می اندازند و در تعریف دیگر جرم اقتصادی به طور غیر قابل اجتنابی با مفاسد مرتبط است که البته صدمه مستقیم به سلامت حکومت و نهادهای آن وارد می سازد, چون ارتکاب بسیاری از موارد جرایم اقتصادی مستلزم سطوحی از مفاسد در مقامات رسمی است» (Abbas Zadeh, Ansari,1398,385، Far-hood,1402,350)، هر چند برخی اعتقاد دارند که حتی جرایم دیگر همچون قتل نیز اگر با پرداخت اجرت صورت پذیرد جرم اقتصادی خواهد بود (Dadkhodaee,1389,55)، اما این دیدگاه با واقعیت سازگار نمی باشد.

جرایم و فساد های اقتصادی مخصوصا در سطح کلان, اغلب توسط افراد قدرتمند و دارای نفود انجام می شوند بنابراین برخورد با این جرایم و مقابله با آن‌ها دشوار بوده و نیازمند اتخاذ تدابیر مناسب و سیاست گذاری های موثر و مدیریت قوی و نفوذ ناپذیر در اقسام مختلف سیاست جنایی می باشد و سیاست جنایی قضایی نیز از این امر مستثنی نیست, البته با توجه به مراتب، ترجیحات دادرسان یا رویکردهای مدیریتی در فرایند دادرسی می تواند اصل قضامندی را دستخوش چالش و پیچیدگی کند که عواملی از جمله نژاد، اعتقاد مذهبی، جنسیت، تعلق سیاسی، دانش یا کیفیت تفسیر قوانین را می توان در دسته ترجیحات یا تأثیرات شخصی

را می توان نمونه ای از مشکلات نهادی در فرایند دادرسی ذکر کرد که بر اصل/ قاعده قضامندی اثرگذارند (Ramezani,1403,14, Aghababaei). رویارویی با این پدیده همواره دغدغهٔ کارگزاران و متولیّان سیاست‌گذاران جنایی کشورها بوده است؛ زیرا، افزایش مظاهرِ بزهکاری اقتصادی امنیت نظام سیاسی و بقاء آن را نیز به مخاطره می‌اندازد. بدین‌سان، همهٔ دولت‌ها بر آن هستند تا از گذر بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاری در حوزه اقتصاد و پاسخ‌دهیَ سنجیده به مرتکبان جرایم اقتصادی، از تزلزل اقتدار و فروپاشیَ نظام سیاسی خود ممانعت به عمل آورند. از این‌رو، ضرورت بررسیَ ماهیّت و گونه‌هایِ مختلف بزهکاری اقتصادی از جمله مظاهرِ فساد اداری ـ مالی و اتخاذ راهبردهایِ سنجیده در حوزهٔ بزه‌انگاری و پاسخ‌گذاریِ کُنشی و واکنشی احساس می‌شود (Niazpoor,1397,10,11).

در راستای مبارزه با جرایم اقتصادی می توان به تأسیس شعب ویژه رسیدگی به جرایم اخلالگران در نظام اقتصادی که بر مبنای استجازه رهبر معظم انقلاب تشکیل شده‌اند اشاره کرد که از سال ۹۷ و با درخواست رئیس وقت دستگاه قضایی از رهبر معظم انقلاب اسلامی تشکیل شد و دارای ویژگی های خاصی از جمله رسیدگی تک مرحله ای و حکم قطعی بود. النهایه پس از گذشت چند سال و لزوم اتخاذ سیاست متفاوت، در تاریخ ۱۴۰۴/۰۱/۲۷ رئیس قوه قضاییه با بخشنامه خود شعب ویژه را لغو کردند. با توجه به اینکه در حال حاضر در کشور ما همانند اکثر کشورهای دنیا مجازات به عنوان مهم‌ترین ابزار مبارزه با جرم شناخته می‌شود لذا نحوه برداشت و تفسیر و اجرای مجازات توسط قضات دادگستری بسیارحائز اهمیت است, چرا که انتظار جامعه از مجازات این است ک خاصیت ارعاب, عبرت آموزی, پیشگیری و اصلاح و درمان را داشته باشد (Ahmadzade,1402,10-14 , Heidari Zad,Fakhr,1402,36) مهم‌ترین راهبرد سیاست جنایی این استیذان نیز که در واکنش به پرونده‌های جرائم کلان اقتصادی طراحی شده‌است، سیاست‌گذاری متمایز با قواعد متعارف رسیدگی در سایر پرونده‌های قضائی است (AhmazdZadeh,1402,9).

بر این اساس در این پژوهش به ارزیابی عملکرد دادگستری هم از جهت نحوه تفسیر و برداشت از قوانین و کیفیت آرای قضایی در این زمینه و هم از منظر آیین دادرسی منصفانه خواهیم پرداخت. هر چند که در سال های گذشته تلاش های و اقدامات موثری نیز در خصوص مقابله با جرایم اقتصادی در سیاست جنایی قضایی ایران صورت گرفته است، اما تا رسیدن به کمال مطلوب و رفع چالش‌های موجود راه درازی در پیش است.

پژوهش حاضر در چهار چوب بخشی از یک رساله دوره دکتری بوده که از نوع کمی است که با هدف شناسایی و رتبه‌بندی چالش‌های پیش روی سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی» انجام شده است. چالش‌ها از بررسی مقالات مرتبط استخراج گردیدند. حجم نمونه با استفاده از فرمول کوکران[1] برای جامعه آماری نامحدود محاسبه گردید، که با سطح اطمینان ۹۵ درصد، خطای نمونه‌گیری ۵ درصد، و فرض p=q=۰/۰۵، تعداد ۳۸۴ نفر به دست آمد. معیارهای ورود شامل داشتن حداقل پنج سال تجربه مرتبط در حوزه سیاست جنایی قضایی و جرائم اقتصادی (مانند قضاوت در پرونده‌های اقتصادی یا وکلای دادگستری) و معیارهای خروج شامل عدم تجربه مرتبط یا وجود تعارض منافع بود. البته باید توجه داشت که مهم ترین نکته این است که مطالب مستخرج از پیمایش نظرات افراد شرکت کننده و گرایش ذهنی آن‌ها است و الزاما بیانگر واقعیت و راهکار واقعی و یا علل واقعی نیست. ابزار گردآوری داده، پرسشنامه محقق‌ساخته‌ای با ۲۶ سؤال بود که بر اساس چالش‌های استخراج‌شده از مقالات و منابع علمی طراحی شده و بر پایه طیف لیکرت ۵ گزینه‌ای (از خیلی کم=۱ تا خیلی زیاد=۵) تدوین گردید. پایایی پرسشنامه با محاسبه ضریب آلفای کرونباخ[2] به میزان ۰.۸۹۲ تأیید شد، که نشان‌دهنده اعتبار درونی قابل قبول است. روایی محتوایی آن نیز توسط اساتید گروه حقوق دانشگاه گیلان مورد بررسی و تأیید قرار گرفت. پرسشنامه از طریق توزیع آنلاین و حضوری در میان شرکت‌کنندگان اجرا شد. برای تحلیل داده‌ها، از آزمون رتبه‌بندی فریدمن استفاده گردید تا تفاوت‌های معنادار در اولویت‌بندی چالش‌ها بررسی شود. محاسبات آماری با بهره‌گیری از نرم‌افزار SPSS نسخه ۲۶ انجام شد، که امکان تحلیل دقیق و معتبر را فراهم آورد.

همچنین باید عنوان کرد که ساختار این مقاله به این شکل است در مقدمه تشریح موضوع اعم از چارچوب نظری تحقیق شامل

---

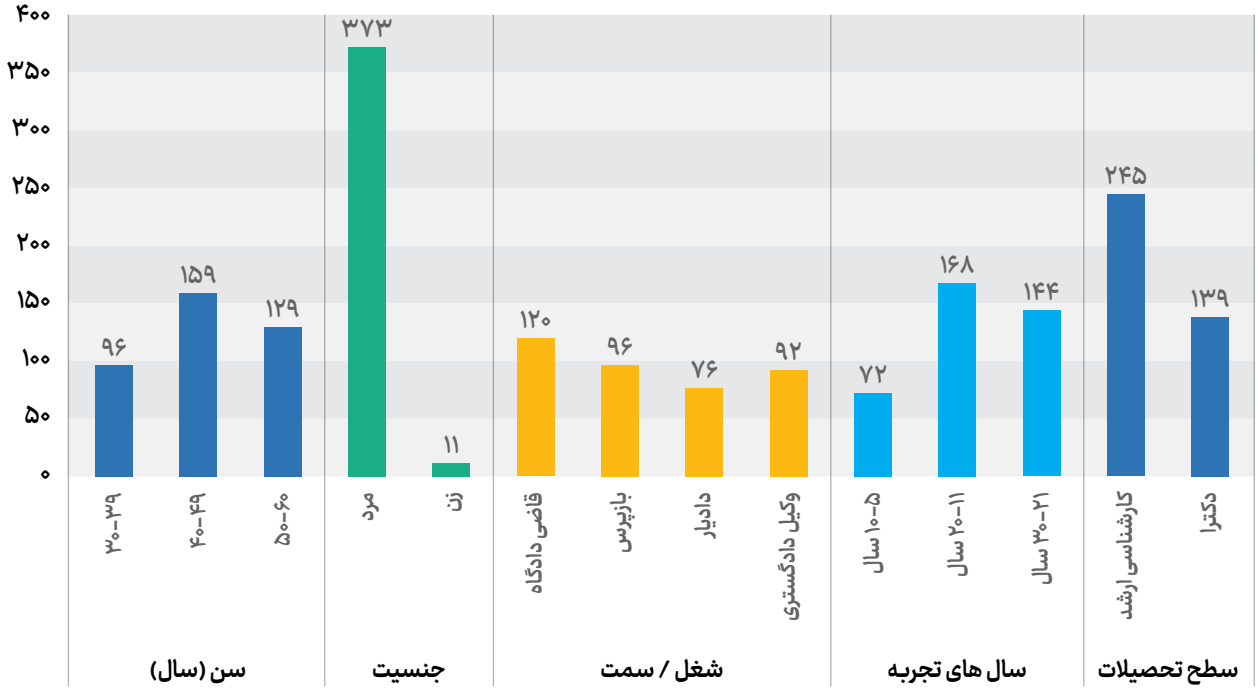
۱. *فرمول کوکران روشی برای برآورد حداقل نمونه مورد نیاز برای یک جامعه آماری است بطوری که نمونه به‌درستی معرف جامعه موردنظر باشد. با استفاده از این روش می‌توان حداقل حجم نمونه لازم برای جوامع آماری معین و نامعین را برآورد کرد. شاخص ها و اندازه های آماری جامعه آماری مد نظر را محاسبه کند.*

۲. *آلفای کرونباخ (Cronbach alpha) روشی برای محاسبه پایایی پرسشنامه براساس میزان هماهنگی درونی سوالات می‌باشد. این روش برای محاسبه هماهنگی درونی ابزار اندازه‌گیری از جمله پرسشنامه‌ها یا آزمون هایی که خصیصه‌های مختلف را اندازه‌گیری می‌کنند، بکار می‌رود. به‌طور مرسوم اگر ضریب آلفا از ۰/۷بیشتر باشد نشان دهنده این است که پایایی ابزار اندازه‌گیری مناسب و قابل اطمینان است.*

جدول ۱. فراوانی و درصد فراوانی اطلاعات دموگرافیک پاسخ‌دهندگان

	دسته‌بندی	فراوانی	درصد فراوانی
سن (سال)	۳۹-۳۰	۹۶	۲۵/۰۰
	۴۹-۴۰	۱۵۹	۴۱/۴۱
	۶۰-۵۰	۱۲۹	۳۳/۵۹
جنسیت	مرد	۳۷۳	۹۷/۰۳
	زن	۱۱	۲/۲۷
شغل/سمت	قاضی دادگاه	۱۲۰	۳۱/۳۰
	بازپرس	۹۶	۲۵/۰۰
	دادیار	۷۶	۱۹/۷۹
	وکیل دادگستری	۹۲	۲۳/۹۵
سال‌های تجربه	۱۰-۵ سال	۷۲	۱۸/۸۰
	۲۰-۱۱ سال	۱۶۸	۴۳/۸۰
	۳۰-۲۱ سال	۱۴۴	۳۷/۵۰
سطح تحصیلات	کارشناسی ارشد	۲۴۵	۶۳/۸۰
	دکترا	۱۳۹	۳۶/۱۹

شکل ۱. اطلاعات دموگرافیک پاسخ‌دهندگان



بررسی مفاهیم مرتبط، سوال پژوهش و روش پژوهش آمده است. بخش های بعدی نیز به یافته های پژوهش که شامل مطالعه کیفی چالش‌ها و زیر چالش‌های مربوط به سیاست جنایی قضایی ایران نسبت به جرایم اقتصادی و بررسی و تحلیل آماری پاسخ نامه ها از طریق برنامه spss و آزمون فریدمن و در نهایت به نتیجه گیری اختصاص یافته است.

۲. یافته‌های پژوهش

جدول و نمودار ۲ چالش‌ها و زیرچالش‌های استخراج‌شده از مقالات و دیگر منابع معتبر را نشان می‌دهد. لازم به ذکر است در این راستا سعی شده تا با بررسی منابع موجود در حد قناعت منابع مرتبط بکار گرفته شود، هر چند که ممکن است منابع دیگری نیز وجود داشته باشد.

جدول ۲. چالش‌ها و زیرچالش‌ها (استخراج‌شده از مقالات)

چالش اصلی	زیرچالش‌ها
چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار (Pourmohammadi et al., 2021; Parastesh & Mousavizadeh Markiyeh, 2018; Rahiminejad, 2013)	کمبود نیروی اداری و قضائی ازدیاد پرونده اقتصادی تعدد صلاحیت مراجع قضائی رسیدگی‌کننده به جرائم اقتصادی
چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا (Hakimiha et al., ۲۰۲۲; Nourzad, ۲۰۱۰)	پیچیدگی در تعقیب جرائم پیچیده مانند پولشویی و فساد اقتصادی مشکلات در صدور قرارهای تامین کیفری و اعتراض به آن‌ها عدم استقلال کامل دادسرا از دادگاه در فرآیند تعقیب
چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری (Ayat et al., 2019; Khodaeian Chegeni, 2012)	نقص در کشف و پیشگیری از جرائم اقتصادی به دلیل کمبود تخصص چالش‌های تعامل با پلیس بین‌الملل در جرائم فراملی مشکلات در حفظ حقوق فردی متهمان طی تحقیقات مقدماتی
چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضائی به جرائم اقتصادی (Mahdipour, 2011; Salimi, 2009)	چالش‌های مرتبط با حقوق داخلی چالش‌های مرتبط با همکاری‌های بین‌المللی
چالش‌های مرتبط با نقش رسانه درروند رسیدگی (Farajiha, 2006; Sayarat, 2021)	باج‌خواهی رسانه‌ای و استفاده از رسانه برای تخریب رقبای اقتصادی عدم شفافیت در انتشار اخبار جرائم و تأثیر منفی بر دادرسی عادلانه چالش‌های نظارت بر رسانه‌ها برای جلوگیری از فساد رسانه‌ای در پرونده‌های اقتصادی
اصلاح نکردن ساختار قوه‌قضائیه از فساد اداری و اقتصادی (Rafiei et al., 2024; Sayebani, 2019)	عدم اصلاح ساختارهای فسادزا مانند ستادهای نظارتی ناکارآمد چالش‌های نظارت داخلی بر عملکرد قضات و کارکنان نیاز به افزایش استقلال قوه قضاییه برای مبارزه مؤثر با فساد درون‌سازمانی
فقدان وجود قضات متخصص در حوزه اقتصادی (Mousavi Mojab et al., 2023; Sakiani & Vaezi, 2022; Dadkhodaei, 2011)	کمبود آموزش‌های تخصصی اقتصادی برای قضات مشکلات در رسیدگی به پرونده‌های پیچیده مالی و تجاری تأثیر منفی بر کیفیت احکام و افزایش تأخیرها در دادرسی
سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی (Aghababaei & Ramazani, 2024; Goldoust) (Juybari et al., 2020	اولویت‌دهی به رویکردهای امنیتی و سیاسی به جای قضایی عدم استقلال کامل در برخورد با فسادهای مرتبط با مقامات سیاسی چالش‌های ناشی از پیوند سیاست و اقتصاد در سیاست جنایی
تعدد مراجع قانون‌گذاری توام با تشتت تقنینی (Riazat & Ahmadi Nator, 2024; Hakimiha et al., 2020)	تورم قوانین و ایجاد تعارض بین قوانین مختلف عدم هماهنگی بین نهادهای قانون‌گذار مانند مجلس و دیگر نهادها چالش‌های نظارت بر مصوبات و آسیب به نظام تقنینی

شکل ۲. چالش‌ها و زیرچالش‌ها



براساس اطلاعات جدول و نمودار ۲، نه چالش اصلی شامل «چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار»، «چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا»، «چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری»، «چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضایی به جرائم اقتصادی»، «چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی»، «اصلاح نکردن ساختار قوه قضاییه از فساد اداری و اقتصادی»، «عدم داشتن قضات متخصص در حوزه اقتصادی»، « سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی»، و «تعدد مراجع قانون‌گذاری توام با تشتت تقنینی» شناسایی شده‌اند.

این چالش‌ها با زیرچالش‌هایی نظیر کمبود نیروی اداری و قضایی، پیچیدگی در تعقیب جرائم پیچیده مانند پولشویی و فساد اقتصادی، نقص در کشف و پیشگیری از جرائم به دلیل کمبود تخصص ضابطین، مشکلات مرتبط با همکاری‌های بین‌المللی، باج‌خواهی رسانه‌ای، عدم اصلاح ساختارهای فسادزا، کمبود آموزش‌های تخصصی برای قضات، اولویت‌دهی به رویکردهای سیاسی و امنیتی، و تورم قوانین همراه هستند. این یافته‌ها نشان‌دهنده وجود مشکلات ساختاری و محتوایی گسترده در سیستم قضایی ایران در مواجهه با جرائم اقتصادی است که نیازمند اصلاحات سیستمی در حوزه‌های تقنینی، اجرایی، و نظارتی است.

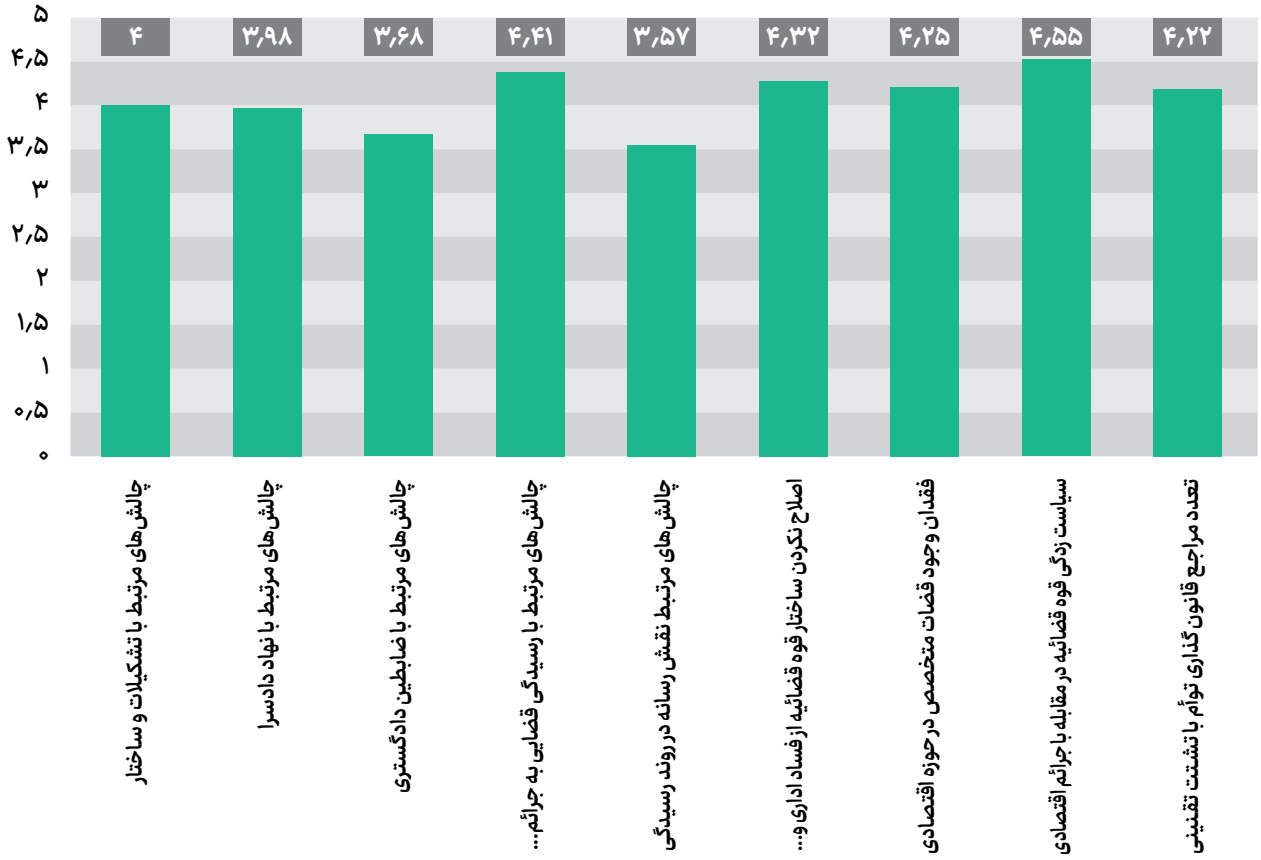
۲-۱. میانگین و انحراف معیار چالش‌های شناسایی‌شده در سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی

جدول و شکل ۳ میانگین و انحراف معیار چالش‌های شناسایی‌شده در سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی را بر اساس نمرات پاسخ‌دهندگان در بخش کمی پژوهش نشان می‌دهد. این نمرات از طریق پرسشنامه‌ای محقق‌ساخته با ۲۶ سؤال مبتنی بر طیف لیکرت ۵ گزینه‌ای از خیلی کم (۱) تا خیلی زیاد (۵) جمع‌آوری شده‌اند. هر سؤال به یکی از چالش‌های استخراج‌شده از مقالات مرتبط بود، و میانگین نمرات برای هر چالش محاسبه شده است. این میانگین‌ها عددی بین ۱ تا ۵ را نشان می‌دهند که بیانگر میزان اهمیت یا شدت هر چالش از دیدگاه پاسخ‌دهندگان با توجه به گزینه های موجود در پاسخ نامه است. انحراف معیار نیز نشان‌دهنده میزان پراکندگی پاسخ‌ها نسبت به میانگین است.

جدول ۳. میانگین و انحراف معیار چالش‌ها

چالش‌ها	میانگین از ۵	انحراف معیار[۳]
چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار	۴٫۰۰	۰٫۶۱۳
چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا	۳٫۹۸	۰٫۶۳۵
چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری	۳٫۶۸	۰٫۷۱۶
چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضائی به جرائم اقتصادی	۴٫۴۱	۰٫۴۵۷
چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی	۳٫۵۷	۰٫۷۰۴
اصلاح نکردن ساختار قوه‌قضائیه از فساد اداری و اقتصادی	۴٫۳۲	۰٫۵۶۱
فقدان وجود قضات متخصص در حوزه اقتصادی	۴٫۲۵	۰٫۵۰۷
سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی	۴٫۵۵	۰٫۴۰۶
تعدد مراجع قانون‌گذاری توام با تشتت تقنینی	۴٫۲۲	۰٫۶۲۳

شکل۲. میانگین و انحراف معیار چالش‌ها



۳. انحراف معیار نیز نشان‌دهنده میزان پراکندگی پاسخ‌ها نسبت به میانگین است. هرچه انحراف معیار بیشتر باشد، داده‌ها به صورت پراکنده‌تر حول میانگین توزیع شده‌اند.

به طورکلی اطلاعات جدول ۳ هر کدام از چالش‌ها را به صورت جداگانه به ترتیب اولویت بندی طبق جدول و نتایج حاصل از مطالعه آماری به شرح ذیل تبیین می‌شود:

۲-۱-۱. سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی

تأثیر گذاری جریانات سیاسی بر روند کار دستگاه قضایی خطرناکترین اتفاقی است که از ارزش کار طاقت فرسای متولیان این نهاد می‌کاهد و اعتبار و حرمت آن را مخدوش می سازد. تقویت جایگاه قو ه قضائیه در افکار عمومی و خارج کردن آن از شائبه به شدت ضروری است. رفتار قانونی مقام های مسئول این قوه و طرد عناصری است که به انجام عمل سیاسی مبادرت می ورزند. صرف سخنرانی و بیان مشکلات دستگاه قضایی و اشاره به تبعیض ها و تخلف ها ارائه توصیه و رهنمود کافی نیست, بلکه اقدام عملی برای اجرای عدالت و توسعه آن لازم است, در غیر این صورت، اگر وابستگان به قدرت با بهانه جهل به قانون از مسئولیت معاف شوند، و لی با تخلف سایر اقشار به شدت و بدون رأفت برخورد شود، عدالت قربانی قدرت خواهد شد و اعتماد عمو می نسبت به این دستگاه سلب می‌شود (Goldoust Juybari et al., 2020,18). این چالش با بالاترین میانگین (میانگین: ۴٫۵۵، انحراف معیار: ۰٫۴۰۶) از دیدگاه پاسخ‌دهندگان مهم‌ترین چالش در سیاست جنایی قضایی ایران نسبت بعه جرایم اقتصادی محسوب می‌شود. نمره بالا نشان‌دهنده توافق قوی پاسخ‌دهندگان بر تأثیر منفی عواملی مانند اولویت‌دهی به رویکردهای سیاسی و امنیتی به جای قضایی، عدم استقلال کامل در برخورد با فسادهای مرتبط با مقامات سیاسی، و پیوند سیاست و اقتصاد است. انحراف معیار پایین (۰٫۴۰۶) نشان‌دهنده همگرایی بالای نظرات پاسخ‌دهندگان و اجماع نسبی در این زمینه است.

۲-۱-۲. چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضایی به جرائم اقتصادی

یکی از راهکارهای مهم برای رسیدگی سریع‌تر و مؤثرتر به جرائم اقتصادی و بازگرداندن اموال مربوطه، تخصصی شدن رسیدگی به این جرائم است. اما این تخصصی شدن نباید به‌معنای یکپارچگی کامل باشد. به‌طور خاص، در جرایمی که با دارایی‌های هنگفت و اعمال‌نفوذ صاحبان قدرت همراه است، نباید دادسرا و دادگاه در یک مکان قرار داشته و ارتباط مستقیم و روزمره‌ای با یکدیگر داشته‌باشند. علاوه بر این، دادگاه تجدیدنظر استان نیز باید شعبی تخصصی برای رسیدگی به این جرائم اختصاص دهد تا از اعمال‌نفوذ در پرونده‌ها جلوگیری شود. در ایران، جرائم اقتصادی معمولاً در تهران و در مجتمع امور اقتصادی مورد رسیدگی قرار می‌گیرند و در سایر شهرها به شعب اصلی فرستاده می‌شوند. این مجتمع، با اینکه یکپارچه است و تمام مراحل دادرسی را شامل می‌شود، به‌دلیل اینکه همه بخش‌ها از دادسرا تا دادگاه تجدیدنظر در یک مکان قرار دارند، احتمال ایجاد نفوذ و مصلحت‌اندیشی در رسیدگی به پرونده‌های کلان را افزایش می‌دهد (Mahdipour, 2011; 279).

این چالش با میانگین (میانگین: ۴٫۴۱، انحراف معیار: ۰٫۴۵۷) دومین اولویت را از نظر اهمیت دارد. مشکلات مرتبط با حقوق داخلی و همکاری‌های بین‌المللی در رسیدگی به جرائم اقتصادی از عوامل کلیدی این چالش هستند. انحراف معیار نسبتاً پایین (۰٫۴۵۷) نشان‌دهنده پراکندگی کم پاسخ‌ها و توافق نسبی پاسخ‌دهندگان بر اهمیت این چالش است.

۲-۱-۳. اصلاح نکردن ساختار قوه‌قضائیه از فساد اداری و اقتصادی

فساد اداری به‌عنوان یکی از قدیمی‌ترین معضلات نظام‌های اداری، نتیجه تعاملات درونی و بیرونی است که به تضعیف کارایی و ساختار اداری می‌انجامد. عواملی چون سوءاستفاده از اختیارات، نبود شایسته‌سالاری، ضعف مدیریتی و تشریفات پیچیده از مهم‌ترین زمینه‌های شکل‌گیری آن هستند. فساد می‌تواند در دو سطح رخ دهد:

۱. اجرای قوانین به نفع رشوه‌دهندگان.

۲. نفوذ در فرایند تصویب قوانین، برای تأمین منافع گروه‌های خاص از طریق محدود کردن رقابت یا رشوه به مقامات و قضات.

پیامدهای این پدیده شامل نابسامانی اقتصادی، تعمیق شکاف طبقاتی و کاهش مشروعیت نظام اداری است. برای مقابله با آن، به‌ویژه در قوه قضائیه، باید از طریق تقویت وضعیت معیشتی و امنیت شغلی قضات، افزایش شفافیت و استقلال قضایی اقدام کرد تا توانایی این نهاد در مبارزه با فساد اقتصادی افزایش یابد (Sayebani & Ghahremani, 1397, 189-194).

این چالش با میانگین (میانگین: ۴٫۳۲، انحراف معیار: ۰٫۵۶۱) نشان‌دهنده نگرانی‌های جدی در مورد عدم اصلاح ساختارهای فسادزا، مانند ستادهای نظارتی ناکارآمد و کمبود نظارت داخلی بر عملکرد قضات و کارکنان است. انحراف معیار ۰٫۵۶۱ بیانگر پراکندگی متوسط پاسخ‌هاست.

۲-۱-۴. فقدان وجود قضات متخصص در حوزه اقتصادی

جرائم اقتصادی صرفاً یک اصطلاح حقوقی نیست، بلکه بار سیاسی و رسانه‌ای نیز دارد. ورود این عوامل به دستگاه عدالت کیفری موجب تضعیف استقلال قضات، تضییع حقوق افراد و گسترش فساد سیاسی می‌شود، زیرا قضات ممکن است به جای پایبندی به قانون، تحت‌تأثیر جریان‌های سیاسی و اجتماعی عمل کنند.برای مقابله مؤثر با جرائم اقتصادی و این چالش می بایست به موارد ذیل توجه داشت:

- وجود نهادهای مستقل، متخصص و کارآمد در مراحل کشف، تحقیق، تعقیب و رسیدگی ضروری است.
- این جرائم، ماهیتی متفاوت از جرائم سنتی چون قتل و سرقت دارند و مستلزم دانش تخصصی هستند.
- تقویت دستگاه قضایی از طریق آموزش‌های علمی و تخصصی به ضابطان دادگستری و قضات، در حوزه اقتصاد و حقوق کیفری، پیش‌شرط مقابله مؤثر با این نوع جرائم است.

میانگین (میانگین: ۴٫۲۵، انحراف معیار: ۰٫۵۰۷) نشان‌دهنده اهمیت بالای کمبود آموزش‌های تخصصی اقتصادی برای قضات و تأثیر آن بر کیفیت احکام و تأخیر در دادرسی است. انحراف معیار ۰٫۵۰۷ نشان‌دهنده توافق نسبی پاسخ‌دهندگان است.

۲-۱-۵. تعدد مراجع قانون‌گذاری همراه با تشتت تقنینی

در نظام کیفری ایران، اگرچه مجلس شورای اسلامی مرجع اصلی قانون‌گذاری است، اما نهادهایی چون مجمع تشخیص مصلحت نظام، هیئت دولت، قوه قضائیه و کمیسیون‌های داخلی مجلس نیز در این فرآیند نقش‌آفرین‌اند. این تعدد مراجع باعث پراکندگی و تشتت تقنینی شده و پیامدهایی همچون:

- اختلاف رویه قضایی و صدور آرای متعارض،
- پیچیدگی دادرسی و دشواری تصمیم‌گیری قضات،
- تعارض قوانین ناسخ و منسوخ،
- و در نهایت کاهش کارآمدی و فاصله گرفتن عدالت از مسیر صحیح را به همراه دارد (Kalantari, 1381, 62)

این چالش با میانگین (میانگین: ۴٫۲۲، انحراف معیار: ۰٫۶۲۳) به مشکلاتی مانند تورم قوانین، تعارض بین مصوبات، و عدم هماهنگی بین نهادهای قانون‌گذار اشاره دارد. انحراف معیار ۰٫۶۲۳ نشان‌دهنده پراکندگی متوسط پاسخ‌هاست.

۲-۱-۶. چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار

زیرمجموعه های این چالش مباحثی همچون کمبود نیروی اداری و قضایی، ازدیاد پرونده‌های اقتصادی، و تعدد صلاحیت مراجع قضایی است. یکی از مهم‌ترین این چالش‌ها بحث ازدیاد پرونده های اقتصادی است که سبب گرفتگی و کندی نظام عدالت کیفری می‌شود، از این رو یک وقفه تریجی نظام عدالت کیفری را در بر می گیرد و نمود آن را می توان هم در مرحله دادرسی و هم در مرحله اجرای حکم مشاهده کرد (گسن،۱۳۷۱، ۲۹۴). طبق تحلیل پرسشنامه، میانگین (میانگین: ۴٫۰۰، انحراف معیار: ۰٫۶۱۳) نشان‌دهنده اهمیت این چالش‌هاست و انحراف معیار ۰٫۶۱۳ بیانگر پراکندگی متوسط پاسخ‌هاست.

۲-۱-۷. چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا

به دلیل بی‌برنامگی و غفلت قانون‌گذار، جرایم اقتصادی به‌طور ناخواسته در دو دسته کم‌اهمیت و مهم تقسیم شده‌اند که این امر بر

نحوه پیش‌بینی ضمانت‌اجراها نیز تأثیر گذاشته است. در ادامه، قانون‌گذار با سپردن رسیدگی به برخی جرایم اقتصادی به مراجع غیرقضایی مانند سازمان تعزیرات، عملاً از نقش دادسرا در فرآیند رسیدگی کاسته و موجب کم‌اهمیت جلوه دادن بخشی از این جرایم گردیده است. چنین رویکردی نه تنها موجب کاهش اثرگذاری سیاست کیفری در برخورد با جرایم اقتصادی شده، بلکه به تضعیف جایگاه دادسرا به‌عنوان یکی از ارکان اصلی عدالت کیفری در دفاع از حقوق عمومی نیز انجامیده است؛ بنابراین این مسائل مستقیماً به حوزه عملکرد و اختیارات دادسرا مرتبط می‌شوند (Nourzad, 1389, 312).

این چالش با میانگین (میانگین: ۳٫۹۸، انحراف معیار: ۰٫۶۳۵) به مشکلاتی مانند پیچیدگی در تعقیب جرائم پیچیده و عدم استقلال کامل دادسرا اشاره دارد. انحراف معیار ۰٫۶۳۵ نشان‌دهنده پراکندگی متوسط پاسخ‌هاست.

۲-۱-۸. چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری

مهم‌ترین ضابط در مقابله با جرائم اقتصادی در ایران نیروی انتظامی است که در کنار وزارت اطلاعات، به‌ویژه در پرونده‌های کلان با ابعاد امنیتی، نقش محوری ایفا می‌کند. با وجود ایثارگری‌های این نیرو، گستردگی وظایف، کمبود منابع و ضعف در آموزش‌های تخصصی اقتصادی موجب شده تا کارآمدی آن در کشف و تعقیب این جرائم کاهش یابد. هرچند با تشکیل پلیس مبارزه با جرائم اقتصادی در ادارات آگاهی، تلاش‌هایی برای تخصصی‌سازی انجام شده است، اما وابستگی برخی متهمان اقتصادی به مقامات و صاحبان قدرت و ثروت، استقلال مأموران انتظامی را در مقام ضابط دادگستری خدشه‌دار می‌کند و حتی منجر به از بین رفتن ادله یا فرار مجرمین می‌شود. این وضعیت نشان می‌دهد که بدون تقویت دانش حقوقی و اقتصادی ضابطان و تضمین استقلال آنان، امکان ایفای نقش مؤثر در مبارزه با جرائم اقتصادی فراهم نخواهد شد (Khodaeian Chegeni, 1391,10) این چالش نیز با میانگین(میانگین: ۳٫۶۸، انحراف معیار: ۰٫۷۱۶) نشان‌دهنده اهمیت نسبی مسائلی مانند کمبود تخصص در کشف و پیشگیری از جرائم اقتصادی و مشکلات تعامل با پلیس بین‌الملل است. انحراف معیار ۰٫۷۱۶ بالاترین مقدار در میان چالش‌هاست که نشان‌دهنده پراکندگی بیشتر و عدم اتفاق نظر پاسخ‌دهندگان بر اهمیت این چالش است.

۲-۱-۹. چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی

رسانه‌ها برای جلب توجه مخاطبان ناگزیر از پوشش اخبار مهم از جمله جرایم اقتصادی هستند و همین امر موجب می‌شود که نقش و جهت‌گیری آن‌ها بر روند رسیدگی به این جرایم اثرگذار باشد. بازنمایی رسانه‌ای جرایم نه تنها نگاه خاصی به مردم القا می‌کند، بلکه انتظارات و مطالباتی در افکار عمومی ایجاد می‌نماید که می‌تواند بر تصمیم‌گیری مقامات عدالت کیفری اثر مستقیم بگذارد. در نظام‌های مردم‌سالار، استقلال قضات رکن اساسی دادرسی عادلانه است، اما زمانی که فشار افکار عمومی تحت تأثیر رسانه‌ها شدت می‌یابد، قضات در فرآیند تعیین مجازات گاه ناخواسته به خواسته‌های عمومی متمایل می‌شوند. این وضعیت زمانی بحرانی‌تر می‌شود که رسانه‌ها جرایم خشونت‌آمیز یا جنسی را بدون نگاه کارشناسی و با رویکرد داستان‌وار پوشش دهند؛ در نتیجه جامعه به مجازات‌های شدید مانند اعدام یا حبس طولانی گرایش پیدا می‌کند و امکان تفکیک معیارهای قانونی و قضایی برای آنان دشوار می‌شود. بدین ترتیب رسانه‌ها با شکل‌دهی و انعکاس افکار عمومی، نقش غیرمستقیمی در سیاست کیفری و نحوه برخورد با جرایم، از جمله جرایم اقتصادی، ایفا می‌کنند. (Sayarat, 1400, 5)

این چالش با میانگین (میانگین: ۳٫۵۷، انحراف معیار: ۰٫۷۰۴) کمترین اهمیت را در میان چالش‌ها دارد. مسائلی مانند باج‌خواهی رسانه‌ای و عدم شفافیت در انتشار اخبار جرائم مورد توجه قرار گرفته‌اند. انحراف معیار ۰٫۷۰۴ نشان‌دهنده پراکندگی نسبتاً بالای پاسخ‌هاست که می‌تواند به تفاوت دیدگاه‌ها در مورد نقش رسانه‌ها اشاره داشته باشد.

در نهایت یافته‌های جدول ۳ نشان می‌دهند که «سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی» و «چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضایی به جرائم اقتصادی» به ترتیب با میانگین‌های ۴٫۵۵ و ۴٫۴۱ از مهم‌ترین چالش‌ها در سیاست جنایی قضایی ایران هستند. در مقابل، «چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی» با میانگین ۳٫۵۷ کم اهمیت‌تر ارزیابی شده است. میانگین‌های بالا (بیش از ۳٫۵ برای تمام چالش‌ها) نشان‌دهنده شدت قابل‌توجه این مسائل در سیستم قضایی است. انحراف معیارهای نسبتاً پایین (کمتر از ۰٫۸) نیز بیانگر توافق نسبی پاسخ‌دهندگان بر اهمیت این چالش‌هاست، اگرچه در برخی موارد مانند

ضابطین دادگستری و نقش رسانه، پراکندگی بیشتری مشاهده می‌شود. این تحلیل بر لزوم توجه به اصلاحات ساختاری و افزایش استقلال قضایی برای مقابله مؤثر با جرائم اقتصادی تأکید دارد.

۲-۲. بررسی چالش‌های شناسایی‌شده در سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی با آزمون رتبه‌بندی فریدمن

از آزمون رتبه‌بندی فریدمن[۴] برای بررسی چالش‌های شناسایی‌شده در سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی استفاده شده است. این آزمون برای تعیین اولویت و اهمیت نسبی چالش‌ها از دیدگاه پاسخ‌دهندگان به کار گرفته شده است. در این آزمون، پاسخ‌دهندگان چالش‌ها را بر اساس اهمیت رتبه‌بندی کرده‌اند، و میانگین رتبه‌ها برای هر چالش محاسبه شده است. همچنین، آمار کای‌دو[۵]، درجه آزادی[۶]، و سطح معناداری[۷] برای بررسی وجود تفاوت معنادار در رتبه‌بندی‌ها ارائه شده‌اند. نمودار ۴ نیز به‌صورت بصری رتبه میانگین چالش‌ها را نمایش می‌دهد.

جدول ۴. نتایج آزمون رتبه‌بندی فریدمن چالش‌ها

	رتبه میانگین[۸]	کای دو	درجه آزادی	معناداری
چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار	۴/۳۶	۶۳۹/۲۶۴	۸	۰/۰۰۰
چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا	۴/۴۳			
چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری	۳/۵۲			
چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضائی به جرائم اقتصادی	۶/۱۵			
چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی	۳/۰۶			
اصلاح نکردن ساختار قوه‌قضائیه از فساد اداری و اقتصادی	۵/۸۱			
فقدان وجود قضات متخصص در حوزه اقتصادی	۵/۴۱			
سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی	۶/۸۵			
تعدد مراجع قانون‌گذاری توام با تشتت تقنینی	۵/۴۲			

۴. *این آزمون در برنامه spss قابل اجرا می باشد و ابزاری آماری است که برای مقایسه نمونه‌ها یا اندازه‌گیری‌های مکرر بکار می رود.*

۵. *آزمون کای دو یا خی دو و یا مربع کای ازمونی است که فراوانی های مورد انتظار را با فراوانی های تحقیق مقایسه می کند تا مشخص شود آیا تفاوت معنا داری بین این دو فراوانی وجود دارد یا خیر.*

۶. *درجه آزادی (Degree of Freedom یا df) یک مفهوم کلیدی در آمار است که به تعداد مقادیر مستقل در یک محاسبه اشاره دارد. در واقع، درجه آزادی به ما کمک می‌کند تا بفهمیم چند مقدار می‌توانند به طور مستقل تغییر کنند بدون این که محدودیت‌های خاصی را نقض کنند.*

۷. *سطح معنی داری که به آن ارزش p یا p-value گفته می‌شود که در گزارش‌های آماری در spss به صورت sig.value نمایش داده می‌شود، میزان یا معیاری است که به عنوان پایه معنی داری شناخته می‌شود و همچنین به عنوان خطای نوع اول هم معروف است. این میزان در تحقیقات علوم انسانی ۵٪ در نظر گرفته می‌شود و در علوم پزشکی ۱٪ تعیین می گردد. اگر نتایج بررسی تفاوت یا رابطه متغیرها کمتر از ۵٪ باشد، می گوییم احتمال شانسی بودن این تفاوت یا رابطه خیلی کم است و می‌توان نتیجه گرفت که تفاوت یا رابطه مورد نظر معنی دار است و اگر بیشتر از ۵٪ باشد، پس احتمال شانسی بودن نتیجه بسیار است و رابطه یا تفاوت متغیرها معنی دار نیست.*

۸. *در این جدول می‌خواهیم امتیاز چالش‌های مختلف را برای هر فرد طبق پرسشنامه، محاسبه کنیم. روند برای پیدا کردن امتیاز هر پرسشنامه، بدست آوردن مجموع یا میانگین امتیازات سوالات نسبت به یکدیگر است. با توجه به میانگین‌گیری و خروجی اجباری آزمون نسبت به تعیین عدد میانگین، حداقل امتیاز پرسشنامه، مقدار ۱ و حداکثر آن ۷ خواهد بود. همچنین باید توجه داشت که برای محاسبه امتیاز رتبه میانگین در تحقیق برخی مواقع صرف توجه به میانگین اخذ شده در جدول۳ جهت بررسی این که کدام متغیر دارای اهمیت بیشتری می باشد مناسب و کافی نیست زیرا پارامترهای دیگری همچون انحراف معیار و دیگر پارامترها نیز از اهمیت بالایی برخوردار هستند از همین رو برای اطمینان‌سازی بیشتر نسبت به داده ها و تعیین قطعی رتبه بندی چالش‌ها از رتبه میانگین استفاده می کنیم.*

شکل ۴. رتبه میانگین چالش‌ها



براساس اطلاعات جدول و نمودار ۴، نتایج آزمون رتبه‌بندی فریدمن نشان‌دهنده تفاوت‌های معنادار در اولویت‌بندی چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران در قبال جرائم اقتصادی است. سطح معناداری ۰/۰۰۰ (کمتر از ۰/۰۵) تأیید می‌کند که تفاوت‌های مشاهده‌شده در رتبه‌بندی چالش‌ها تصادفی نبوده و از نظر آماری معتبر هستند. آماره کای‌دو (χ^2 = ۶۳۹/۲۶۴) با درجه آزادی ۸ نشان‌دهنده اختلاف قابل‌توجه در دیدگاه‌های پاسخ‌دهندگان درباره اهمیت نسبی چالش‌هاست. این نتایج بیانگر آن است که پاسخ‌دهندگان در ارزیابی اولویت چالش‌ها نظرات متفاوتی ارائه کرده‌اند و این تفاوت‌ها به‌صورت آماری قابل‌اعتماد هستند. نمودار ۴ این اولویت‌بندی را به‌صورت بصری نمایش می‌دهد و امکان مقایسه سریع اهمیت چالش‌ها را فراهم می‌کند. همچنین در ادامه این چالش‌ها به ترتیب اولویت بندی طبق جدول و نتایج حاصل از مطالعه آماری آورده شده است.

۲-۲-۱. سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی (رتبه میانگین: ۶/۸۵)

این چالش با بالاترین رتبه میانگین (۶/۸۵) در صدر فهرست قرار دارد و نشان‌دهنده توافق قوی پاسخ‌دهندگان بر اهمیت آن است. سیاست‌زدگی عدالت کیفریبه مسائلی مانند اولویت‌دهی به رویکردهای امنیتی و سیاسی به جای قضایی، عدم استقلال کامل در برخورد با فسادهای مرتبط با مقامات سیاسی، و تأثیر پیوند سیاست و اقتصاد در سیاست جنایی اشاره دارد. این رتبه بالا بر ضرورت اصلاحات ساختاری برای افزایش استقلال قضایی و کاهش نفوذ عوامل سیاسی در فرآیندهای قضایی تأکید می‌کند.

۲-۲-۲. چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضایی به جرائم اقتصادی (رتبه میانگین: ۶/۱۵)

این چالش با رتبه میانگین ۶/۱۵ در جایگاه دوم قرار دارد. مشکلات مرتبط با حقوق داخلی، مانند پیچیدگی‌های قانونی در رسیدگی به جرائم اقتصادی، و چالش‌های همکاری‌های بین‌المللی، از جمله موانع در تبادل اطلاعات و هماهنگی با نهادهای خارجی، از عوامل

کلیدی این اولویت‌بندی هستند. این رتبه نشان‌دهنده اهمیت بالای بهبود فرآیندهای قضایی و تقویت همکاری‌های بین‌المللی برای مقابله مؤثر با جرائم اقتصادی است.

۲-۲-۳. اصلاح نکردن ساختار قوه قضاییه از فساد اداری و اقتصادی (رتبه میانگین: ۵٫۸۱)

با رتبه میانگین ۵٫۸۱، این چالش در جایگاه سوم قرار دارد. عدم اصلاح ساختارهای فسادزا، مانند ستادهای نظارتی ناکارآمد، ضعف در نظارت داخلی بر عملکرد قضات و کارکنان، و نیاز به افزایش استقلال قوه قضاییه برای مبارزه با فساد درون‌سازمانی، از جمله زیرچالش‌های این دسته هستند. این رتبه نشان‌دهنده نگرانی‌های جدی پاسخ‌دهندگان درباره ساختارهای داخلی قوه قضاییه است.
۲-۲-۴- تعدد مراجع قانون‌گذاری همراه با تشتت تقنینی (رتبه میانگین: ۵٫۴۲): این چالش با رتبه میانگین ۵٫۴۲ در جایگاه چهارم قرار دارد. تورم قوانین، ایجاد ناسخگی و تعارض بین مصوبات، و عدم هماهنگی بین نهادهای قانون‌گذار مانند مجلس و شورای عالی انقلاب فرهنگی از مشکلات اصلی این دسته هستند. این رتبه نشان‌دهنده تأثیر منفی پراکندگی و عدم انسجام قوانین بر سیاست جنایی قضایی است.

۲-۲-۵. نبود قضات متخصص در حوزه اقتصادی (رتبه میانگین: ۵٫۴۱)

با رتبه میانگین ۵٫۴۱، این چالش در جایگاه پنجم قرار دارد. کمبود آموزش‌های تخصصی اقتصادی برای قضات، مشکلات در رسیدگی به پرونده‌های پیچیده مالی و تجاری، و تأثیر منفی بر کیفیت احکام و افزایش تأخیرها در دادرسی از جمله زیرچالش‌های این دسته هستند. این رتبه بر نیاز به تقویت آموزش‌های تخصصی برای قضات تأکید دارد.

۲-۲-۶. چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا (رتبه میانگین: ۴٫۴۳)

این چالش با رتبه میانگین ۴٫۴۳ در جایگاه ششم قرار گرفته است. پیچیدگی در تعقیب جرائم پیچیده مانند پولشویی و فساد اقتصادی، مشکلات در صدور قرارهای تأمین کیفری و اعتراض به آن‌ها، و عدم استقلال کامل دادسرا از دادگاه در فرآیند تعقیب از جمله مسائل این دسته هستند. این رتبه نشان‌دهنده اهمیت نسبی اصلاح فرآیندهای دادسرا در سیاست جنایی است.

۲-۲-۷. چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار (رتبه میانگین: ۴٫۳۶)

با رتبه میانگین ۴٫۳۶، این چالش در جایگاه هفتم قرار دارد. کمبود نیروی اداری و قضایی، ازدیاد پرونده‌های اقتصادی، و تعدد صلاحیت مراجع قضایی رسیدگی‌کننده به جرائم اقتصادی از مشکلات اصلی این دسته هستند. این رتبه نشان‌دهنده نیاز به تقویت ظرفیت‌های انسانی و سازمانی در تشکیلات و ساختار است.

۲-۲-۸. چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری (رتبه میانگین: ۳٫۵۲)

این چالش با رتبه میانگین ۳٫۵۲ در جایگاه هشتم قرار دارد. نقص در کشف و پیشگیری از جرائم اقتصادی به دلیل کمبود تخصص، چالش‌های تعامل با پلیس بین‌الملل در جرائم فراملی، و مشکلات در حفظ حقوق فردی متهمان طی تحقیقات مقدماتی از جمله زیرچالش‌های این دسته هستند. این رتبه نشان‌دهنده اهمیت نسبی بهبود تخصص و هماهنگی ضابطین دادگستری است.

۲-۲-۹. چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی (رتبه میانگین: ۳٫۵۷)

این چالش با رتبه میانگین ۳٫۵۷ در پایین‌ترین جایگاه (نهم) قرار دارد. باج‌خواهی رسانه‌ای، استفاده از رسانه برای تخریب رقبای اقتصادی، عدم شفافیت در انتشار اخبار جرائم، و چالش‌های نظارت بر رسانه‌ها برای جلوگیری از فساد رسانه‌ای از جمله مسائل این دسته هستند. این رتبه پایین‌تر نشان می‌دهد که پاسخ‌دهندگان این چالش را در مقایسه با سایر مسائل کمتر اولویت‌دار ارزیابی کرده‌اند، اگرچه همچنان اهمیت نسبی دارد.
در نهایت نتایج جدول و نمودار ۴ نشان‌دهنده اولویت‌بندی چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران در مقابله با جرائم اقتصادی

است. «سیاست‌زدگی قوه قضاییه» با رتبه میانگین ۶٫۸۵ به‌عنوان مهم‌ترین چالش شناسایی شده، در حالی که «چالش‌های مرتبط با نقش رسانه» با رتبه میانگین ۳٫۵۷ کم اهمیت‌تر ارزیابی شده است. ترتیب چالش‌ها از بالا به پایین نشان‌دهنده تمرکز پاسخ‌دهندگان بر مسائل ساختاری و سیستمی مانند سیاست‌زدگی، مشکلات رسیدگی قضایی، و فساد ساختاری است. این یافته‌ها بر لزوم اصلاحات جامع در قوه قضاییه، از جمله افزایش استقلال قضایی، تقویت آموزش قضات، اصلاح قوانین، و بهبود فرآیندهای دادسرا و ضابطین، تأکید دارند. نمودار ۴ این اولویت‌بندی را به‌صورت بصری تأیید می‌کند و تفاوت‌های معنادار در اهمیت چالش‌ها را به‌وضوح نشان می‌دهد.

نتیجه گیری

در دنیای امروز، مقابله با جرائم اقتصادی و کاهش آسیب‌های ناشی از آن‌ها، به‌ویژه پس از بحران‌های مالی اخیر، اهمیت فزاینده‌ای یافته‌است. در راستای مبارزه موثرتر با جرایم اقتصادی نیازمند تقویت سیاست جنایی قضایی ایران از طریق تزریق نیروی متخصص, نخبه و باتجربه به جمع سیاست گذاران و مجریان سیاست های جنایی قضایی و رفع آسیب های موجود در روند رسیدگی به جرایم اقتصادی و... می باشیم. مجموع بررسی های انجام شده در پژوهش حاضر که برآیند نتایج پرسش نامه صورت گرفته از قضات و افراد مرتبط در حیطه جرایم اقتصادی می باشد نشان دهنده این است که:

۱. جدول ۲ شامل چالش‌هایی است که از مقالات معتبر حقوقی استخراج شده، به بیان دیگر نویسندگان متعدد در مقالات خود به صورت پراکنده چالش‌های متنوعی را در زمینه سیاست جنایی قضایی ایران نسبت به جرایم اقتصادی نام برده اند که نویسندگان مقاله حاضر با مطالعه و بررسی تمام منابع موجود این چالش‌ها و زیرچالش‌ها را استخراج و دسته بنده ای کرده اند. همچنین بر اساس اطلاعات موجود در این جدول، نه چالش اصلی شامل «چالش‌های مرتبط با تشکیلات و ساختار»، «چالش‌های مرتبط با نهاد دادسرا»، «چالش‌های مرتبط با ضابطین دادگستری»، «چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضایی به جرائم اقتصادی»، «چالش‌های مرتبط با نقش رسانه در روند رسیدگی»، «اصلاح نکردن ساختار قوه قضاییه از فساد اداری و اقتصادی»، «عدم داشتن قضات متخصص در حوزه اقتصادی»، « سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی»، و «تعدد مراجع قانون‌گذاری توام با تشتت تقنینی» در این زمینه شناسایی شده‌اند که پرسشنامه نیز بر اساس همین موارد تالیف شده است، که مهم ترین زیر چالش‌ها نیز شامل مواردی همچون کمبود نیروی اداری و قضایی، پیچیدگی در تعقیب جرائم پیچیده و باجخواهی رسانه‌ای، نیاز به افزایش استقلال قوه قضاییه و تورم قوانین می باشند که این یافته‌ها نشان‌دهنده تنوع و عمق مشکلات ساختاری و محتوایی در سیستم قضایی ایران در مواجهه با جرائم اقتصادی است.

۲. بر اساس نتایج بدست آمده طبق جدول شماره ۳ و آزمون رتبه فریدمن مندرج در جدول شماره ۴ که نشان دهنده میزان اهمیت یا شدت هر چالش از دیدگاه پاسخ‌دهندگان با توجه به گزینه های موجود در پاسخ نامه است، به ترتیب سیاست‌زدگی عدالت کیفری در مقابله با جرائم اقتصادی، چالش‌های مرتبط با رسیدگی قضایی به جرائم اقتصادی و اصلاح نکردن ساختار قوه‌قضائیه از فساد اداری و اقتصادی، عدم داشتن قضات متخصص در حوزه اقتصادی و تعدد مراجع قانون‌گذاری توام با تشتت تقنینی از دیدگاه پاسخ‌دهندگان مهم‌ترین و با اهمیت ترین چالش‌ها در سیاست جنایی قضایی ایران نسبت به جرایم اقتصادی محسوب می‌شوند.

۳. در نهایت نتایج جدول و نمودار ۴ نشان‌دهنده اولویت‌بندی چالش‌های سیاست جنایی قضایی ایران در مقابله با جرائم اقتصادی است. «سیاست‌زدگی قوه قضاییه» با رتبه میانگین ۶٫۸۵ به‌عنوان مهم‌ترین مانع شناسایی شده، در حالی که «چالش‌های مرتبط با نقش رسانه» با رتبه میانگین ۳٫۵۷ کم اهمیت‌تر ارزیابی شده است. ترتیب چالش‌ها از بالا به پایین نشان‌دهنده تمرکز پاسخ‌دهندگان بر مسائل ساختاری و سیستمی مانند سیاست‌زدگی، مشکلات رسیدگی قضایی، و فساد ساختاری است. این یافته‌ها بر لزوم اصلاحات جامع در قوه قضاییه، از جمله افزایش استقلال قضایی، تقویت آموزش قضات، اصلاح قوانین، و بهبود فرآیندهای دادسرا و ضابطین، تأکید دارند. نمودار ۴ این اولویت‌بندی را به‌صورت بصری تأیید می‌کند و تفاوت‌های معنادار در اهمیت چالش‌ها را به‌وضوح نشان می‌دهد.

۴. به‌دلیل اینکه جرائم اقتصادی با سایر اشکال جرائم به‌نوعی مرتبط هستند، علی الخصوص جرائم سازمان‌یافته، ثبات و امنیت جامعه، اعتبار دموکراسی، اخلاقیات و عدالت محوری نیز در چالش هستند و بدون شک در دراز مدت ثبات و حاکمیت قانون را نیز

به چالش می‌کشند. از این رو جرائم اقتصادی را نمی‌توان یک از مسائل داخلی جوامع دانست بلکه موضوع فراملی است و می‌تواند در تمامی جوامع و اقتصاد سایر ملل نیز تأثیرگذار باشد و نیز بایستی همکاری‌های بین‌المللی و فراملی، به‌ویژه در جامعه مدنی و ارگان‌های دولتی در جهت پیشگیری و مبارزه با آن دارای اهمیت فراوانی شوند. این چالش با رتبه میانگین ۶٫۱۵ در جایگاه دوم قرار دارد. مشکلات مرتبط با حقوق داخلی، مانند پیچیدگی‌های قانونی در رسیدگی به جرائم اقتصادی، و چالش‌های همکاری‌های بین‌المللی، از جمله موانع در تبادل اطلاعات و هماهنگی با نهادهای خارجی، از عوامل کلیدی این اولویت‌بندی هستند. این رتبه نشان‌دهنده اهمیت بالای بهبود فرآیندهای قضایی و تقویت همکاری‌های بین‌المللی برای مقابله مؤثر با جرائم اقتصادی است.

Refference:

1. *Ayat, A, Pakzad, B, Alipour, H, & Saber, M. (2019). Justification of Differential Proceedings for Economic Crimes: Threat of Crime or Dangerousness of the Offender? Criminal Law Research, No. 28. (in Persian) : https://doi.org/10.22054/jclr.2019.35507.1755*
2. *Abolhasani, S, Dida, M, & Farhoud, N. (2023). Examination of Iran's Legislative and Judicial Criminal Policy in the Field of Economic Crimes with Emphasis on Islamic Jurisprudence and Iranian Law. Islamic Marketing Research, No. 4. (in Persian)*
3. *Ahmadzadeh, R, Mousavi Mojab, D, & Saber, M. (2023). Judicial Permission-Based Criminal Policy in Adjudicating the Crime of Disruption of the National Economic System. Criminal Law Review, No. 2. (in Persian) ; https://doi.org/10.22124/jol.2023.23976.2371*
4. *Aghababaei, H, & Ramazani, M. (2024). Challenges of Implementing the Principle of Judicialism: From Judges' Personal Preferences to Inefficiency of Judicial Institutions. Quarterly Journal of Research and Development in Criminal Law and Criminology, No. 2. (in Persian) ; https://doi.org/10.22034/jclc.2025.2049722.1140*
5. *Parastesh, R, Mousavizadeh M, S. (2018). Transformation of Judicial Criminal Policy in Light of the Cultural Approach. Criminal Law Review, No. 17. (in Persian) ; https://doi.org/10.22124/jol.2018.4183.1168*
6. *Pourmohammadi, R, Yousefi, M, & Abdolsaleh Shahnoosh Foroushani, M. (2021). The Impact of Judges' Social Background on Judicial Decisions. Quarterly Journal of Private Law Studies, No. 3. (in Persian) ; https://doi.org/10.22059/jlq.2021.322179.1007530*
7. *Sakiani, Z, & Vaezi, A. (2022). Evaluating the Impact of Cognitive Biases on the Quality of Justice in Criminal Court Judges' Decision-Making. Judiciary Law Journal, No. 119. (in Persian) ; https://doi.org/10.22106/jlj.2021.534564.4300*
8. *Hakimiha, S, Al-Hosseini, A-H, & Jabbargolbaghi Masouleh, A. (2022). Challenges of Iran's Judicial Criminal Policy in Confronting Crimes Disrupting the National Economic System: A Critical Approach to Selected Criminal Court Judgments. Teachings of Islamic Jurisprudence and Criminal Law, No. 3. (in Persian) ; https://www.doi.org/10.30495/jcld.2022.697147*
9. *Hakimiha, S, Al-Hosseini A-H, & Jabbargolbaghi Masouleh, A. (2020). Challenges of Iran's Legislative-Judicial Criminal Policy in Combating Crimes Disrupting the National Economic System with Emphasis on Islamic Jurisprudential Teachings. Iranian Political Sociology, 4(12). (in Persian) ; https://doi.org/10.30510/psi.2022.363975.4030*
10. *Heidarizad, A, & Fakhr, H. (2023). Extra-Legal Proceedings: A Critical Examination of the Foundations of Judicial Authorization in Light of the Constitution. Criminal Law Review, 1(27). (in Persian) ; https://doi.org/10.22124/jol.2022.22428.2302*
11. *Khodaeian Chegeni, Z. (2012). Comparative Study of Criminal Justice Institutions in France and Iran. Legal Studies Journal of Shiraz University, No. 2. (in Persian) ; https://doi.org/10.22099/jls.2013.1130*
12. *Dadkhodaei, L. (2010). The Concept of Economic Crime and Its Developments. Ta'ali-ye Hoquq, No. 6. (in Persian)*
13. *Dadkhodaei, L. (2011). Financial-Administrative Corruption and Criminal Policy Against It with Emphasis on the United Nations Convention. First Edition. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*
14. *Delmas-Marty, M. (2023). Major Criminal Policy Systems. Translated by Ali Hossein Najafi Abrandabadi. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*
15. *Rahiminejad, E. (2013). A Review of the Limitations, Obstacles, and Legal Deficiencies in Controlling Economic Crimes in Iran. In Encyclopedia of Criminal Sciences (Collection of New Articles in Criminal Sciences). Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*
16. *Rafiei, A, Alinejad, A, & Alamolhoda, H. (2024). A Legal Approach to the Transparency of Judicial-Administrative Processes in the Judiciary with Emphasis on Corruption Deterrence. Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 1. (in Persian)*
17. *Riazat, Z, & Ahmadi Nator, Z. (2024). Challenges of Confronting Economic Crimes in Iranian Criminal Law with Emphasis on Judicial Practice. Financial Law Research, No. 2. (in Persian) ; https://doi.org/10.48300/jfel.2025.499282.1048*
18. *Sayebani, A, & Ghahremani.M (2019). Comparative Study of Iran's Special Courts for Combating Economic Corruption with Emphasis on the*

Principle of Certainty in Punishment Enforcement. Criminal Law Research, No. 27. (in Persian) ; https://doi.org/10.22054/jclr.2019.39114.1845

19. *Salimi, S. (2009). Money Laundering in International Instruments and the Anti-Money Laundering Bill. Specialized Journal of Theology and Law, Razavi University of Islamic Sciences, Vol. 2, No. 4. (in Persian)*
20. *Sayarat, A. (2021). Media Coverage of Economic Crime Proceedings in Light of Fair Trial Principles. Master's Thesis in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University of Bandar Abbas. (in Persian)*
21. *Abbaszadeh Dibavar, M, Ansari, A, & Amini, M. (2019). Iran's Legislative Criminal Policy in the Criminalization of Economic Crimes. Quarterly Journal of Political and International Research, Vol. 10, No. 38. (in Persian)*
22. *Farajiha, M. (2006). Media Representation of Crime. Scientific-Research Quarterly of Social Welfare, No. 22. (in Persian)*
23. *Farhoud, N, Imani, M, & Taherinasab, Seyed Yazdollah. (2023). Comparative Study of Economic Crimes in Iranian and French Law. International Relations Research, 2(49). (in Persian) ; https://doi.org/10.22034/irr.2022.362381.2266*
24. *Ghiasi ,J. (2006). Foundations of Criminal Policy in Islamic Government. Tehran: Research Institute of Islamic Sciences and Culture. (in Persian)*
25. *Gassin, R. (1992). The Crisis of Criminal Policies in Western Countries. Translated by Ali Hossein Najafi Abrandabadi. Legal Research, No. 10. (in Persian)*
26. *Goldoust Juybari, R, Baei, A, & Gholami, H. (2020). Pathology of Iran's Criminal Policy in the Field of Economic Crimes. Private and Criminal Law Research, No. 43. (in Persian)*
27. *Lazerges, C. (2025). An Introduction to Criminal Policy. Translated by Ali Hossein Najafi Abrandabadi. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*
28. *Mahdipour, A. (2011). Differential Criminal Policy in the Realm of Economic Delinquency. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*
29. *Mousavi Mojab, D, Ahmadzadeh, R, & Saber, M. (2023). Judicial Permission-Based Criminal Policy in Adjudicating the Crime of Disruption of the National Economic System. Criminal Law Review, No. 28. (in Persian) ; https://doi.org/10.22124/jol.2023.23976.2371*
30. *Mirmohammad sadeghi, H, & Soltani Renani, A. (2023). The Security-Oriented Approach of Iran's Criminal Policy Toward Economic Crimes: Foundations and Examples. Quarterly Journal of Economic and Commercial Law Research, No. 4. (in Persian) ; https://doi.org/10.48308/eclr.2024.234569.1048*
31. *Najafi Abrandabadi, A, & Hashembeigi, H. (2024). Encyclopedia of Criminology. Tehran: Ganj-e Danesh Publications. (in Persian)*
32. *Najafi Abrandabadi, A. (1999). History of the Evolution of Criminal Law: Lecture Notes in Criminal Sciences, Master's Program, Academic Year 1999. (in Persian)*
33. *Najafi Abrandabadi, A. (2023). Criminal Policy: From Models to Movements (Preface). In Mireille Delmas-Marty, Major Criminal Policy Systems (5th ed.). Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*
34. *Najafi Abrandabadi, A. (1992). Criminal Policy. Legal Research, Nos. 11–12. (in Persian)*
35. *Nourzad, M. (2010). Economic Crimes in Iranian Criminal Law. Tehran: Jangal Publications. (in Persian)*
36. *Niazpour, A. Criminal Policy Against Economic Delinquency. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)*

Make a counterclaim in treaty-based investment arbitration

Alireza Soori[1] Hamid Reza Nikbakht[2*]

1. *Ph.D. Candidate., Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.*
2. *Professor of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. (Corresponding Author Email: hr-nikbakht@sbu.ac.ir)*

Received: 2025-12-03
Revised: 2026-01-17
Accepted: 2026-02-18
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Soori, A & Nikbakht, H,R. (2026). Make a counterclaim in treaty-based investment arbitration. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (111-131) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.96572.1502

1. INTRODUCTION

In treaty-based arbitrations, due to their specific nature, challenges arise for host states. The first challenge that host states face is to establish the competence of the agreed-upon arbitral organization or authority to hear the claims of the states, and in our case, specifically the counterclaims of the states. These challenges have become so prominent that some authors have referred to the state of counterclaims in treaty-based arbitration as a 30-year failure. This is why, as of 2010, the number of counterclaims filed by States did not exceed 25. Although the number of cases in favor of the host state has increased significantly in the last decade, there is still serious uncertainty about the fate of counterclaims in treaty-based investment arbitrations. In general, there has been much criticism of the discriminatory nature of these arbitrations by lawyers and developing countries. Detailed statistics from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), published on the Investment Policy Center website, show that as of September 2023, a total of 1,257 treaty-based investment disputes had been filed, of which 890 cases had resulted in a verdict, 343 were pending, and 24 were declared indeterminate. This statistic apparently indicates a higher number of votes in favor of the host state, but it should be noted that the initiator of the dispute in all of these cases was a foreign investor and the host state was only able to prove the claimant's innocence in them. However, the submission of counterclaims by states that place them in the position of claimant still poses serious challenges in this type of arbitration. One of the discriminations is the failure to recognize the right of governments to file counterclaims, which has become difficult to file due to technical and legal reasons and the adoption of strict viewpoints. It is obvious that before entering into the merits of each case, arbitrators seek to establish their competence, and after establishing their competence to hear the merits of a counterclaim, before entering into the merits, they must determine the relationship of the counterclaim to the original lawsuit filed by the plaintiff, so that a counterclaim can be heard. To understand the challenge of jurisdiction and admissibility, it is necessary to examine the nature of treaty-based investment arbitrations and the basis for their formation.

2. PURPOSE

This research, by examining opinions, doctrine, arbitration laws, and international rules, attempts to explain and criticize the challenges of handling counterclaims and seeks an appropriate approach for each challenge. In investment arbitration, considering the basis of their formation, the text of the arbitration clause contained in bilateral or multilateral investment treaties is the most important source of interpretation and application, and

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

it must be carefully distinguished from each other by adopting a non-strict and flexible approach, establishing the competence and admissibility of the counterclaim.

3. METHODOLOGY

In the first part of this study, the challenge of the relationship between the counterclaim and the plaintiff's main claim is examined as one of the biggest reasons for rejecting the counterclaim, and an attempt is made to describe and explain a sample of strict and flexible opinions in this field, and also to explain the approach of international laws and rules in this issue. The second part discusses the parties' consent to arbitration, or the establishment of the consent factor, and examines the specific situation of establishing consent in treaty-based arbitrations and, as a result, the jurisdiction of the arbitral tribunal, relying on international laws, opinions, rules and finally, we will see that by relying on the arguments of the arbitrators and interpretations derived from the texts of international law, the facilitating theory in the field of hearing counterclaims becomes more effective in balancing the interests of the parties in the proceedings. In the literature of ICSID arbitral tribunals, referring to Article 25 of the aforementioned Convention, arbitrators establish the subject matter and personal jurisdiction of the tribunal with a strict approach. Another issue that affects the hearing of a counterclaim is the criterion of the connection between the counterclaim and the main claim, which is addressed after the stage of determining jurisdiction. If the connection between the two aforementioned claims is not established, the arbitral tribunals issue an order not to hear the counterclaim and reject the counterclaim. The difference between these two factors in investment arbitration procedures will be explained in this study.

4. FINDINGS

The admission of counterclaims in treaty-based investment arbitrations has a special status, and arbitral tribunals must consider factors such as the consent of the parties from the perspective of establishing jurisdiction, and the sufficient connection between the main claim and the counterclaim from the perspective of establishing the admissibility and admissibility of the claim in order to hear the claim. Recognizing this and identifying the aforementioned components has not only theoretical advantages, but also practical benefits. The main component for establishing the competence of the arbitral authority to handle counterclaims is the consent of the parties to the arbitration and the scope of their consent to the counterclaim of the host state of the capital. The unique feature of treaty-based arbitration is that in the first stage, the contracting states make an offer to each other's foreign investors to refer claims to arbitration, and in the next stage, the foreign investors respond to this offer and accept it. In this method, the parties to the dispute do not directly enter into an arbitration agreement with each other. In order to initiate the arbitration process and exercise this option by foreign investors, these individuals must respond to and accept the offer contained in the treaty, in the manner foreseen in the treaty. Jurisdiction to hear the main claim raised by the claimant in arbitration does not require jurisdiction to hear the counterclaim of the host state. In order for the counterclaim to be considered by the arbitral tribunal, the arbitrators must establish their jurisdiction for these claims separately, which means that the counterclaim must be within the scope of the parties' agreement and consistent with it.

After the investment arbitration tribunal has been granted jurisdiction to hear a counterclaim, the next obstacle for host states to file a counterclaim is that the subject matter of the counterclaim must be fully related to the subject matter of the original dispute. To explain the concept of connection and its determining role in determining the admissibility of counterclaims, this section begins by distinguishing this concept from the factor of consent. The connection component in determining the admissibility of a host state's capital counterclaim varies in international arbitration practice. The lack of a precise and explicit explanation by applicable documents or existing doctrine of the connection component and its distinction from the issue of arbitral jurisdiction (consent of the parties or the consent component) has created an ambiguous situation in the hearing of counterclaims in investor-state arbitrations.

In arbitration practice, however, the distinction between the ability to be heard and the jurisdiction of the arbitration center is not clearly stated. Perhaps this is because most arbitrators consider the issue of consent and communication at the same stage and consider both factors as subsumed under jurisdiction.

Most investment treaties contain references to other laws and treaties. For example, they typically refer ar-

bitration to the UNCITRAL Arbitration Rules or the ICESCR Convention. By examining the existing arbitration practice, we find that in order to reach the scope of the parties' consent and its boundaries in treaty arbitrations, one only needs to refer to the disputed international investment treaties and interpret them in light of the Vienna Convention on Treaties. Therefore, the laws of the seat of arbitration should not be relied upon solely to determine the admissibility of counterclaims in treaty-based investment arbitrations.

5. CONCLUSION

The formation of treaty-based arbitrations follows a specific process in that the boundaries of the parties' consent to the host state's demands, as set out in bilateral investment treaties, are determined by the careful consideration of the language and tone of the bilateral investment treaties. The investor can only reject or accept the offer in its entirety and has no ability to modify the offer. Unfortunately, few bilateral investment treaties contain provisions on the subject of counterclaims. However, this does not mean that such claims are generally not admissible in such arbitrations. Arbitration practice has proven that even in cases where investment treaties do not contain a provision on counterclaims, arbitrators rule on the admissibility of counterclaims based on such treaties. Just as an investment treaty is the document on which arbitration of claims is based, its text is also used by arbitrators as a primary source for establishing jurisdiction and admissibility. Investment treaties often base arbitration on the UNCITRAL or ICSID arbitration rules. Reference to such instruments is the sole determinant of the procedural law governing the arbitration, and consideration of the text of the treaties always takes precedence over the text of the procedural law governing jurisdiction.

The second component in the admissibility and admissibility of counterclaims is "connection." This means that the counterclaim must be closely related to the original claim raised by the plaintiff. Unlike the factor of consent, which is related to the issue of the jurisdiction of the arbitral authority, the factor of the connection of the claims with each other is related to the admissibility or, as commonly expressed in domestic law, the ability to hear the claims. Unfortunately, in the case of this factor, the arbitration procedure has not functioned effectively and there is no universal standard for determining this component. Some investment treaties state that the counterclaim must arise from the subject matter of the original dispute, while others state that the two disputes must arise from a single contract, in other words, the counterclaim must have the same legal grounds as the original dispute. Others state that they must be exactly the same in terms of substantive and legal basis. Therefore, there is no single criterion for determining whether the connection between the counterclaim and the original claim is effective or close. In this regard, two approaches can be seen: one of the approaches requires the identification of the same grounds for the counterclaim and the original claim, in other words, the formal relationship between the two claims must be established. In the second approach, which is a little more lenient, it is sufficient for the counterclaim to be admissible if it originates from the same investment. Thus, given the custom of writing and the purpose of investment treaties, which rarely impose obligations on investors in order to protect them, by favoring the first approach, counterclaims will in practice be inadmissible. Although the existence of both components of consent and connection is necessary for establishing jurisdiction and the ability to hear counterclaims, naturally, examining the connection of the counterclaim with the main dispute takes place after establishing the jurisdiction of the court and determining the scope of the parties' consent, and in the first stage, the court inevitably examines the factor of consent. In general, it is recommended that host governments such as Iran use transparent language in their bilateral investment treaties and explicitly recognize the possibility of counterclaims in the text of the treaty, thereby preventing, as much as possible, the loss of their rights in treaty-based investment arbitrations. Examples of treaties such as COMISA, which explicitly include violations of the host country's domestic laws as one of the cases that puts foreign investors in a position to file lawsuits against them in competent authorities, can be a good guide if Iran had bargaining power in negotiations with a country. If Iran can include such provisions in investment treaties, it is obvious that due to the investment-friendly nature of Iran, such a provision will not often be to the detriment of its nationals. In particular, it does not seem logical to limit the right of governments to make counterclaims in a context where Iranian nationals are foreign investors.

Keywords: Counterclaim, Treaty-based arbitration, Jurisdiction to hear, competence, Capital host state.

طرح ادعای متقابل در داوری سرمایه‌گذاری معاهده محور

علیرضا سوری[1] حمیدرضا نیکبخت[2*]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۹-۱۲ | بازنگری: ۱۴۰۴-۱۰-۲۷ | پذیرش: ۱۴۰۴-۱۱-۲۹ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

در داوری‌های معاهده محور عدم احراز صلاحیت داوری و عدم قابلیت پذیرش ادعای متقابل دولت‌های میزبان سرمایه، چالش‌هایی هستند که وضعیت رسیدگی به این قبیل دعاوی را دشوار و گاه غیر ممکن می‌سازند. در بحث صلاحیت دیوان داوری، موانعی در احراز رضایت طرفین داوری یافت می‌شود و در بحث قابلیت استماع تکیه بر عامل ارتباط ادعای متقابل با دعوای اصلی خواهان است. نحوه برخورد و تفسیر داوران از شروط معاهده قابل اعمال در احراز تراضی طرفین و ارتباط ادعای متقابل و اصلی نقش کلیدی را در رویه ایفاء می‌کنند. در قوانین آیین دادرسی مدنی کشورهای مختلف، آیین رسیدگی مقرهای مهم داوری سرمایه‌گذاری و قواعد داوری‌های سازمانی و موردی امکان طرح ادعای متقابل پیش‌بینی شده است. قوانین یا قواعد داوری حاکم بر ادعای متقابل در داوری‌های معاهده محور (داوری‌های دولت-سرمایه گذار) در محدوده شروط مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری تفسیر و اعمال می‌گردد. این پژوهش با بررسی آراء، دکترین، قوانین داوری و قواعد بین‌المللی سعی در تبیین و نقد چالش‌های رسیدگی به ادعای متقابل دارد و برای هر چالش به دنبال رهیافتی مناسب است. در داوری سرمایه‌گذاری با توجه به مبنای شکل‌گیری آن‌ها، متن شرط داوری مندرج در معاهدات دوجانبه یا چند جانبه سرمایه‌گذاری مهم ترین منبع تفسیر و اعمال است و می‌بایست با اتخاذ رویکردی غیر سخت‌گیرانه و منعطف، احراز صلاحیت و قابل پذیرش دانستن ادعای متقابل به دقت از یکدیگر تفکیک گردند.

واژگان کلیدی: ادعای متقابل، داوری معاهده محور، قابلیت استماع، صلاحیت، دولت میزبان سرمایه

۱. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، گروه حقوق حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
۲. استاد، دانشکده حقوق، گروه حقوق حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
(نویسنده مسئول) hr-nikbakht@sbu.ac.ir

مقدمه

در داوری‌های مبتنی بر معاهده به واسطه ماهیت خاص آن ها چالش‌هایی بر سر راه دولت‌های میزبان سرمایه قرار می‌گیرد. چالش اولی که دولت‌های میزبان سرمایه با آن روبرو هستند احراز صلاحیت سازمان و یا مرجع داوری مورد توافق برای رسیدگی به دعاوی دولت ها و در بحث ما مشخصا ادعای متقابل دولت‌ها است. این چالش‌ها تا حدی برجسته شده که برخی از نویسندگان از وضعیت ادعای متقابل در داوری‌های معاهده محور با عنوان ۳۰ سال شکست یاد می کنند. به همین دلیل است که در دو دهه گذشته تعداد ادعاهای متقابل دولت ها از عدد ۲۵ فراتر نرفته است. (Vohryzek-Griest,2009, 83-124) با اینکه در دهه اخیر تعداد دعاوی‌ای که به نفع دولت میزبان سرمایه رای صادر شده، رشد خوبی داشته است[1] اما همچنان ابهام جدی در سرنوشت ادعای متقابل در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور غیر قابل انکار است. به طور کلی انتقادات فراوانی به تبعیض آمیز این داوری‌ها توسط حقوق‌دانان و کشور های در حال توسعه وارد شده است (Rachel, 2016, 117-19). با نگاهی به آمار کمیسیون حقوق تجارت بین الملل ملل متحد (آنسیترال)[2] به روز شده در ماه سپتامبر ۲۰۲۳ میلادی مشخص می‌شود: تعداد ۱۲۵۷ دعوای سرمایه‌گذاری معاهده محور درمجموع مطرح گردیده که ۸۹۰ پرونده به رای منتهی شده، ۳۴۳ مورد در حال رسیدگی و ۲۴ مورد نامشخص[3] عنوان شده است. در پرونده های مختومه ۳۲۱ مورد رای به نفع دولت میزبان سرمایه و ۲۴۹ مورد به نفع سرمایه گذار خارجی بوده است. (۱۲۱ مورد ادامه نیافته، ۱۷۱ مورد با توافق طرفین حل و فصل گردیده و در باقی موارد مسئولیت احراز گردیده اما هیچ‌گونه خسارتی به طرفین تعلق نگرفته است به عبارتی به نفع هیچ یک از طرفین نبوده است).[4] این آمار در ظاهر نشان از تعداد بیشتر رای به نفع دولت میزبان دارد ولی باید دانست که شروع کننده دعوا در تمامی این پرونده ها سرمایه گذار خارجی بوده و دولت میزبان تنها توانسته بی حقی خواهان را در آن ها ثابت کند اما طرح ادعای متقابل توسط دولت ها که آن ها را در مقام خواهان قرار می دهد همچنان در این نوع از داوری‌هادارای چالش‌های جدی است. یکی از تبعیض ها به رسمیت نشناختن حق دولت ها برای طرح ادعای متقابل است که به دلایل فنی و حقوقی و اتخاذ دیدگاه های سخت‌گیرانه، طرح این گونه دعاوی مشکل شده است.

بدیهی است که قبل از ورود به ماهیت هر پرونده داوران به دنبال احراز صلاحیت خود هستند و پس از اینکه صلاحیت خود را در رسیدگی به ماهیت یک ادعای متقابل احراز کردند قبل از ورود به ماهیت باید ارتباط ادعای متقابل با دعوای اصلی مطروحه خواهان را در یابند تا به این ترتیب یک ادعای متقابل قابلیت استماع بیابد. برای درک چالش صلاحیت و قابلیت استماع ناچار می بایست به سراغ ماهیت داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور و مبنای شکل گیری آن ها رفت. در قسمت اول این پژوهش چالش ارتباط ادعای متقابل و دعوای اصلی خواهان به عنوان یکی از بزرگ ترین دلایل رد ادعای متقابل مورد بررسی قرار می‌گیرد و سعی می‌شود تا نمونه آرایی از نظرات سخت‌گیرانه و منعطف در این زمینه تشریح و تبیین گردد و همچنین برخورد قوانین و قواعد بین المللی را در این مسئله بازگو نماید. در قسمت دوم به بحث تراضی طرفین بر داوری یا همان احراز عامل رضایت پرداخته می‌شود و وضعیت خاص احراز تراضی در داوری‌های معاهده محور و در نتیجه صلاحیت دیوان داوری با تکیه بر قوانین، آراء و قواعد بین المللی مورد مداقه قرار می‌گیرد و در نهایت خواهیم دید که با تکیه بر استدلال های داوران و تفاسیر مستنبط از متون قوانین بین المللی، نظریه تسهیل کننده در زمینه استماع ادعای متقابل در راستای تعادل منافع طرفین در رسیدگی ها نتیجه بخش‌تر می نماید. در ادبیات دیوان‌های داوری ایکسید با ارجاع به ماده ۲۵ کنوانسیون مذکور، داوران صلاحیت موضوعی دیوان (در مورد سرمایه‌گذاری بودن یا در ارتباط با سرمایه‌گذاری بودن ادعای متقابل دولت‌های میزبان) را با رویکردی سخت‌گیرانه احراز می نمایند که در بخش صلاحیت (تراضی طرفین داوری) قرار می گیرد. حال پیش از ورود به ماهیت و یا پس از آن. مسئله دیگر که در استماع ادعای متقابل تاثیر دارد معیار ارتباط ادعای متقابل با دعوای اصلی است که پس از مرحله احراز صلاحیت بدان پرداخته می‌شود و در صورت عدم احراز ارتباط بین دو دعوای مذکور دیوان های داوری قرار عدم استماع ادعای متقابل صادر و ادعای متقابل را رد می کنند. تفاوت این دو عامل در رویه داوری سرمایه‌گذاری در این پژوهش تبیین خواهد گردید.

---

1 *Invstmnt Policy Hub, Investmnt Dispute Settlement Navigator, updated as 31 December 2025.*

2 *UNCITRAL*

3 *Unknown*

4 *https://uncitral.un.org/*

۱. معیار «ارتباط»[5] یا تقارن اسباب دعوای اصلی با ادعای متقابل

پس از احراز صلاحیت دیوان داوری سرمایه‌گذاری در خصوص رسیدگی به دعوای تقابل، مانع بعدی بر سر راه دولت‌های میزبان برای طرح ادعای متقابل این است که باید موضوع ادعای متقابل به طور کامل مرتبط با موضوع دعوای اصلی باشد. برای تبیین مفهوم ارتباط و نقش تعیین کننده آن در قابل استماع دانستن ادعاهای متقابل این بخش با بیان تمایز این مفهوم با عامل رضایت آغاز می‌گردد. مولفه ارتباط در احراز قابلیت استماع ادعای متقابل دولت میزبان سرمایه در رویه داوری‌های بین المللی دارای تشتت است. عدم تبیین دقیق و صریح توسط اسناد قابل اعمال و یا دکترین موجود از مولفه ارتباط و تمایز آن با بحث صلاحیت داوری (تراضی طرفین یا مولفه رضایت)، وضعیت مبهمی را در استماع ادعای متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه گذار پدید آورده است. شایان ذکر است که بحث صلاحیت دیوان های داوری سرمایه‌گذاری ایکسید و غیر ایکسید (مولفه رضایت بر داوری) در بخش دوم این پژوهش مورد بررسی قرار می گیرد. به طور کلی در بحث قابلیت استماع یا پذیرش ادعای متقابل دولت میزبان در داوری‌های بین المللی دو مولفه اساسی است: شرایطی که برای استماع ادعاهای متقابل در رویه داوری به آن‌ها توجه شده است عبارتند از: ۱) ادعای متقابل باید در محدوده تراضی طرفین وارد شده باشد (بحث صلاحیت) ۲) ادعای متقابل باید ارتباط نزدیکی با دعوای اصلی داشته باشد (بحث قابلیت استماع). (Nikbakht, et al, 2013, 20)

۱-۱. مفهوم ارتباط و تمایز آن از بحث صلاحیت داوری

در پرونده شرکت سالوکا و جمهوری چک به صراحت اعلام شد که برای قانونی بودن ادعای متقابل و استماع آن باید این دعوا با دعوای اصلی ارتباط نزدیک[6] داشته باشد. در اکثر داوری‌های مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری به احکام ادعای متقابل به صورت خاص پرداخته نمی‌شود و این مسئله اغلب مسکوت است. این سکوت شاید به این خاطر است که در بیشتر موارد ادعای متقابل در همان مرحله اول دادرسی (احراز صلاحیت) رد می‌شود و دیگر به مرحله قابلیت استماع که با عامل ارتباط تلاقی پیدا می‌کند، نمی رسد. از طرفی هم در برخی از قضایا این ارتباط نزدیک نه از جانب طرفین دعوا و نه از طرف داور (دیوان داوری) مورد مداقه قرار نمی‌گیرد. تنها تعداد کمی از داوری‌هاتا به امروز مسئله ارتباط بین ادعای متقابل و دعوای اصلی را به دقت مورد بررسی قرار داده اند. در نتیجه اتخاذ رویه واحد در مورد کم و کیف این عامل بسیار دشوار است.

در مورد ارتباط بین ادعای متقابل و دعوای اصلی در قوانین ملی کشورها صحبت به میان آمده است و برای آن معیار هایی ذکر شده است.[7] برای مثال ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی ایران یکی از مولفه های استماع ادعای متقابل را ارتباط بین مورد اخیر و دعوای اصلی می‌داند. هرچند که در قانون داوری ایران چنین تصریحی وجود ندارد اما با تکیه بر وحدت ملاک ماده ۱۴۱ آیین دادرسی مدنی می توان در مورد داوری نیز چنین معیاری را جاری دانست.[8] در مبانی نظری نظام دادرسی ایران نیز علی رغم تفکیک صریح آثار و تفاوت های بحث ارتباط و صلاحیت توسط قانون‌گذار، برخی از نویسندگان به اهمیت تفکیک قرار عدم استماع و قرار عدم صلاحیت نیز پرداخته اند. در ادبیات حقوق شکلی گاه ایراد به مثابه یکی از وسیله‌های دفاعی تعریف شده که به موجب آن خوانده ادعای خواهان را ماهیتا نفی نمی کند بلکه اظهار می دارد که دعوا به نحوی که اقامه شده در خور پاسخ دادن نیست.

---

5. *Connection Factor*
6. *Close Connection*

۷. *برای مطالعه بیشتر در خصوص ماهیت و ارکان ادعای متقابل در حقوق ایران ن.ک: مجید غمامی، "دعوای متقابل"، مجله حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۶۶، (زمستان ۱۳۸۳) / محسن محبی، "دعوای متقابل در دیوان بین المللی حقوق دریاها"، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۵، (زمستان ۱۳۹۵)*

۸. *مواد دیگری از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ ه.شمسی به صورت پراکنده متضمن حکم و آثار ارتباط دعوای اصلی با دعاوی طاری است. برای نمونه ماده ۱۷ این قانون بیان می‌دارد: "... این دعوا اگر با دعوای اصلی مرتبط یا دارای یک منشا باشد در دادگاهی اقامه می‌شود که دعوای اصلی در آن جا اقامه شده است. آرای وحدت رویه نیز در برخی از موارد به عنصر ارتباط و آثار آن پرداخته اند. برای نمونه رأی وحدت رویه شماره ۷۲۲- ۱۳/۱۰/۱۳۹۰ در این خصوص مقرر می دارد که: مستفاد از صدر ماده ۲۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوّب سال ۱۳۷۹ و لحاظ مقررات قانون اعسار مصوّب سال ۱۳۱۳ این است که دعوی اعسار که مدیون در اثناء رسیدگی به دعوی داین اقامه کرده قابل استماع است و دادگاه به لحاظ ارتباط آن‌ها باید به هر دو دعوی یکجا رسیدگی و پس از صدور حکم بر محکومیت مدیون در مورد دعوی اعسار او نیز رأی مقتضی صادر نماید.*

(Matin Daftari, 1999, 249) گاه نیز هرگونه تلاش جهت ایجاد مانع موقت یا دائمی در رسیدگی به اصل و ماهیت حق به منظور بازداشتن خواهان از پیروزی را ایراد رسیدگی در نظر گرفته است. (Shams, 2014, 456) بدین ترتیب در دکترین ایراد و مانع رسیدگی را با تعریف واحدی معرفی کرده و بین آن ها تمایزی قائل نشده است. (Derakhshannia, 2013, 25) قانون آیین دارسی مدنی جدید نیز در مبحث سوم از فصل سوم به موانع رسیدگی پرداخته اما تفاوتی بین ایرادات و موانع قائل نشده است. این در حالی است که در مورد ایرادات، در صورت طرح و تشخیص ورود آن قرار رد دعوا صادر می گردد ولی در مورد مانع رسیدگی (برای نمونه عامل ارتباط) قرار عدم استماع صادر می‌شود. در خصوص لفظ «پذیرش دعوا» و «قابلیت استماع» در داوری سرمایه‌گذاری نوعا اصطلاح اول و در ادبیات دادرسی ایران نوعا اصطلاح دوم استفاده شده است. از همین رو، در این نوشته هر کجا سخن از ارتباط دعوای اصلی با ادعای متقابل است هر دو واژه قابلیت استماع (یا عدم استماع) و پذیرش دعوا (یا عدم پذیرش) به صورت جایگزین به کار گرفته شده و از طرف دیگر هر کجا تراضی طرفین و محدوده رضایت آن ها نسبت به داوری موضوع بحث بوده، اصطلاح قرار صلاحیت یا عدم صلاحیت مناسب تر تلقی شده است.

در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور ضرورت عامل ارتباط ممکن است در دو سند یافت شود: یکی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، و دیگری در قواعد حاکم بر آیین داوری. در چنین مواردی داور (دیوان داوری) سعی در اعمال قاعده به ترتیب مقرر در چنین اسنادی می‌نماید و پیروی از آن‌ها را الزامی تلقی می‌کند و آنگاه در مواردی که در هیچ یک از اسناد مرتبط با دعوا و قوانین حاکم بر آن تصریحی درباره ارتباط دعوای اصلی و ادعای متقابل و میزان این ارتباط وجود نداشته باشد، غالباً دیوان داوری عامل «ارتباط نزدیک» و رابطه تنگاتنگ بین دعوای اصلی و ادعای متقابل را ملاک عمل قرار می دهد.[۹] قبل از ورود به بحث عامل ارتباط باید خاطر نشان کرد که بر خلاف عامل رضایت که یک امر صلاحیتی محض است، عامل ارتباط به بحث قابلیت استماع دعاوی ارتباط پیدا می‌کند. دیوان بین المللی دادگستری در ماده ۸۰ قواعد رسیدگی خود بحث صلاحیت قضایی را از عامل ارتباط جدا نموده و تصریح دارد که «مولفه ارتباط» هیچ ربطی به مسائل صلاحیتی ندارد.[۱۰]

از جمله حوزه هایی که صرفاً به واسطه رویه قضایی بسط و شفافیت یافته است ماده ۸۰ قواعد رسیدگی دیوان درباره دعوای متقابل است. فی الواقع رویه قضایی به معنی اتخاذ روش و شیوه یکسان در قضایای شبیه به یکدیگر است که دیوان ملزم به تبعیت از آن می باشد. ماده ۸۰ مبین وجود حق اقامه دعوای متقابل و شرایط لازم برای طرح آن است. این ماده از جمله مواد مهم آیین دادرسی است. چراکه ضمن تدارک فرصت دفاع برای خوانده به او این امکان را می دهد که در موضع خواهان دعوای جدیدی قرار گیرد و خوانده ای که نهایت پیروزی در اختلاف برای او، اخذ رای برائت در مقابل خواهان است را تبدیل به صاحب حق جدیدی نماید. برای استفاده از این فرصت آیین دادرسی دیوان در ماده ۸۰ دو شرط را لازم می‌داند: شرط اول اینکه دعوای متقابل باید در صلاحیت دیوان باشد و شرط دوم آنکه در ارتباط مستقیم با دعوای اصلی باشد. ماده ۸۰ به همین قدر بیان اکتفا کرده و به طور دقیق جزئیات این دو شرط را بیان نکرده است؛ اما در عوض دیوان از مجرای تصمیمات خود به خوبی توانسته این دو شرط را تبیین و شفاف سازی کند و خلاء

---

۹. *رویکردی که در آرایی همچون سالوکا علیه جمهوری چک و پوشاک علیه مغولستان توسط دیوان داوری اتخاذ شد و به نظر مولفین قید «نزدیک» برای یافتن ارتباط در بررسی چنین آرایی بخصوص در مورد داوری‌های مبتنی بر معاهده سخت‌گیرانه است.*

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL (https://www.italaw.com/cases/961)

Sergei Paushok et al v The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28, April (https://www.italaw.com/cases/816)2011

10. Subsection 3. Counter-Claims Article 80: 1. The Court may entertain a counter-claim only if it comes within the jurisdiction of the Court and is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party.

2. A counter-claim shall be made in the Counter-Memorial and shall appear as part of the submissions contained therein. The right of the other party to present its views in writing on the counter-claim, in an additional pleading, shall be preserved, irrespective of any decision of the Court, in accordance with Article 45, paragraph 2, of these Rules, concerning the filing of further written pleadings.

3. Where an objection is raised concerning the application of paragraph 1 or whenever the Court deems necessary, the Court shall take its decision thereon after hearing the parties. (RULES OF COURT (1978)
ADOPTED ON 14 APRIL 1978 AND ENTERED INTO FORCE ON 1 JULY 1978).

موجود در آیین دادرسی را پرکند. (Mansourian, 2016, 124) همچنین لالیو با بررسی ماده ۴۶ کنوانسیون ایکسید[۱۱] تایید می‌کند که بحث ارتباط قانونی به موضوع قابلیت استماع بر می گردد و ارتباطی با بحث صلاحیت داوری ندارد. (Lalive et al, 2013, 7-10) در رویه عملی داوری‌هااما تفاوت بین قابلیت استماع و صلاحیت مرکز داوری به طور روشن بیان نشده است. شاید این موضوع به این دلیل است که اغلب داوران مسئله رضایت و ارتباط را در یک مرحله مورد بررسی قرار می‌دهند و هر دو عامل را زیرمجموعه صلاحیت در نظر می‌گیرند.[۱۲] اما داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور دیگری وجود دارد که در آن‌ها دیوان داوری به صراحت بحث ارتباط را به بحث قابلیت استماع گره زدند. برای مثال در پرونده «متال تک و ازبکستان» با توجه به ماده ۴۶ ایکسید بیان شد: مولفه دوم برای استماع ادعای متقابل همان ارتباط بین دعوای اصلی و ادعای متقابل است که عموماً باید جزو مسائل قابلیت استماع در نظر گرفته شود و نه جزو مسائل صلاحیت دیوان های داوری.[۱۳] در پرونده «اکسوس و ازبکستان»[۱۴] نیز تأکید شده که مولفه ارتباط توجیه کننده قابلیت استماع ادعاهای متقابل می باشد نه صلاحیت دیوان داوری. در پرونده «گوئتز و بروندی»[۱۵] نیز دیوان داوری این فاکتور را زیر مجموعه قابلیت استماع دعاوی در نظر گرفته است با این توضیح که اگر دیوان داوری برای استماع ادعای متقابل صلاحیت نداشته باشد اساسا وارد رسیدگی ماهوی نمی‌شود ولی معیار ارتباط بعد از مرحله احراز صلاحیت است و اتفاقا در بحث رسیدگی ماهوی و با توجه به واقعیات پرونده (ارتباط دعوای اصلی و ادعای متقابل) عامل ارتباط قابل احراز است.

البته مسئله قابلیت پذیرش یک امر شکلی و آیینی است ولی گاه برای احراز آن نیازمند بررسی برخی مولفه های ماهوی دعوا هستیم به ویژه وقتی قابلیت پذیرش موکول به وجود منشا واحد یا ارتباط بین دعوای اصلی و دعوای تقابل است. نحوه برخورد اسناد و معاهدات مختلف در رابطه با عامل ارتباط رویه یکسان و ثابتی ندارد. در کنوانسیون ایکسید در این باره بیان شده که الزاما می‌بایست موضوع ادعای متقابل دقیقا از همان موضوع دعوای اصلی نشات گرفته و برخاسته باشد. این لازمه که در ماده ۴۶ ایکسید بیان شده با لازمه ای که در ماده ۲۵ ایکسید برای احراز صلاحیت مرکز آمده است تفاوت دارد. ماده ۲۵ در قسمت اول بیان می‌کند که برای احراز صلاحیت مرکز داوری حتماً باید دعوا دقیقاً از سرمایه‌گذاری منبعث شده باشد.[۱۶] در نتیجه ماده ۴۶ به بحث استماع ادعای متقابل مربوط می‌شود و ماده ۲۵ به بحث صلاحیت دیوان داوری اشاره دارد.[۱۷]

شروئر نیز بر این باور است که ارتباط نزدیکی که در ماده ۴۶ ایکسید بیان شده است مربوط به بحث صلاحیت قضایی نیست و با توجه به ادبیات و لحن ماده مذکور، اینطور به نظر می رسد که عامل موجود در ماده ۴۶ باید علاوه بر فاکتور ماده ۲۵ احراز شود. (Schreuer, 2009, 751) لالیو هم در مورد تفاوت بین ماده ۴۶ و ماده ۲۵ ایکسید بیان می کند: موضوع مشابهت دعوا که در ماده

---

11. *Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counter-claims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.*
به استثنای مواردی که طرفین به طرز دیگری موافقت کرده باشند، دیوان در صورت تقاضای یکی از طرفین، به دعاوی ضمنی یا ادعاهای اضافی یا متقابل که مستقیما ناشی از موضوع اختلاف باشد نیز رسیدگی خواهد کرد، مشروط بر اینکه دعاوی مذکور در محدوده تراضی طرفین و به عبارت دیگر، در صلاحیت مرکز باشد.
12. *For example, in cases cuch as Saluka Investments B.V. v Czech Republic, (2004). UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, https://www.italaw.com/cases/961, (Accessed 19, October, 2023) and Sergei Paushok et al v The Government of Mongolia (2011). UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability. https://www.italaw.com/cases/816, (Accessed 21, September ,2023)*
13. *As a result, two conditions must be met for an ICSID tribunal to entertain a counterclaim: (i) the counterclaim must be within the jurisdiction of the Centre, which includes the requirement of consent, and (ii) it must "aris[e] directly out of the subjectmatter of the dispute", the second requirement also being known as the "connectedness" requirement. Essentially, the second requirement supposes a connection between the claims and the counterclaims. It is generally deemed an admissibility and not a jurisdictional requirement. Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, paragraph 407.*
14. *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL (https://www.italaw.com/cases/781)*
15. *Antoine Goetz et consorts v Republic of Brundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 1999 (https://www.italaw.com/cases/508)*
16. *«(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally"...*

۱۷. ماده ۴۶ کنوانسیون ایکسید

۴۶ بیان شده کاملاً متفاوت از واژه «برخاسته از همان سرمایه گذاری» است که در ماده ۲۵ ایکسید بیان شده و حتی از آن مضیق تر است. اگر این طور نبود نیازی به اضافه کردن واژه «برخاسته از همان موضوع دعوا» در ماده ۴۶ نبود زیرا با احراز صلاحیت که در ماده ۲۵ آمده بحث استماع ادعای متقابل دولت ها بدون مشکل می نمود. هیچ دلیلی وجود ندارد که بتوان با استناد به آن با جمله بالا مخالفت کرد به‌ویژه اینکه عبارت آخر ماده ۴۶ از صلاحیت مرکز داوری به صورت مستقل سخن به میان می‌آورد و ما را بر آن می دارد که در نظر بگیریم نویسندگان ایکسید در ماده ۴۶ علاوه بر مسئله صلاحیت مرکز به مسئله قابلیت استماع به صورت جداگانه پرداخته اند و این دو موضوع را کاملا از یکدیگر تفکیک نموده اند. قواعد داوری آنسیترال ۱۹۷۶ در ماده ۱۹ بیان می‌کند: «خوانده ممکن است ادعای متقابلی را که از همان قرارداد متنازع فیه برخاسته باشد، مطرح کند.»[۱۸] باید خاطر نشان کرد که با توجه به متن و هدف این قواعد نمی‌توان آن ها را به داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور تعمیم داد. به این خاطر که شروع فرایند داوری در داوری‌های معاده محور الزاما به دلیل نقض قراردادی خاص بین سرمایه گذار و دولت میزبان نیست و شاید حتی چنین قراردادی به طور کلی بین طرفین وجود نداشته باشد.

به نظر می‌رسد در داوری‌های معاهده محور که به جای تأکید بر روی واژه «قرارداد» به عنوان منبع ایجاد حق اقامه دعوا، باید بر روی «موضوع دعوا» که همان «سرمایه گذاری» است، تمرکز کرد. (zakhariy, 2009, 494)

برخلاف نسخه ۱۹۷۶ قواعد آنسیترال، در نسخه جدید این قواعد که در سال ۲۰۱۰ منتشر شد در ماده (۳)۲۱ در مورد دعاوی متقابل این‌گونه نوشته شده است: «خوانده می‌تواند در صورتی که دیوان داوری صلاحیت خودش را احراز کند اقدام به طرح ادعای متقابل نماید.»[۱۹] نسخه جدید قواعد آنسیترال لازمه «همان قرارداد» را از متن خود حذف کرده است. با توجه به ادبیات ماده می‌توان گفت: دامنه شمول ماده به قدری وسیع است که گویی نیاز به همانندی و مطابقت کامل منشا دعوای اصلی و ادعای متقابل از شرایط استماع ادعای متقابل دولت ها به حساب نمی‌آید.[۲۰] ظاهرا نویسندگان نسخه جدید قواعد آنسیترال با این تغییر خواهان رفع پیچیدگی های موجود در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور بوده و با آگاهی از مشکلاتی که متن سابق برای دولت ها در طرح ادعای متقابل ایجاد می‌کرد دست به اصلاح این قسمت از قواعد آنسیترال زده اند.

همان طور که پیشتر اشاره شد معاهدات بسیار کمی هستند که مستقیما به مسئله ادعای متقابل پرداخته باشند. اما با این وجود برخی از معاهدات جدید دست به تنظیم گری قواعد این قبیل دعاوی زده اند. برای مثال ماده ۹ (۱۹) معاهده «تی پی پی» علاوه بر اینکه به طور کلی طرح ادعای متقابل را ممکن دانسته، بیان کرده که مبنای طرح این دعاوی می‌بایست از لحاظ حکمی و ماهوی با دعاوی اصلی همخوان باشد.[۲۱]

معاهده دیگری با نام «کومیسا»[۲۲] پای را ازاین فراتر نهاده و در ماده ۲۸ بیان می‌کند که نه تنها دولت می‌تواند بر مبنای نقض تعهدات موجود در معاهده سرمایه‌گذاری ادعای متقابل طرح کند بلکه حتی در موردی که سرمایه گذاران خارجی قوانین داخلی و ملی کشور میزبان سرمایه را نقض کنند حق طرح ادعای متقابل برای دولت میزبان سرمایه وجود دارد.

18. *In his statement of defence, or at a later stage in the arbitral proceedings if the arbitral tribunal decides that the delay was justified under the circumstances, the respondent may make a counter-claim arising out of the same contract or rely on a claim arising out of the same contract for the purpose of a set-off.*
19. *The respondent may make a counterclaim or rely on a claim for the purpose of a set-off provided that the arbitral tribunal has jurisdiction over it.*
20. *United Nation Commission on International Trade Law, "Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of fiftieth session", New York branch press, 9-13 February, (2007), 31*
21. *the respondent may make a counterclaim in connection with the factual and legal basis of the claim or rely on a claim for the purpose of a set off against the claimant*
22. *COMESA, Investment Agreement for common investment area, (2007), Art.28 (9): A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages.*

۱-۲. معیار ارتباط در رویه قضایی و داوری‌های سرمایه‌گذاری

در این قسمت رویه دیوان بین المللی دادگستری[۲۳]، دیوان‌های تحت ایکسید و غیر ایکسید (داوری موردی که در بیشتر موارد، مبتنی بر قواعد داوری آنسیترال تشکیل می گردد)، داوری‌های تحت مدیریت دادگاه دائمی داوری[۲۴] و... را در خصوص مولفه ارتباط ادعای متقابل با دعوای اصلی خواهان (سرمایه گذار خارجی) بررسی و با رویکردی نقادانه نظریه تسهیل‌گر در استماع دعوای تقابل دولت‌های میزبان سرمایه را بر می‌گزینیم.

۱-۲-۱. رویه دیوان بین المللی دادگستری

همان طور که قبلاً بیان گردید، در ماده ۸۰ قواعد رسیدگی دیوان بین‌المللی دادگستری[۲۵] حکمی شبیه به ماده ۴۶ ایکسید در رابطه با ادعای متقابل آمده که مقایسه آن ها مناسب به نظر می رسد. به موجب این مقرره، دیوان بین المللی اختیار دارد تا صلاحیت خود را برای استماع ادعاهای متقابل دولت ها احراز کند به شرط آنکه موضوع اصلی ادعای متقابل با دعوای اصلی مطروحه توسط خواهان «ارتباط مستقیم»[۲۶] داشته باشد. در پرونده سکوهای نفتی بین ایران و آمریکا، دولت آمریکا در ادعای متقابل خود علیه ایران اعلام کرد که اقدامات ایران علیه اتباع آمریکا در رابطه با این موضوع ناقض قواعد حقوق بین الملل است و اقدامات دولت آمریکا علیه ایران صرفا اقدام متقابل بوده و نقض قواعد حقوق بین الملل محسوب نمی‌شود. ایران ایراد کرد که دیوان بین المللی دادگستری صلاحیت رسیدگی به ادعای متقابل آمریکا را ندارد و این گونه استدلال نمود که با توجه به دعوای اصلی که بر مبنای نقض معاهده آزادی تجارت و دریا نوردی توسط ایران)معاهده مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی بین ایران و ایالات متحده آمریکا) در دیوان بین‌المللی دادگستری طرح شده بود ارتباطی بین دعوای اصلی و ادعای متقابل آمریکا وجود ندارد زیرا اقدامات دولت آمریکا هیچ ارتباطی با تجارت یا دریا نوردی ندارد. علاوه بر این، ایران در اعتراض به ادعای متقابل آمریکا بیان داشت که به علت کلی بودن ادعای دولت آمریکا نمی‌توان ارتباط مستقیمی را بین دعوای اصلی و ادعای متقابل توجیه کرد. (Atanasova, 2012, 27) به نظر می رسد این دیوان نیز در بحث قابلیت استماع و بحث صلاحیت داوری تمایز قائل شده و به درستی این دو موضوع را از یکدیگر تفکیک نموده به این معنی که صلاحیت دیوان بر مبنای تراضی طرفین دعوا احراز گردید و سپس به دلیل نبود ارتباط مکفی بین ادعای متقابل و دعوای اصلی، از پذیرش ادعای متقابل در این دیوان خودداری شد لذا شایسته است حتی اگر در مرحله صلاحیت یا رسیدگی مقدماتی ارتباط کافی احراز نگردید، دیوان اقدام به صدور قرار عدم استماع یا همان عدم پذیرش ادعای متقابل بجای صدور قرار عدم صلاحیت نماید. این موضوع بر اموری همچون اعتبار امر مختوم و یا حقوق قابل اعتراض خوانده دعوا تاثیر گذار است.

اکثریت هیأت قضات در پرونده فوق بر این عقیده بودند که دیوان صلاحیت رسیدگی به ادعای متقابل آمریکا را دارد زیرا «آزادی دریا نوردی و تجارت» به قدری مفهوم موسعی است که موضوعات مورد ادعای آمریکا را نیز پوشش می‌دهد. همچنین مبنای قانونی هر دو دعوا یکی است و آن نقض معاهده مودت ۱۹۵۵ میلادی (معاهده مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی بین ایران و ایالات متحده آمریکا) است که بین دولت‌های ایران و آمریکا منعقد گردیده است. این طرز استدلال در پرونده نسل کشی بوسنی هرزگوین که بر مبنای معاهده نسل کشی در جریان بود مورد تایید قرار گرفته بود.[۲۷] رویکرد دیوان بین المللی دادگستری در مورد عامل ارتباط، از پرونده ای به پرونده دیگر متفاوت است ولی در اغلب قضایا دیوان بر روی معیار زمان و مکان هر دو ادعا و همچنین مشابهت مبنای قانونی آن ها تأکید دارد. برخی ارتباط مستقیم بین ادعای متقابل و دعوای اصلی را به معنای الزام همانندی هر دو ادعا در مسایل حکمی و ماهوی نمی دانند، زیرا «در همه نظام های حقوقی چه از نوع کامن لا و چه از نوع حقوق نوشته، چنانچه خوانده درصدد

---

23. *International Court of Justice (ICJ)*
24. *Permanent Court of Arbitration (PCA). (See to read more: Nikbakht, 1402, 231-245)*
25. *https://www.icj-cij.org/rules*
26. *Direct Connection*
27. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro, Dissenting opinion of Vice President Weeramantry, (1997)*

طرح ادعای متقابل بر آید، باید صلاحیت دادگاه را در استماع این دعوا نیز جدای از دعوای اصلی اثبات کند. اما این بدان معنا نیست که مبنای احراز صلاحیت برای هر دو دعوا باید دقیقا یکسان و مشابه باشد تنها کافیست از هر طریق ممکن صلاحیت دادگاه احراز شود.»[۲۸] البته باید خاطر نشان کرد همان طور که قاضی اودا در پرونده سکو های نفتی ایران بیان کرد، تفسیر بسیار موسع از ارتباط بین دعوای اصلی و ادعای متقابل می‌تواند این خطر را به همراه داشته باشد که دو دعوای کاملا متفاوت را بدون دلیل منطقی به یکدیگر مربوط کند و باعث اطاله دادرسی و یا دستیابی به حکمی غیر منطقی گردد.[۲۹]

۱-۲-۲. رویه دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده آمریکا

پس از رخداد سفارت آمریکا و در پی آن توقیف اموال ایران توسط دولت این کشور، دو دولت در سال ۱۹۸۱ میلادی معاهداتی تحت عنوان بیانیه‌های الجزایر[۳۰] برای حل و فصل اختلافاتشان امضا کردند. یکی از نتایجی که این معاهدات داشت تشکیل دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا بود.[۳۱] عمده قواعد موسس دیوان «بیانیه حل و فصل دعاوی»[۳۲] می باشد. در بند ۱ ماده ۲ این بیانیه در ارتباط با ادعای متقابل دولت‌های ایران و ایالات متحده در دعاوی اشخاص خصوصی علیه آن ها، آمده: ادعای متقابل دولت ها باید ناشی از «همان قرارداد، معامله و یا رخدادی باشد که موضوع دعوای تبعه را تشکیل می دهد.»[۳۳] برای تشخیص قابل استماع بودن ادعای متقابل در برخی از قضایا، داوران قراردادهای متفاوت و مجزا از یکدیگر را به عنوان یک معامله واحد در نظر گرفته اند و نهایتاً حکم به قابلیت پذیرش آن دعوا دادند. (Caron et al, 2006, 414) برای مثال در پرونده «شرکت وستینگ هاوس و ایران»[۳۴] دادگاه به قابلیت استماع ادعای متقابل ایران که بر مبنای قراردادی متفاوت بود رای مثبت داد. در این پرونده دعاوی اصلی خواهان مبتنی بر چهار قرارداد بود که درباره ساخت و راه اندازی تجهیزات الکترونیکی انبار مهمات بین کشور ایران و شرکت آمریکایی منعقد شده بود. این در حالی بود که ادعای متقابل دولت ایران هیچ ارتباطی به این قرارداد ها نداشت و به طور کلی کوچک‌ترین ارتباطی با انبار مهمات پیدا نمی کرد. برای دیوان داوری محرز بود قراردادهایی که مطابق با آن دولت ایران دست به طرح ادعای متقابل زده است کاملاً مجزا از قراردادهای موضوع دعوای خواهان است اما با این حال با توجه به ارتباط قوی که بین قراردادهای موضوع ادعای متقابل و قراردادهای انبار مهمات وجود داشت داوران آن‌ها را به عنوان قرارداد واحد در نظر گرفتند و نهایتاً ادعای متقابل ایران قابل استماع ارزیابی شد. (Adlam et al,1978, 105- 110) در پرونده «شرکت امریکن بل»[۳۵] سه قرارداد وجود داشت که طی آن خواهان باید در طول یک سال کاری، اعمال یکسان را برای کارفرمای خود یعنی دولت ایران انجام می داد. دعوای خواهان در دیوان داوری آمریکا مبتنی بر قرارداد دوم و سوم بود اما موضوع ادعای متقابل ایران نقض تعهدات مندرج در قرارداد اول بود. دیوان داوری در این پرونده بیان داشت: ارتباط کافی بین این سه قرارداد وجود دارد تا بتوان هر سه قرارداد را معامله واحد در نظر گرفت و در نهایت حکم به قابلیت استماع ادعای متقابل داد. باید خاطر نشان کرد ادعای متقابل می تواند مبتنی بر قرارداد یا معامله باشد اما به طور مستقیم از آن قرار داد یا معامله نشات نگیرد. در رویه دیوان داوری ایران و آمریکا به این موضوع پرداخته شده و اعلام شد هنگامی که شخصی یا شرکتی مطابق با قوانین داخلی کشور میزبان متعهد به انجام برخی از تکالیف است و هیچ گونه قراردادی در رابطه با آن تعهد بین دولت میزبان و سرمایه گذار وجود ندارد دیگر نمی‌توان چنین انگاشت که ادعای متقابل دولت ها بر مبنای نقض قوانین مالیاتی یا

28. *Oil platforms case, Separate opinion of Judge Higgins*
29. *Oil platform case, Dissenting opinion of Judge Oda, 8*
30. *Algeria Declarations*
31. *Iran-United State Claims Tribunal, About the Tribunal. www.iusct.com*
32. *Claims Settlement Declaration*
33. *Ïbid, Art 2(1): "..., and any counterclaim which arises out of the same contract, transaction or occurrence that constitute the subject matter of that national's claim, ...*
34. *Westinghouse Electric Corporation v. Iran, Case No. 389(10 May 1985), Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Cambridge University Press, vol. 8, pp. 183-188*
35. *American Bell International Inc. v. Iran, Award No. 255 (19 September 1986), Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Cambridge University Press, vol. 12, pp. 17-238.*

قوانین جزایی داخلی خود، نشات گرفته از قرارداد طرفین یا برخاسته از آن باشد.[۳۶] البته در موردی که قرارداد طرفین شامل تعهدات خاصی در مورد پرداخت مالیات و یا قسمتی از درآمد حاصل از فعالیت باشد نمی‌توان گفتار بالا را صادق دانست و باید اذعان کرد که در این موارد ادعای متقابل دقیقاً برخاسته از قرارداد موضوع دعوای خواهان است. (Nikbakht, 1402, 150-173)

رویه داوری گسترده این دیوان که تا امروز حدود سه هزار و ۹۰۰ پرونده داوری را حل و فصل نموده[۳۷] منبع بسیار خوبی در رابطه با داوری‌هایی است که در آن ها، ادعاهای متقابل دولت علیه اشخاص خصوصی، و حتی در دعاوی قراردادهایی غیر از قرارداد موضوع دعوای خواهان، مطرح و رسیدگی شده است. همچنین پرونده هایی که در آن ادعای متقابل مربوط به قوانین داخلی کشورها و نقض آن‌ها است در این دیوان مورد حکم قرار گرفته است. (Atanasova, 2012, 28) جالب توجه است که در رویه دیوان موارد ادعای متقابل در دعاوی قراردادی بین دولتین (نیز پذیرفته شده است در حالی که بند ۲ ماده ۱ (ماده (۲)۲) بیانیه حل و فصل دعاوی فقط اشاره دارد به قابل پذیرش بودن دعاوی قراردادی دولتین علیه یکدیگر (دعاوی رسمی). آخرین ادعای متقابل را دولت ایالات متحده در دعوای ایران علیه ایالات متحده در پرونده شماره ب۱ طرح نمود که مورد اعتراض دولت ایران قرار گرفت.[۳۸] دیوان به این ااعتراض رسیدگی و در سال ۲۰۰۴ بر صلاحیت کلی خود به رسیدگی بر ادعای متقابل دولت‌ها علیه یکدیگر اتخاذ تصمیم نمود. دیوان گفت که علیرغم این که در ماده (۲)۲ بیانیه حل و فصل تصریح بر پذیرش ادعای متقابل وجود ندارد، اقدامات (رویه) بعدی دولت ها (متعاقب ماده (۲)۲) این تفسیر از ماده را حمایت می کند که دیوان صلاحیت پذیرش ادعای متقابل رسمی را دارد.[۳۹] دیوان صلاحیتش در پذیرش ادعای متقابل را محدود به ادعاهای ناشی از «ترتیبات قراردادی تشکیل دهنده موضوع ادعای (دعوای) اصلی دانست.»[۴۰]

۱-۲-۳. رویه داوری‌هاتحت قواعد داوری آنسیترال

برای اولین بار یکی از دیوان های داوری تحت قواعد داوری آنسیترال -البته با نظارت دادگاه دائمی داوری[۴۱] در دعوای شرکت سالوکا علیه جمهوری چک[۴۲] بحث ارتباط بین ادعای متقابل و دعوای اصلی را به دقت بررسی و تبیین کرد. در این پرونده شرکت سرمایه‌گذاری سالوکا بی وی بخش اندکی از سهام یک شرکت دولتی در جمهوری چک را خریداری کرده بود. خواهان در این پرونده دعاوی خود را مبنی بر بازسازی و تمرکز زدایی سیستم بانکی کشور چک پس از اتمام دوره حکومت کمونیستی این کشور در سال ۲۰۰۲ به داوری سرمایه‌گذاری ارجاع داد. پس از جدایی چک از اسلواکی در سال ۱۹۹۲ میلادی، چهار بانک بزرگ تجاری در کشور چک باقی ماند. یکی از این چهار بانک به اختصار آی پی بی[۴۳] نام داشت که در کنار سه بانک دیگر بشدت درگیر مشکلات مالی و بدهی‌های هنگفت بود. یکی از سهامداران عمده این بانک نیز صندوق ملی مالکیت چک[۴۴] بود. این شرکت طی قرارداد فروش سهام در سال ۱۹۹۸ میلادی تمامی سهم خود را به هلدینگ نومورا[۴۵] (ثبت شده در انگلستان) فروخت. این شرکت نیز تمام سهام خود در آی پی بی را به هلدینگ سرمایه‌گذاری سالوکا فروخت که شرکتی ثبت شده در کشور هلند بود. ادعای خواهان در این پرونده مربوط به فروش اجباری سهام بانک مذکور به یکی دیگر از چهار بانک مذکور به نام سی اس اُ بی[۴۶] بود که طی آن شرکت سالوکا دولت چک را به نقض ماده ۳ و ۵ معاهده هلند با چک متهم کرد. به نظر این شرکت اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز دولت چک نوعی سلب

---

36. *Ibid.*

۳۷ همان.

38. *Iran v. United states (Case B1), Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Cambridge University Press, 2009, vol.38., p.77*
39. *Ibid, at para. 134: "...However, the subsequent practice of the parties clearly supports interpreting Article II paragraph 2 of the Claims Settlements Declaration as providing the Tribunal with jurisdiction to entertain official counterclaims."*
40. *Ibid, at para. "139. The Tribunal finds that its jurisdiction ove official counterclaims is limited to the counterclaims arising out of the contractual arrangements forming the subject matter of the main claim.*
41. *Permanent Court of Arbitration*
42. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL (https://www.italaw.com/cases/961)*
43. *Investicni Postovni Bank (IPB)*
44. *Czeck National Property Fund (NPF)*
45. *Nomura Group*
46. *Československá Obchodní Banka (CSOB)*

مالکیت و نقض رفتار منصفانه و عادلانه است.[۴۷] این در حالی بود که دولت چک مبتنی بر نقض قواعد بانکی، رقابتی و مالیاتی توسط خواهان، ادعاهای متقابلی مطرح کرد. این دیوان داوری با وجود تلقی شمول قلمرو شرط داوری بر دعوی، نهایتاً ادعای متقابل دولت چک را به دلیل عدم وجود ارتباط کافی با دعوای اصلی رد کرد. رویه داوری نشان می دهد تا کنون تلاش بین المللی جدی و همه شمول در راستای تعریف دقیق عوامل قابلیت استماع ادعای متقابل وجود ندارد و مراجع داوری در این زمینه موفق عمل نکرده اند. در این رای می توان به وضوح شاهد تکیه داوران بر رویه ایکسید و دیوان داوری ایران و آمریکا خصوصاً پرونده وستینگ هاوس[۴۸] و پرونده امریکن بل[۴۹] بود که تأکید هر دوی آن‌ها به عدم استماع ادعاهای متقابل مرتبط با قوانین داخلی کشور های ایران و آمریکا بود و نه موضوع اصلی ادعا.

در رد ادعای متقابل دولت چک، داوران بیان کردند که عدم تطابق با قوانین ملی و نقض حقوق و تعهداتی که به عنوان قوانین داخلی جمهوری چک به اتباع آن کشور تحمیل می‌شود صرفا در محدوده صلاحیت قضایی دادگاه همان کشور است. در ادامه بیان شد که موضوعات مطرح شده در ادعای متقابل باید از طریق رویه های مناسب پیش بینی شده در قوانین ملی جمهوری چک پیگیری شود و نه از طریق روش‌های حمایتی خاص که در معاهده سرمایه‌گذاری پیش بینی شده است. در راه رسیدن به این نتیجه داوران استدلال کردند که به هیچ وجه نمی توانند موضوع ادعای متقابل با دعوای اصلی را به عنوان یک کل واحد به حساب آورند و آن‌ها را دارای یک ریشه و منبع بدانند. این دیدگاه سخت‌گیرانه هنگامی که بحث از داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور است منطقی به نظر نمی رسد و استدلال دیوان از دو منظر قابل انتقاد است: یکی اینکه در اکثر داوری‌های معاهده محور، همانندی سبب قانونی بین ادعای متقابل با دعوای اصلی قابل پیش‌بینی نیست و ثانیاً اینکه بتوان به بهانه مبتنی بودن ادعاهای متقابل به قوانین داخلی دولت‌های سرمایه گذار، به طور کلی عامل ارتباط بین ادعای متقابل و دعوای خواهان را زیر سوال برد، در هیچ یک از قوانین و اصول مرتبط با سرمایه‌گذاری دیده نشده و منطقی به نظر نمی‌رسد. در داوری‌های معاهده محور، اتخاذ چنین دیدگاهی می تواند هر زمان که داوری بر مبنای نقض یکی از اصول معاهده شکل گرفته است به طور کلی دولت‌های میزبان سرمایه را از طرح ادعای متقابل محروم سازد. انتقاد وارد بر رأی پرونده سالوکا این است که در این رای اصلاً توجهی به ویژگی‌های منحصر به فرد داوری‌های معاهده محور نشده و داوران تفاوتی بین رویه داوری قرارداد محور با معاهده محور قائل نشده اند. انتقاد دیگری که به این حکم وارد است این است که رد ادعای متقابل دولت ها صرفاً به این دلیل که بر مبنای قوانین داخلی شان بوده است و ارتباط کافی با دعوای اصلی خواهان ندارد در هیچ یک از پرونده های داوری گذشته و یا قوانین داوری موجود نیست. در پرونده سالوکا داوران به آرایی تکیه داشتند که در آن‌ها ادعاهای متقابل دولت ها برمبنای تکالیفی طرح شده بود که در قوانین داخلی شان یافت می‌شد مانند قوانین مالیاتی. یکی از این قضایا که دیوان داوری به آن استناد کرده است «پرونده شرکت آمکو و اندونزی» است که در ایکسید توسط شرکت آمکو مطرح شده بود که در قسمت رویه مرکز ایکسید به ذکر آن خواهیم پرداخت. به نظر می رسد داوران در پرونده سالوکا این استدلال را به طور کلی در تمام مواردی که ادعای متقابل بر مبنای قوانین ملی شکل گرفته است تعمیم دادند و در تشخیص اینکه چنین حکمی در چه فضایی صادر شده است دچار اشتباه شده اند و اتخاذ چنین رویکردی به شدت سخت‌گیرانه می‌نمایند.

---

47. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL (https://www.italaw.com/cases/961)*
No 9: In accordance with the amended timetable, the Claimant filed its Memorial on 15 August 2002. In its Memorial the Claimant explained that the claims being submitted to arbitration arose out of events consequent upon the reorganisation of the Czech banking sector after the centralised banking system of the Communist period had come to an end. .....
No 10: Subsequent events resulted, so the Claimant asserts, in the forced administration of IPB and the subsequent sale of its assets to another of the four major Czech commercial banks, Ceskoslovenská obchodní banka, a.s. ("CSOB") .....
48. *Westinghouse Electric Corporation v. Iran, Case No. 389(10 May 1985), Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Cambridge University Press, vol. 8, pp. 183-188*
49. *American Bell International Inc. v. Iran, Award No. 255 (19 September 1986), Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Cambridge University Press, vol. 12, pp. 17-238*

علی رغم انتقاداتی که به رای داوران و استدلال آن ها در پرونده سالوکا وارد بود، در سال ۲۰۱۱ در رای مربوط به صلاحیت و مسئولیت پرونده «شرکت پوشاک علیه مغولستان»[۵۰] بار دیگر همان استدلال توسط داوران مورد استناد قرار گرفت. خواهان در این دعوا یک سرمایه گذار روس بود که بر روی معادن طلا در مغولستان کار می‌کرد. وی ادعا نمود که دولت مغولستان معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه بین روسیه و مغولستان را زیر پا گذاشته و با اضافه کردن مالیات بر سود و همچنین گرفتن مبلغ اضافی از کارگران خارجی در عمل معاهده مذکور را نقض کرده است. دولت مغولستان هم هفت ادعای متقابل را در زمینه های مختلف مثل فرار مالیاتی، عدم تصفیه کارگران، تبانی برای فرار از مالیات، نقض قرارداد لیسانس در مورد استخراج طلا، نقض قوانین محیط زیستی و همچنین قاچاق دارو علیه شرکت پوشاک مطرح کرد. (Kendra,2013,583) شرط حل و فصل اختلاف موجود در معاهده سرمایه‌گذاری روسیه و مغولستان به قدری موسع بود که همچون پرونده سالوکا و دقیقا با همان استدلال داوران صلاحیت خود را برای رسیدگی به چنین دعوایی احراز کردند اما در ادامه به دلیل عدم احراز عامل ارتباط در این پرونده قابلیت استماع ادعای متقابل مغولستان را رد کردند: "برای تشخیص اینکه آیا دیوان صلاحیت رسیدگی به ادعای متقابل را دارد باید ارتباط نزدیکی بین ادعای متقابل و دعوای اصلی احراز شود در غیر این صورت موضوع باید با توجه به قوانین داخلی کشور میزبان حل و فصل گردد.» در پرونده پوشاک همانند پرونده سالوکا داوران معتقد بودند که موضوعات مرتبط با قوانین داخلی دولت‌های میزبان نمی‌تواند ارتباط نزدیکی با دعوای خواهان داشته باشد. در پاسخ به یکی از ادعاهای متقابل مربوط به قوانین مالیاتی دیوان داوری بیان داشت: «تمامی این موارد کاملاً در محدوده صلاحیت انحصاری دادگاه‌های ملی مغولستان است و قانون حاکم بر آن‌ها حقوق عمومی موجود در کشور مغولستان است و هیچ گونه رابطه نزدیکی بین دعوای خواهان و چنین ادعای متقابلی وجود ندارد.»[۵۱] این طرز استدلال این نتیجه را در پی دارد که هر گونه ادعای متقابلی که از معاهده سرمایه‌گذاری و یا حقوق بین الملل نشات نگرفته باشد قابلیت استماع خود را کاملاً از دست می‌دهد.

۱-۲-۴. رویه ایکسید

در پرونده آمکو علیه اندونزی[۵۲] این کشور هم ادعای متقابلی مطرح کرد مبنی بر آنکه شرکت آمکو در زمان سرمایه‌گذاری تخلفاتی نسبت به تادیه مالیات خود به دستگاه‌های دولتی داشته است و خواهان اعاده مبالغی شده بود که از طریق فرار مالیاتی نصیب شرکت آمکو گشته بود. دادگاه نهایتاً ادعای متقابل اندونزی را با این استدلال رد کرد: «دادگاه باید بین حقوق و تعهداتی که با توجه به قوانین داخلی دولت ها برای اتباع آن‌ها پیش بینی شده است و حقوق و تعهدات سرمایه گذاران که بر مبنای قرارداد سرمایه‌گذاری با دولت میزبان ایجاد می‌شود تفاوت قائل شود. بنابراین دعاوی اخیر باید با توجه به ماده ۲۵ معاهده سرمایه‌گذاری به داوری‌های موردی مبتنی بر قوانین آنسیترال ۱۹۷۶ ارجاع داده شوند و دعاوی مرتبط با قسمت اول از طریق رویه های مناسبی که در قوانین داخلی دولت میزبان پیش بینی شده است پیگیری گردد». استدلال دیوان داوری در رای آمکو و اندوزی حاوی این نکته بود که تعهد شرکت آمکو به پرداخت مالیات کاملاً مرتبط با تکالیف پیش‌بینی شده در قوانین ملی اندونزی است و هیچ‌گونه صحبتی از آن در قرارداد سرمایه‌گذاری به میان نیامده است.[۵۳] همچنین این تعهد مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری این شرکت در کشور میزبان نیست. همان طور که در رأی بیان شد عدم قابلیت استماع ادعای متقابل دولت اندونزی به دلیل نبود ارتباط کافی بین این دعوا و دعوای اصلی نبود، بلکه به این دلیل بود که مطابق با ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید که «دعوا باید از سرمایه‌گذاری نشات گرفته باشد»، ادعای متقابل دولت اندونزی از سرمایه‌گذاری نشات نگرفته بود. به این معنی که اگر دعاوی مالیاتی مرتبط با سرمایه‌گذاری باشد و یا از آن‌ها نشات گرفته باشد می‌تواند قابلیت رسیدگی پیدا کند. این در حالی بود که ادعای اندونزی ربطی به سرمایه‌گذاری شرکت آمکو نداشت. به طور خلاصه پافشاری داوران در پرونده آمکو به اینکه برای احراز عامل ارتباط بین ادعای متقابل و دعوای اصلی، می‌بایست این دعوا با ادعای متقابل دارای سبب قانونی مشترک باشد توجیه منطقی ندارد. از طرفی اعتقادشان به اینکه قوانین داخلی دولت‌ها هیچگاه نمی‌تواند مبنای طرح ادعای متقابل شود، صحیح نیست و به طور کلی طرح چنین دعاوی را غیر ممکن می سازد. به نظر می رسد

50. *Puashok v Mongolia, Award on Jurisdiction and Liability, UNCITRAL, (2011)*
51. *Ibid.*
52. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1 (https://www.italaw.com/cases/3475)*
53. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, P 565.*

نحوه نتیجه گیری دیوان داوری در این پرونده بیشتر با تکیه بر تفسیر رایج در داوری‌های تجاری بود تا مبنی بر مقتضیات داوری سرمایه‌گذاری معاهده محور.

رأی صادره در «پرونده شرکت گوئتز و بروندی»[۵۴] رویکرد بهتری را نسبت به موضوع ادعای متقابل اتخاذ کرده است. گوئتز شرکتی در خاک جمهوری بروندی به ثبت رساند تا از طریق آن به تولید و تجارت فلزات گران‌بها در آن کشور بپردازد. خواهان در این پرونده معتقد بود که دولت بروندی با اقداماتی که انجام داده شرایط قرارداد سرمایه‌گذاری را نقض و به سودآوری این شرکت لطمه وارد کرده است. به علاوه برخی دیگر از شرکت‌هایی که خواهان در آن‌ها سهام داشت از جمله «بانک آفریقایی تجارت» مورد مصادره قرار گرفت. جمهوری بروندی در ادعای متقابل خود بیان داشت که «بانک آفریقایی تجارت» از تعهداتی که در مجوز فعالیت آن‌ها ذکر شده است سرپیچی کرده است. دولت بروندی مدعی بود بانک مذکور مرتکب فرار مالیاتی شده است و با تفاوت رفتاری که نسبت به اقدامات همین بانک در منطقه آزاد اقتصادی وجود داشت، این بانک را متهم به نقض قواعد حقوق رقابت و ایجاد انحراف در بازار کرد. داوران علاوه بر اینکه صلاحیت خود را در رسیدگی به ادعای متقابل احراز کردند، این دعاوی را با این استدلال مرتبط با دعوای اصلی خواهان دانستند: «در پرونده حاضر ارتباط بین ادعای متقابل و دعوای اصلی محرز است. دعوای خواهان در رابطه با بانک آفریقایی تجارت در پی تعلیق گواهی عملیات این بانک در منطقه آزاد صورت گرفته است و بسته شدن بانک در نتیجه نقض تعهدات گواهی مذکور بوده است ادعای متقابل دولت هم درباره تبعیض همان بانک در اجرای گواهی فوق بوده است بنابراین می توان موضوع اصلی ادعای متقابل را مرتبط با موضوع دعوای خواهان دانست و به قابلیت استماع آن رای مثبت داد.» با این استدلال در رای صادره در پرونده گوئتز بیان شد که ادعای متقابل و دعوای اصلی با اینکه مربوط به اقدامات و تعهدات متفاوتی بودند بازهم می‌توان وجود رابطه بین آن ها را احراز کرد.[۵۵]

۲. عامل «رضایت» یا نحوه ایجاب و قبول

این قسمت پژوهش عامل رضایت[۵۶] در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور را مورد مداقه قرار می‌دهد که به تعبیری یک پیش شرط برای احراز صلاحیت داوری است. همان طور که در قسمت قبلی بیان شد این پژوهش تأکید دارد که بحث رضایت طرفین زیر مجموعه بحث صلاحیت[۵۷] است و ارتباطی به مسئله قابلیت پذیرش یا همان قابلیت استماع دعوا[۵۸] ندارد.

۲-۱. ایجاب دولت متعاهد

داوری نهاد حل و فصل اختلافی است که کاملا بر مبنای رضایت طرفین دعوا شکل می‌گیرد. (Cordero-moss, 2014, 211) به این معنی که مبتنی بر ایجاب و قبول است و در صورت نبود این ایجاب و قبول و حاصل نشدن توافق، داوری شکل نمی‌گیرد. مطالعه تطبیقی نظام های حقوق ملی و اسناد داوری به خوبی این نکته را تایید می کند. (Junidi, 1999,45) در داوری‌های سرمایه‌گذاری قرارداد محور ایجاب و قبول وضعیت بسیار روشنی دارد به این ترتیب که طرفین بر مبنای شرط داوری مندرج در متن قرارداد یا با قراردادی جداگانه این توافق را تشکیل می دهند. (Nikbakht, 1402, 231-245) در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور نحوه رسیدن به توافق داوری بین دولت میزبان و سرمایه گذاران خارجی به طور کلی متفاوت از داوری‌های قرارداد محور است. در داوری معاهداتی دولت میزبان و سرمایه گذاران خارجی الزاما وارد قراردادی نمی شوند که فرایند داوری را طلب کنند و اساسا در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، طرف قرارداد دولت میزبان سرمایه، دولت متبوع سرمایه گذار خارجی است نه خود سرمایه گذار خارجی. در داوری‌های معاهده محور حتی در صورت عدم وجود قرارداد داوری بین دولت میزبان و سرمایه گذار، سرمایه گذار خارجی می‌تواند بر مبنای شروط مندرج در معاهده دولت متبوع خود با دولت میزبان فرایند داوری را طلب کند. (Campbell, 2017,140-170) این سیستم

54. *Antoine Goetze consorts v Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, (1999)*
55. *Ibid, at P285.*
56. *Consent Factor*
57. *Jurisdiction*
58. *Addmissibility*

که سابقه چندانی در حقوق بین الملل ندارد «داوری بدون قرارداد مشخص» نامیده می‌شود. (Figanmese, 2011, 193) در قدم اول تشکیل داوری‌های معاهده محور، دولت ها ایجاب داوری را در معاهدات سرمایه‌گذاری می‌گنجانند. (Fredric et al, 2010, 2) با این توضیح فرایند داوری‌های معاهده محور چند مرحله ای است و مرحله اول آن با بیان ایجاب توسط دولت ها در معاهدات سرمایه‌گذاری شکل می‌گیرد و سپس با الحاق قبول سرمایه گذاران خارجی تکمیل می‌گردد.

۲-۲. قبول سرمایه گذار خارجی

برای شروع فرایند داوری به طرفیت دولت میزبان سرمایه، سرمایه گذار خارجی باید ایجاب مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری را پاسخ داده و قبول کند. شرط حل و فصل اختلافات موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری چیزی بجز ایجابی ساده نیست و تا زمانی که قبول سرمایه گذار به آن ملحق نشود هیچ‌گونه قدرت الزام آوری پیدا نمی‌کند. به طور خلاصه برای احراز صلاحیت داوری باید ایجابی که توسط دولت‌ها در معاهدات گنجانده شده به طور کامل مورد قبول سرمایه گذاران خارجی قرار گیرد. رسیدن به توافق در مورد داوری و صلاحیت رسیدگی به دعوای اصلی خواهان به این معنی نیست که دیوان صلاحیت رسیدگی به ادعای متقابل دولت ها را نیز الزاما دارد. به عبارت دیگر صلاحیت رسیدگی به ادعای متقابل دولت ها بستگی به میزان رضایت و دامنه توافق طرفین دارد.

۲-۳. میزان رضایت طرفین و احراز صلاحیت در داوری سرمایه گذاری

زمانی که داوری در موضوع متنازع فیه نیاز به رضایت طرفین دارد، استماع ادعای متقابل دولت ها نیز به طریق اولی باید در محدوده رضایت مذکور قرار گیرد. چیزی که عامل رضایت در معاهدات سرمایه‌گذاری را خاص می‌کند رضایت با دامنه محدود از یک سو و عدم تقارن بین میزان رضایت طرفین داوری از سوی دیگر است. (Campbell, 2017,164-167) با این توضیح که دولت میزبان به عنوان ایجاب کننده داوری، قواعد بازی را خود تعیین می‌کند و ابتکار عمل در دست او است. در واقع دولت ها با لحن و ادبیاتی که در معاهده به کار می‌گیرند موسع بودن ایجاب یا مضیق بودن آن را تعیین می‌نمایند.[۵۹] این ایجاب در استماع ادعای متقابل دولت ها نیز تاثیر گذار است. در صورتی که دولت میزبان بخواهد ادعای متقابلی مطرح کند باید این دعوا در محدوده رضایت طرفین نسبت به ارجاع به داوری قرار گیرد. دیوان داوری در رای پرونده روسالیز و رومانی[۶۰] بیان داشت: رضایت سرمایه گذار خارجی در داوری‌های معاهده محور تنها زمانی ادعاهای متقابل را هم پوشش می دهد که این رضایت برای استماع ادعاهای متقابل دولت ها نیز منطبق با ایجاب دولت میزبان در معاهده سرمایه‌گذاری باشد.[۶۱] رای پرونده متال-تک و ازبکستان[۶۲] دیوان داوری اعلام کرد: محدوده ایجاب دولت ها در متن معاهده تعریف می‌شود، خصوصا در شرط حل و فصل اختلاف معاهده. وقتی که سرمایه گذار خارجی داوری را شروع می‌کند عملا قبول شرط داوری معاهده را با همان کیفیتی که در معاهده مشخص شده است، می‌پذیرد.[۶۳] با توجه به مطالب ذکر شده باید نتیجه گرفت که اگر دولتی درصدد مطرح کردن ادعای متقابل باشد باید رضایت طرفین بر ادعای متقابل را هم ثابت کند.

تغییر در ایجاب دولت ها با این مضمون که دولت‌ها توانایی طرح ادعای متقابل در داوری را نداشته باشند تغییری اساسی به حساب

59. *Andra Steingruber, "Antonie Goetz and Others v Republic of Burundi: Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-Based ICSID Arbitration", case comment, ICSID Review 28, No. 2,)2013(, 299*
60. *Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011 (https://www.italaw.com/cases/927)*
61. *Ibid at 866. "It is not disputed that Respondent expressed its consent to arbitration in the BIT and that Claimant accepted Romania's offer to arbitrate. Contrary to Claimant however, Respondent considers that such consent included consent to arbitrate counterclaims. Whether it is so must be determined in the first place by reference to the dispute Resolution clause contained in the BIT. The investor's consent to the BIT's arbitration clause can only exist in relation to counterclaims if such counterclaims come within the consent of the host State as expressed in the BIT."*
62. *Metal-Tech Ltd v Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, Oct 4, 2013 (https://www.italaw.com/cases/2272)*
63. *Ibid at 409. "In treaty arbitration, consent is achieved by the respondent State making an offer to arbitrate when ratifying the investment treaty and the investor accepting that offer in principle when filing the request for arbitration. The scope of the State's offer is defined in the investment treaty, in particular in the dispute resolution clause of that treaty. When he initiates an arbitration under the treaty, the investor accepts the offer within the scope defined in the treaty. If he chooses to resort to ICSID arbitration as one of the dispute settlements options in the treaty, the investor also accepts the conditions set in the ICSID Convention and Arbitration Rules."*

می آید زیرا در این صورت یکی از حقوق اساسی طرفین در داوری خدشه دار شده است به این معنی که دولت‌ها را از حقوق اساسی خود که همان اقامه دعوا علیه خواهان در روند دادرسی است، محروم می سازد. به طور خلاصه دولت‌ها نقش اساسی در تعیین مرزهای رضایت به داوری دارند و با ایجابی که در معاهدات سرمایه‌گذاری به سرمایه‌گذاران یکدیگر می‌دهند، می‌توانند در تعیین محدوده تراضی طرفین داوری تعیین کننده باشند. زیرا قبول سرمایه گذاران تنها می تواند مطابق با آن ایجاب باشد و هر گونه تغییر در آن به منزله طرح ایجاب متقابل و رد ضمنی ایجاب قبلی است. بدین ترتیب، سرنوشت دعوای اصلی و البته ادعای متقابل کاملا وابسته به تفسیری است که داوران از معاهدات سرمایه‌گذاری می‌کنند. به این معنی که داوران با در نظر گرفتن متن معاهدات سرمایه‌گذاری در می یابند که آیا این ایجاب شامل ادعاهای متقابل دولت ها می‌شود یا خیر.

در صورتی که لفظ ادعای متقابل در معاهدات سرمایه‌گذاری آورده شده باشد هیچ پیچیدگی در احراز صلاحیت برای رسیدگی به ادعای متقابل وجود نخواهد داشت.

در این حالت خواهان نمی تواند به بهانه اینکه ادعای متقابل در محدوده رضایت وی نیست از فرایند داوری سرباز زند. مشکل جایی آغاز می‌شود که معاهدات سرمایه‌گذاری هیچ‌گونه اشاره صریحی به ادعاهای متقابل نداشته باشند.[۶۴] مرجع رسیدگی برای تفسیر قاعده موجود در معاهدات نباید غیر منعطف عمل کند به این معنی که حتی در صورتی که ادبیات معاهده به صورت صریح به قابلیت استماع ادعای متقابل اشاره نکرده باشد بازهم می توان قبول این دعاوی را تفسیر کرد.[۶۵] مثلا در موردی که ادبیات ماده بیان می‌کند: تمامی دعاوی حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی قابلیت ارجاع به داوری سرمایه‌گذاری را دارند، این شرط حل و فصل اختلاف توانایی تفسیر موسع را داشته و می‌توان ادعاهای متقابل دولت ها را نیز داخل در محدوده تراضی طرفین دانست و از آن تفسیر کرد. به طور کلی توصیه می‌شود که در جریان تنظیم معاهدات از الفاظ شفاف که قابلیت رسیدگی به ادعاهای متقابل دولت‌های میزبان سرمایه را نیز فراهم میآورد، استفاده گردد تا در تفسیر معاهدات توسط داوران، ادعاهای متقابل دولت ها هم در محدوده تراضی طرفین قرارداد داوری قرار بگیرد.

۲-۴. عامل تراضی در رویه داوری

همان طور که قبلاً بیان گردید، یکی از داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور که در آن به صلاحیت رسیدگی به ادعای متقابل و قابلیت استماع آن اشاره شده بود، پرونده «پرونده شرکت سالوکا و جمهوری چک»[۶۶] بود که دیوان با استناد به متن معاهده سرمایه‌گذاری بین دولت چک و هلند تفسیری از این معاهده ارائه داد که طبق آن رضایت طرفین بر داوری شامل ادعای متقابل نیز بود. داوران در این پرونده بیان داشتند که هر چند در ماده ۸ معاهده تصریحی به مباحث مربوط به قابلیت رسیدگی و استماع ادعای متقابل نشده بود اما با توجه به ادبیات این ماده که از عبارت «همه دعاوی مربوط به سرمایه گذاری» استفاده کرده است می‌توان نتیجه گرفت که این ایجاب شامل ادعاهای متقابل دولت ها در روند داوری است.

در پرونده پوشاک و مغولستان[۶۷] داوران دیدگاه مشابهی را اتخاذ کردند. این دعوا مربوط به عملیات استخراج طلا توسط شرکت روسی در مغولستان بود که با مشکل روبه رو شد و شرکت روسی بر مبنای معاهده سرمایه‌گذاری بین دولت‌هایروسیه و مغولستان دعوای خود را به داوری ارجاع داد. داوران در این پرونده همچون پرونده سالوکا استدلال کردند که کلمه «دعاوی» به صورت عام در معاهده ذکر شده است و می توان آن را به ادعاهای متقابل نیز تعمیم داد و بر خلاف اعتراض خواهان دعوای اصلی، دیوان داوری صلاحیت خود را در رسیدگی به ادعای متقابل نیز احراز کرد.

---

۶۴. معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و کره جنوبی (۱۳۷۷)، معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری دوجانبه ایران و ترکیه (۱۳۷۵)، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری فرانسه و مکزیک (۱۳۷۷)، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده آمریکا و اروگوئه (۱۳۸۴).

65. Saluka v Czech Republic & Paushak v Mangolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and liability, (2011).

66. Saluka v Czech Republic & Paushak v Mangolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and liability, (2011).

67. Sergei Paushok et al v The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28, April (https://www.italaw.com/cases/816)2011

رای دیگری که درآن داوران دست به تفسیر موسع معاهده زده و نتیجتاً ادعای متقابل را پذیرفتند پرونده «متال تک و ازبکستان»[۶۸] بود. این دعوا بین اطراف قرارداد همکاری مشترک تجاری (جوینت ونچری) که برای تولید یک نوع محصول شیمیایی در ازبکستان تشکیل شده بود رخ داد. خواهان که یک شرکت اسراییلی بود به استناد معاهده بین اسرائیل و ازبکستان مدعی نقض قاعده رفتار استاندارد حداقلی[۶۹] توسط دولت ازبکستان بود و در مقابل دولت ازبکستان با استناد به رفتار غیر متعارف و زیان زننده شرکت متال تک، خواستار طرح ادعای متقابل بود. لفظ موجود در معاهده «هرگونه دعوای سرمایه گذاری» بود و داوران در رأی خود از آن نتیجه گرفتند که این طرز نگارش ماده به قدری موسع است که می تواند ادعاهای متقابل دولت ها را نیز شامل شود هرچند که دیوان در نهایت ادعای متقابل ازبکستان را بر مبنای مسائل ماهوی رد کرد.[۷۰]

باید توجه داشت که اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری ارجاعاتی به دیگر قوانین و معاهدات دارند. مثلاً به طور معمول داوری را به قواعد داوری آنسیترال و یا کنوانسیون ایکسید ارجاع می دهند. با بررسی رویه داوری موجود در می یابیم که برای دستیابی به محدوده تراضی طرفین و مرزهای آن در داوری‌های معاهده ای، تنها باید به معاهدات سرمایه‌گذاری بین المللی متنازع فیه مراجعه و آن ها را در پرتو کنوانسیون معاهدات وین تفسیر کرد. بنابراین، برای تعیین قابلیت رسیدگی و استماع ادعاهای متقابل در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور نباید صرفا به قوانین مقر داوری تکیه کرد.

نتیجه

این پژوهش نشان می دهد که پذیرش ادعاهای متقابل در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور وضعیت ویژه ای دارد و دیوان های داوری برای رسیدگی به این دعاوی باید عواملی مانند رضایت طرفین را از منظر احراز صلاحیت، و ارتباط کافی بین دعوای اصلی و ادعای متقابل را از منظر احراز قابلیت پذیرش و استماع دعوی مورد بررسی قرار دهند. تشخیص این امر و شناسایی مولفه های مذکور علاوه بر مزیت های نظری، فواید عملی نیز دارد. مولفه اصلی برای احراز صلاحیت مرجع داوری جهت رسیدگی به ادعاهای متقابل، رضایت طرفین داوری و شمول محدوده تراضی آن‌ها نسبت به ادعای متقابل دولت‌های میزبان سرمایه است. ویژگی منحصر به فرد داوری‌های معاهده محور، این است که در مرحله اول دولت‌های طرف معاهده، ایجابی را مبنی بر ارجاع دعاوی به داوری به سرمایه گذاران خارجی یکدیگر ارایه می‌دهند و در مرحله بعد سرمایه گذاران خارجی به این ایجاب پاسخ گفته و آن را قبول می‌نمایند. در این روش طرفین دعوا مستقیما وارد قرارداد داوری با یکدیگر نمی شوند. برای شروع فرایند داوری و استفاده از این اختیار توسط سرمایه گذاران خارجی این افراد باید به ایجاب موجود در معاهده، به روش پیش بینی شده در معاهده، پاسخ داده و آن را قبول کنند. احراز صلاحیت برای رسیدگی به دعوای اصلی مطروحه توسط خواهان در داوری مستلزم احراز صلاحیت برای رسیدگی به ادعای متقابل دولت میزبان نیست. برای اینکه ادعای متقابل نیز بتواند مورد بررسی دیوان داوری قرار بگیرد داوران باید برای این دعاوی به صورت جداگانه صلاحیت خود را احراز کنند و این امر به این معنی است که ادعای متقابل باید در محدوده تراضی طرفین و منطبق با آن باشد.

تشکیل داوری‌های معاهده محور روند خاصی دارند به این ترتیب که مرزهای رضایت طرفین در ایجاب دولت میزبان که در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ذکر شده است مشخص می‌گردد و با دقت در ادبیات و لحن معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه به دست می‌آید. سرمایه گذار تنها می‌تواند این ایجاب را به طور کامل رد یا قبول کند و توانایی ایجاد تغییر در ایجاب مذکور را ندارد. متاسفانه تعداد کمی از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه دارای احکامی در مورد موضوع ادعای متقابل هستند. اما به این دلیل نمی توان ادعا کرد

68. *Metal-Tech Ltd v Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, Oct 4, 2013 (https://www.italaw.com/cases/2272)*
69. *Minimum Standard of Treatment*
70 *The next question then is whether the counterclaims "concern an investment". The definition of the term investment is found in Article 1(1) of the BIT. It includes a legality requirement. As the Tribunal has concluded above, the Claimant's "investment" does not meet the legality requirement and thus does not constitute an investment in the meaning of the BIT. In other words, the State's offer to arbitrate did not extend to this*
"Non-investment" and the investor's acceptance included this limitation.

که این دعاوی به طور کلی در چنین داوری‌هایی قابلیت رسیدگی ندارند. رویه داوری ثابت کرده است که حتی در مواردی که معاهدات سرمایه‌گذاری حکمی راجع به ادعای متقابل ندارند داوران به قابلیت رسیدگی ادعاهای متقابل مبتنی بر چنین معاهداتی رأی می‌دهند. همان طور که معاهده سرمایه‌گذاری سندی است که مبتنی بر آن داوری دعاوی شکل می‌گیرد، متن آن نیز به عنوان منبع اولیه برای احراز صلاحیت و قابلیت رسیدگی مورد استفاده داوران قرار می‌گیرد. معاهدات سرمایه‌گذاری اغلب داوری را بر مبنای قواعد داوری آنسیترال یا ایکسید قرار می‌دهند. ارجاع به چنین اسنادی تنها تعیین کننده حقوق آیینی حاکم بر داوری است و همواره توجه به متن معاهدات نسبت به متن حقوق آیینی حاکم در تشخیص صلاحیت ترجیح دارد.

مولفه دوم در پذیرش و قابلیت استماع ادعاهای متقابل «ارتباط» است. به این معنی که ادعای متقابل باید ارتباط نزدیکی با دعوای اصلی مطروحه توسط خواهان داشته باشد. برخلاف عامل رضایت که مربوط به بحث صلاحیت مرجع داوری محسوب می‌شود، عامل ارتباط دعاوی با یگدیگر مربوط به قابلیت پذیرش یا به تعبیر رایج در حقوق داخلی قابلیت استماع دعاوی است. متاسفانه در مورد این عامل، رویه داوری به نحو موثر عمل نکرده و معیار جهان شمولی برای احراز این مولفه وجود ندارد. برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری اعلام می دارند که ادعای متقابل باید نشات گرفته از موضوع دعوای اصلی باشد و برخی دیگر می گویند که باید این دو دعوا از یک قرارداد واحد نشات گرفته باشند و به عبارتی ادعای متقابل باید با دعوای اصلی تقارن اسباب قانونی دعوا داشته باشد. برخی دیگر نیز تصریح می‌کنند که از نظر مبنای ماهوی و قانونی دقیقا باید مشابه یکدیگر باشند. از این روی معیار واحدی برای تشخیص موثر یا نزدیک بودن ارتباط بین ادعای متقابل و اصلی وجود ندارد. در این رابطه دو رویکرد دیده می‌شود: یکی از رویکرد ها احراز همانندی اسباب ادعای متقابل و دعوای اصلی را طلب می‌کند که به عبارتی رابطه شکلی دو دعوا را باید احراز کنند و در رویکرد دوم که کمی سهل گیرانه تر است، همین که ادعای متقابل از همان سرمایه‌گذاری نشات گرفته باشد برای قابل پذیرش بودن ادعای متقابل کافی می‌داند. به این ترتیب با توجه به عرف نگارش و هدف معاهدات سرمایه‌گذاری که به منظور حمایت از سرمایه گذاران به ندرت تکالیفی بر آن‌ها بار می‌کند، با طرفداری از رویکرد اول در عمل، ادعاهای متقابل غیر قابل پذیرش یا استماع خواهد بود. هرچند وجود هر دو مولفه تراضی و ارتباط برای احراز صلاحیت و قابلیت استماع ادعاهای متقابل ضروری است اما طبیعتا رسیدگی به ارتباط داشتن ادعای متقابل با دعوای اصلی بعد از احراز صلاحیت دیوان و تعیین محدوده تراضی طرفین صورت می‌پذیرد و در مرحله اول دیوان ناگریز به بررسی عامل رضایت است. به طور کلی به دولت‌های میزبان سرمایه مثل ایران پیشنهاد می‌شود که در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه خود از ادبیاتی شفاف استفاده کنند و صراحتا در متن معاهده، امکان طرح ادعاهای متقابل را به رسمیت بشناسند و به این طریق تا حد امکان از ضایع شدن حقوق خود در داوری‌های سرمایه‌گذاری معاهده محور جلوگیری کنند. نمونه معاهداتی مثل «کومیسا» که در آن‌ها به صراحت نقض حقوق داخلی کشور میزبان از جمله مواردی است که سرمایه‌گذاران خارجی را در موقعیتی قرار می‌دهد که بتوان علیه آنان در مراجع صالح طرح دعوا نمود، می‌تواند راهنمای خوبی باشد تا در صورتی که ایران قدرت چانه زنی در مذاکره با کشوری را داشت، بتواند چنین شروطی را وارد در معاهدات سرمایه‌گذاری کند، بدیهی است که به علت سرمایه پذیر بودن کشور ایران چنین شرطی اغلب به ضرر اتباعش نخواهد بود. به ویژه که محدود کردن حق دولت ها در طرح ادعای متقابل در چارچوبی که اتباع ایران سرمایه گذار خارجی هستند، منطقی نمی‌نماید.

References

1. *Alvarado-Garzón, A. E. (2023). Environmental Counterclaims in Investment Arbitration, Nueva York, Springer, P11-74.*
2. *Amco Asia Corporation and others v The Republic of Indonesia, (1993) Resubmitted Case, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, 1 ICSID Reports,*
3. *American Bell International Inc, Award No. ITL41-48-3.*
4. *Aminaei Chatroudi, Sahel, (2017), State counterclaims against investors in investment arbitrations, Master's thesis, Shahid Beheshti University. (In Persian)*
5. *Antoine Goetz et consorts v Republic of Brundi, (1999) ICSID Case No. ARB/95/3, Award,*
6. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro, (1997), Dissenting opinion of Vice President Weeramantry*
7. *Atanasova, Dafina, Benoit, Carlos Adrian Martinez and Osransky, Josef, (2012), Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement under International Investment Agreements, Graduate Institute Center for Trade and Economic Integration.*
8. *Atanasova, D., Benoit, A. M., & Ostranský, J. (2014). The legal framework for counterclaims in investment treaty arbitration. Journal of International Arbitration, P 31.*
9. *Bilanová, A. (2020). Environmental counterclaims in investment arbitration. European Investment Law and Arbitration Review Online, 5(1), P 400-411.*
10. *Brenninkmeijer, M., & Gélinas, F. (2023). Counterclaims in investment arbitration: Towards an integrated approach. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 38(3), P 567-594.*
11. *Campbell, McLachlan, Shore, Lawrence, Weininger, Matthew (2017), International Investment Arbitration, translated by Junaidi, Laia, Shakib, Mohammad Reza, Ahmadpour, Bahareh, 1400, Mizan Publishing, Volume 1. (In Persian)*
12. *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America), CounterClaim, Order of 10 March 1998, Separate Opinion of Judge Oda, ICJ Reports*
13. *Cordero-moss, Giuditta, (2014), International Commercial Contracts, Cambridge University Press.*
14. *D. Caron, David, Caplan, Lee, (2006), The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary, Oxford University Press.*
15. *De Luca, A., & Baltag, C. (2021). Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform.*
16. *De Nanteuil, A. (2018). Counterclaims in investment arbitration: old questions, new answers? The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 17(2), P 374-392*
17. *Derakhshannia, Hamid; "Comparative study of defects and obstacles in civil procedure", Journal of the Institute for Humanities and Cultural Studies, 2013. (In Persian)*
18. *Figanmese, Ataman, (2011), Manufacturing consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion of "Arbitration without Privity, Istanbul faculty of law.*
19. *Fredric Sourgens and Michael Nolan, (2010), limits of consent, Kluwer journal.*
20. *Generation Ukraine Inc. v Ukraine, (2003) ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September.*
21. *Ghamami, Majid; "Counterclaim", Journal of Private Law, Faculty of Law, University of Tehran, No. 66, Winter 2004. (In Persian)*
22. *Ghamami, Majid, Mandegari, Fahimeh, (2019), International Investment Law: Concepts of Investor and Foreign Investment, Publishing Company. (In Persian)*
23. *H. Schreuer, Christoph, (2009), The ICSID Convention: A Commentary, Oxford University Press.*
24. *Junidi, Laia, (1999), Comparative Review of Iran's International Commercial Arbitration Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran Publications. (In Persian)*
25. *Kendra, T. (2013). State counterclaims in investment arbitration-a new lease of life? Arbitration International, 29(4), P 575-606.*
26. *Kjos, H. E. (2013). The Scope of the Arbitration Agreement: Claims and Counterclaims of a National and/or International Nature, P 128-129.*
27. *Lalive, P., & Halonen, L. (2011). On the availability of counterclaims in investment treaty arbitration.*
28. *Mansourian, Ali, Alipour, Mohammad, 2016, Counterclaim in the Procedure of the International Court of Justice, Quarterly Journal of Public Law Research, No. 53. (In Persian)*
29. *Matin Daftari, Ahmad, (1999), Civil and Commercial Law, Majd Scientific and Cultural Association, Volume 2. (In Persian)*
30. *Maurici, L., & Staton, A. (2025). TOWARDS A BALANCE OF INTERESTS FOR THE INVESTOR-STATE IN CASE LAW. Juris Gradibus, 3, P 1-136.*
31. *Metal-Tech Ltd v Republic of Uzbekistan,(2013) ICSID Case No. ARB/10/3, Award, Oct 4,.*
32. *Mohammadi, Qasem; Zeinab, Gholamali and Karimian, Mehdi; "The will of the legislator and the role of the judge in the effectiveness of the provisions of the agreement", Justice Legal Journal, Volume 85, Number 116, 1400. (In Persian) https://doi.org/10.22106/jlj.2021.520573.3856.*

33. Mohebi, Mohsen; "Counterclaims in the International Tribunal for the Law of the Sea", International Law Journal, No. 55, Winter 2016. (In Persian) https://doi.org/10.22066/cilamag.2016.23522.
34. Nikbakht, Hamid Reza, (1402), Arbitration of "Civil-Commercial Disputes", Practical Guide, Commercial Printing and Publishing Company. (In Persian)
35. Nikbakht, Hamid Reza, (1402), International Commercial Arbitration "Arbitration Code", Institute for Commercial Studies and Research, 4th edition. (In Persian)
36. Nikbakht, Hamid Reza, Jafari, Shahab, Jurisdiction of Investment Treaty Dispute Resolution Authorities in Investment Treaty and Contract Litigation, Journal of Legal Research, Spring 2013. (In Persian)
37. Nikbakht, Hamid Reza, Moein Foroughi, The Position of Transparency in Recent Developments in Investment Treaty-Based Arbitrations, Encyclopedia of Economic Law, No. 22, Fall and Winter 1401. (In Persian) https://doi.org/10.22067/economlaw.2023.74761.1138.
38. Qian, X., & Gu, F. (2025). Reconceptualizing counterclaim assessment in investment treaty arbitration: a discourse on fairness through Rawlsian justice theory. Journal of International Dispute Settlement, 16(2), idaf007.
39. Saluka Investment B.V v Czech Republic Dicision on J urisdiction over the Czech Republic's Counter claim,(2004) UNCITRAL,.
40. Sarbazian, Majid; Siavashpour, Ismail; "The Basis of Issuing a Non-Hearing Order in Face of Legal Challenges Surrounding It", Scientific Research Quarterly Journal of Excellence in Law, Issue 6, Winter 2019. (In Persian) https://doi.org/10.22034/thdad.2020.241850.
41. Sergei Paushok et al v The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.
42. Shams, Abdullah, (2014), Advanced Civil Darcy, Volume 2, Drak Publications. (In Persian)
43. Shao, X. (2021). Environmental and human rights counterclaims in international investment arbitration: at the crossroads of domestic and international law. Journal of International Economic Law, 24(1), P 157-179.
44. Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011
45. Steingruber, A. M. (2013). Antoine Goetz and others v Republic of Burundi: consent and arbitral tribunal competence to hear counterclaims in treaty-based ICSID arbitrations. ICSID review, 28(2), P 291-300.
46. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016.
47. Vohryzek-Griest, Ana, (2009), State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional.
48. Wellhausen, R. L. (2016). Recent trends in investor–state dispute settlement. Journal of International Dispute Settlement, 7(1), P 117-135.
49. Zakhariy, Douglas, (2009), The International Law of Investment claims, Cambridge University Press.
50. Zamani, Qasem, Hasibi, Behazim, (2019), Principles of International Investment Law, Shahr Danesh Publications. (In Persian)

The EU Carbon Border Adjustment Mechanism under the Lens of International Law: Conflicts and Strategies for Developing Countries

Farzane Ahmadi[1] Azam Amini*[2] Seyyed Hossein Mousavifar[3]

1. *M.A Student in International Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.*
2. *Associate Professor of Public International Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. (*Corresponding Author Email: amini.az@um.ac.ir)*
3. *Assistant Professor of Public International Law, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.*

Received: 2025-12-16
Revised: 2025-11-07
Accepted: 2026-08-26
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Ahmadi, F.; Amini, A; & Mousavifar, S,H. (2026). The EU Carbon Border Adjustment Mechanism under the Lens of International Law: Conflicts and Strategies for Developing Countries. Encyclopedia of Economic Law Journal,33 (29): (132-154) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.96977.1508

1. INTRODUCTION

In recent years, climate change has become one of the most significant global challenges, one whose mitigation requires comprehensive policymaking and broad international action. The European Union, as a pioneer in climate policy, introduced the European Green Deal in 2019, targeting a 55 percent reduction in greenhouse-gas emissions by 2030 relative to 1990 levels and net-zero emissions by 2050. In pursuit of the Paris Agreement's goals and this target, the EU designed and, in December 2023, adopted the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM). CBAM functions as a tool to reduce the risk of carbon leakage and complements the EU Emissions Trading System (ETS), gradually replacing free allowances within that system. By imposing costs linked to embedded greenhouse-gas emissions on imported goods – iron, steel, cement, aluminum, electricity, fertilizer, and hydrogen – CBAM pursues goals that include supporting European producers, reducing unfair competitiveness, and creating incentives for emission reduction in third countries.

Since its inception, CBAM has faced widespread criticism along two main lines. First, the imposition of reporting and financial obligations on third-country producers may generate trade barriers and legal disputes within the WTO framework. Second, energy-intensive exporting countries such as Iran will be directly affected, particularly in sectors such as iron, steel, and fertilizer. According to World Bank reporting cited in the study, these countries must face rising export costs and environmental pressures resulting from the mechanism; the limited reporting capacity of raw-material producers and the absence of domestic carbon pricing further impose extensive financial obligations on exporters of final goods and on raw-material producers in the countries of origin.

CBAM's reception outside the EU has been openly contested at the level of regional blocs. The Shanghai Cooperation Organization's Samarkand Declaration (September 2022) called for an inclusive, non-discriminatory regime grounded in voluntary climate action and opposed this EU policy, characterizing it as a form of tax on imports of high-carbon products. BRICS, in joint statements issued at several official meetings – particularly

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

in 2023 and 2025 – has stressed the need to avoid unilateral trade measures justified by climate concerns, to respect the principle of common but differentiated responsibilities, and to strengthen developing countries' capacity for a green transition. In response, the United States, Canada, New Zealand, and Japan are designing similar mechanisms; countries such as Turkey, Thailand, Indonesia, and Vietnam are seeking to protect themselves from CBAM's negative consequences by establishing carbon-pricing systems; and South Korea and China have been strengthening their existing pricing systems.

Prior research has addressed various dimensions of CBAM. UNCTAD's 2023 report indicates that this policy can lead to higher export costs for exporters of energy-intensive goods. Other studies in international trade law have examined CBAM's potential conflict with fundamental WTO principles, including national treatment and non-discrimination, while studies in international environmental law have noted that the mechanism may conflict with the principle of common but differentiated responsibilities embedded in the Paris Agreement's legal framework. Persian-language scholarship, including Article by Piri and colleagues, has also examined this mechanism. This study positions itself within that body of Article while claiming a specific contribution: a review of WTO Appellate Body jurisprudence combined with an analysis of the extraterritorial obligations involved in applying this policy a contribution the article identifies as filling a gap in the Iranian research literature on CBAM.

2. PURPOSE

The aim of this research is to examine the EU Carbon Border Adjustment Mechanism in detail and to analyze its legal challenges from the standpoint of compatibility with states' WTO obligations and their climate obligations under the UNFCCC and the Paris Agreement. The research also seeks to offer practical strategies for reducing the mechanism's negative effects or adapting to it, with particular attention to the position of developing countries such as Iran.

3. METHODOLOGY

This study is based on a library research and document analysis approach. The main sources used include official documents of the European Union, international legal texts, academic articles, and specialized reports. Efforts have been made not to merely describe and repeat previous literature, but to provide critical and practical analysis regarding the implications of the implementation of CBAM for third countries, particularly Iran.

On this basis, the study organizes existing criticism of CBAM into three categories, examined in turn in the findings: the exercise of extraterritorial jurisdiction; CBAM's evaluation from the standpoint of international trade obligations; and CBAM's evaluation from the standpoint of climate obligations. The study closes by setting out proposals addressed to developing countries in general and to Iran in particular.

4. FINDINGS

CBAM's structure and obligations. CBAM operates in two phases. A transitional period ran from 1 October 2023 through the end of 2025, during which importers were required only to submit quarterly reports on the greenhouse-gas emissions embedded in their imports – import volumes, actual or default emission values, and any carbon price already paid at origin – without any financial adjustment obligation, though failure to report could still trigger penalties. The definitive period, beginning in 2026, requires "authorized declarants" to file annual declarations (the first due by 31 May 2027, for calendar year 2026) and to purchase and surrender CBAM certificates corresponding to embedded emissions, net of any carbon price effectively paid at origin. In parallel, free allocation of ETS allowances for CBAM-covered sectors is being phased out, reaching zero by 2034. Certificate pricing differs from the EU's internal ETS: rather than being drawn directly from auction results, it is calculated as a weekly average of ETS auction prices, keeping prices current while smoothing volatility. Unlike a cap-and-trade scheme, CBAM sets no overall ceiling on certificates and does not allow importers who overpurchase to resell to other importers, although the European Commission may repurchase up to one-third of surplus certificates on request. Where actual emissions cannot be reliably determined, "default values" apply calculated from the average emission intensity of the worst-performing EU ETS facilities for comparable goods

a methodological choice the study identifies as a recurring source of disadvantage for exporters from countries lacking robust monitoring, reporting, and verification (MRV) capacity, since the resulting estimates tend to exceed actual emissions and inflate the financial burden on exporters unable to substantiate lower figures.

Extraterritoriality. A central analytical contribution of the study is its disaggregation of the "extraterritoriality" critique routinely leveled at CBAM. Applying the threefold doctrinal distinction outlined in the methodology, the study finds that CBAM does not constitute an exercise of extraterritorial jurisdiction in the strict sense: its legal basis is EU domestic law rather than an international treaty or customary obligation binding on third states; its requirements are triggered only when a foreign producer voluntarily chooses to access the EU market, rather than being imposed independently of that choice; and enforcement occurs exclusively at the EU's own borders, through customs and domestic regulatory bodies, without any enforcement apparatus operating inside third countries. On these grounds, CBAM is more accurately characterized as a measure with extraterritorial effects what the doctrine terms a "territorial extension of regulation" rather than a direct assertion of extraterritorial jurisdiction. The study nonetheless concludes that this technical classification does not neutralize the underlying concern: by conditioning market access on compliance with EU-specific MRV standards, CBAM functions as a de facto vehicle for exporting EU regulatory standards, pulling the Paris Agreement's bottom-up structure of nationally determined contributions toward something closer to a top-down requirement for foreign producers, and sitting uneasily with the principle of permanent sovereignty over natural resources.

Compatibility with WTO law. The trade-law critique is organized around three GATT provisions. Under the most-favoured-nation principle (Article I), CBAM's cost differentiation by embedded carbon content risks discriminating among WTO members in practice, disadvantaging countries that lack advanced decarbonization technology or infrastructure. Under Article II (tariff bindings), there is a risk that certificate costs passed through to exporters could push the effective financial burden beyond the EU's bound tariff ceilings as carbon prices rise with tightening climate regulation; because importers pass this cost downstream, it ultimately falls on exporters, who must either absorb it through lower prices or lose access to the EU market a burden the study treats as inconsistent with GATT's transparency and predictability norms, and one that has driven much of third-country opposition. Under Article III (national treatment), the persistence of free allowance allocation to EU domestic producers even as it is phased down means the carbon cost is not yet borne equally by domestic and foreign producers, so the study concludes CBAM cannot currently be considered fully compliant with national-treatment requirements.

The EU's principal defense rests on GATT Article XX's general exceptions, particularly the provisions protecting exhaustible natural resources and human, animal, or plant life and health. The study traces the Appellate Body's evolving interpretation of Article XX through its two anchor cases. In US – Shrimp (1998), the Appellate Body read "exhaustible natural resources" to include living species under threat, opening a path to environmental objectives such as emissions reduction; critically, it also held that a unilateral environmental measure escapes the chapeau's prohibition on "arbitrary or unjustifiable discrimination" only where the regulating state has made a serious, good-faith effort to negotiate with affected exporting countries before imposing the measure a requirement the United States had failed to meet. In Brazil – Retreaded Tyres (2007), the Appellate Body accepted the legitimacy of Brazil's public-health and waste-management objectives and therefore inconsistent with the Article XX chapeau, despite the underlying policy being "necessary" in principle establishing that even a justified objective fails if implementation is uneven.

From these precedents the study distills three conditions on which a successful Article XX defense of CBAM depends. The first is necessity and proportionality: the EU must show that no less trade-restrictive alternative, such as bilateral climate-cooperation agreements, could achieve an equivalent effect. The second is non-discrimination and procedural fairness: reporting and verification obligations must apply equivalently to domestic and foreign producers, with a genuine opportunity for independent verification. The third is engagement and flexibility: the measure must follow real negotiation with affected exporters rather than unilateral imposition. Measured against these conditions, the study finds CBAM's position precarious the continued, if diminishing, free allocation to EU producers weakens the non-discrimination claim, and the absence of substantive bilateral or multilateral negotiation with developing exporting countries prior to CBAM's adoption raises serious doubt about chapeau compliance, even though the underlying environmental objective would likely satisfy the thresh-

old necessity inquiry on its own. The study characterizes the resulting tension as a conflict of goal-oriented norms between the trade and climate regimes rather than a direct rule-against-rule conflict, since GATT Article XX already provides interpretive room to accommodate environmental policy; the open question is one of implementation, not of any inherent incompatibility between the two regimes.

Compatibility with climate law. Turning to the Paris Agreement, the study's central finding is a tension between CBAM and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities (CBDR-RC), treated here as part of emerging customary international climate law and as the normative foundation for an equitable distribution of mitigation burdens. CBAM applies a uniform carbon cost based solely on a good's emission intensity, without regard to the exporting country's level of development, technological capacity, or historical contribution to cumulative emissions a design the study reads as standardizing climate obligations in a way that conflicts with CBDR-RC and with the Paris Agreement's bottom-up, nationally determined structure. This concern is not unique to the study: a joint 2022 statement by Brazil, India, China, and South Africa explicitly condemned CBAM on CBDR-RC grounds, and the study cites UNCTAD's 2021 analysis as reinforcing the same point.

The study situates this critique within a broader theoretical frame, invoking the Environmental Kuznets Curve to argue that the relationship between economic growth and environmental quality is non-linear: developing economies typically pass through a period of rising pollution before reaching the income and technological threshold at which decarbonization becomes feasible. A policy like CBAM, by raising the cost of exports from countries still in that earlier developmental phase, risks delaying their transition to that threshold – potentially undermining both their economic development and, paradoxically, the long-run global environmental objective CBAM is meant to serve, unless paired with adequate financial and technological support.

Political-response evidence. The study also draws on Otto (2025), an analysis of political responses to CBAM across 32 countries, including Iran. Across the sample, every country examined showed at least one identifiable policy response; the most common was policy acceptance (24 countries), followed by opposition (22) and cooperation (15). Opposition has remained persistent since CBAM's announcement in 2019, whereas cooperation and acceptance responses became more common mainly after the European Commission's July 2021 proposal a pattern the study reads as evidence of both sustained resistance and a simultaneous "Brussels Effect," in which countries adjust policy in anticipation of CBAM's market-access consequences even without a binding international agreement requiring them to do so. Examples cited include EU-candidate countries (Albania, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, North Macedonia, Serbia, Turkey, Ukraine) adopting emissions-trading systems, and Egypt and Indonesia adopting carbon pricing.

Implications for Iran. Given its reliance on exports of energy-intensive goods, Iran is identified as directly exposed to CBAM, with the scope of exposure likely to broaden as EU climate policy moves toward covering additional industrial sectors by 2030. Iran's limited domestic MRV infrastructure leaves it dependent on EU default values calculated from the worst-performing tenth of comparable installations values the study characterizes as functionally punitive and capable of significantly eroding the competitiveness of Iranian steel and cement exports in European markets. Sanctions are identified as a compounding constraint, restricting Iran's access to international climate finance, including the Green Climate Fund, and to clean-technology transfer, while also limiting its participation in joint reporting and pricing arrangements.

5. CONCLUSION

CBAM represents an unprecedented attempt to fuse trade and climate policy within a single instrument, but that fusion generates layered legal tension between two regimes not originally designed to operate together. From a trade-law standpoint, the study leaves open serious questions about CBAM's compatibility with WTO obligations: non-discrimination and national-treatment principles are strained by a design that, for now, still grants free allowances to EU domestic producers while requiring foreign producers to purchase certificates outright. GATT Article XX offers the EU a plausible route to justification, but the chapeau's requirement of non-arbitrary, non-discriminatory application – as interpreted through US – Shrimp and Brazil – Retreaded Tyres – remains the decisive test, and the absence of meaningful prior negotiation with affected exporters leaves CBAM

exposed to challenge.
From a climate-law standpoint, the principal tension is with the CBDR-RC principle underlying the Paris Agreement. By applying uniform emissions-based costs irrespective of a country's development level or historical responsibility, CBAM functions, in the study's assessment, as a form of climate-obligation standardization that cuts against climate justice and against the Agreement's bottom-up architecture. The study frames CBAM less as a reward for genuine climate ambition than as a new form of environmental conditionality attached to market access – a mechanism through which the EU transfers part of its own mitigation costs onto trading partners while setting aside the principle of historical responsibility. At a structural level, this tension is attributed to a deeper mismatch between the two regimes: the trade system rests on reciprocity, transparency, and market competition, while the climate regime rests on global public-good logic, cooperation, and asymmetric obligations. Absent a coordinating mechanism between the WTO and the Paris Agreement/UNFCCC institutions, the study expects this friction to persist and to recur as other jurisdictions adopt comparable mechanisms.
On this basis, the study proposes recommendations at two levels. Internationally, it calls on the WTO to develop transparent guidelines specific to carbon border adjustment mechanisms, to require mutual transparency in their design and implementation, and to establish joint monitoring arrangements with the Paris Agreement framework and the Green Climate Fund, so as to draw a clearer line between legitimate climate action and disguised protectionism.
For Iran specifically, the study recommends a combined strategy of technical adaptation and diplomatic engagement. On the technical side: building a national MRV system aligned with international standards, to secure recognition of Iranian emissions data and avoid reliance on punitive EU default values; establishing a domestic emissions market or green tax to price carbon realistically while generating revenue for clean-technology investment; and introducing carbon labeling for export goods to strengthen Iran's evidentiary position in trade and climate negotiations. On the diplomatic side: pursuing access to Green Climate Fund financing and technology-transfer channels; building coalitions with similarly situated exporters such as India, Indonesia, Egypt, and Brazil to raise equity concerns institutionally within the WTO and at COP negotiations; and opening direct technical dialogue with the EU to secure recognition of Iran's national emissions data. The study explicitly flags sanctions as a constraint complicating each of these channels, and suggests regional platforms – the Economic Cooperation Organization, BRICS, and the Shanghai Cooperation Organization – as partial, depoliticized avenues for technical cooperation in the interim. In the longer term, the study argues that active participation in efforts toward a global carbon-pricing framework would serve Iran's interests better than confrontation alone: reducing inter-country inequality, limiting the fragmentation of international climate policy, and preserving access to global markets, technology transfer, and energy-efficiency gains.

Keywords: European Union Carbon Border Adjustment Mechanism, Carbon Leakage, Climate Commitments, Extraterritorial Effects of Regulations, World Trade Organization.

مکانیزم تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا در ترازوی حقوق بین‌الملل: تعارض‌ها و راهبردهای کشورهای در حال توسعه

فرزانه احمدی[1] اعظم امینی*[2] سیدحسین موسوی‌فر[3]

دریافت: ۱۴۰۴-۱۰-۰۵ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۲-۲۳ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۵-۰۵ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

مکانیزم تعدیل مرزی کربن (سی بم) اتحادیه اروپا، به‌عنوان یکی از سیاست‌های نوین در هم‌افزایی اهداف اقلیمی و تجاری، در دسامبر ۲۰۲۳ به تصویب رسید و از آن زمان تاکنون با انتقادات گسترده‌ای مواجه بوده است. این مقاله با روش توصیفی و تحلیلی و بررسی تطبیقی سی بم از دو منظر تعهدات تجاری بین‌المللی و تعهدات اقلیمی، به تحلیل چالش‌های حقوقی این مکانیزم می‌پردازد. این مقاله ضمن بررسی رویه مرجع استیناف سازمان تجارت جهانی، تضاد احتمالی سی بم با اصول بنیادین تجارت جهانی از جمله منع تبعیض و رفتار ملی را بررسی و نشان می دهد که اجرای آن می‌تواند کشورهای فاقد زیرساخت‌های مناسب قیمت‌گذاری کربن را در موقعیت نابرابر تجاری قرار داده و اختلافات بسیاری را رقم بزند. همچنین این مکانیزم از منظر تعهدات اقلیمی و اصل «مسئولیت مشترک اما متفاوت» در نظام حقوقی موافقت‌نامه پاریس تحلیل شده و تأثیرات آن بر کشورهای در حال توسعه تشریح شده است. مقاله در پایان، راهکارهایی از جمله توسعه زیرساخت‌های داخلی، تقویت ظرفیت‌های گزارش‌دهی و مشارکت در مذاکرات بین‌المللی را برای کاهش اثرات منفی سی بم و دستیابی به یک نظام قیمت‌گذاری کربن جهانی پیشنهاد می‌دهد. این پژوهش به دنبال ایجاد تعادل بین الزامات محیط زیستی و توسعه پایدار در بستر تجارت جهانی است.

کلید واژه‌ها: مکانیزم تعدیل مرزی کربن اروپا، نشت کربن، تعهدات اقلیمی، آثار فراسرزمینی مقررات، سازمان تجارت جهانی

۱. *دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.*
۲. *دانشیار گروه حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران. (نویسنده مسئول)* amini.az@um.ac.ir
۳. *استادیار گروه حقوق بین الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.*

مقدمه

در سال‌های اخیر، تشدید پیامدهای تغییر اقلیم دولت‌ها را به سمت بهره‌گیری از ابزارهای تازه برای کنترل انتشار گازهای گلخانه‌ای سوق داده است. در این میان، سیاست‌های اقلیمی دیگر صرفاً به عرصه محیط زیست محدود نمانده و به‌تدریج با حوزه‌های تجارت، صنعت و تنظیم‌گری اقتصادی در هم تنیده شده‌اند. یکی از مهم‌ترین نمودهای این تحول، تلاش برای وارد کردن هزینه‌های کربنی به زنجیره تولید و مبادله کالاهاست؛ تلاشی که از یک سو با هدف کاهش انتشار و جلوگیری از انتقال صنایع آلاینده دنبال می‌شود و از سوی دیگر، آثار حقوقی و اقتصادی آن از مرزهای ملی فراتر می‌رود. در چنین فضایی، سازوکار تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا به‌عنوان یکی از بحث‌برانگیزترین جلوه‌های پیوند میان سیاست اقلیمی و تجارت بین‌الملل مطرح شده است.

اتحادیه اروپا این سازوکار را به‌عنوان مکمل نظام تجارت انتشار خود و با هدف جلوگیری از نشت کربن و حمایت از رقابت‌پذیری صنایع داخلی به تصویب رسانده است. بر اساس این سازوکار، واردات برخی کالاهای پرانتشار، از جمله آهن و فولاد، سیمان، آلومینیوم، برق، کود و هیدروژن، مشمول الزامات گزارش‌دهی و به‌تدریج پرداخت هزینه‌هایی متناسب با میزان انتشار کربن در فرایند تولید می‌شود. هرچند این سیاست در ظاهر پاسخی به دغدغه‌های اقلیمی و ضرورت کاهش انتشار به شمار می‌آید، در عمل با پرسش‌های مهمی در حوزه حقوق بین‌الملل روبه‌رو شده است. این پرسش‌ها از یک سو به نسبت این سازوکار با اصول بنیادین نظام تجارت چندجانبه، به‌ویژه منع تبعیض و جلوگیری از ایجاد موانع غیرموجه تجاری، مربوط می‌شود و از سوی دیگر، به سازگاری آن با الزامات عدالت اقلیمی، تفاوت در مسئولیت‌ها و شرایط ویژه کشورهای در حال توسعه بازمی‌گردد.

بررسی ادبیات موجود نشان می‌دهد که هر یک از ابعاد این سازوکار، به‌طور جداگانه، مورد توجه قرار گرفته است. برخی پژوهش‌ها بیشتر بر امکان تعارض این سیاست با قواعد حاکم بر تجارت بین‌الملل تمرکز کرده‌اند و برخی دیگر آن را از منظر حقوق بین‌الملل محیط زیست و اصل مسئولیت‌های مشترک اما متفاوت ارزیابی کرده‌اند. با این حال، در ادبیات فارسی هنوز تحلیل جامعی که این سازوکار را به‌صورت هم‌زمان در دو بستر حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل تغییر اقلیم بررسی کند، کمتر دیده می‌شود. افزون بر این، موضوعاتی مانند نسبت این سازوکار با رویه نهاد استیناف سازمان تجارت جهانی، آثار فرامرزی ناشی از الزامات گزارش‌دهی و راستی‌آزمایی، و نیز پیامدهای عملی آن برای کشورهای در حال توسعه، هنوز به‌صورت منسجم و تحلیلی مورد واکاوی قرار نگرفته است. همین کاستی، ضرورت انجام پژوهشی مستقل و یکپارچه در این زمینه را آشکار می‌سازد.

مقاله حاضر در پی آن است که سازوکار تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا را در ترازوی حقوق بین‌الملل ارزیابی کند و نشان دهد که این سیاست تا چه اندازه با تعهدات تجاری و اقلیمی دولت‌ها سازگار است. محور اصلی بحث آن است که هرچند این سازوکار با توجیه حفاظت از اقلیم و جلوگیری از نشت کربن طراحی شده، شیوه تنظیم و اجرای آن می‌تواند به بروز تعارض‌هایی با اصول بنیادین نظام تجارت چندجانبه و نیز با ملاحظات انصاف و عدالت در حقوق بین‌الملل تغییر اقلیم بینجامد. این مقاله با تکیه بر روش توصیفی ـ تحلیلی و با استفاده از اسناد رسمی اتحادیه اروپا، مقررات مربوط، موافقت‌نامه پاریس و رویه نهاد استیناف سازمان تجارت جهانی، می‌کوشد ابعاد این تعارض‌ها را روشن سازد و جایگاه حقوقی این سازوکار را در دو نظام یادشده بررسی کند.

اهمیت این پژوهش تنها در تحلیل مشروعیت حقوقی یک ابزار نوظهور خلاصه نمی‌شود، بلکه در تبیین آثار آن برای کشورهای در حال توسعه نیز نهفته است. این کشورها در حالی با الزامات فزاینده ناشی از این سازوکار روبه‌رو می‌شوند که از حیث سهم تاریخی در ایجاد بحران اقلیمی، توان مالی، ظرفیت فناورانه و امکان انطباق با مقررات پیچیده، در موقعیتی برابر با کشورهای صنعتی قرار ندارند. از این رو، ارزیابی حقوقی سازوکار تعدیل مرزی کربن بدون توجه به پیامدهای توزیعی آن و بدون در نظر گرفتن اقتضائات عدالت اقلیمی، ناقص خواهد بود. نوآوری مقاله حاضر در آن است که با تلفیق دو حوزه تجارت بین‌الملل و حقوق بین‌الملل تغییر اقلیم، ضمن تحلیل چالش‌های حقوقی این سازوکار، راهبردهایی را نیز برای کاهش آثار منفی آن بر کشورهای در حال توسعه پیشنهاد می‌کند و بدین‌ترتیب می‌کوشد به یکی از مسائل روبه‌گسترش در حکمرانی حقوقی اقلیم پاسخ دهد.

۱. از سیستم تجارت انتشار اتحادیه اروپا تا پیمان سبز اروپا

اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۵، در راستای تعهدات ناشی از پروتکل کیوتو، سیستم تجارت انتشار[۱] را به‌عنوان ابزاری برای قیمت‌گذاری انتشار گازهای گلخانه‌ای معرفی کرد.[۲] این سیستم که در چندین فاز طراحی و اجرا شده، بسیاری از صنایع در اتحادیه اروپا را تحت پوشش قرار داده است. (EU ETS Handbook, 2017: 9) در چارچوب این سیستم، برای هر تولیدکننده سقفی برای میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای تعیین می‌شود و به تناسب آن، گواهی‌های انتشار به‌صورت رایگان اختصاص می‌یابد. (EU ETS Handbook, 2017: 24) در ابتدای اجرا، تعیین این سقف‌ها عمدتاً بر اساس تخمین‌هایی کلی بود و داده‌های کافی و قابل اعتمادی در دسترس نبود اما در مراحل بعدی، با الزامی شدن گزارش‌دهی انتشار توسط تأسیسات صنعتی، داده‌های مورد نیاز جمع‌آوری و مبنای محاسبه قرار گرفتند. این فرایند، شامل نظارت، گزارش‌دهی، و راستی‌آزمایی[۳] سالانه است. بر اساس این سیستم، تأسیسات تحت پوشش ملزم هستند یک برنامه نظارتی تایید شده برای پایش و گزارش انتشار گازهای گلخانه‌ای ارائه دهند. (Barka-Patargia, 2025: 26) گزارش‌های سالانه باید تا ۳۱ مارس سال بعد توسط تأییدکنندگان معتبر، تأیید شده و تا ۳۰ آوریل همان سال، معادل میزان انتشار، مجوزهای مربوطه تحویل داده شود.[۴]

فاز نخست این سیستم بین سال‌های ۲۰۰۵ تا ۲۰۰۷ اجرا شد و هدف آن ارزیابی اثربخشی مکانیزم پیش از اجرای تعهدات گسترده‌تر کشورهای اروپایی، تحت پروتکل کیوتو بود. (EU ETS Handbook, (2017) در این مرحله، کسب‌وکارها اجازه داشتند از واحدهای کاهش انتشار ایجاد شده تحت دو مکانیزم «توسعه پاک»[۵] و «اجرای مشترک»[۶] استفاده کنند.

مکانیزم توسعه پاک به کشورهای توسعه‌یافته اجازه می‌دهد با سرمایه‌گذاری در پروژه‌های کاهش انتشار در کشورهای در حال توسعه، بخشی از تعهدات خود را محقق کنند. در مقابل، مکانیزم اجرای مشترک، اعتبار مورد نیاز برای کاهش انتشار را از طریق پروژه‌های مشترک در سایر کشورهای صنعتی تأمین می‌کند. (Freestone, 2010: 12) هر دو مکانیزم، در کنار سیستم تجارت انتشار، به‌عنوان ابزارهایی برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای در سطح جهانی طراحی شده‌اند.[۷]

این سیستم امکان تجارت گواهی‌های انتشار را فراهم کرده است؛ به این معنا که تولیدکنندگانی که کمتر از سقف مجاز انتشار داشته‌اند، می‌توانند گواهی‌های اضافی خود را به سایر تولیدکنندگانی که موفق به کاهش انتشار نشده‌اند، بفروشند. (shiravi, 2010: 249-254, Piri & Maleki, 2025) در حال حاضر، این طرح حدود ۴۰ درصد از کل انتشار گازهای گلخانه‌ای در اتحادیه اروپا را پوشش می‌دهد و از طریق تغییرات و توسعه‌های انجام شده در فازهای دوم و سوم، کشورهای منطقه اقتصادی اروپا شامل ایسلند، لیختن‌اشتاین، نروژ و سوئیس نیز به این سیستم پیوسته‌اند.[۸]

این سیستم همچنین تعداد مجوزهای انتشار را به تدریج کاهش می‌دهد که باعث افزایش قیمت آن‌ها و ایجاد انگیزه‌ای برای استفاده از تکنیک‌های تولید پاک می‌شود. به این ترتیب، تولیدکنندگان اروپایی به سمت کاهش وابستگی به کربن ترغیب می‌شوند. (Duran,2023:78, Bacchas,2021:2)

در راستای تکمیل تلاش‌های اتحادیه اروپا برای مقابله با تغییر اقلیم و تحقق اهداف موافقنامه پاریس، برنامه‌ای جامع تحت عنوان «پیمان سبز اروپا[۹]» در سال ۲۰۱۹ معرفی شد. این برنامه، که دستیابی به کاهش ۵۵ درصدی انتشار گازهای گلخانه‌ای تا سال ۲۰۳۰ (نسبت به سطوح ۱۹۹۰) و صفر کردن انتشار تا سال ۲۰۵۰ را هدف‌گذاری کرده است، اقدامات متنوعی را در دستور کار خود قرار داده است. از جمله این اقدامات می‌توان به تصویب قانون آب و هوای اروپا[۱۰]، تدوین استراتژی‌های اقلیمی، دیپلماسی اقلیمی، و

1. *Emission Trading System*
2. *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecb.wp2764~3ff8cb597b.en.pdf.p.8.*
3. *Monitoring, Reporting and Verification (MRV)*
4. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302917*
5. *Clean Development Mechanism (CDM)*
6. *Joint Implementation (JI)*
7. *https://climate.ec.europa.eu/system/files/2017-03/ets_handbook_en.pdf.p.7*
8. *این کشورها عضو اتحادیه اروپا نیستند اما ذیل سیستم تجارت انتشار اروپا و هماهنگ با ان عمل می کنند.*
9. *European Green Deal*
10. *https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/european-climate-law.html*

سیاست‌گذاری‌های کلی اشاره کرد.[11]

با وجود این، اجرای مقررات سخت‌گیرانه اقلیمی در اتحادیه اروپا نگرانی‌هایی را در میان کسب‌وکارهای اروپایی ایجاد کرده است.[12] این کسب‌وکارها معتقدند که محدودیت‌های شدید و قیمت بالای کربن در اتحادیه، آن‌ها را در رقابت با شرکت‌های مستقر در کشورهایی که فاقد مکانیزم قیمت‌گذاری کربن هستند، در موقعیت نامطلوبی قرار می‌دهد. (Smith, 2022: 8) این موضوع می‌تواند منجر به انتقال تولید به کشورهای دیگر (پدیده‌ای موسوم به «نشت کربن[13]») (Clausing et al,2024:1) شود که نه تنها موجب کاهش فعالیت اقتصادی در اروپا خواهد شد، بلکه انتشار گازهای گلخانه‌ای را به مناطقی با استانداردهای پایین‌تر انتقال خواهد داد. (Cho et al, 2024: 1)

برای مقابله با این چالش، مکانیزم تعدیل مرزی کربن طراحی شد که برخی آن را تلاشی برای تنظیم مقررات اقلیمی فراتر از مرزهای اتحادیه اروپا توصیف می‌کنند. (Leal et al, 2022: 225) پارلمان اروپا در ۱۰ مارس ۲۰۲۱ قطعنامه‌ای تصویب کرد که این مکانیزم را سازگار با قوانین سازمان تجارت جهانی اعلام می‌کرد. [14] در این قطعنامه، بر اهمیت تجارت به‌عنوان ابزاری برای توسعه پایدار و مقابله با تغییر اقلیم تأکید شده است. (Arenco, 2017)

بازار اتحادیه اروپا، به‌عنواندومین بازار بزرگ جهان، می‌تواند الگویی برای کاهش انتشار کربن باشد؛ اما ایجاد هر مقرره باید در چارچوب حقوق بین الملل بوده و با رعایت موازین و اصول آن همراه باشد و موجب ایجاد تعهد برای ثالث نشود که در ادامه به بررسی این مهم پرداخته خواهد شد. پارلمان اروپا همچنین در آستانه اجلاس کاپ ۲۹ خواستار رسیدگی بیشتر به موضوع قیمت‌گذاری جهانی کربن و حمایت از کشورهای دیگر برای ایجاد سیستم‌های تجارت انتشار یا مکانیزم‌های مشابه شد؛[15] اما با این وجود پیشرفتی حاصل نشد.

با بررسی ویژگی‌ها و مقررات این مکانیزم و مقایسه آن با اصول و تعهدات سازمان تجارت جهانی، موافقنامه پاریس و نقش متمایز کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه در کاهش گرمایش جهانی، می‌توان آثار حقوقی ناشی از اجرای آن را تحلیل کرد و با شناخت آن راهکارهایی را جهت کاستن ان آثار ارائه نمود.

۲. تبیین تعهدات ذیل مکانیزم تعدیل مرزی کربن اروپا

با تصویب مقررات مربوط به سی بم، تعهدات گسترده‌ای برای واردکنندگان و به تبع آن برای صادرکنندگان کالاهای مشمول این مکانیزم تعیین شده است. این تعهدات شامل الزامات مالی، اداری و فنی می‌شود که هزینه‌های سنگینی را به این گروه‌ها تحمیل می‌کند. (Lim et al, 2021: 7) علاوه بر این، انتقادات و نگرانی‌های متعددی از سوی کشورهای مختلف، به‌ویژه اقتصادهای نوظهور مانند هند و چین، نسبت به اهداف و عملکرد این مکانیزم مطرح شده است. (Leal et al, 2022: 228) برای ارزیابی دقیق این نگرانی‌ها، لازم است مقررات مربوطه به‌صورت تحلیلی بررسی شوند.

این مکانیزم در دو مرحله طراحی شده است. مرحله نخست دوره گذار بود. این دوره از اول اکتبر ۲۰۲۳ آغاز و تا پایان دسامبر ۲۰۲۵ ادامه داشت. هدف اصلی این مرحله، آماده‌سازی طرف‌های ذی‌نفع و ایجاد فرصتی برای یادگیری بود. (European Commission, 2023: 21) در این دوره، واردکنندگان موظف به گزارش مجموعه‌ای از داده‌ها، از جمله میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای تعبیه‌شده در کالاهای وارداتی خود بودند، بدون آن که مجبور به پرداخت هزینه‌های تعدیل مالی شوند. با این حال، عدم ارائه گزارش‌های سه‌ماهه می‌توانست منجر به اعمال جریمه‌های مالی شود.

---

11. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en-
12. Border Carbon Adjustments: Background and Developments in the European Union, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R47167
13. Carbon Leakage
14. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0071_EN.html
15. https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20241018IPR24760/cop29-meps-set-out-their-vision-ahead-of-this-year-s-global-climate-talks.

مرحله بعد دوره قطعی است. این دوره از سال ۲۰۲۶ آغاز شد و به تدریج تعهدات سخت‌گیرانه‌تری بر واردکنندگان تحمیل می‌کند. انتشار گازهای گلخانه‌ای تعبیه‌شده در کالاهای وارداتی به‌طور کامل تحت پوشش گواهی‌های ذیل این مکانیزم قرار می‌گیرد.[۱۶] از سوی دیگر، تخصیص رایگان مجوزها تحت سیستم تجارت انتشار اتحادیه اروپا به‌صورت تدریجی حذف خواهد شد، به‌طوری که تا سال ۲۰۳۴، ۱۰۰ درصد انتشار تعبیه‌شده مشمول گواهینامه‌های این مکانیزم خواهد بود و دیگر هیچ‌گونه تخصیص رایگان برای این دسته از کالاها وجود نخواهد داشت. [۱۷]

با وجود شباهت‌هایی که میان تعدیل مرزی و سیستم تجارت انتشار اتحادیه اروپا وجود دارد، تفاوت‌های مهمی هم بین آن‌ها دیده می‌شود. یکی از این تفاوت‌ها مربوط به نحوه تعیین قیمت گواهی‌ها است. در بازار داخلی اتحادیه اروپا، قیمت مجوزهای انتشار گازهای گلخانه‌ای از طریق مزایده تعیین می‌شود؛ اما در تعدیل مرزی، قیمت گواهی‌ها مستقیماً از نتایج این مزایده‌ها گرفته نمی‌شود، بلکه به‌صورت میانگین هفتگی آن‌ها محاسبه می‌گردد. (Duran,2023:77)

این شیوه باعث می‌شود قیمت‌ها به‌روز و متناسب با شرایط بازار باقی بمانند، در عین حال نوسانات قیمتی را هم منعکس کنند. به این ترتیب، واردکنندگان می‌توانند از تغییرات قیمت بهره‌برداری کنند و در همان حال، اداره و اجرای این سیستم برای نهادهای نظارتی ساده‌تر می‌شود. (CBAM regulation:23, Clausing et al,2024:2)

هرچند تعهدات مکانیزم تعدیل مرزی عمدتاً بر واردکنندگان مستقر در داخل اتحادیه اروپا اعمال می‌شود، اما اجرای این تعهدات مستلزم همکاری تولیدکنندگان در کشورهای ثالث است. این موضوع به یکی از اصلی‌ترین دلایل اعتراض کشورهای صادرکننده تبدیل شده است. (Cardish, 2022: 26) کشورهای منتقد معتقدند که چنین مکانیزمی اصول عدالت بین‌المللی و مسئولیت‌های مشترک اما متمایز را نادیده می‌گیرد و بار اضافی بر کشورهای در حال توسعه تحمیل می‌کند، در حالی که آن‌ها ممکن است به فناوری‌ها و منابع لازم برای کاهش انتشار دسترسی کافی نداشته باشند. (Duran,2023:90, Corvino,2023: 27)

تعدیل مرزی کربن با هدف مقابله با انتشار گازهای گلخانه‌ای در سطح جهانی و ایجاد شرایط برابر برای رقابت میان تولیدکنندگان داخلی و خارجی طراحی شده است. با این حال، انتقادات به جنبه‌های فرامرزی این مکانیزم و اثرات بالقوه آن بر توسعه اقتصادی کشورهای صادرکننده نشان می‌دهد که نیاز به بازنگری در برخی از جنبه‌های حقوقی و اجرایی این سازوکار وجود دارد.

۲-۱. تعهدات دوره گذار- گزارش‌دهی

در دوره گذار سی بم، واردکنندگان مستقر در کشورهای عضو اتحادیه اروپا ملزم به ارائه گزارش‌های دوره‌ای هستند. این گزارش‌ها باید شامل اطلاعات زیر باشند:

- مقدار کل هر نوع کالای وارداتی، بر حسب مگاوات‌ساعت برای برق و بر حسب تن برای سایر کالاها.
- میزان گازهای گلخانه‌ای واقعی منتشرشده، که طبق روش تعیین‌شده در پیوست ۴ مقررات سال ۲۰۲۳ محاسبه می‌شود.
- قیمت کربن پرداخت‌شده در کشور مبدأ برای انتشار گازهای گلخانه‌ای، با در نظر گرفتن هرگونه تخفیف یا غرامت اعمال‌شده.[۱۸]

برای ارائه این گزارش‌ها، واردکنندگان ناگزیر به اتکاء اطلاعات ارائه‌شده توسط صادرکنندگان هستند. (European Commission, 2023) در مواردی که امکان تعیین میزان انتشار واقعی[۱۹] وجود نداشته باشد، از مقادیر پیش‌فرض[۲۰] استفاده می‌شود. (Simola, 2021:6) این مقادیر بر اساس بهترین داده‌های ثانویه موجود، یعنی میانگین شدت انتشار بدترین عملکرد تأسیسات تحت سیستم تجارت انتشار

16. *Guidance Document On Cbam Implementation For Installation Operators Outside The Eu. (2023), P.20.*
17. *Guidance Document On Cbam Implementation For Installation Operators Outside The Eu. (2023), p.20.*
18. *CBAM Regulation,2023, art 35.*
۱۹. *(actual emissions) به معنای انتشارات محاسبه شده بر اساس داده های اولیه، بند ۲۸ ماده ۳ مقررات ناظر بر طراحی و ایجاد سیبم مصوب پارلمان اروپا، ۲۰۲۳*
۲۰. *(default value) به معنای انتشارات محاسبه شده بر اساس داده های ثانویه، بند ۲۷ ماده ۳ مقررات مذکور.*

اتحادیه اروپا برای کالاهای مشابه، محاسبه می‌شوند. در مقابل، داده‌های اولیه به اطلاعاتی اشاره دارند که طبق روش‌های استاندارد معرفی‌شده در اسناد پیوست کمیسیون اروپا ارائه می‌شوند.

استفاده از مقادیر پیش‌فرض در مقایسه با تعیین دقیق انتشار واقعی ساده‌تر است، اما این روش می‌تواند منجر به ارائه اطلاعات نادرست و غیرواقعی شود. (Gupta,2024:16) شدت انتشار کالاها ممکن است در کشورهای مختلف با توجه به فناوری‌های تولیدی و ترکیب انرژی مورد استفاده، تفاوت چشمگیری داشته باشد. در نتیجه مقادیر پیش‌فرض نادرست می‌توانند تعهدات مالی را به‌طور قابل‌توجهی تحت‌تأثیرقرار دهند. در این صورت واردکنندگان ممکن است مجبور به پرداخت بیش از حد برای کالاهای خود شوند و لذا ترجیح واردکنندگان به صادرکنندگانی که اطلاعات دقیق و قابل اعتماد ارائه می‌دهند، افزایش خواهد یافت.

این تعهدات در دوره گذار تنها واردکنندگان داخل اتحادیه اروپا را هدف قرار داده‌اند و با هدف آماده‌سازی اپراتورهای مستقر در کشورهای ثالث[۲۱] برای دوره قطعی طراحی شده‌اند.[۲۲] با آغاز دوره قطعی در سال ۲۰۲۶، واردکنندگان اروپایی ملزم به خریداری گواهی‌های سی بم خواهند شد و این گواهی ها با توجه به میزان انتشار واقعی و نه پیش فرض، باید خریداری و تسلیم شود.

دوره گذار مکانیسم، فرصتی است برای واردکنندگان و صادرکنندگان تا زیرساخت‌ها و فرایندهای لازم برای ارائه داده‌های انتشار را ایجاد کنند. (European Commission, (2024): 32) با این حال، چالش‌های فنی و حقوقی مرتبط با استفاده از مقادیر پیش‌فرض، نیازمند توجه ویژه هستند تا از تحمیل هزینه‌های غیرضروری بر واردکنندگان و تحریف اطلاعات انتشار جلوگیری شود.

۲-۲. تعهدات دوره قطعی - ارائه اظهارنامه

در دوره قطعی اجرای مکانیزم، واردکنندگانی که درخواست وضعیت «اظهارکننده مجاز» را ثبت کرده‌اند و به‌طور رسمی تحت این مکانیزم فعالیت می‌کنند، موظف به ارائه اظهارنامه‌های سالانه هستند. اولین اظهارنامه باید تا تاریخ ۳۱ می ۲۰۲۷ برای سال تقویمی ۲۰۲۶ ارائه شود. این اظهارنامه‌ها باید از طریق پایگاه ثبت الکترونیکی ایجاد شده توسط کمیسون اروپا که در ماده ۱۴ مقررات تعریف شده است، ارسال شده و باید شامل اطلاعات زیر باشند (CBAM regulation, art 6):

- **مقدار کل کالاهای وارداتی:** مقدار هر نوع کالا، به مگاوات‌ساعت برای برق و به تن برای سایر کالاها در طول سال تقویمی قبل.
- **مجموع انتشار گازهای گلخانه‌ای:** مجموع انتشار گازهای گلخانه‌ای موجود در کالاهای وارداتی، مطابق با پیوست ۱ مقررات.
- **تعداد گواهی‌ها:** تعداد کل گواهی‌هایی که باید تسلیم شوند، معادل مجموع انتشار گازهای گلخانه‌ای (مندرج در بند ۲) با کسر قیمت کربن پرداخت‌شده در کشور مبدا.
- **رونوشت گزارش‌های راستی‌آزمایی:** این گزارش‌ها باید توسط تأییدکنندگان معتبر صادر شوند.

۲-۳. خرید و تسلیم گواهی‌ها

تعهدات مالی تحت مکانیزم شامل خریداری گواهی‌ها توسط واردکنندگان در برابر میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای است که گزارش می‌کنند. (Kardish, 2022: 12) هر گواهی معادل انتشار یک تن دی‌اکسید کربن یا سایر گازهای گلخانه‌ای مشمول این مکانیزم (مانند نیتروکسید و پرفلوئورکربن‌ها) است. (AMBEC, 2022: 4)

تعهدات مالی مربوط به انتشار غیرمستقیم تنها برای کالاهای مرتبط با سیمان و کودها اعمال می‌شود.(EuropeanCommission,2023:34) در مورد سایر کالاها، فقط انتشار مستقیم مورد محاسبه قرار می‌گیرد.

چنانچه قیمت کربن به طور مؤثری در کشور مبدأ پرداخت شده باشد، به همان میزان می‌توان از تعداد گواهی‌های موردنیاز کاهش داد (Piri & Maleki, 2025: 996). این کاهش برای هر دو گروه صادرکنندگان مستقیم کالا و صادرکنندگان مواد اولیه اعمال می‌شود. (art 9, Петрова, 2023: 3)

۲۱. *از اشخاصی که در کشورهای ثالث تاسیساتی را اداره می‌کنند با نام اپراتور یاد می‌شود.*

22. *https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/013fa763-5dce-4726-a204-69fec04d5ce2_en. P.20*

این مکانیزم، تعدیل‌های مالی انجام‌شده در کشورهای ثالث (مانند مالیات بر کربن یا سیستم‌های تجارت انتشار) را به رسمیت می‌شناسد. (Gupta: 9, European Commission: 25) در نتیجه، این امر باعث شکل‌گیری رقابت بین کشورهای ثالث می‌شود، زیرا کشورهای عضو اتحادیه اروپا ترجیح می‌دهند کالاهای خود را از کشورهایی وارد کنند که سیستم قیمت‌گذاری کربن مؤثر دارند. به این ترتیب، خطر نشت کربن نیز کاهش می‌یابد. (Venzke & Vidigal, 2022: 190)

مکانیزم تعدیل مرزی از سیستم محدودیت و تجارت (Cap-and-Trade) پیروی نمی‌کند و سقفی برای تعداد گواهی‌ها تعیین نشده است. بنابراین واردکنندگانی که گواهی بیشتری از میزان انتشار واقعی خود خریداری کرده باشند، نمی‌توانند آن را به سایر واردکنندگان بفروشند اما کمیسیون اروپا می‌تواند در صورت درخواست، حداکثر یک‌سوم از گواهی‌های اضافی را بازخرید کند. (Ambec, 2022: 6) اما طراحی این مکانیزم به شدت وابسته به سیستم تجارت انتشار داخلی اتحادیه اروپا است (Corvino, 2023:32). تعهدات مالی آن به تدریج از سال ۲۰۲۶ تا ۲۰۳۴ اعمال خواهند شد. (Guidance doc for operators:20) این روند با کاهش تخصیص رایگان کمک‌هزینه‌ها تحت سیستم تجارت انتشار برای بخش‌های تحت پوشش تعدیل مرزی همگام است. تا سال ۲۰۳۴، هیچ‌گونه تخصیص رایگانی ذیل سیستم تجارت انتشار انجام نخواهد شد. (ibid:21, Smith: 9)

۲-۴. تعهد به نظارت، گزارش و راستی‌آزمایی

یکی از جنبه‌های کلیدی این مکانیزم، وجود قوانین کارآمد برای نظارت، گزارش‌دهی و راستی‌آزمایی انتشار گازهای گلخانه‌ای ناشی از واردات است. (Hofer and Graichen,(2023): 6)

مکانیزم تعدیل مرزی کربن، تمامی کشورها و یا مؤسساتی را که کالاهایی نظیر فولاد، سیمان، آلومینیوم و سایر محصولات پرانتشار را به اتحادیه اروپا صادر می‌کنند، دربرمی‌گیرد. این شمولیت تنها محدود به صادرات مستقیم نیست. در مواردی که یک کشور کالایی را به‌عنوان مواد اولیه صادر می‌کند و این کالا در کشور دیگری برای تولید محصول نهایی استفاده شده و سپس به اتحادیه اروپا صادر می‌شود، این مکانیزم همچنان اعمال خواهد شد. به این ترتیب، ردپای کربن کالاها از ابتدا تا زمان ورود به اتحادیه اروپا ردیابی می‌شود. واردکنندگان اروپایی ملزم به درخواست اطلاعات از تولیدکنندگان خارجی هستند تا میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای مرتبط با تولید کالاها را گزارش دهند. این اطلاعات شامل:

- **انتشار مستقیم:** گازهای گلخانه‌ای تولیدشده در فرایند تولید کالا.
- **انتشار غیرمستقیم:** گازهای گلخانه‌ای تولیدشده در جریان تولید« انرژی مصرفی» در فرایند تولید کالا است.

این شفافیت اطلاعاتی به اتحادیه اروپا کمک می‌کند تا تمامی مراحل تولید کالا را ارزیابی و اثرات زیست‌محیطی آن را محاسبه کند. در این مکانیزم واردکنندگان باید گزارش میزان انتشار (محاسبه‌شده طبق روش‌های تعیین‌شده در پیوست ۴ مقررات)[۲۳] را به همراه گزارش راستی‌آزمایی به مراجع صالح ملی خود تحویل دهند؛ بدین ترتیب تنها گزارش میزان انتشار به هر نحوی کافی نبوده و بازبینی و تایید اعتبار الزامیست. این گزارش‌ها توسط مراجع ملی بازبینی و سپس به کمیسیون اروپا ارائه می‌شوند؛ آیین‌نامه اجرایی مکانیزم در زمینه راستی‌آزمایی، روش کار را با سیستم تجارت انتشار اتحادیه اروپا همسان‌سازی کرده است. (Gupta et al, 2024: 9-12)

تفاوت عمده بین مکانیزم تعدیل مرزی و سیستم تجارت انتشار اتحادیه اروپا در سطح گزارش‌دهی است. در سیستم تجارت انتشار اروپا، گزارش‌ها در سطح تأسیسات صنعتی تهیه می‌شوند. در مقابل، در این مکانیزم، گزارش‌ها در سطح انتشار مربوط به هر دسته از کالاهای معین تهیه می‌شوند که این میزان از انتشار با عنوان «انتشار تعبیه‌شده[۲۴]» شناخته می‌شود. (Hofer and Graichen, 2023: 16)

یکی از چالش‌های بحث‌برانگیز در رابطه با این تعهد، اعمال استانداردهای نظارتی و راستی‌آزمایی اتحادیه اروپا بر تولیدکنندگان کشورهای ثالث است. این اقدام که به عقیده برخی اعمال صلاحیت فراسرزمینی محسوب می‌شود، به صراحت در ماده ۷ مقررات

23. https://publications.europa.eu/resource/celex/32023R0956.ENG.pdfa2a.l_13020230516en00520104.pdf
24. Embedded Emission

مربوطه ذکر شده است. بر اساس این ماده«کمیسیون اروپا اختیار دارد جزئیات قوانین مربوط به محاسبه انتشار واقعی و پیش‌فرض، روش‌های تضمین قابلیت اعتماد داده‌ها، و سایر الزامات مرتبط را تعیین کند». (CBAM Regulation, art7)

اگر به تولیدکنندگان کشورهای ثالث آزادی عمل بیشتری در انتخاب روش‌های اندازه‌گیری و راستی‌آزمایی داده شود بار اداری و فنی کمتری برای آن‌ها ایجاد خواهد شد؛ اما ممکن است منجر به نابرابری و تبعیض در تجارت کالا شود، زیرا کشورهایی با قوانین نظارتی کمتر سخت‌گیرانه، از مزیت رقابتی بیشتری برخوردار خواهند شد. (Hofer and Graichen, 2023: 19)

استدلال اتحادیه اروپا این است که اعمال استانداردهای یکسان بر تمامی تولیدکنندگان کالاهای وارداتی، هدف اصلی مکانیزم، یعنی جلوگیری از نشت کربن، را تضمین می‌کند.

برخی پژوهشگران به‌جای تحمیل یک‌جانبه استانداردهای اتحادیه اروپا، تلفیقی از رویکردهای استانداردسازی بین المللی با مشارکت کشورهای ثالث مانند استانداردهای ایزو و نیز همکاری بین المللی در تعیین أصول حاکم بر فرایند نظارت و راستی ازمایی را پیشنهاد کرده‌اند. (Das & Bandyopadhyay, 2025) این رویکرد می‌تواند از نظر مشروعیت سیاسی و صلاحیت حقوقی کمتر مورد خدشه قرار گیرد و پذیرش بیشتری از سوی کشورهای ثالث به همراه داشته باشد.

جدول شماره۱- مکانیزم تعدیل مرزی کربن اروپا در یک نگاه

معیار	ویژگی‌ها	تاثیر بر کشورهای توسعه یافته	تاثیر بر کشورهای در حال توسعه
هدف اصلی	جلوگیری از نشت کربن و حفظ رقابت‌پذیری	کاهش رقابت با تولیدکنندگان خارجی که استانداردهای زیست‌محیطی را رعایت نمی‌کنند	تحمیل هزینه‌های اضافی به تولیدکنندگان فاقد زیرساخت‌های کربن‌پایدار
محصولات مشمول	فولاد، سیمان، کود، آلومینیوم و برق	صنایع مشابه داخلی ملزم به رعایت استانداردهای مشابه می‌شوند	تولیدکنندگان این محصولات متحمل هزینه گواهی کربن می‌شوند
مبنای مالیاتی	انتشار دی‌اکسید کربن (CO_2) در فرایند تولید	کشورهای توسعه‌یافته استانداردهای تولید سبز را پیشتر اجرا کرده‌اند	هزینه تولید کالاها افزایش می‌یابد و رقابت‌پذیری کاهش می‌یابد
گواهی کربن	الزامی برای واردکنندگان کالا به اتحادیه اروپا	تولیدکنندگان داخلی تحت مکانیزم تجارت انتشار مشابه عمل می‌کنند	نیازمند پرداخت هزینه گواهی بدون دریافت مزایای معادل است
استثنائات و معافیت‌ها	کشورهای کم‌توسعه‌یافته ممکن است معاف شوند	امکان مذاکره برای معافیت محدود از CBAM وجود دارد	اغلب کشورهای در حال توسعه مشمول مقررات بدون معافیت خاص می‌شوند
پیامدهای تجاری	افزایش هزینه واردات به اتحادیه اروپا	رقابت‌پذیری تولیدکنندگان داخلی در برابر واردات حفظ می‌شود	از دست دادن بازار صادراتی به دلیل افزایش هزینه‌ها
همراستایی با موافقت‌نامه پاریس	تلاش برای تکمیل اهداف کاهش انتشار	بهره‌مندی از ابزارهای مالی و فناوری برای انطباق	عدم دسترسی کافی به حمایت‌های مالی و فناوری برای اجرای تغییرات

۳. بررسی انتقادات وارد بر مکانیزم تعدیل مرزی کربن اروپا

سی بم محدوده گسترده‌ای از واکنش‌های سیاسی را برانگیخته است. طبق امار مربوط به بررسی واکنش های سیاسی ۳۲ کشور از جمله ایران، برای تمامی کشورهای تحلیل‌شده دست‌کم یک واکنش سیاسی قابل مشاهده بوده است. (Otto, 2025: 185) رایج‌ترین

واکنش، پذیرش سیاستی (۲۴ کشور)، پس از آن مخالفت (۲۲ کشور) و سپس همکاری (۱۵ کشور) بوده است. همچنین این تحلیل نشان می‌دهد که واکنش‌های سیاسی با گذر زمان تغییر کرده‌اند. «در حالی که مخالفت با سی بم پس از اعلان آن در سال ۲۰۱۹ و تا امروز مشاهده می‌شود، همکاری و پذیرش سیاستی عمدتاً پس از انتشار پیشنهاد کمیسیون در ژوئیه ۲۰۲۱ اتفاق افتاده است. این امر نشان می‌دهد که اگرچه مخالفت با سی بم پایدار بوده است، کشورها همچنین در حال آغاز آماده‌سازی برای اثرات داخلی آن هستند. واکنش‌های سیاستی مشاهده‌شده شامل در نظر گرفتن و اجرای قیمت‌گذاری کربن یا سایر اقدامات کاهش کربنی و اصلاح سیاست‌های موجود بوده است. وجود ارتباط مستقیم بین واکنش‌های پذیرش سیاستی و مکانیزم سی بم در ۱۵ کشور نشان می‌دهد که این مکانیزم می‌تواند به‌عنوان یک عامل محرک سیاست اقلیمی عمل کند و وجود پدیده‌ای به نام اثر بروکسل را مطرح می‌کند.[۲۵] پذیرش‌های سیاستی با پیوند محسوس به سی بم، شامل اجرای سیستم های تجارت انتشار در کشورهای نامزد اتحادیه اروپا از جمله آلبانی، بوسنی و هرزگوین، مونته‌نگرو، مقدونیه شمالی، صربستان، ترکیه و اوکراین است. همچنین اجرای سیاست‌های قیمت‌گذاری کربن در مصر و اندونزی، بررسی آن‌ها در هند، ژاپن و مراکش و سایر اقدامات داخلی کاهش کربنی که بر بخش‌های تحت شمول سی بم متمرکز هستند در الجزایر، بلاروس، مراکش و روسیه به سی بم نسبت داده شده است.»

به طور کلی انتقادات موجود به سه دسته قابل تفکیک است که در ذیل به آن‌ها می‌پردازیم:

۳-۱. اعمال صلاحیت فراسرزمینی

برخی منتقدان بر این باورند که اعمال مکانیسم تعدیل مرزی کربن به‌معنای تحمیل مقررات اتحادیه اروپا بر تولیدکنندگان خارجی است و ازاین‌رو نوعی اعمال صلاحیت فراسرزمینی محسوب می‌شود (leal, 2012: 889, Dobson, 2020: 187) امری که می‌تواند چالش‌های حقوقی و سیاسی قابل‌توجهی ایجاد کند. در مقابل، اتحادیه اروپا تأکید می‌کند که این سازوکار یک سیاست جامع در راستای دستیابی به اهداف زیست‌محیطی و تضمین رقابت‌پذیری تولیدکنندگان اروپایی در برابر واردات با شدت کربنی بالا است و در نتیجه، بخشی از اعمال صلاحیت سرزمینی آن نسبت به ورود کالا به بازار داخلی‌اش تلقی می‌شود. (European Commission, 2023: 10-17) رای تحلیل این مسئله، تمایز دقیق میان «اعمال صلاحیت فراسرزمینی»، «تعهدات فراسرزمینی» و «آثار فراسرزمینی» در حقوق بین‌الملل ضروری است.

در حقوق بین‌الملل عمومی، «تعهد فراسرزمینی»[۲۶] به تکلیفی گفته می‌شود که منشأ آن یک قاعده الزام‌آور بین‌المللی، اعم از معاهده، عرف یا اصول کلی، باشد و اجرای آن مستلزم اقدام نسبت به اشخاص، وضعیت‌ها یا قلمروهای خارج از مرزهای یک دولت گردد؛ به‌گونه‌ای که عدم اجرای آن می‌تواند مسئولیت بین‌المللی دولت را به دنبال داشته باشد (International Law Commission, 2001). در مقابل، «آثار فراسرزمینی»[۲۷] زمانی مطرح می‌شود که اجرای یک قانون یا مقرره داخلی، هرچند از حیث صلاحیت صرفاً سرزمینی است، عملاً پیامدهایی برای رفتار اشخاص یا فعالیت‌های خارج از قلمرو ایجاد کند، بدون آنکه این پیامدها به معنای ایجاد تعهد بین‌المللی جدید یا اعمال صلاحیت بر قلمرو دولت دیگر باشد (Ryngaert, 2015). میان این دو مفهوم باید «اعمال صلاحیت فراسرزمینی»[۲۸] را نیز قرار داد؛ یعنی وضع یا اجرای مقرراتی که مستقیماً رفتار یا وضعیت موجود در خارج از قلمرو دولت را هدف قرار می‌دهد و برای توجیه آن باید یکی از مبانی شناخته‌شده صلاحیت بین‌المللی - مانند کنترل مؤثر، تابعیت، اصل حمایت، یا پیوند معقول[۲۹] (Sinnvolle Anknüpfung) - وجود داشته باشد. (Załucki, 2015) در نظریه «پیوند معقول»[۳۰] در حقوق بین‌الملل، برخی اقدامات دارای آثار فراسرزمینی می‌توانند از نظر حقوقی موجه قلمداد شوند، مشروط بر اینکه میان وضعیت مورد نظر و دولت

---

۲۵. *اثر بروکسل به پدیده‌ای گفته می‌شود که طی آن استانداردها و مقررات اتحادیه اروپا، بدون نیاز به اجبار یا توافق بین‌المللی، به‌طور غیررسمی و تدریجی در سطح جهانی پذیرفته و اجرا می‌شوند؛ زیرا شرکت‌ها و کشورها برای حفظ دسترسی به بازار بزرگ و سخت‌گیرانه‌ی اتحادیه اروپا، ناچار به تبعیت از قواعد آن می‌شوند. (Otto, 2025: 180)*

26. *Extraterritorial Obligation*

27. *Extraterritorial Implications*

28. *Extraterritoriality Jurisdiction*

29. *Effective Control, Nationality, Protective Principle, Sensible Liaison*

۳۰. *اصطلاح «ارتباط معقول» ترجمه (sensible liaison) است. این مفهوم در اصل از ادبیات حقوقی آلمانی با واژه (sinnvolle Anknüpfung) گرفته شده و در آثار مربوط به صلاحیت فراسرزمینی برای اشاره به وجود یک پیوند منطقی و قابل‌توجیه میان دولت مقرره‌گذار و وضعیت دارای عنصر خارجی به‌کار می‌رود.*

مقرره گذار، پیوندی واقعی، نزدیک و مبتنی بر منفعت مشروعی وجود داشته باشد که حقوق بین‌الملل آن را به رسمیت می‌شناسد. (Załucki, 2015) در خصوص مکانیزم سی بم، اتحادیه اروپا می‌تواند استدلال کند که واردات کالاهای با شدت کربنی بالا به بازار داخلی، هم بر اهداف زیست‌محیطی آن و هم بر شرایط رقابتی تولیدکنندگان مشمول نظام تجارت انتشار اتحادیه تأثیر مستقیم دارد (European Commission, 2023). با این حال، وجود چنین پیوندی لزوماً به معنای ایجاد تعهد فراسرزمینی نیست؛ بلکه تنها شرط بهره مندی از دسترسی به بازار اتحادیه اند.

مکانیزم تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا، با وجود آثار گسترده‌ای که بر تولیدکنندگان کشورهای ثالث دارد؛ از جمله الزام به ارائه اطلاعات دقیق درباره انتشار کربن، رعایت فرایندهای نظارت، گزارش‌دهی و راستی‌آزمایی مطابق استانداردهای اتحادیه، و خرید گواهی‌های کربنی، از منظر حقوق بین‌الملل عمومی در زمره «آثار فراسرزمینی» قرار می‌گیرد.[۳۱] این نتیجه بر چند مبنا استوار است:

- **منبع الزام:** مقررات سی بم از حقوق داخلی اتحادیه اروپا سرچشمه می‌گیرد و متکی بر هیچ معاهده یا قاعده عرفی الزام‌آور نسبت به کشورهای ثالث نیست. (European Commission, 2023) بنابراین منشأ بین‌المللی تعهد ایجاد نمی‌شود.
- **شرط ارتباط با اتحادیه:** الزامات سی بم تنها زمانی اعمال می‌شود که تولیدکننده خارجی تصمیم بگیرد کالای خود را وارد بازار اتحادیه کند. در نتیجه، اتحادیه هیچ تکلیف ذاتی و مستقل از اراده تولیدکننده را بر فعالیت‌های او در قلمرو دولت متبوعش تحمیل نمی‌کند (Hillman & Sapir, 2021). این امر آن را در چهارچوب صلاحیت سرزمینیَ مبتنی بر ورود به بازار قرار می‌دهد، نه صلاحیت فراسرزمینی.
- **صلاحیت اجرایی:** اجرای سی بم صرفاً در مرزهای اتحادیه و از طریق سازوکارهای گمرکی و نهادهای نظارتی داخلی انجام می‌شود؛ اتحادیه هیچ ابزار اجرایی مستقیمی برای تحمیل الزامات این سازوکار در قلمرو کشورهای ثالث ندارد (van Asselt, 2021). فقدان صلاحیت اجرایی بیرونی، مانع از دسته‌بندی آن در قالب اعمال صلاحیت فراسرزمینی می‌شود.

اگرچه اتحادیه اروپا ادعا می‌کند که سی‌بم صرفاً یک اقدام مرزی و در صلاحیت سرزمینی آن است، اما از منظر حقوق بین‌الملل، این سازوکار نمونه‌ای بارز از توسعه سرزمینی مقررات و اعمال صلاحیت فراسرزمینیَ عملی است. سی‌بم با هدف‌گیری شیوه‌ها و روش‌های تولید غیرمرتبط با محصول عملاً در تلاش است تا رژیم حقوقی محیط‌زیست و استانداردهای صنعتی کشورهای مبدأ را تغییر دهد. این رویه، نه تنها با اصل حاکمیت دائم کشورها بر منابع طبیعی خود در تعارض است، بلکه رویکرد پایین‌به‌بالای توافقنامه پاریس را که بر تعیین مشارکت‌های ملی استوار است، به یک سیستم اجباریِ بالابه‌پایین تبدیل می‌کند. (Scott,2014;Leonelli,2022)

۳-۲. ارزیابی سی بم از منظر تعهدات تجاری بین المللی

مکانیزم تعدیل مرزی کربن، به دلیل انعکاس قیمت گواهی‌های کربنی در قیمت کالاهای صادراتی، به طور مستقیم رقابت‌پذیری محصولات انرژی‌بر کشورهای در حال توسعه، به‌ویژه در آسیا و خاورمیانه را تحت‌تأثیرقرار می‌دهد.[۳۲] مطالعه آنکتاد[۳۳] نشان داده است که اجرای این سازوکار می‌تواند به کاهش صادرات کالاهای انرژی‌بر کشورهای در حال توسعه و انتقال سهم بازار به نفع اقتصادهای پیشرفته منجر شود.[۳۴] شدت انتشار کربن، میزان وابستگی تجاری به اتحادیه اروپا، سطح قیمت‌گذاری کربن در کشور

---

۳۱. در ادبیات حقوق بین‌الملل، ایجاد الزاماتی نظیر راستی‌آزمایی (MRV) و خرید گواهی کربن برای کالاهای وارداتی، اگرچه از نظر حقوقی در مرزهای کشور واردکننده (صلاحیت سرزمینی) اعمال می‌شود، اما از آنجا که عملاً تولیدکننده خارجی را مجبور به تطبیق شیوه‌های تولید خود با استانداردهای اتحادیه می‌کند، موجد «آثار فراسرزمینی» است. این پدیده در دکترین حقوقی تحت عنوان «توسعه سرزمینی مقررات» شناخته می‌شود و با اعمال مستقیم صلاحیت فراسرزمینی تفاوت ماهوی دارد. برای مطالعه تحلیل حقوقی این تمایز در رویه اتحادیه اروپا و به‌ویژه مکانیزم سی‌بم نک: Scott, J. (2014). Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. American Journal of Comparative Law, 62(1), 87-126; Leonelli, G. C. (2022). Exporting the EU Climate Regime: The CBAM, Extraterritoriality, and the 'Brussels Effect'. European Journal of International Law.

32. WBG, The Trade and Climate Change Nexus

33. United Nations Conference On Trade and development (UNCTAD)

34. UNCTAD, A European Union Carbon Border Adjustment Mechanism : Implications for developing countries.

مبدأ، و ظرفیت‌های فنی برای کربن‌زدایی، از جمله عوامل کلیدی تعیین کننده دامنه تأثیرگذاری سی بم هستند. (Gupta, 2024:14) با وجود اهداف زیست‌محیطی، نگرانی اصلی این است که سی بم ممکن است از تعهدات بین‌المللی اتحادیه اروپا در چارچوب سازمان تجارت جهانی تخطی کند. (Grácová, 2024, Brandi, 2021, Hufbauer et al, 2022) این انتقادات عمدتا در قالب سه محور طرح می‌شود:

نخست، اصل دولت کامله‌الوداد در ماده ۱ گات مقرر می‌دارد که هیچ عضو سازمان نباید در اعطای مزایا یا اعمال محدودیت‌ها بر واردات کالاهای کشورهای مختلف تبعیض قائل شود.[۳۵] سی بم با تحمیل هزینه‌های متفاوت بر اساس محتوای کربن کالاهای وارداتی، ممکن است در عمل موجب تبعیض بین اعضای سازمان تجارت جهانی گردد. (Smith, 2022: 20) و کشورهایی را که فاقد فناوری پیشرفته یا زیرساخت های کربن‌زدایی هستند در وضعیت نامطلوب تری قرار دهد. (Cho et al, 2024: 3)

دوم، ماده ۲ گات مقرر می‌کند که اعضا باید سقف مشخصی برای تعرفه‌های خود تعیین کنند و از اعمال هرگونه هزینه مالی اضافی فراتر از سقف‌های تعهدات تعرفه‌ای خودداری کنند.[۳۶] اگر افزایش قیمت گواهی‌های کربنی ناشی از سخت‌گیرانه‌تر شدن مقررات اقلیمی، بار مالی سی بم را از سقف تعرفه‌ای اتحادیه اروپا فراتر ببرد، می‌تواند مصداق نقض تعهدات ماده ۲ گات تلقی شود (Huf-bauer et al, 2021:8; Smith:23). همین نگرانی موجب شده است که بسیاری از کشورهای ثالث نسبت به اجرای این مکانیزم اعتراض کنند. هرچند خرید گواهی‌ها رسماً بر عهده واردکنندگان اروپایی است، اما هزینه آن به‌طور کامل به صادرکنندگان منتقل می‌شود؛ زیرا واردکننده ناگزیر است هزینه گواهی را در قیمت نهایی کالا لحاظ کند. در نتیجه، صادرکننده یا باید قیمت کالای خود را کاهش دهد، یا از بازار اتحادیه کنار گذاشته می‌شود. این امر به‌ویژه برای کشورهای در حال توسعه که اقتصاد آن‌ها به صادرات کالاهای کربن‌بر وابسته است، نوعی تحمیل مالی خارج از چارچوب تعرفه‌های مورد توافق تلقی می‌شود و با اصول شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری در گات ناسازگار دیده می‌شود.

در آخر اصل رفتار ملی در ماده ۳ گات تأکید می‌کند که کالاهای وارداتی باید از همان رفتار و شرایطی برخوردار باشند که به کالاهای مشابه داخلی اعطا می‌شود.[۳۷] در نظام اتحادیه اروپا، تخصیص رایگان گواهی‌های کربن به تولیدکنندگان داخلی در سیستم تجارت انتشار، بار مالی آن‌ها را به طور قابل توجهی کاهش داده و موجب حمایت مضاعف از کالاهای داخلی شده است. (Espa, 2022: 13) در مقابل، واردکنندگان کالاهای مشابه از کشورهای ثالث ملزم اند برای هر واحد کربن موجود در زنجیره تولید کالاهای خود، گواهی خرید کنند؛ امری که منجر به تفاوت آشکار در هزینه های نهایی و ایجاد تبعیض علیه واردات می‌شود. حتی اگر فرایند حذف تدریجی تخصیص رایگان گواهی‌ها آغاز شده باشد، این روند زمان بر است و در عمل، فاصله حمایتی میان کالاهای داخلی و وارداتی همچنان ادامه خواهد داشت. (Smith, 2022: 21, Espa, 2022: 18)

اتحادیه اروپا در دفاع از سازگاری سی بم با قواعد گات استدلال می کند که این سازوکار در چارچوب ماده ۲۰ گات، به‌عنوان یک استثنای زیست محیطی، قابل توجیه است. (Espa, 2022: 12, Smith, 2022:26) ماده ۲۰ چند استثنا پیش بینی می‌کند که بر اساس آن ها، اقدامات تجاری می‌توانند علیرغم تعارض اولیه با قواعد اصلی گات، مشروع تلقی شوند؛ از جمله اقداماتی که برای حفظ اخلاق عمومی ضروری اند، اقداماتی که برای حفاظت از جان یا سلامت انسان، حیوان و گیاهان ضروری هستند و نیز اقداماتی که با هدف حفاظت از منابع طبیعی تجدیدناپذیر اتخاذ می شوند. اگر سی بم ذیل یکی از بندهای فرعی این ماده قابل توجیه تشخیص داده شود، اتحادیه باید مرحله دوم آزمون را نیز طی کند؛ یعنی نشان دهد تدابیر اتخاذی با بند آغازین[۳۸] ماده ۲۰ نیز سازگار است. براساس بند آغازین، اقدام مورد نظر نباید به شیوه ای اعمال شود که «تبعیض خودسرانه یا غیرقابل‌توجیه میان کشورهایی که در شرایط مشابه هستند» یا «محدودیتی پنهان بر تجارت بین‌الملل» به شمار آید. افزون بر این، دولت مدافع باید نشان دهد که هیچ اقدام جایگزین کمتر محدودکننده‌ای نمی‌توانسته همان هدف زیست محیطی را با کارامدی مشابه محقق کند.

35. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), WTO | Services - CBT - Basic Purpose and Concepts - Most-Favoured-Nation Treatment - Page 1
36. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT),Art 2. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf
37. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT),Art 3. Glossary - national treatment, World Trade Organization, https://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/ national_treatment_e.htm
38. (chapeau)

اتحادیه اروپا استدلال می‌کند که هدف سی بم تضمین رقابت عادلانه میان تولیدکنندگان اروپایی و خارجی است؛ به نحوی که همه آنان هزینه‌های مشابهی برای انتشار کربن بپردازند (ICCIMA, 2023: 16). با این حال، وجود تخصیص رایگان گواهی‌های انتشار برای تولیدکنندگان اروپایی به روشنی نشان می‌دهد که هزینه انتشار به طور یکسان و منصفانه بین تولیدکنندگان داخلی و صادرکنندگان خارجی توزیع نشده است. بنابراین، این سازوکار هچنان تبعیض آمیز باقی می ماند و نمی تواند به طور کامل با الزامات ماده ۳ گات و اصل رفتار ملی سازگار شود. (Espa et al, 2022: 18). از منظر آزمون ضرورت در ماده ۲۰ گات، اقدامات زیست‌محیطی باید برای دستیابی به هدف مورد نظر «ضروری» باشند و کمترین محدودیت ممکن را برای تجارت ایجاد کنند.[۳۹] در این چارچوب، سازوکار سی بم علاوه بر ایجاد هزینه‌های مالی و اداری سنگین بر واردات، نیازمند فرایندهای پیچیده محاسبه، گزارش دهی و راستی‌آزمایی انتشار است. این ویژگی ها آن را در برابر گزینه های جایگزین مانند مالیات بر کربن آسیب پذیر می کند. داده های موجود نشان می دهد که با وجود گزینه های کم‌هزینه‌تر و غیرتبعیض‌آمیز، توجیه آن به‌عنوان اقدامی ضروری دشوار است.

تحلیل سازگاری سی بم اتحادیه اروپا با مقررات سازمان تجارت جهانی را باید در پرتو مسیر تکاملی ماده ۲۰ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت توسط هیات استیناف انجام داد؛ نهادی که طی دو دهه اخیر، رویکردی پویا و هنجاری به استثنائات زیست‌محیطی گات اتخاذ کرده است. هیئت استیناف به ویژه در آرای مهمی چون ایالات متحده - میگو (US – Shrimp, 1998) و برزیل – تایرهای روکش شده (Brazil – Retreaded Tyres, 2007)، ماده ۲۰ را نه یک مقرره ایستا بلکه ابزاری برای تحقق تعهدات در حال تحول دولت‌ها در حوزه محیط زیست و سلامت انسانی دانسته است.

در این قضیه دولت آمریکا ممنوعیت واردات میگو را، به دلیل صید همراه با تهدید شدید جمعیت لاک‌پشت‌های دریایی، تحت ماده ۲۰ توجیه کرد. در ابتدا پنل هدف از ایجاد این محدودیت از سوی ایالات متحده را طبق استثنائات ماده ۲۰ گات موجه دانست. در همین رابطه هیئت استیناف در یکی از تفسیرهای بنیادین خود اعلام کرد که مفهوم «منابع طبیعی قابل اتمام» محدود به منابع غیرزنده نیست و گونه‌های زنده در معرض انقراض را نیز دربرمی‌گیرد. (US – Shrimp, 1998,AB, para 129) این برداشت تکاملی، مسیر پذیرش اهداف گسترده‌تر مانند کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای، جلوگیری از «نشت کربن» و تقویت اهداف اقلیمی را گشود. علاوه بر آن، هیئت در تفسیر مقدمه ماده ۲۰ تصریح کرد که اقدامات تجاری از لحاظ نیت و در عمل نباید «به صورت تبعیض‌آمیز یا غیرقابل توجیه بین کشورها» اجرا شوند یا به‌عنوان«محدودیت پنهان در تجارت بین‌الملل» تعبیر شوند و با توجه به متن مقدمه ماده ۲۰، اقدام ایالات متحده را که فاقد هر گونه انعطاف پذیری و امکان مذاکرات دو یا چند جانبه با کشورهای صادرکننده بود مخالف با ماده ۲۰ تشخیص داد. رکن استیناف تصریح کرد که اعمال اقدامات زیست‌محیطی یکجانبه که دارای آثار فراسرزمینی هستند، تنها در صورتی از شمول «تبعیض غیرقابل توجیه» خارج می‌شوند که کشورِ وضع‌کننده، پیش از اجرای اقدام، تلاشی جدی و توأم با حسن نیت برای مذاکره با کشورهای صادرکننده انجام داده باشد. تصویب سی‌بم توسط اتحادیه اروپا، بدون انجام مذاکرات دوجانبه یا چندجانبه‌ی معنادار جهت لحاظ کردن شرایط خاص اقتصادی و فناوری کشورهای در حال توسعه، از منظر رویه قضایی سازمان تجارت جهانی می‌تواند به‌عنواناعمال استانداردهای یکجانبه و نقض الزامات صدر ماده ۲۰ گات تفسیر گردد. این معیار در مورد سی‌بم، استدلال مهمی برای کشورهای در حال توسعه است؛ زیرا سی بم صادرکنندگان را وادار می‌کند استانداردها و فرایندهای نظارت، بازبینی و راستی‌آزمایی خود را صرفاً برای حفظ دسترسی به بازار اتحادیه اروپا، همگن با استانداردهای اروپایی سازند و این امر را بدون در نظر گرفتن تفاوت در سطح توسعه یافتگی و شرایط خاص هر کشور اعمال نموده است. این امر در تفاسیر هیئت استیناف مصداق عمل تبعیض آمیز است. (US – Shrimp 1998, AB, para 164). این تفسیر برای ارزیابی سی بم اهمیت حیاتی دارد. زیرا قیمت‌گذاری گواهی‌های انتشار در سیستم تجارت انتشار اتحادیه اروپا از عناصر خاص بازار داخلی (مانند سقف انتشار، تخصیص رایگان و نوسانات کربن) ناشی می‌شود، و تحمیل آن بر کالاهای خارجی می‌تواند مصداق رفتار تبعیض‌آمیز تلقی گردد. (Smith,d, 2022: 25)

پرونده (Brazil – Retreaded Tyres, 2007) نیز اهمیت خاصی برای ارزیابی سی‌بم دارد. کمیسیون اروپا ممنوعیت واردات تایرهای روکش‌شده از سوی برزیل را به چالش کشید و ادعا کرد این ممنوعیت نوعی حمایت‌گرایی پنهان از بازار داخلی تایر در برزیل

39. *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT),Art 20.*

است. برزیل ممنوعیت مزبور را با این ادعا که تایرهای روکش‌شده طول عمر کوتاه‌تری نسبت به تایرهای نو دارند و واردات آن‌ها به انباشت سریع‌تر پسماند منجر می‌شود، توجیه نمود. علاوه بر این، هرچند بازروکش‌کردن و استفاده مجدد از تایرها مقدار پسماند را کاهش می‌دهد، این فرایند تنها زمانی برای یک کشور سودمند است که تایرهای مصرف‌شده در قلمرو خود آن کشور دوباره روکش شوند. به بیان دیگر، «جوامع اروپایی با روکش کردن و صادر کردن تایرهای خود، بار پسماندشان را کاهش می‌دهند، نه بار پسماند برزیل را.» همچنین، سوزاندن تایرها آلاینده‌های مختلفی آزاد می‌کند و دفع این پسماندها نیازمند فناوری ویژه است. مناطقی که تعداد زیادی تایر دورریخته‌شده انباشته می‌شود، به‌آسانی آب جمع می‌کنند و این محیط‌ها به محل تکثیر پشه‌هایی تبدیل می‌شود که ناقل بیماری‌هایی نظیر مالاریا و تب زرد هستند؛ خطری که در کشورهای گرمسیری مانند برزیل جدی است. (Brazil – Retreaded Tyres, 2007, para 119)

در این پرونده، هیئت ضمن پذیرش مشروعیت اهداف زیست‌محیطیِ مرتبط با سلامت انسانی و مدیریت پسماند (Brazil – Re-treaded Tyres, 2007,AB, para179)، تأکید کرد که دولت‌ها باید نشان دهند سیاست انتخاب‌شده «برای تحقق هدف ضروری است» و این ضرورت را نمی‌توان با تعقیب اهداف سیاسی فرعی یا اتخاذ ابزارهای دیگر تضعیف کرد. (Brazil – Retreaded Tyres, 2007,AB, para 156)

نکته مهم‌تر اینکه هیئت برای نخستین‌بار به‌صراحت اشاره کرد که اقدامات مرتبط با کاهش تغییر اقلیم و گرمایش جهانی می‌توانند ذیل ماده ۲۰ گات قابل توجیه باشند و خاطرنشان ساخت که ارزیابی اثربخشی چنین اقدامات محیط‌زیستی، ممکن است تنها با گذشت زمان و مشاهده نتایج بلندمدت ممکن شود. (Brazil – Retreaded Tyres, 2007,AB, para 151)

باوجود پذیرش ضرورت هدف، هیئت نتیجه گرفت که چون اقدام برزیل در عمل اجرای تبعیض‌آمیز داشت، با مقدمه ماده ۲۰ سازگار نیست. این پرونده نقطهٔ عطف در تثبیت رویکرد فرایندی و ضدتبعیضی هیئت استیناف در سیاست‌های محیط‌زیستی بود. (Smith,d, 2022: 29)

با توجه به پیشینه پرونده‌های فوق، توجیه سی بم تحت بندهای (ب)، (ج) یا (ز) ماده ۲۰ – به ویژه در چارچوب «حفظ منابع طبیعی قابل اتمام» یا «حفظ سلامت انسان» – از نظر مفهومی قابل تصور است؛ اما دفاع موفق از سی بم منوط به تحقق سه شرط کلیدی است:

الف) ضرورت و تناسب: اتحادیه اروپا باید نشان دهد که ابزار مالیاتی مرزی انتخاب‌شده برای تحقق هدف اقلیمی ضروری است و گزینه‌های جایگزین (مثلاً معاهدات یا توافقات دوجانبه همکاری اقلیمی) نمی‌توانند همان اثر را به‌طور عملی ایجاد کنند.

ب) عدم تبعیض و شفافیت فرایند: الزام به ثبت و گزارش انتشار باید برای تولیدکنندگان داخلی و خارجی به‌طور هم‌زمان اعمال شود و فرصت منصفانه‌ای برای ارائه داده‌ها و راستی‌آزمایی مستقل فراهم گردد. در صورت فقدان چنین تعادل نهادی، سی بم به طور مشابه در رای ایالات متحده- میگو به‌سادگی گرفتار «تبعیض خودسرانه یا غیرموجه» مذکور در مقدمه ماده ۲۰ خواهد شد. (US – Shrimp, 1998,AB, para 180)

ج) تعامل و انعطاف‌پذیری: هیئت استیناف در تمامی پرونده‌های محیط‌زیستی تأکید کرده است که اقدامات یک‌جانبه بدون گفت‌وگو یا فرصت تطبیق، حتی اگر هدف مشروعی داشته باشند، با مقدمه ماده ۲۰ مغایرند. چنان که در US–Shrimp تصریح شد، نقص نه در هدف محیط‌زیستی، بلکه در شیوه الزام‌آور و غیرقابل‌مذاکره آن بود. (US – Shrimp, 1998,AB, para 177)

در ارزیابی سی بم، اگر اتحادیه اروپا بتواند نشان دهد که این سازوکار به‌طور هم‌زمان در داخل اتحادیه نیز اعمال می‌شود، فرصت‌های کمّی برای کشورها جهت ارائه داده‌های خود فراهم است و معیارهای سنجش شدت کربن مبتنی بر روش‌های علمی و غیرتبعیض‌آمیز است، احتمال عبور آن از آزمون ماده ۲۰ به‌طور قابل توجهی افزایش می‌یابد. ضعف بالقوه سی بم در جایی است که ممکن است روش محاسبه یا تطبیق آن برای کشورهای درحال‌توسعه دشوارتر، پرهزینه‌تر یا از نظر اداری نابرابر باشد. اگر هیئت استیناف احساس کند که اتحادیه اروپا عملاً یک استاندارد سخت اروپایی را بدون انعطاف‌پذیری کافی تحمیل کرده، احتمال نقض ان جدی می‌شود.
از دیدگاه حقوق تجارت بین‌الملل، سی بم در نقطهٔ تلاقی میان سیاست زیست‌محیطی و اصول ضدتبعیضی سازمان تجارت جهانی

قرار دارد. از آنجایی که مقررات تجارت جهانی ملاحظات محیط زیستی را در قالب استثنائات ماده ۲۰ در نظر گرفته و می‌توان سیاست هایی نظیر سی بم اتحادیه اروپا را در این مجال تنظیم و طراحی کرد از لحاظ قواعد تعارضی وجود ندارد. اما در روش اجرای این ابزارهای تجاری، هنجارهایی چون عدم تبعیض و امکان مشارکت و همکاری سایر کشورها باید در نظرگرفته شوند. لذا تعارض در این نقطه از نوع «تعارض هنجارهای اهداف‌محور» است، نه تعارض قاعده با قاعده. ماده ۲۰ گات ابزار تعدیل ارزش‌های محیط‌زیستی در نظام تجارت آزاد است، و تفسیر تکاملی هیئت استیناف در دو دهه گذشته، نشان از پذیرش تدریجی قواعد انصاف اقلیمی در تفسیر استثنائات دارد.

۳.۳. ارزیابی سی بم از منظر تعهدات اقلیمی

سازوکار تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا در ظاهر به‌منظور جلوگیری از نشت کربن و حمایت از اهداف اقلیمی طراحی شده است، اما از منظر تعهدات بین‌المللی ناشی از موافقت‌نامه پاریس ۲۰۱۵ و اصول عدالت اقلیمی[۴۰]، با چالش‌های حقوقی و هنجاری قابل‌توجهی روبه‌رو است. موافقت‌نامه پاریس، به‌عنوان سنگ بنای رژیم جهانی مقابله با تغییر اقلیم، بر اصل « مسئولیت مشترک اما متفاوت و توانایی‌های متناسب »[۴۱] تأکید دارد؛ اصلی که به تفاوت‌های تاریخی، اقتصادی و اجتماعی میان کشورها در سهم و توان آن‌ها برای کاهش انتشار اذعان می‌کند و اساس تقسیم بار منصفانه تعهدات اقلیمی است (Abdollahi & Moarefi, 2010: 201). از منظر حقوقی، این اصل بخشی از عرف نوظهور بین‌المللی در زمینه عدالت اقلیمی محسوب می‌شود و باید در تمامی سیاست‌های اقلیمی لحاظ شود. (Smith, 2022:1, Venzke & Vidigal, 2022: 189) کشورهای درحال‌توسعه معتقدند که سی بم با این اصل ناسازگار است؛ زیرا به جای رویکرد مسئولیت‌های متمایز، هزینه اقلیمی یکسانی بر کالاهای وارداتی صرفاً براساس شدت انتشار آن‌ها اعمال می‌کند، بی‌آن‌که وضعیت توسعه‌یافتگی، ظرفیت فناوری یا سهم تاریخی کشورهای صادرکننده در تغییر اقلیم لحاظ شود. (Piri & Maleki, ۲۰۲۵) بیانیه مشترک برزیل، هند، چین و آفریقای جنوبی،در سال ۲۰۲۲ سی بم را به دلیل بی توجهی به اصل مذکور محکوم کرد[۴۲]، از جمله به دلیل بی‌توجهی آن به اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت. گزارش های آنکتاد (UNCTAD, 2021) نیز بر سازگاری این سازوکار با اصل مسئولیت مشترک اما متفاوت تأکید نموده اند.[۴۳]

موافقت‌نامه پاریس بر پایه رویکرد غیرمتمرکز تعهدات ملی [۴۴] (NDCs) بنا شده است؛ کشورها می‌توانند میزان و مسیر تعهدات خود را بر اساس شرایط خاص اقتصادی و اجتماعی‌شان تعیین کنند. اما سی بم با تحمیل معیارهای واحد انتشار و قیمت کربن به کشورها، عملاً مسیر انعطاف‌پذیری طراحی‌شده در موافقت‌نامه پاریس را تضعیف می‌کند. (Gupta, 2024:18) استانداردسازی اقلیمی بدون توجه به تفاوت سطح توسعه، می‌تواند منجر به نقض تعهدات ضمنی اتحادیه اروپا در حمایت از اجرای متوازن موافقت‌نامه پاریس گردد. سازوکار تعدیل مرزی به‌صورت یکسان کالاهای وارداتی را صرفاً بر اساس محتوای کربن آن‌ها مشمول هزینه می‌کند، بدون آن که شرایط خاص کشورهای صادرکننده، سطح توسعه‌یافتگی، یا سهم تاریخی آن‌ها در انتشار گازهای گلخانه‌ای را در نظر بگیرد. (Huf-bauer et al, 2022: 17) این سیاست، به‌جای انعکاس تنوع ملی و منطقه‌ای در تعهدات اقلیمی، به استانداردسازی و یکنواخت‌سازی تعهدات اقلیمی می‌پردازد. در نتیجه، کشورهای در حال توسعه که به دلیل محدودیت‌های مالی، فنی و زیرساختی توانایی اجرای

---

۴۰. *در ادبیات حقوق بین‌الملل، اصول عدالت اقلیمی عموماً بر چهار رکن استوار است: عدالت توزیعی: ناظر بر توزیع عادلانه هزینه‌های کاهش انتشار و منافع حاصل از توسعه، بر اساس مسئولیت تاریخی کشورها و توانمندی‌های آن‌هاست. این مفهوم در اصل «مسئولیت‌های مشترک اما متفاوت» در کنوانسیون تغییر اقلیم و توافق پاریس متبلور شده است. عدالت رویه‌ای: به معنای حق مشارکت معنادار، شفافیت و دسترسی به اطلاعات برای تمام ذینفعان، به‌ویژه جوامع آسیب‌پذیر و کشورهای در حال توسعه در فرایندهای تصمیم‌گیری جهانی است (که منتقدان معتقدند در طراحی یکجانبه مکانیسم‌هایی نظیر سی بم نادیده گرفته شده است). عدالت ترمیمی: ناظر بر جبران خسارات وارده به کشورهایی است که کمترین نقش را در ایجاد تغییر اقلیم داشته‌اند اما بیشترین آسیب را می‌بینند. (زیان و خسارت) عدالت بین‌نسلی: تعهد نسل کنونی به حفظ کیفیت محیط‌زیست برای نسل‌های آینده. برای مطالعه بیشتر نک: Preston,B.J.(2016)The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change. Journal of Environmental Law, 28(1), Shue, H. (2014). Climate Justice: Vulnerability and Protection. Oxford University Press. همچنین مقدمه موافقتنامه پاریس صراحتا به اهمیت عدالت اقلیمی اشاره کرده است.*

41. *Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities(CBDR-RC)*
42. *https://www.gov.za/nr/speeches/joint-statement-issued-conclusion-30th-basic-minist erial-meeting-climate-change-hosted.*
43. *https://unctad.org/system/files/official-document/osginf2021d2_en.pdf.*
44. *Nationally Determined contributions*

سیاست‌های پیشرفته کربن‌زدایی را ندارند، با فشار نامتناسبی روبه‌رو می‌شوند. (Hufbauer et al, 2021: 10, Corvino, 2023: 8) از منظر عدالت اقلیمی، کشورهای توسعه‌یافته، از جمله اتحادیه اروپا، سهم تاریخی مهمی در ایجاد بحران اقلیمی دارند. اعمال سیاست های آن‌ها بدون در نظر گرفتن این مسئولیت تاریخی، مغایر با فلسفه عدالت و انصاف در موافقتنامه پاریس است. (Park, 2023: 9, UNCTAD, 2021), Perdana & Vielle, 2022:2) چنین سیاست‌هایی می‌توانند توان مالی و نهادی کشورهای درحال‌توسعه برای سرمایه‌گذاری در مسیرهای توسعه پایدار را کاهش دهند، و عملاً چرخه‌ی نابرابری اقلیمی را تداوم بخشند.(Brenton et al: 68) بخش عمده‌ای از کشورهای صادرکننده، اغلب فاقد زیرساخت‌های نظارت، گزارش‌دهی و راستی‌آزمایی انتشار کربن هستند. (Eicke, 2021: 8, Kardish, 2022:5) در نتیجه، آن‌ها ممکن است ناچار شوند به ضرر خود، میزان‌های پیش‌فرض انتشار را بپذیرند که معمولاً بیش از مقدار واقعی است. افزون بر این، نبود نظام‌های قیمت‌گذاری داخلی کربن در این کشورها، هزینه‌های اجرایی سی بم را دوچندان می‌کند و تطبیق با آن را به لحاظ فنی دشوار می‌سازد. (Jousseaume et al, 2021: 38)

طبق نظریه منحنی کوزنتس زیست‌محیطی[۴۵] (EKC)، رابطه میان رشد اقتصادی و کیفیت محیط‌زیست غیرخطی است؛ کشورها در مراحل اولیه توسعه ناگزیر از تحمل سطوح بالاتری از آلودگی‌اند و تنها پس از رسیدن به سطحی از درآمد و فناوری، وارد فاز کربن‌زدایی می‌شوند. در نتیجه، اعمال سیاست‌هایی چون سی بم که هزینه‌های سنگینی بر صادرات کشورهای درحال‌توسعه تحمیل می‌کند، می‌تواند مانع از دستیابی آن‌ها به مرحله‌ای شود که در آن قادر به سرمایه‌گذاری مؤثر در فناوری‌های پاک باشند. به بیان دیگر، این سیاست در صورتی که کمک های لازم جهت حمایت از کشورهای در حال توسعه را ارائه نکند، ممکن است نه تنها کمکی به محیط زیست جهانی نکند، بلکه با تضعیف رشد اقتصادی کشورهای فقیرتر، روند تحقق توسعه پایدار را نیز کند کند.

به ویژه اینکه اجرای آن سایر کشورها را به طراحی مکانیزم‌های مشابه واداشته است. برای مثال، ایالات متحده، کانادا، چین و ترکیه در حال بررسی یا ایجاد چارچوب‌های مشابه هستند. (Smith et al, 2024: 611) این روند می‌تواند فشار مضاعفی بر کشورهای در حال توسعه وارد کند و آن‌ها را مجبور به انطباق با استانداردهای پیچیده‌ای کند که فراتر از ظرفیت‌های فعلی آن‌هاست. (Jousseaume et al, 2021: 38)

مکانیزم تعدیل مرزی کربن، هرچند در ظاهر ابزاری برای کاهش نشت کربن و افزایش جاه‌طلبی اقلیمی به نظر می‌رسد، در عمل با اصول بنیادین موافقت‌نامه پاریس و نیازهای کشورهای در حال توسعه در تضاد است. اصلاح این سیاست با در نظر گرفتن تنوع شرایط کشورها و تعامل بیشتر با آن‌ها می‌تواند به حفظ عدالت اقلیمی و تقویت همگرایی جهانی در مقابله با تغییرات اقلیمی منجر شود. بنابراین، موفقیت این مکانیزم به‌طور مستقیم به میزان همکاری بین‌المللی، ارائه حمایت‌های مالی به کشورهای درحال‌توسعه و ترویج فناوری‌های پاک بستگی دارد. بحثی صریح و شفاف با کشورهای صادرکننده در مرحله برنامه‌ریزی یک مکانیزم، به‌جای تحمیل یک‌طرفه، می‌تواند مشروعیت آن را بهبود بخشد و واکنش‌های سیاسی منفی نسبت به آن را به حداقل برساند. در مجموع می‌توان گفت توازن میان اهداف زیست‌محیطی و عدالت اقتصادی می‌تواند کلید اصلی پذیرش گسترده‌تر این دسته از اعمال مقررات در سطح جهانی باشد. (Corvino,2023)

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

مکانیزم تعدیل مرزی کربن اتحادیه اروپا تلاشی بی‌سابقه برای پیوند دادن سیاست‌های تجاری و اقلیمی است. بااین‌حال، طراحی و اجرای این مکانیزم چالش‌های چندلایه‌ای در دو رژیم متفاوت حقوقی، نظام تجارت چندجانبه و نظام حقوق بین‌الملل تغییر اقلیم، ایجاد می‌کند. از منظر حقوق تجارت بین‌الملل، سی بم پرسش‌هایی جدی درباره سازگاری با تعهدات دولت‌های عضو سازمان تجارت جهانی برمی‌انگیزد. اصول منع تبعیض و رفتار ملی ممکن است در اثر الزام کالاهای وارداتی به تبعیت از استانداردهای داخلی اتحادیه اروپا نقض شوند. هرچند ماده ۲۰ گات امکان توجیه اقدامات زیست‌محیطی را در قالب استثنائات مشروع فراهم کرده، اما شرط مقدمهٔ

---

۴۵. Environmental Kuznets Curve این نظریه بیان می‌کند که رابطه میان درآمد سرانه و تخریب محیط زیست به صورت U معکوس است؛ به این معنا که آلودگی در مراحل اولیه رشد افزایش یافته و پس از رسیدن به نقطه عطفی مشخص با تغییر ساختار تولید و ارتقای ترجیحات محیط زیستی کاهش می‌یابد. در تحلیل این نظریه در بستر اقدامات تجاری مرتبط با محیط زیست نک:
Leal-Arcas, R. (2012). Unilateral trade-related climate change measures. The Journal of World Investment & Trade, 13(6), 875-927

آن، یعنی عدم تبعیض خودسرانه یا حمایت پنهان از صنایع داخلی، همچنان معیار تعیین‌کننده‌ای در ارزیابی مشروعیت سی بم است. در واقع، چنانچه اتحادیه اروپا نتواند سازوکار مزبور را به‌گونه‌ای شفاف، منصفانه و مبتنی بر همکاری بین‌المللی اجرا کند، احتمال مواجهه با اعتراضات در چارچوب سازمان تجارت جهانی بسیار زیاد خواهد بود.

از منظر حقوق بین‌الملل تغییر اقلیم، تعارض اصلی سی بم در رابطهٔ آن با اصل "مسئولیت‌های مشترک اما متفاوت و توانایی‌های متناسب" است که شالودهٔ موافقت‌نامه پاریس محسوب می‌شود. این اصل به تفاوت‌های تاریخی در سهم کشورها از انتشار و ظرفیت‌های اقتصادی و فناورانه‌شان اذعان دارد. اما سی بم، با اعمال معیارهای یکسان بر همه کشورها و نادیده گرفتن شکاف ظرفیت و توسعه، در عمل مصداقی از یکسان‌سازی تعهدات اقلیمی است و می‌تواند عدالت اقلیمی را تضعیف کند. کشورهای فاقد زیرساخت‌های نظارت و گزارش‌دهی انتشار معمولاً مجبورند از داده‌های پیش‌فرض اتحادیه اروپا استفاده کنند که بالاتر از میزان واقعی انتشار است و این امر هزینه صادرات آن‌ها را به‌شدت افزایش می‌دهد.

از منظر سیاستی، این سازوکار بیش از آنکه «پاداشی برای تعهدات اقلیمی» باشد، شکل تازه‌ای از مشروط‌سازی زیست‌محیطی تجارت است. اتحادیه اروپا با انتقال تدریجی هزینه‌های کاهش انتشار به شرکای تجاری، عملاً بار اقلیمی خود را بر دوش کشورهای صادرکننده می‌گذارد و اصل «مسئولیت تاریخی» را نادیده می‌گیرد.

در سطح رژیم‌های حقوقی، شکاف ساختاری میان نظام تجارت چندجانبه و نظام اقلیمی آشکار است. نظام تجارت بر مبنای مزایای متقابل، شفافیت و رقابت بازار استوار است، در حالی که نظام اقلیمی، جهانی، عمومی، و متکی بر همکاری و تعهدات نامتقارن است. نتیجه این عدم هم‌زمانی، بروز اصطکاک میان اهداف زیست‌محیطی و قواعد الزام‌آور تجاری است؛ وضعیتی که بدون اصلاح در سازوکارهای هماهنگی میان دو رژیم، تداوم خواهد یافت.

برای مشروع و عادلانه‌سازی اقدامات نظیر سی بم، جامعه بین‌المللی باید چارچوبی هماهنگ میان دو رژیم تجارت و اقلیم ایجاد کند. سازمان تجارت جهانی می‌تواند از طریق تدوین دستورالعمل‌های شفاف برای سازوکارهای تعدیل مرزی کربن، الزام به اطلاع‌رسانی و شفافیت متقابل در طراحی و اجرا، و ایجاد سازوکار نظارتی مشترک با کنوانسیون پاریس و صندوق اقلیم سبز، نقش فعالی در پیشگیری از سوءاستفاده تجاری از سیاست‌های اقلیمی ایفا نماید. این اقدام به تبیین خط تمایز میان «اقدام اقلیمی مشروع» و «حمایت‌گرایی سبز» کمک می‌کند.

کشورهایی مانند ایران، که اقتصادشان به صادرات کالاهای انرژی‌بر وابسته است، از اجرای سازوکار تعدیل مرزی کربن تأثیر قابل‌توجهی می‌پذیرند. هرچند این سیاست در حال حاضر به چند بخش خاص مانند فولاد، سیمان، آلومینیوم، برق و کود شیمیایی محدود است، اما با توجه به جهت‌گیری سیاست اقلیمی اتحادیه اروپا، در افق ۲۰۳۰ احتمال گسترش آن به سایر بخش‌های صنعتی بسیار بالاست. از این‌رو، ایران ناگزیر است رویکردی ترکیبی از تطبیق فنی و چانه‌زنی دیپلماتیک را در پیش گیرد.

در بعد تطبیق فنی، نخست باید نظام ملی نظارت، گزارش‌دهی و راستی‌آزمایی انتشار (MRV) بر مبنای استانداردهای بین‌المللی ایجاد شود تا داده‌های کربنی ایران از سوی اتحادیه اروپا معتبر شناخته شود و کشور از اعمال مقادیر پیش‌فرض (که معمولاً بالاتر از واقعیت هستند) مصون بماند. این مقادیر بر مبنای میانگین شدت انتشارِ بدترین و آلاینده‌ترین تاسیسات (اغلب ۱۰ درصدِ انتهای طیف) محاسبه می‌شوند که عملاً ماهیتی تنبیهی دارد و قدرت رقابت محصولات صادراتی ایران، به‌ویژه در صنایع فولاد و سیمان را در بازارهای اروپایی به شدت تقلیل خواهد داد. دوم آنکه لازم است بازار ملی انتشار یا مالیات سبز داخلی طراحی و اجرا گردد تا ضمن قیمت‌گذاری واقع‌گرایانه کربن، درآمد حاصل برای سرمایه‌گذاری در فناوری‌های پاک و توسعه انرژی‌های تجدیدپذیر به‌کار رود. سوم، باید شفافیت در صنایع انرژی‌بر افزایش یافته و نظام «برچسب کربن» محصولات صادراتی ایران استقرار یابد تا در مذاکرات تجاری و اقلیمی کشور از جایگاه مستند و فنی برخوردار باشد.

در بعد چانه‌زنی و دیپلماسی اقلیمی تجاری، لازم است ایران به‌طور هم‌زمان از ظرفیت‌های چندجانبه و منطقه‌ای بهره گیرد. نخست، از سازوکارهای تأمین مالی و انتقال فناوری برای دسترسی مؤثر به صندوق اقلیم سبز (GCF) و نهادهای مشابه استفاده کند تا منابع لازم برای صنعتی‌سازی سبز فراهم شود. دوم، ائتلاف با کشورهای هم‌وضعیت از نظر ساختار انرژی و سطح توسعه مانند هند، اندونزی، مصر و برزیل ضروری است تا از طریق طرح رسمی موضوع در نهادهای WTO و COPs، ابعاد عدالت‌محور سی بم مورد بازنگری نهادی قرار گیرد. سوم، ایجاد گفت‌وگوی فنی و دیپلماتیک مستقیم با اتحادیه اروپا باید در دستور کار باشد تا داده‌های ملی

انتشار ایران در سامانه‌های سی بم پذیرفته شده و از تحمیل هزینه‌های اضافی ناشی از داده‌های پیش‌فرض جلوگیری شود.
در چشم‌انداز بلندمدت نیز لازم است ایران رویکردی فعال در مسیر تدوین چارچوب جهانی قیمت‌گذاری کربن اتخاذ کند. مشارکت سازنده در ابتکاراتی چون ائتلاف جهانی قیمت‌گذاری کربن یا پلتفرم‌های قیمت‌گذاری کربن می‌تواند هم به کاهش نابرابری میان کشورها و هم به جلوگیری از تکه‌تکه شدن سیاست‌های اقلیمی بین‌المللی کمک کند. چنین راهبردی ضمن حفظ دسترسی ایران به بازارهای جهانی، امکان انتقال فناوری، ارتقای بهره‌وری انرژی و تنوع‌بخشی به صادرات صنعتی کشور را نیز فراهم می‌سازد.
با این همه، تحریم‌های اقتصادی و مالی علیه ایران یکی از موانع جدی در مسیر تحقق این راهکارهاست. تحریم‌ها از دو جهت اثرگذارند: نخست، دسترسی ایران به منابع مالی بین‌المللی مانند صندوق اقلیم سبز و تسهیلات بانک جهانی را مسدود می‌کنند و می تواند مانع انتقال فناوری‌های پاک و تجهیزات کاهش انتشار شوند؛ و دوم، مشارکت فعال کشور در سازوکارهای گزارش‌دهی، همکاری فنی و ایجاد نظام‌های قیمت‌گذاری مشترک را محدود می‌سازند. از این رو، رفع یا تعدیل موانع ناشی از تحریم‌ها باید در رأس سیاست اقلیمی کشور قرار گیرد. در کوتاه‌مدت، ایران می‌تواند با دیپلماسی فنی غیرسیاسی‌شده، از طریق نهادهای منطقه‌ای (اکو، بریکس، سازمان همکاری شانگهای) و مکانیسم‌های دو و چندجانبه با کشورهای غیراروپایی، بخشی از این محدودیت‌ها را دور بزند و زمینه تعاملات فنی در حوزه کربن و انرژی پاک را فراهم کند. بدین ترتیب، مسیر تطبیق فنی، چانه‌زنی دیپلماتیک و اصلاح ساختار داخلی نه تنها قابل تحقق‌تر خواهد شد، بلکه به ابزاری برای تقویت تاب‌آوری اقلیمی، اقتصادی و ژئواقتصادی ایران در برابر نظام جدید تجارت سبز جهانی تبدیل می‌شود.

References

1. *Abdollahi,M, Moarefi,S. (2010). Common but differentiated responsibility principle in International environmental law. Public Law Research,12(29.1), 199-224. (in Persian).*
2. *Amini,A, Mianabadi, H, Daryadel, E, (2019), Nature and Key Legal Issues of Paris Agreement on Climate Change, law research magazine (sbu), Tehran, (in Persian).*
3. *Bacchus, J. (2021). Legal issues with the European carbon border adjustment mechanism. CATO Briefing Paper, 125, 3-6.*
4. *Brandi, C. (2021). Priorities for a Development-Friendly EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), Briefing Paper 20/2021, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik/German Development Instiute. DOI: https://doi. org/10.23661/bp20.*
5. *Brenton, Paul; Chemutai, Vicky. The Trade and Climate Change Nexus: The Urgency and Opportunities for Developing Countries (English). Washington, D.C.: World Bank Group.*
6. *BRICS leaders champion global effort for fair climate finance in historic Rio Declaration*
7. *http://documents.worldbank.org/curated/en/644711632894241300/The-Trade-and-Climate-Change-Nexus-The-Urgency-and-Opportunities-for-Developing-Countries.p.68.*
8. *Cho, B. K., Jung, H., Chung, J. B., & Song, C. K. (2024). Implications of the Carbon Border Adjustment Mechanism on South Korean industries: Challenges and policy recommendations. Journal of Cleaner Production, 444, 141278.*
9. *Commission Implementing Regulation (EU) 2024/2493 of 23 September 2024 amending Implementing Regulation (EU) 2018/2066 as regards updating the monitoring and reporting of greenhouse gas emissions pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council.*
10. *Communication from the (EU) Commission 'Fit for 55': delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality, 2021.*
11. *Corvino, F. (2023). The Compound Injustice of the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM). Ethics, Policy & Environment, 1-20.*
12. *Das, K., & Bandyopadhyay, K. R. (2025). Impact of carbon border adjustment mechanism (CBAM) on steel decarbonization in India: a multi-stakeholder perspective on ambition vs. equity. International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, 1-35.*
13. *Dobson, N. L. (2020). Competing climate change responses: Reflections on EU unilateral regulation of international transport emissions in light of multilateral developments. Netherlands International Law Review, 67(2), 183-210.*
14. *Eicke, L., Weko, S., Apergi, M., & Marian, A. (2021). Pulling up the carbon ladder? Decarbonization, dependence, and third-country risks from the European carbon border adjustment mechanism. Energy Research & Social Science, 80, 102240.*
15. *European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a carbon border adjustment mechanism COM/2021/564 final (2021), https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/956/oj/eng*
16. *Freestone, David, and Charlotte Streck (eds), Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond (Oxford, 2009; online edn, Oxford Academic, 1 Feb. 2010).*

17. Gailhofer, P., & Graichen, V. Monitoring, Reporting and Verification in a Carbon Border Adjustment Mechanism.
18. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), WTO | Services - CBT - Basic Purpose and Concepts - Most-Favoured-Nation Treatment - Page 1.
19. Guidance Document On Cbam Implementation For Installation Operators Outside The Eu. (2023).
20. Gupta, A., Pandey, R., & Sapatnekar, S. (2024). Potential implications of the EU's Carbon Border Adjustment Mechanism. National Institute of Public Finance and Policy.
21. Grácová, K. (2024). UNION CARBON BORDER ADJUSTMENT MECHANISM (Doctoral dissertation, Central European University).
22. Hufbauer, G. C., Schott, J. J., Hogan, M., & Kim, J. (2022). EU carbon border adjustment mechanism faces many challenges. Peterson Institute for International Economics Policy Brief, 22-14.
23. International Movement ATD Fourth World. Policy Brief and Proposals: Common but DifferentiatedResponsibilities.2011.url: https://sustainabledevelopment.un.org/getWSDoc.php?id=4086
24. Jousseaume, M., Menner, M., & Reichert, G. (2021). CBAM: Damaging to Climate Protection and EU Export Industries. Cep-Study.
25. Kardish, C., & Wildgrube, T. (2022). Carbon border adjustment mechanism. Administrative structure and implementation challenges. Interim report (No. UBA-FB--000825/ENG). Umweltbundesamt (UBA).
26. Leal-Arcas, R., Faktaufon, M., & Kyprianou, A. (2022). A legal exploration of the European Union's carbon border adjustment mechanism. European Energy and Environmental Law Review, 31(4).
27. Leonelli, G. C. (2022). Exporting the EU Climate Regime: The CBAM, Extraterritoriality, and the 'Brussels Effect'. European Journal of International Law.
28. Leal-Arcas, R. (2012). Unilateral trade-related climate change measures. The Journal of World Investment & Trade, 13(6), 875-927.
29. Otto, S. (2025). The external impact of EU climate policy: political responses to the EU's carbon border adjustment mechanism. International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, 1-18.
30. Park, C. Y., Yamamoto, Y., & Doong, M. A. L. (2023). European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: Economic Impact and Implications for Asia.
31. Perdana, S., & Vielle, M. (2022). Making the EU Carbon Border Adjustment Mechanism acceptable and climate friendly for least developed countries. Energy Policy, 170, 113245.
32. Piri, M; Maleki, R (2025). The European Union Carbon Border Adjestment Mechanism and its Implications for Iran. Public Law Studies Quarterly, 55 (2), 985-1004. (in Persian).
33. Research Center of Iran Chamber of Commerce, Industries, Mines and Agriculture, (2023). Climate change and the future of global trade. (in Persian).
34. Simola, H. (2021). CBAM! –Assessing potential costs of the EU carbon border adjustment mechanism for emerging economies.
35. Scott, J. (2014). Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. American Journal of Comparative Law, 62(1), 87-126
36. Shiravi, A., (2010), emission trading, law research magazine (sbu), Tehran, (in Persian).
37. Smith, D. (2022). The Legality of the European Union's Carbon Border Adjustment Mechanism and the Limitations of World Trade Organization Rules on Effective Climate Action.
38. Smith, I. D., Overland, I., & Szulecki, K. (2024). The EU's CBAM and its 'significant others': Three perspectives on the Political Fallout from Europe's unilateral climate policy initiative. JCMS: Journal of Common Market Studies, 62(2), 603-618.
39. UNCTAD, A European Union Carbon Border Adjustment Mechanism: Implications for developing countries.
40. Venzke, I., & Vidigal, G. (2022). Are Unilateral Trade Measures in the Climate Crisis the End of Differentiated Responsibilities? The Case of the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM). In Netherlands Yearbook of International Law 2020: Global Solidarity and Common but Differentiated Responsibilities (pp. 187-225). The Hague: TMC Asser Press.
41. WBG, The Trade and Climate Change Nexus
42. World Bank Group. Relative CBAM Exposure Index. 2023. url: https://www.worldbank.org/ en /data/interactive/2023/06/15/relative-cbam-exposure-index#3.
43. WTO, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia (21 November 2001) WT/DS58/AB/RW, ('US – Shrimp (21.5 Malaysia)'), /https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf
44. [12 [WTO, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres – Report of the Appellate Body (17 December 2007) WT/DS332/AB/R (Brazil–Retreaded Tyres) /https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/332abr_e.pdf
45. Załucki, K. (2015). Extraterritorial Jurisdiction in International Law. International Community Law Review, 17(4-5), 403-412.
46. Петрова, Т. П. (2023). EU Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Challenges and Relevance in Light of the Current Sanctions Regime. Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law), 1(1), 67-76.

A Critical Analysis of the Legislative Discourse on Green Taxation in Iran, Focusing on the Requirements of the Aarhus Convention (From Fragmented Legislation to Participatory Regulation)

Hadi Salehi*[1] Seyed Mojtaba Vaezi[2] Tahereh Hazbeh[3]

1. *Assistant Professor, Public & International Law Department, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran (Corresponding Author Email: salehi.0306@gmail.com)*
2. *Professor, Public & International Law Department, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran (Email: mojtaba_vaezi@yahoo.com)*
3. *PhD Candidate in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran (Email: hazbehtahereh@gmail.com).*

Received: 2026-05-05
Revised: 2026-06-12
Accepted: 2026-08-26
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Salehi, H., Vaezi, S,M & Hazbeh, T (2026). A Critical Analysis of the Legislative Discourse on Green Taxation in Iran, Focusing on the Requirements of the Aarhus Convention (From Fragmented Legislation to Participatory Regulation). Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (155-181) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.97938.1523

EXTENDED ABSTRACT

Introduction

The escalating global crisis of environmental degradation, driven by industrial activities and anthropogenic pressures, has resulted in pervasive pollution and significant negative externalities that burden ecosystems and societies. In response, economic theory and policy increasingly advocate for "green taxation" as a crucial instrument to internalize these environmental costs, thereby incentivizing cleaner production methods and sustainable resource management. However, the efficacy and legitimacy of green taxation are intrinsically linked to the establishment of robust environmental governance frameworks. Without ensuring transparency in policy-making, accountability of regulatory bodies, and meaningful public participation, green tax schemes risk devolving into mere administrative revenue-raising mechanisms, failing to achieve their intended environmental objectives. The Aarhus Convention (1998), with its foundational pillars of access to environmental information, public participation in decision-making, and access to justice in environmental matters, provides an essential normative blueprint for such effective governance. It champions a shift from centralized, state-driven regulation towards a "participatory regulatory system" that empowers citizens and ensures environmental policies are both responsive and democratically legitimate.

In the context of Iran, the discourse on green taxation, while present, remains legally fragmented and underdeveloped. Existing environmental legislation, including disparate provisions such as Article 27 of the 1400 Value Added Tax Law which permits a nominal charge on polluting industries, falls short of establishing a coherent

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

and unified fiscal regime. This legislative fragmentation, coupled with poor coordination with overarching environmental laws like the Clean Air Law and the Soil Protection Law, hinders the creation of an integrated system for pollution control and environmental harm compensation. Critically, the implementation of transparency-enhancing measures, such as the Law on Publication and Free Access to Information (1387), has been hampered by weak enforcement and information restrictions. Moreover, the absence of formal mechanisms for public consultation on environmental tax policies and a clear legal pathway for citizens and civil society to challenge adverse environmental decisions significantly undermine the principles of participatory governance championed by the Aarhus Convention. This article critically examines Iran's legislative approach to green taxation, highlighting its governance deficit and advocating for a transformative shift towards a participatory regulatory model aligned with international best practices.

Purpose

This research endeavors to conduct a critical analysis of the legislative discourse surrounding green taxation in Iran, with a specific focus on evaluating its alignment with the procedural principles of participatory environmental governance as advocated by the Aarhus Convention. The study aims to delineate the current conceptualization, structure, and implementation of environmental fiscal instruments within the Iranian legal system and to assess the systemic implications arising from the fragmented nature of its legal framework. Specifically, the research seeks to achieve the following objectives: Firstly, to identify and scrutinize the principal legal provisions within Iranian legislation that establish or influence environmental fiscal mechanisms. This includes an examination of relevant statutes from tax, environmental, and broader economic regulatory domains. Secondly, the study aims to analyze the structural limitations and ambiguities resulting from the dispersion of these provisions across various legal texts and the conspicuous absence of a unified legal definition and policy framework for green taxation.

Thirdly, the research critically evaluates the extent to which the existing Iranian legal framework upholds the procedural tenets of transparency, robust public participation in environmental decision-making, and effective access to justice in environmental matters, as championed by the Aarhus Convention. Ultimately, this study posits that the current legislative discourse on environmental taxation in Iran is characterized by fragmentation and administrative dominance, hindering its potential to foster sustainable environmental outcomes. It advocates for a transition from this fragmented legislative landscape towards a more comprehensive and participatory model of environmental regulation, thereby enhancing both the environmental efficacy and the democratic legitimacy of governance in Iran.

Methodology

This research employs a descriptive-analytical methodology, underpinned by a critical legal approach. The study's foundation rests upon extensive library research and documentary analysis, involving a meticulous examination of primary legal sources, including statutes, regulations, and legislative texts pertinent to environmental fiscal policy in Iran. Key legal documents scrutinized encompass the Value Added Tax Law (particularly Article 27), the Direct Taxation Law (focusing on Articles 81 and 132), the Law on the Collection of Certain Government Revenues and Their Use in Specific Cases (Article 45(d)), the Law on Consolidation of Levies (Article 3(e)), the Law on Removing Some Obstacles to Industrial Production and Investment (2007), the Clean Air Law, the Soil Protection Law, and the Law on Free Access to Information (2008). These provisions are analyzed to understand their role in shaping Iran's environmental fiscal landscape and to identify structural inconsistencies. Furthermore, the study incorporates an analysis of constitutional provisions, notably Article 3(8) of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, and provisions within the Law on Permanent Provisions of Development Plans (Articles 29(b) and 37(p, ch)), which address public participation and civil society engagement. The Aarhus Convention is utilized as a normative framework to assess the Iranian legal system's adherence to principles of transparency, public participation, and access to justice in environmental matters. While Iran is not a signatory to the Convention, its globally recognized procedural standards provide an invaluable benchmark for evaluating the effectiveness and democratic legitimacy of environmental governance. This comparative approach allows

for a critical assessment of the gaps within Iran's current legal framework and informs recommendations for reform towards a more participatory and coherent system of environmental regulation.

Findings

The findings of this research highlight several systemic failures in the current Iranian green tax discourse:

1. The Problem of Fragmented Legislation:

The study reveals that there is no comprehensive "Green Tax" law in Iran. Instead, the concept is scattered across various statutes, including the Value Added Tax Law, the Environmental Protection Act, and numerous circulars. This fragmentation creates legal ambiguity, as the revenue generated from these taxes/fines is often directed to general state funds rather than environmental remediation, thereby eroding the "polluter pays" principle.

2. Failure to Align with the Aarhus Pillars:

- **Access to Information:** The research indicates that the mechanisms for disclosing environmental tax data are opaque. The categorization of environmental data as "confidential" in administrative contexts prevents public scrutiny, which is essential for evaluating whether tax rates are effectively curbing pollution.
- **Public Participation:** The legislative process for setting environmental fees and fines is largely top-down, with no structured mechanism for civil society, environmental NGOs, or affected communities to participate in the design or implementation of green tax policies.
- **Access to Justice:** There is a notable deficiency in legal standing for environmental NGOs to challenge arbitrary tax assessments or the misuse of environmental revenues. The lack of emergency remedies and specialized environmental courts further hampers the ability of citizens to demand accountability.

3. From Administrative Enforcement to Participatory Regulation:

The study finds that the current system relies heavily on administrative enforcement—where the government dictates terms without public discourse. The findings suggest that the lack of institutionalized participation not only undermines public trust but also results in inefficient tax designs that fail to account for local ecological contexts.

Conclusion

The legal discourse surrounding green taxation in Iran can be characterized as a reflection of a fragmented, administration-centric, and non-participatory approach, which has yet to evolve into a cohesive and effective legal regime. Regulations pertaining to this domain are primarily manifested in the form of administrative bylaws, circulars, and ad-hoc decisions by executive bodies, such as the Department of Environment or the Ministry of Economic Affairs and Finance, rather than a comprehensive Green Taxation Act. This normative fragmentation has led to a deficiency in legislative coherence and challenges in the effective implementation of environmental policies. From a substantive standpoint, the prevailing discourse leans more towards short-term revenue generation and a purely economic interpretation of taxation, rather than being grounded in the principles of prevention, transparency, and accountability. Consequently, green taxation in Iran is largely viewed as a fiscal tool rather than a mechanism for reforming environmental behaviors. In other words, the regulatory function of this instrument has been neglected, and its deterrent potential against pollution or natural resource degradation is not sufficiently pronounced.

In comparison with the principles enshrined in the Aarhus Convention, it is evident that the legal discourse on green taxation in Iran faces significant shortcomings. Firstly, the lack of free access to accurate information regarding polluting sources, the environmental impacts of activities, and the allocation of green tax revenues has rendered policy-making in this area deficient in transparency and accountability. Furthermore, this has contributed to a decline in public trust and engendered social resistance to its implementation. Secondly, the absence of formal mechanisms for public participation in the policy-making and legislative process has marginalized civil society, specialized institutions, and even the private sector. The Aarhus Convention, conversely, mandates states to provide genuine and effective opportunities for citizen participation in the development of

environmental regulations and policies. The lack of this dimension in Iran has resulted in green taxation lacking the necessary social backing for its effectiveness. Thirdly, in the realm of access to environmental justice, Iran's legal framework has yet to achieve adequate development. Citizens and non-governmental organizations have limited practical recourse for pursuing violations or demanding the proper enforcement of green taxation regulations. The absence of a specialized judicial or quasi-judicial body in the domain of environmental taxation represents one of the most significant impediments to achieving environmental justice, an area recognized within the Aarhus Convention as fundamental to guaranteeing the other two principles.

In summation, the legal discourse on green taxation in Iran is caught in a dichotomy between economic and environmental objectives. While advanced legal systems design green taxation based on principles of environmental justice, transparency, and public participation, Iran continues to grapple with the challenges of a lack of comprehensive legislation, weak enforcement mechanisms, and the absence of transparent and participatory processes. These deficiencies underscore the necessity for a profound re-evaluation and reform of the legislative and institutional framework for green taxation. The integration of the requirements and principles of the Aarhus Convention can serve as an effective strategy for rectifying this situation, thereby facilitating a transition from a fragmented and administrative discourse towards one that is participatory and accountable.

Keywords: Green Taxation, Regulation, Aarhus Convention, Legislative Discourse, Participatory Regulation.

دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی

تحلیلی انتقادی برگفتمان تقنینی مالیات سبز در ایران با محوریت الزامات کنوانسیون آرهوس (از تقنین پراکنده تا تنظیم گری مشارکتی)

هادی صالحی[1] سید مجتبی واعظی[2] طاهره حزبه[3]

دریافت: ۱۴۰۵-۰۲-۰۵ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۳-۲۲ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۰۴ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

در جوامع معاصر، حکمرانی محیط زیست از الگوهای سنتی فاصله گرفته و به ابزارهای نوین تنظیم‌گری، از جمله مالیات سبز، متکی شده است. مالیات سبز به‌عنوان مالیات پیگویی (Pigouvian)، با هدف درونی‌سازی هزینه‌های جانبی منفی، صرفاً ابزار تأمین درآمد نیست، بلکه سازوکاری برای اصلاح رفتارهای آلاینده و تحقق عدالت زیست‌محیطی است. بااین‌حال، اجرای آن بدون شفافیت، مشارکت عمومی و دسترسی مؤثر به عدالت، می‌تواند مشروعیت و کارآمدی سیاست زیست‌محیطی را تضعیف کند. این پژوهش با رویکرد توصیفی ـ تحلیلی، ساختار گفتمانی و تنظیمی مالیات سبز در ایران را با شاخص‌های بنیادین کنوانسیون آرهوس بررسی و گذار از الگوی «تقنین پراکنده و اجرای اداری» به «تنظیم‌گری مشارکتی» را پیشنهاد می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد که فقدان تعریف حقوقی منسجم از مالیات سبز و پراکندگی آن میان عوارض، جرایم و سایر ابزارهای مالی، موجب ابهام در ماهیت و کارکرد محیط‌زیستی آن شده است. همچنین، ضعف انتشار نظام‌مند اطلاعات محیط‌زیستی، فقدان سازوکار رسمی مشارکت شهروندان و NGOها در فرایند تقنین و تصمیم‌گیری و محدودیت دسترسی مؤثر به دادرسی و اقدامات فوری، شکافی اساسی با الگوی آرهوس ایجاد کرده است. بر این اساس، اصلاح چارچوب تقنینی، نهادینه‌سازی شفافیت و مشارکت عمومی، و تقویت تضمین‌های قضایی می‌تواند مالیات سبز را به ابزاری مشروع و پاسخ‌گو تبدیل کند.

واژگان کلیدی: مالیات سبز، تنظیم‌گری، کنوانسیون آرهوس، گفتمان تقنینی، تنظیم‌گری مشارکتی.

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (ایمیل نویسنده مسئول: salehi.0306@gmail.com)

۲. استاد، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (ایمیل: mojtaba_vaezi@yahoo.com)

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (ایمیل: hazbehtahereh@gmail.com)

۱. مقدمه

در ۲۵ ژوئن سال ۱۹۹۸، کنوانسیون آرهوس[1] تحت نظر کمیسیون اقتصادی اروپا (UNECE)[2] در چهارمین کنفرانس وزیران اروپا با شرکت کشورهای عضو در شهر آرهوس دانمارک به تصویب رسید و در سال ۲۰۰۱ به اجرا درآمد. این کنوانسیون سه رکن بنیادین را در حوزه محیط‌زیست تعیین می‌کند: دسترسی به اطلاعات محیط‌زیستی، مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری و حق دسترسی به عدالت در موضوعات زیست‌محیطی. ابزارهایی که محیط‌زیست دموکراسی را پایه‌گذاری می‌نمایند. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, 242) آرهوس، فراتر از «یک توافق زیست‌محیطی» به معنای تعهدی بین‌المللی بر شفافیت اداری، پاسخگویی حکومت‌ها و توانمندسازی شهروندان در مقابل نهادهای رسمی است. بر این اساس، تحقق توسعه پایدار تنها وقتی قابل دستیابی است که کلیه ذی‌نفعان در روند تصمیم‌گیری مشارکت فعال داشته باشند و از ابزارهای حقوقی برای پیگیری و دفاع از حقوق محیط‌زیستی خود بهره‌مند باشند. این رویکرد فراگیر، در نهایت به تحقق یک نظام تنظیم‌گری مشارکتی[3] منجر می‌شود؛ سیستمی که در آن مسئولیت‌ها و قدرت تصمیم‌گیری، به جای تمرکز در نهادهای دولتی، میان تمام بازیگران مرتبط توزیع شده و به عدالت زیست‌محیطی و پایداری واقعی نزدیک‌تر می‌شود.[4]

در ایران، گرایش به سیاست‌های حفاظتی در چارچوب توسعه پایدار رو به رشد است؛ اما «مالیات سبز» –نوعی ابزار مالی بر پایه اصل «پرداخت آلوده ساز»– درگفتمان حقوقی کشور جایگاه روشن و شفاف ندارد. (Etasi et al, 2024,74-83) برخلاف کشورهای پیشرو در این زمینه، در ایران قوانین محیط‌زیستی مشهودی موجود است، اما سازوکار مالیاتی هدفمند برای کاهش آلودگی یا جبران هزینه‌های زیست‌محیطی، به صورت منسجم تعریف نشده‌اند. (Etasi et al, 2024,74-83) گفتمان تقنینی مالیات سبز در ایران باوجود پیشرفت های گاه به گاه، همچنان از انسجام لازم برخوردار نیست؛ قانون مالیات بر ارزش افزوده (مصوب ۱۴۰۰) در ماده ۲۷ اجازه وضع عوارض(مالیات) سبز نیم‌درصدی تا یک‌ونیم‌درصدی بر تولیدکنندگان آلاینده را داده است؛ این رویکرد گامی اولیه در جهت پاسخ به چالش‌های زیست‌محیطی محسوب می‌شود با این حال، بررسی‌ها نشان‌دهنده پراکندگی قوانین و ضعف هماهنگی میان مقررات محیط‌زیستی و سیاست مالیاتی است. چه بسا تعارضات قانونی ـ نظیر عدم هماهنگی قانون مالیات بر ارزش افزوده با قوانین محیط‌زیستی مانند قانون هوای پاک و حفاظت از خاک ـ ظهور کرده که امکان برخورد دوگانه با یک جرم مشابه را فراهم می‌کنند.

از سوی دیگر، ایران مشمول قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (۱۳۸۷) است که اصولاً می‌تواند مبنای ایجاد سازوکار شفاف برای دسترسی به داده‌های محیط‌زیستی باشد. با این حال «فروگذاری در اجرا» و «محدودیت‌های اطلاعاتی» مانع دستیابی نهادهای غیررسمی و شهروندان به انطباق کامل مالیات سبز با روح آرهوس شده‌اند. ضمن اینکه روند «مشارکت عمومی» در تعیین سیاست‌های مالیاتی محیط‌زیستی در فرایند قانون‌گذاری ملی، شکل فراگیر و روشنی ندارد. هیچ ساختار رسمی برای مشورت‌گیری پیش از وضع قوانین یا نرخ‌های مالیاتی وجود ندارد. همچنین، امکان «شکایت یا پیگیری قضایی» برای نهادهای مدنی یا افراد نسبت به تصمیماتی که ممکن است از لحاظ زیست‌محیطی آسیب‌زا باشند، به صورت ساختاری فراهم نیست.

این پژوهش در پی آن است تا گفتمان حقوقی موجود در ایران پیرامون مالیات سبز را تحلیل و آسیب‌شناسی کند و تمهیداتی را برای انطباق قانونی و نهادی این ابزار با سه رکن آرهوس پیشنهاد دهد. بر این اساس، این مقاله در پی پاسخ به این پرسش اساسی است که: چگونه می‌توان از الزامات کنوانسیون آرهوس برای انتقال نظام مالیاتی محیط‌زیستی ایران از وضعیت «تقنین پراکنده و اجرای اداری» به سمت «تنظیم‌گری مشارکتی مؤثر» استفاده کرد؟ در حقیقت ذکر این نکته دارای اهمیت است که ماهیت محیط زیست به‌گونه‌ای است که اجرا و نظارت بر مقررات آن مستلزم مشارکت همه بازیگران است بر همین اساس کنوانسیون آرهوس متضمن عناصری است که

---

1. *Aarhus Convention*
2. *United Nations Economic Commission for Europe*
3. *Participatory Governance/Regulation*

۴. *در مقدمه‌ای از سند راهنمای اجرای آرهوس آمده است:*

Public participation also furthers accountability of and transparency in decision-making and strengthens public support for decisions on the environment یعنی «مشارکت عمومی باعث افزایش پاسخگویی، شفافیت و حمایت عمومی از تصمیمات محیط‌زیستی می‌شود.»

https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/introduction https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guideinteractiveeng.pdf

سبب تقویت مردم‌سالاری مشارکتی و تحکیم نقش گروه‌های عمده اجتماعی در تحقق اهداف، سیاست‌ها و راهکارهای اجرایی در مورد مالیات سبز می‌شود. بنابراین تشریح اصل مشارکت و محتوای آن در کنوانسیون آرهوس در راستای نگاهی انتقادی به گفتمان تقنینی مالیات سبز در ایران در دستور کار این تحقیق قرار دارد. نهایتاً، پیشنهادهای بومی‌شده برای طراحی فرایند مشارکتی در سیاست مالیات سبز ایران– شامل ایجاد پرتال شفاف اطلاعات، مشورت‌های عمومی ساختاریافته، و مکانیزم‌های استیناف ساده– ارائه می‌شوند. این چارچوب نوآورانه، امکان ارتقای مشروعیت، اثربخشی و عدالت انتشار مالیات‌های محیط‌زیستی را فراهم خواهد کرد.

۲. محدودیت‌های پژوهش

این پژوهش با رویکردی تحلیلی ـ انتقادی و بر پایه اسناد قانونی، منابع کتابخانه‌ای و برخی گزارش‌های رسمی انجام شده است؛ ازاین‌رو، یافته‌های آن ناظر به ارزیابی هنجاری و نهادی موضوع است و نه سنجش تجربی مستقیم آثار مالیات سبز. بنابراین، فقدان داده‌های میدانی و آماری مستقل از محدودیت‌های این پژوهش به شمار می‌آید که ضرورت انجام پژوهش‌های تجربیِ مکمل را در آینده دوچندان می‌کند.

۳. روش تحقیق

۳-۱. نوع و رویکرد پژوهش

پژوهش حاضر از حیث هدف، کاربردی و از نظر ماهیت و روش، توصیفی-تحلیلی با رویکرد انتقادی است. در این مطالعه، هدف صرفاً توصیف مقررات موجود در حوزه مالیات سبز نیست، بلکه تحلیل انتقادی گفتمان تقنینی حاکم بر این حوزه در نظام حقوقی ایران و ارزیابی میزان انطباق آن با الزامات حکمرانی محیط‌زیستی مشارکتی، با محوریت کنوانسیون آرهوس، دنبال می‌شود.

۳-۲. جامعه و نمونه پژوهش

جامعه پژوهش شامل مجموعه قوانین، مقررات و اسناد حقوقی مرتبط با مالیات سبز، حفاظت از محیط‌زیست، شفافیت اطلاعات، مشارکت عمومی و دسترسی به عدالت زیست‌محیطی در نظام حقوقی ایران است. از میان این منابع، متونی به‌عنوان نمونه تحلیلی انتخاب شده‌اند که از یک‌سو با سازوکارهای مالی یا شبه‌مالی مرتبط با محیط‌زیست ارتباط مستقیم داشته باشند و از سوی دیگر، در تنظیم حقوق شهروندان نسبت به اطلاعات محیط‌زیستی، امکان مشارکت در فرایندهای تصمیم‌گیری و دسترسی به مراجع رسیدگی اداری و قضایی مؤثر باشند. بر این اساس، قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰، به‌ویژه ماده ۲۷، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷، قانون هوای پاک و قانون حفاظت از خاک به‌عنوان مهم‌ترین متون حقوقی داخلی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. معیار گزینش این متون، ارتباط موضوعی با مالیات سبز و حکمرانی محیط‌زیستی، اثرگذاری هنجاری در تنظیم رابطه دولت و شهروندان، و قابلیت ارزیابی آن‌ها بر پایه معیارهای کنوانسیون آرهوس بوده است.

۳-۳. ابزار و شیوه گردآوری داده‌ها

گردآوری داده‌ها در این پژوهش با استفاده از روش کتابخانه‌ای و اسنادی انجام شده است. در این راستا، متون قوانین و مقررات داخلی، اسناد بین‌المللی، منابع دکترین حقوقی و مطالعات علمی مرتبط گردآوری و بررسی شده‌اند. در میان این منابع، کنوانسیون آرهوس نه صرفاً به‌عنوان یک سند مرجع، بلکه به‌مثابه چارچوب تحلیلی و معیار ارزیابی مورد استفاده قرار گرفته است.

۳-۴. روش تحلیل داده‌ها

روش تحلیل در این پژوهش مبتنی بر تحلیل محتوای حقوقی و تحلیل تطبیقی ساختاریافته است. بدین‌صورت که ابتدا مؤلفه‌ها و الزامات اصلی کنوانسیون آرهوس استخراج و در قالب سه شاخص بنیادین سامان‌دهی شد: دسترسی به اطلاعات محیط‌زیستی، مشارکت عمومی در فرایندهای تصمیم‌گیری محیط‌زیستی، و دسترسی به عدالت در امور زیست‌محیطی. سپس قوانین و مقررات منتخب داخلی بر پایه این سه شاخص، از حیث ظرفیت‌های هنجاری، خلأهای تقنینی، میزان شفافیت، امکان مشارکت‌پذیری عمومی و کارایی سازوکارهای نظارتی و دادرسی با نگاهی انتقادی مورد بررسی قرار گرفتند.

در نتیجه، روش پژوهش حاضر بر پایه یک الگوی تحلیلی دومرحله‌ای سامان یافته است: در مرحله نخست، استخراج شاخص‌های هنجاری از کنوانسیون آرهوس و در مرحله دوم، ارزیابی تطبیقی و انتقادی قوانین داخلی ایران بر مبنای همان شاخص‌ها. این الگوی تحلیلی نشان می‌دهد که کنوانسیون آرهوس در این پژوهش صرفاً محل اشاره نیست، بلکه معیار سنجش منظم و ساختاریافته برای ارزیابی کیفیت تقنین داخلی در حوزه مالیات سبز و حکمرانی محیط‌زیستی به‌شمار می‌آید.

۴. مفاهیم

مفهوم مالیات سبز

یکی از راه‌های کاهش میزان انتشار آلودگی وتخریب محیط زیست این است که دولت مالیاتی برابر با هزینه خسارت یا تخریب محیط زیست وضع نماید و آن را در جهت جبران خسارت یا بهبود وضعیت محیط زیست مصرف نماید. به تعبیر روشن‌تر مالیات‌های سبز از آن جهت به عنوان مالیات سبز نامیده می‌شوند که برای کنترل تبعات ناشی از فعالیت‌های اقتصادی بر طبیعت و جلوگیری از تخریب بیرویه آن وضع شدهاند. (Amin Rashti, 2005) برای داخلی‌سازی تأثیرات منفی فعالیت‌های اقتصادی و تسکین برخی فشارها که برمحیط زیست وارد شده است، استفاده می‌شوند (Andreoni, V,2019,17-26 & Böttcher, C. F., & Müller, M, 2015, 477-498 & Bovenberg, A. L., & Heijdra, B. J. 1998, 1-24) و به دولت‌ها کمک می‌کند تا بر اساس میزان آلودگی صنایع آلاینده، هزینه‌ها را بین آن‌ها تقسیم کنند (Lu, Y. et al, 2019, 235,337-347) و از این طریق رفتارهای مثبت محیطی را تشویق می‌کند. (McLaughlin, C. et al, 2019, 131, 302-311) در نتیجه این سازوکار نه تنها بر میزان انتشار آلودگی تأثیر میگذارد بلکه کارآیی امور مالی دولت را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد. (Hansford, A. et al, 2004, 196-210) بنابراین به عنوان یک تعریف از مالیات سبز می‌توان گفت: «آلوده گر بایستی بر اساس مقدار خسارتی که در اثر انتشار آلودگی به محیط زیست وارد می‌کند و موجب تخریب محیط زیست می‌گردد، مالیات بپردازد.» (Safavi & et al, 2015, 7)

مبانی نظری مالیات سبز

درونی سازی پیامدهای خارجی (Internalization of Externalities)

در ادبیات اقتصاد، هرگاه یک واحد اقتصادی در فرایند تصمیم‌گیری خود، مصرف-تولید خارج از بازار گروهی را متاثر کند، پدیدهای رخ می‌دهد که آن را پیامد خارجی می‌نامند. این پیامد می‌تواند اقتصادی یا غیراقتصادی باشد که در تابع تولید یا مطلوبیت افراد دیگر ظاهر می‌شود. از آنجایی که آلودگی به عنوان یک عامل خارجی در تابع تولید (هزینه) و یا مطلوبیت سایر افراد تاثیر منفی می گذارد، به عنوان پیامد خارجی منفی غیر اقتصادی معرفی می‌شود. (Ramezani Ghavamabadi, 2014, 117-120)

هزینه جانبی: اثر جانبی اوضاع واحوال ناشی از تولید یا مصرف است که به طرف ثالث در شکل هزینه وارد می‌گردد بدون اینکه در قیمت بازاری کالا یا خدمات منعکس گردیده باشد و ثالث نیز رضایتی در این خصوص داشته باشد. از جنبه زمانی می‌توان گفت هزینه جانبی «در کوتاه مدت، زمانی به وجود میآید که اقدام و تصمیم یک عامل اقتصادی به تولید یا مصرف، به طور ناخواسته بر مطلوبیت یک عامل اقتصادی دیگر (تولیدکننده یا مصرف کننده) اثر گذارد و کسی که این اثر جانبی را ایجاد کرده است، ضرر و زیان وارده به سایر گروهها را جبران نکند.» (Perman R. et al, 2008, 177-179) اگر بتوانیم این پیامد خارجی را قیمت‌گذاری کرده و به طور مثال زیان حاصل برای زیان دیدگان را جبران کنیم، در این صورت می گوییم که آثار جانبی، یا بیرونی را درونی کرده‌ایم لذا در اقتصاد سیاسی آنجا که نتوان هزینه‌های جانبی را درونی نمود دچار تخصیص ناکافی یا تحریف در تخصیص منابع گشته‌ایم. (Ogus, A. I, 1995, 19) سیاست مالیات سبز این هزینه‌ها را به قیمت محصول یا خدمت افزوده و بدین ترتیب، صنعت آلوده ساز را در قبال اثرات زیست‌محیطی خود مسئول می‌سازد. و منبع آلوده کننده باید بر اساس مقدار نهایی خسارتی که وارد می‌کند، مالیات بپردازد. (Baumol, William, Oates, Wallace, 1971, 42-54)

اصل پرداخت آلوده ساز (Polluter Pays Principle)

جهت گذار به سمت اقتصاد سبز یکی از ابزارهای موثر در کنار فن‌آوری سبز، کاربست اصل پرداخت آلوده ساز به عنوان مبنای اساسی

مالیات سبز است. امروزه این اصل یکی از مهم‌ترین اصول حقوق بین الملل محیط زیست است. مبنای این اصل به نظریه اقتصادی پیگو اقتصاددان انگلیسی باز می‌گردد. پیگو اعتقاد داشت که خسارات وارده به محیط زیست ناشی از تولید محصول و همچنین خسارات ناشی از مصرف آن منتسب به کسی می‌باشد که موجب آن شده است. (De,Sadeleer,1999, 50-51)

به لحاظ حقوقی OECD تعریف اصل پرداخت آلوده ساز را به عنوان «هزینه های پیشگیری و کنترل آلودگی توسط مقامات دولتی بر عهده آلاینده» اتخاذ کرد. همچنین در کنفرانس ریودوژانیرو در سال ۱۹۹۲ تحت اصل ۱۶ به تعریف اصل پرداخته شده است، مقرر می دارد: «آلوده سازان باید بار مالی را در سطح بین المللی متحمل شوند.» (Amer Mahmoud Tarraf, 1998,93) قانون‌گذار فرانسوی نیز بر اساس قانون ۲ فوریه ۱۹۹۵، معروف به قانون بارنی اعلام کرد که: «اصل پرداخت آلاینده به این معنی است که آلوده‌ساز هزینه‌های ناشی از اقدامات کاهش و کنترل آلودگی را متحمل می‌شود.» (Zaid Al-Mal Safia, 2013, 419)

مفهوم تنظیم گری مشارکتی

وقتی از تنظیم گری مشارکتی (Parvin & Taheri, 2022, 50) صحبت به میان می آید، ناگزیر حکمرانی مشارکتی نیز به ذهن متبادر می‌شود. مشارکت در مناسبات حکمرانی روشی برای مقابله با طیف وسیعی از مشکلات و تعارضات است که در آن افراد به طور مرتب با مذاکره با یکدیگر و همکاری در اجرای این تصمیمات، به تصمیمات رضایتبخش و قانع کننده می‌رسند. فیلیپ اشمیتر[5] در تعریف حکمرانی مشارکتی آورده است: «حضور منظم و تضمین شده هنگام تصمیم‌گیری الزام آور نمایندگان آن دسته از گروه‌هایی است که تحت تأثیر سیاست اتخاذ شده قرار می‌گیرند.» (P.C. Schmitter, J. Grote AND B. Gbikpi, 2002 & A.A. Camba, 2014, 536-538) دانایی فرد و محمدی نیز حکمرانی مشارکتی را نوعی از حکمرانی تعریف می‌کنند که نقش آفرینان از سازمان‌های حکومتی، دولتی یا حوزه‌های خصوصی و اجتماعی در یک مسیر معین، سازنده و رو به جلو همکاری می‌کنند. (Mohammadi & Danaeifardm 2019) به زبان ساده، حکمرانی مشارکتی به همکاری بین بازیگران دولتی و اعضای جامعه مدنی در تدوین و گاه اجرای سیاست عمومی اشاره دارد.

تنظیم‌گری مشارکتی در معنای مضیق، یک رویکرد حکمرانی است که طی آن «دولت و نهادهای غیردولتی ذی‌ربط» در فرایند تدوین، اجرا، نظارت و ارزیابی قوانین، مقررات یا سیاست‌های عمومی مشارکت مستقیم دارند. این الگو صرفاً به مشورت محدود نمی‌شود، بلکه سطحی از «تفویض قدرت و دخالت در تصمیم‌گیری» را نیز دربر می‌گیرد. هدف اصلی آن، افزایش مشروعیت، اثربخشی، شفافیت و پاسخگویی در نظام حکمرانی است. در حوزه مالیات، تنظیم‌گری مشارکتی به دنبال تعامل سازنده با مؤدیان و تقویت انگیزه در جهت تمکین مالیاتی است. این رویکرد بر اصولی مانند: پرداخت مالیات از طریق رفتار احترام‌آمیز با مؤدیان، کاهش مقاومت و اصلاح فرایندهای خطاپذیر، تضمین رفتار منصفانه و اقناع در موارد نارضایتی، آمادگی اعمال مجازات‌های اداری در صورت لزوم واستفاده از ظرفیت تعقیب قانونی از طریق مداخله قاعده‌مند و جدی در برابر استمرار عدم تمکین است. (Braithwaite, Valerie, 2007,1) در باب ظرفیت‌های قانونی موجود در ایران در این زمینه، می‌توان به بند هشتم اصل سوم قانون اساسی و بند «ب» ماده ۲۹ و بند «پ» و «چ» ماده ۳۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور اشاره کرد که مبحث مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مشارکت جوامع محلی و ترویج روحیه مشارکت و حمایت از سازمان‌های مردم نهاد و فرهنگ‌سازی و آگاهی‌بخشی را مطرح کردهاند.

۵. نقد و بررسی گفتمان تقنینی مالیات سبز

۵-۱. پیشینه قانونی مالیات سبز در ایران

مالیات سبز در آغاز با عنوان عوارض آلایندگی محیطزیست مطرح بود و در دولت یازدهم تحت عنوان مالیات با اهدافی مانند افزایش استاندارد واحدهای تولیدی و ارتقای انگیزه تولیدکنندگان برای بهبود محیطزیست به تصویب رسید تا واحدهایی که حد مجاز و استاندارد محیطزیست را رعایت نمی‌کنند بر اساس معیارهایی نظیر شدت، مدت، نوع و مکان آلایندگی با نرخ‌های نیم، یک و یک و نیم درصد به مأخذ فروش یا درآمد ارائه خدمات، حسب مورد مشمول مالیات شوند.

5. *Philippe Schmitter.*

مالیات سبز به‌عنوان یکی از ابزارهای اقتصادی تنظیم‌گر محیط‌زیست، در ایران سابقه‌ای کوتاه و عمدتاً نوپا دارد. نخستین تلاش‌های قانون‌گذار ایرانی در این حوزه را می‌توان در قالب مقررات عمومی محیط‌زیستی مشاهده کرد. قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست مصوب ۱۳۵۳، قانون جلوگیری از آلودگی هوا مصوب ۱۳۷۴ و قانون مدیریت پسماندها مصوب ۱۳۸۳ بسترهای اولیه‌ای برای مداخله دولت در کنترل آلاینده‌ها ایجاد کردند. با این حال، در این دوره‌ها هنوز ابزارهای مالیاتی به‌صورت مستقل و نظام‌مند برای مهار آسیب‌های زیست‌محیطی طراحی نشده بود.

از دهه ۱۳۸۰ به بعد، مفاهیم مرتبط با مالیات سبز به‌تدریج در قوانین مالیاتی انعکاس یافت. برای مثال، ماده ۸۱ قانون مالیات‌های مستقیم با اعطای معافیت مالیاتی به فعالیت‌های احیای جنگل‌ها و مراتع، نقش غیرمستقیمی در حمایت از فعالیت‌های زیست‌محیطی ایفا کرد. همچنین در ماده ۱۳۲ این قانون، برخی مشوق‌ها و عوارض مرتبط با کاهش آلایندگی و بهره‌گیری از فناوری‌های پاک گنجانده شد. با وجود این، چنین مقرراتی بیشتر جنبه نمادین داشت و هنوز چارچوب منسجم مالیات سبز در نظام مالیاتی کشور شکل نگرفته بود.

اولین گام رسمی در این باب به سه دهه پیش و به بند « د » ماده ۴۵ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین باز می‌گردد. این بند قانونی براساس اظهارنظر سازمان حفاظت محیط زیست به دلایلی نظیر عدم پیش‌بینی ضمانت اجرایی، عدم تمایل به افتتاح حساب جداگانه توسط واحدهای مشمول، عدم همکاری ادارات کل امور مالیاتی استان‌ها با ادارات کل حفاظت محیط زیست استانی و تغییر در ساختار نظام مالیاتی کشور هیچ گاه اجرایی نشد. پس از آن ابتدای سال ۱۳۸۲ بود که بر اساس قانون تجمیع عوارض و بند «ه» ماده ۳ این قانون، کالاها و محصولات صنایع آلوده کنندهی محیط زیست به تشخیص و اعلام سازمان حفاظت محیط زیست مشمول یک درصد (۱) قیمت فروش اعلام شدند. سپس ماده ۱ قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری صنعتی مصوب ۱۳۸۶ نیز مقرر داشت که محصولات آلوده کننده محیط زیست تا زمانی که آلایندگی ادامه دارد به تشخیص و اعلام شورای عالی حفاظت محیط زیست متناسب با درجه آلایندگی تا یک درصد (۱) قیمت فروش، مشمول پرداخت عوارض می‌شود تا صَرف پروژه‌های رفع آلایندگی از کارخانه و جبران خسارت زیست محیطی پیرامونی گردد.

اما نقطه عطف در تاریخچه مالیات سبز ایران به سال ۱۳۸۷ بازمی‌گردد؛ زمانی که برای نخستین بار مالیات سبز به‌طور رسمی و مستقل وضع شد و به نحو جدی مالیات سبز به معنای آنچه که در تعریف آن بیان شد، در تبصره یک ماده ۳۸قانون مالیات بر ارزش افزوده خودنمایی کرد. بر اساس آن، فرآورده‌های نفتی، سوخت هواپیما و برخی کالاهای مشابه مشمول «عوارض خاص» می‌شدند. این عوارض به‌طور مشخص با هدف جبران بخشی از هزینه‌های ناشی از آلودگی هوا و توسعه حمل‌ونقل عمومی پیش‌بینی شده بود. با تصویب سیاست‌های کلی محیط زیست (۱۳۹۴) و قانون هوای پاک(۱۳۹۶)، ضرورت بازنگری در تبصره ماده ۳۸ آشکار شد تا مصرف درآمدهای حاصل از عوارض دقیقاً منطبق بر اهداف کلان محیط‌زیستی کشور قرار گیرد. در نهایت، در فرایند دائمی‌سازی قانون مالیات بر ارزش افزوده در سال ۱۴۰۰، تبصره ماده ۳۸، ذیل ماده ۲۷ اصلاح و بازنویسی شد تا ضمن رفع ابهام در تقسیم منابع و کاهش تعارض نهادی، شفافیت بیشتری در هزینه‌کرد درآمدها ایجاد شود و استفاده از آن‌ها به حوزه‌های مشخص محیط‌زیستی و حمل‌ونقل عمومی محدود گردد. پس از آن گام های موثر دیگری برداشته شد از جمله تصویب تبصره۶ قوانین بودجه سال‌های ۱۴۰۱-۱۳۹۸ و ماده ۶ قانون کمک به ساماندهی پسماندهای عادی با مشارکت بخش غیردولتی مصوب ۱۳۹۹/۱/۲۰ است. به موجب حکم ماده اخیر، تولیدکنندگان و واردکنندگان مواد اولیه، قطعات و کالاهایی که تمام یا قسمتی از آن‌ها قابل بازیافت است، موظف به بازیافت پسماند حاصل از مواد و کالاهای خود هستند، در غیر این صورت موظفند یک در هزار ارزش کالای خود را در ابتدای زنجیره از طریق وزارت امور اقتصادی و دارایی به حساب تمرکز وجوه وزارت کشور نزد خزانه داری کل کشور واریز کنند. (Abdollahi & Molabigi,2022, 183) با توجه به تصویر فوق، و پراکندگی قوانین مربوط به مالیات سبز، در این نوشتار صرفاً به نقد و بررسی نمونه‌های شاخص و نمادین این مالیات اکتفا خواهد شد.

۵-۲. آسیب‌شناسی قانون مالیات بر ارزش افزوده

یکی از راهکارهایی که به عنوان عامل بازدارنده ایجاد آلودگی مطرح و از سال ۱۳۸۷ اجرایی گردیده، اخذ عوارض آلایندگی به میزان یک درصد فروش واحدهای تولیدی آلاینده است.که این راهکار همان طور که اشاره شد در سال‌های بعد تحت قوانینی تغییر و اصلاح گردید. مصداق بارز قانونی مالیات سبز در قوانین کشور ما تحت ماده ۳۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده و بعد از آن طی ماده ۲۷ قانون اصلاحی مصوب سال ۱۴۰۰ جلوه گر شده است. در ذیل به نقد و بررسی این مفاد قانونی مبادرت شده است:

ابهام در ماهیت و ساختار

در آغاز باید به این نکته توجه کرد، که دو واژه عوارض و مالیات با هم متفاوت هستند. به اختصار می‌توان گفت که یکی از مهم‌ترین تفاوتها، در خصوص مرجع وضع کننده مالیات و عوارض است. طبق اصل ۵۱ قانون اساسی: «هیچ نوع مالیات وضع نمی‌شود مگر به موجب قانون. موارد معافیت و بخشودگی و تخفیف مالیاتی به موجب قانون مشخص می‌شود.» پس وضع هر نوع مالیات نیازمند تصویب مجلس شورای اسلامی است. اما درباره عوارض و مرجع وضع آن شرایط متفاوت است.

مرجع وضع عوارض، هم قانون می‌تواند باشد و هم نهادها یا سازمان‌هایی که به حکم قانون اجازه وضع عوارض را دارا باشند. برای نمونه، قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷ در فصل هفتم صرفاً به، وضع عوارض پرداخته است و ماده ۲۷ اصلاحی نیز هزینه آلودگی را در لوای عوارض سبز قید نموده است. از سوی دیگر بند ۱۶ ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور مصوب ۱۳۷۵ وظیفه تصویب و تغییر عوارض را به شورای اسلامی شهر داده است، اعلام میدارد: وظایف شورای اسلامی شهر به شرح زیر است: تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و همچنین تغییر نوع و میزان آن با در نظر گرفتن سیاست عمومی دولت که از سوی وزارت کشور اعلام می‌شود. اما دوگانگی کاربرد این واژگان در این مفاد قانونی برخاسته از چیست؟ آیا عوارض سبز مورد نظر مقنن، مالیات زیست محیطی را هم در برمی‌گیرد؟ این ابهام در مفاد قانونی به وضوح قابل مشاهده است.

- البته به نظر می‌رسد دوگانگی کاربرد این دو واژه از این جهت است که مالیات به معنای خاص آن، در قبال خدمت عمومی مشخص و معینی نیست (Abdollahi & Molabigi,2022, 5-6)، در حالی که هدف اخذ مالیات سبز از اساس، در راستای جبران خسارات وارده بر محیط زیست و حذف یا کاهش آلایندگی است. حال آن که مفهوم عملیاتی مالیات سبز، به عوارض نزدیک تر است تا مالیات به معنای خاص آن. لذا عوارض سبز اعلامی در ماده فوق الذکر همان مالیات است، البته به معنای عام آن. چرا که از جمله وجوهی است که به موجب «قانون مجلس شورای اسلامی» جواز اخذ اجباری آن از اشخاص «حقیقی یا حقوقی» صادر می‌شود و بر این مبنا چنان که عملکرد شهرداری‌ها و دهیاری‌ها نشان می‌دهد، بخشی از هزینه‌های عمومی را تأمین می‌کند که حفظ محیط زیست و تأمین رفاه اجتماعی بخش کوچکی از آن است هر چند در حقیقت در قبال خدمت عمومی مشخصی اخذ می‌گردد. هرچند ماهیت آن بیشتر شبیه به یک «عوارض زیست‌محیطی جانبی» است تا یک «مالیات سبز» مستقل و هدفمند که مستقیماً بر فعالیت‌های آلاینده تمرکز دارد.
- ابهام دیگر در باب ماهیت مالیات سبز در این جا ظهور می کند که: عوارض مزبور صرفاً از واحدهای تولیدی آلاینده و بر مبنای میزان آلایندگی دریافت می‌شود. این ویژگی سبب می‌گردد که «ماهیت آن عوارض به مفهوم کلاسیک (یعنی بهای خدمات قابل ارائه به پرداخت‌کننده) نباشد، بلکه بیشتر به عنوان «ابزار سلبی و تنبیهی» برای کاهش آلودگی عمل کند. به بیان دیگر، در حالی که «عوارض حقیقی» باید در مقابل ارائه خدمت مشخصی از سوی دولت یا شهرداری به ذی‌نفع اخذ شود، عوارض این ماده چنین مبنایی ندارد و واحدهای آلاینده در برابر پرداخت خود، خدمت مستقیمی دریافت نمی‌کنند. بنابراین، این عوارض در ماهیت نزدیک‌تر به «جریمه» یا «مالیات تنبیهی» است تا عوارض خدماتی. از این منظر، محل درج آن در قانون مالیات بر ارزش افزوده محل بحث است؛ زیرا قانون مزبور اساساً ناظر به مالیات غیرمستقیم بر مصرف و عوارض خدماتی است، در حالی‌که این ماده ماهیت کیفری-تنبیهی دارد و به عنوان ضمانت اجرای سیاست‌های محیط‌زیستی وضع شده است. (Nasseri & Hassanloo, 2023,10)
- درآمد هر واحد تولیدی متشکل از بهای مواد اولیه، هزینه‌های فرایندی و حاشیه سود است. از آنجا که آلودگی زیست‌محیطی عمدتاً ناشی از «فرایند تولید» است نه خرید مواد اولیه یا فروش محصول نهایی، دریافت عوارض زیست‌محیطی بر مبنای درصدی از فروش (در قالب مالیات بر ارزش افزوده) فاقد منطق اقتصادی- زیست محیطی است. در چنین ساختاری، حتی واحدهایی که فرایند پاک دارند صرفاً به دلیل حجم بالای فروش مشمول بار مالی بیشتری می‌شوند، در حالی‌که واحدهای آلاینده با فروش کمتر، فشار کمتری را متحمل می‌شوند. الگوی صحیح، اخذ این عوارض بر پایه «سود یا فرایند تولید (مالیات مستقیم یا Pigouvian tax) است؛ یعنی هر چه فرایند آلاینده‌تر باشد، بار مالی بیشتری بر آن تحمیل شود. این امر علاوه بر رعایت عدالت مالیاتی، انگیزه قوی برای اصلاح فرایند و سرمایه‌گذاری در فناوری‌های پاک ایجاد می‌کند. (Nasseri & Hassanloo, 2023,10) در نظام تجارت انتشار (EU ETS) واحدها بر مبنای حجم واقعی انتشار آلاینده‌ها (نه فروش محصول) ملزم به خرید یا پرداخت هستند. همچنین، مالیات‌های کربن در کشورهایی چون سوئد و فنلاند بر اساس میزان انتشار CO_2 ناشی از فرایند اخذ می‌شود. (https://academic.oup.com/) در گزارش‌های OECD، مالیات‌های زیست‌محیطی مؤثر عمدتاً بر «شدت آلایندگی فرایند»

وضع می‌شوند نه بر گردش مالی یا ارزش فروش. این ساختار تضمین می‌کند که عامل آلاینده دقیقاً همان بخشی از فعالیت خود را که منشأ آلودگی است هدفمند اصلاح کند. (https://www.oecd.org/)

این سیاست مبتنی بر همان اصول معروف در نظریه اقتصاد محیط‌زیست است که هدف آن، internalizing externalities یا به‌عبارتی واگذاری هزینه‌های اجتماعی زیست‌محیطی به تولیدکننده، به‌گونه‌ای دقیق‌تر و هدفمندتر است. چنین رویکردی نشان‌دهنده تطابق با مدل مالیات پیگویی است که میزان مالیات را بر اساس هزینه‌ی اجتماعی ناشی از هر واحد آلودگی تنظیم می‌کند. چنین سازوکاری تضمین می‌کند که حتی در غیاب حذف کامل آلودگی، حرکت در مسیر کاهش تدریجی و مسئولانه‌ی زیست‌محیطی میسر و مقرون‌به‌صرفه باشد.

تناقض کارکردی مالیات سبز

نکته بعدی این که راه حلی که در تبصره ۱ ماده ۳۸ ق. م. ا. ا به آن اشاره شد با آنچه که مالیات بر آلاینده‌ها تحت مفهوم مالیات تعدیلی نامیده می‌شود متفاوت است. زیرا اخذ عوارض به ازاء یک درصد از فروش کالاهای تولیدی به هیچ عنوان با معیاری که مالیات باید با میزان هزینه اجتماعی برابر باشد همخوانی ندارد. این در حالی است که طبق تبصره ۲ ماده ۱۵ «قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا» مصوب ۱۳۷۴: «سازمان حفاظت محیط زیست موظف است استانداردهای هوای پاک و استانداردهای آلوده کننده‌های حاصل از کارخانجات و کارگاه‌ها را برای هر منطقه و با توجه به کیفیت هوا و مناسبات زیست محیطی آن مناطق تهیه نموده و در اختیار متقاضیان و صاحبان کارخانجات و کارگاه‌ها قرار دهد.»

- انتقاد وارده به فرمول قانون مالیات بر ارزش افزوده این است که بنگاه‌های مختلف ممکن است بسته به صنعتی که در آن مشغولند و نیز منطقه‌ای که بنگاه در آن فعال است، هزینه‌های نهایی متفاوتی برای کاهش آلودگی داشته باشد. در نتیجه پاسخ آن‌ها به وضع چنین عوارضی یکسان نخواهد بود. آن‌ها که از اعمال روش‌های کاهنده آلودگی هزینه کمتری متحمل می‌شوند، مشتاق تر به این کارند تا واحدهای صنعتی با هزینه بالا برای کاهش آلایندگی. به علاوه ممکن است واحدهای تولیدی قادر به کاهش سطح آلودگی باشند؛ اما اگر بخواهند به استانداردهای مشخص شده برسند تا از پرداخت عوارض معاف شوند این فرایند بسیار پُر هزینه یا غیر ممکن باشد. در نتیجه انگیزهای برای کاهش تولید یا به کارگیری سایر روش‌ها برای کاهش هیچ مقدار از آلودگی نخواهند داشت؛ چون کاهش آلودگی باعث کاهش عوارض نمی‌شود و صرفاً هزینه تولید آن‌ها را افزایش می‌دهد. حتی در این شرایط ممکن است واحدهای اقتصادی رفتار متفاوتی از خود نشان دهند و با محاسبه اینکه می‌توانند در بلند مدت با افزایش تولید، هزینه متوسط خود را کاهش دهند، دست به تولید بیشتر زنند که افزایش آلودگی را به همراه خواهد داشت. بحثی که در اقتصاد تحت عنوان «صرفه جویی به مقیاس[6]» (یعنی فرایندی که در آن در بلند مدت با افزایش سطح تولید، هزینه متوسط کاهش یابد) معروف است. (Dadgar, 2012, 148) لیکن نتیجه چنین رویکردی برخلاف هدف سیاست‌گذار، افزایش آلودگی محیط زیست خواهد بود.

عدم بازدارندگی و ضعف در نظارت و پایش

نگاهی به فهرست صنایع آلاینده در سال‌های گذشته نشانگر این موضوع است که تعداد صنایع آلاینده در طول سنوات اجرای قانون، نه تنها روند کاهشی نداشته، بلکه در مواردی افزایش داشته است. مسئله مهم، روند افزایشی طی شده است که بخشی مربوط به رشد و توسعه صنعتی است اما بخش اصلی مربوط به صنایعی است که طی سالیان متمادی در فهرست واحدهای آلاینده سازمان حفاظت محیط زیست قرار داشته و هیچ تغییری در نحوه نگرش به محیط زیست و یا کاهش آلودگی‌ها صورت نگرفته است و این نشان از عدم بازدارندگی قانون مذکور، علیرغم ادعاهای مطرح شده دارد.

دامنه شمول قانون مصوب ۱۳۸۷، تنها واحدهای تولیدی آلاینده بوده و واحدهای خدماتی و معدنی را در برنمی‌گرفت. و احراز آلودگی واحدهای تولیدی براساس ضوابط و استانداردهای محیط زیست صورت میگرفت و لذا گزارشهای پایش و شکوائیه‌های مردمی مورد تأیید به‌عنوان مستند احراز آلودگی قابل پذیرش بودند. و میزان اخذ عوارض برای همه واحدهای آلاینده، مستقل از شدت و نوع آلودگی واحد، حتی پالایشگاه‌های نفت و واحدهای پتروشیمی، یک در صد فروش هر واحد اعلام شد (واحدهای به شدت آلوده و واحدهای کوچک

6. *economies of scale*

و متوسط به یک میزان عوارض پرداخت می‌کنند). اجرای قانون در سال بعد است. ذیل تبصره یک مقرر شده است: «واحدهایی‌که در طی سال بنابه تشخیص و اعلام سازمان حفاظت محیط زیست به فهرست واحدهای آلاینده محیط زیست اضافه گردند، از اول دوره مالیاتی بعد از تاریخ اعلام توسط سازمان حفاظت محیط زیست مشمول پرداخت عوارض آلایندگی خواهند بود» و این خود سبب نارضایتی مشمولین و کاهش میزان اثربخشی و بازدارندگی قانون می‌گردد. هیچ یک از هزینه‌های پایش (نیروی انسانی متخصص، مواد مصرفی و تجهیزات اندازه‌گیری و در قانون دیده نشده و این موضوع بر روند اجرای اصولی و صحیح قانون تأثیرگذار است.

هر چند این فرایند در قانون اصلاحی، تغییراتی داشت اما به طور مثال در ماده (۲۷) قانون ارزش افزوده، تنها صنایع و واحدهای آلاینده در صورتی که ۱ درصد مآخذ فروش صفر درصد، ۱ درصد و ۱/۵ درصد اخطارهای مراجع ذیربط در اصلاح شیوه تولید و رفع آلایندگی را رعایت نکنند با نرخهای پلکانی ۵ محصول مشمول عوارض سبز می‌شوند. همچنین در این ماده علیرغم توسعه دامنه شمول قانون (واحدهای خدماتی و معدنی، صنعتی) با توجه به محدودسازی احراز آلودگی به حدود مجاز و استانداردها و عدم وجود حدود مجاز در بسیاری از شاخص‌ها و ازسوی دیگر عدم خوداظهاری و عدم امکان پایش و سنجش با امکانات بسیار محدود سازمان متولی، اجرای قانون باز هم به نحو مطلوب با چالش بسیار بزرگی روبه‌رو خواهد بود. ازسوی دیگر واگذاری معیارهای تعیین نرخ عوارض آلایندگی، به کارگروهی با نقطه نظرات متفاوت، روند تهیه دستورالعمل را کند کرده است.

گسست میان محل اخذ و هزینه کرد مالیات؛

این عوارض عملاً به ارائه خدمتی متناسب با رفع آلایندگی برای بنگاه پرداخت‌کننده یا جبران خسارات وارده بر شهروندان در معرض آلودگی منتهی نمی‌شود. علت اصلی این امر آن است که شهرداری‌ها و دهیاری‌ها، که محل اصلی واریز این منابع هستند، نه وظیفه و نه توان تخصصی در زمینه پایش، کاهش یا پیشگیری از آلایندگی واحدهای صنعتی و معدنی دارند. به موجب ماده (۳۸) قانون مالیات بر ارز ش افزوده مصوب (۱۳۸۷) و ماده ۲۷ اصلاحی ۱۴۰۰، مقرر شد عوارض/مالیات های سبز که بخشی از درآمدهای مالیات بر ارزش افزوده است به شهرداری‌ها و دهیاری‌های کشور اختصاص و یکی از منابع مهم درآمدی شهرداری‌هاست که فرایند توزیع را طی می‌کند و مسئول توزیع (سازمان امور مالیاتی) یا وزارت کشورمشخص شده است. این در حالی است که این نهادها اصلاً نقشی در ارائه تسهیلات مرتبط با ارتقاء فرایندهای صنعتی یا اجرای طرح‌های جبرانی برای آلودگی‌های ناشی از گاز، آب، خاک و صوت، چه در محل تولید و چه در محل انتشار آلودگی، ایفا نمی‌کنند. از سوی دیگر، واحدهای مستقر در شهرک‌های صنعتی خارج از حیطه خدمات و مسئولیت شهرداری‌ها و دهیاری‌ها قرار دارند و خسارات وارد بر سلامت شهروندان نیز اساساً در حوزه صلاحیت و تکالیف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی است. بدین ترتیب، تخصیص این عوارض به شهرداری‌ها و دهیاری‌ها فاقد پیوند منطقی با اهداف زیست‌محیطی و جبرانی مدنظر قانون‌گذار است. (مهناز ناصری و حامد حسنلو مالیات (عوارض) سبز و نقش آن در حقوق عامه محیط زیست با رویکرد بررسی ابعاد حقوقی ماده ۲۷ قانون مالیات بر ارزش افزوده و نحوه پیاده سازی آیین‌نامه اجرایی آن گزارش نشست تخصصی شماره ۲۶ خرداد ۱۴۰۲ گروه مطالعات عمران، توسعه و مدیریت شهری ص۱۱ و ۱۲)

عدم تمرکز در خط مشی گذاری و توزیع

ماده ۴۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده اصلاحی، نحوه توزیع مالیات و عوارض موضوع ماده ۲۷ بین نهادهای محلی شامل شهرداری‌ها، دهیاری‌ها و فرمانداری‌ها را به صورت نامتمرکز تعیین کرده است.[۷]

۷. *بر اساس این ماده، عوارض و جریمه‌های آلایندگی پس از واریز به حساب متمرکز اداره کل امور مالیاتی استان، به نسبت جمعیت بین شهرداری‌ها، دهیاری‌ها و فرمانداری‌های همان شهرستان توزیع می‌شود. در مواردی که آلودگی واحدهای بزرگ تولیدی (۵۰ نفر و بیشتر) به بیش از یک شهرستان سرایت کند، توزیع عوارض آلایندگی بین شهرستان‌های متأثر بر اساس جمعیت، میزان اثرپذیری و فاصله از واحد آلاینده و با تصمیم کمیته‌ای مرکب از رئیس سازمان برنامه و بودجه استان، فرمانداران شهرستان‌های ذیربط، مدیرکل محیط زیست و مدیرکل امور مالیاتی استان صورت می‌گیرد. و در صورتی که شهرستان‌های متأثر از آلودگی در دو یا چند استان واقع شده باشند، اعضای کمیته توزیع کننده عوارض آلودگی(نماینده سازمان برنامه و بودجه استان‌های ذی ربط، روسای سازمان‌های مدیریت و برنامه ریزی استان های ذیربط، نماینده سازمان حفاظت محیط زیست و نماینده ادارات کل امور مالیاتی استان های مربوطه) بر اساس سیاست‌های اعلامی، سازمان برنامه و بودجه کشور اقدام به توزیع عوارض آلودگی خواهند کرد.*

با این حال، ماده ۴۰ هیچ‌گونه سیاست‌گذاری مشخصی درباره محل هزینه یا اهداف مرتبط با علت دریافت این عوارض پیش‌بینی نکرده است. این خلا قانونی باعث می‌شود پایش اثربخشی دریافت و هزینه‌کرد این منابع در کاهش آلایندگی یا جبران خسارات محیط زیستی عملاً غیرممکن شود. فقدان تمرکز در توزیع و هزینه‌کرد منابع حاصل از ماده ۲۷ موجب واگرایی و سلیقه‌ای شدن محل مصرف آن‌ها می‌شود. منابع مذکور نه تنها از بودجه سالیانه دولت جدا هستند، بلکه از حساب اداره کل امور مالیاتی استان به شهرداری‌های همان استان منتقل می‌شوند؛ بنابراین امکان اعمال سیاست‌گذاری یکپارچه، مشابه آنچه در سازمان شهرداری‌ها و دهیاری‌ها رخ می‌دهد، فراهم نیست. (Nasseri & Hassanloo, 2023,12)

علاوه بر این نحوه هزینه کرد مبالغ درآمدی شفاف نبوده و هیچ گونه نظارتی بر میزان و محل‌های هزینه کرد آن وجود ندارد. لذا اثربخشی آن در کاهش و کنترل آلودگی‌های زیست محیطی مبهم و غیرقابل استناد است. کما اینکه هیچ تأثیر چشمگیری در میزان و شدت آلودگی‌های منتشره چه به لحاظ کیفی و چه به لحاظ کمی مشاهده نمی‌شود و هیچ گونه گزارشی مبنی بر تأثیرگذاری روند کنونی هزینه‌ها بر کاهش آلودگی وجود ندارد.به علاوه هزینه‌های مترتب بر پایش واحدهای تولیدی و خدماتی و معدنی (مشمول قانون) در صورت اجرای صحیح قانون، توجیه‌پذیر نبوده است. بسیاری از واحدهای صنعتی با دور زدن غیرقانونی قانون نسبت به حذف غیرقانونی نام واحد خود اقدام می‌نمایند.

ضمن اینکه محول نمودن توزیع عوارض/مالیات سبز به کمیته استانی و ملی توزیع عوارض آلایندگی بدون پایش عملکرد آن‌ها قطعاً منجر به اعمال سلایق، به جای سیاست های اعلامی می گردد. برای نمونه می‌توان به رأی شماره ۳۲۵۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال «قسمت (الف) بند ۵ صورتجلسه شماره ۴۳۰/م/۱۲۲/۲۵۶-۲۴/۱۲/۱۳۹۸ کمیته موضوع توزیع عوارض آلایندگی استان بوشهر که توسط مرجع صالح به تصویب نرسیده» می‌باشد. در واقع موضوع شکایت فوق، دعوی شهرداری بندر دیر در استان بوشهر است که به استناد ماده ۶ قانون برنامه ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران (جزء ۳ بند ب ماده ۶) اعلام نموده که نظر به اینکه مطابق مفاد این ماده «درتوزیع عوارض آلایندگی، نسبت تاثیر پذیری شهرهای متاثر از آلایندگی در نظر گرفته می‌شود، اما مطابق مستندات علمی از جمله برنامه آمایش استان بوشهر شهرستان دیر به عنوان یکی از مناطق تأثیرپذیر از آلایندگی (سایت ۱ عسلویه، سایت ۲ کنگان و متانول کاوه) در نظر گرفته شده است اما در مصوبه کمیته نحوه توزیع عوارض آلایندگی استان بوشهر این نسبت تأثیرپذیری برای شهرستان تعمداً و بدون پشتوانه علمی، قانونی، شرعی، اجتماعی و سازمانی از سایت عسلویه حذف گردیده و لذا تصویب چنین مصوبه‌ای به لحاظ قانونی مغایر و مخالف با صراحت جزء ۳ بند (ب) ماده ۶ قانون برنامه ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران می‌باشد.

شهرداری این شهرستان به قواعد فقهی استناد نموده و اعلام داشته که بنا به قواعد فقهی از جمله «من له الغنم فعلیه الغرم» و «لاضرر و لاضرار فی السلام» در شریعت مقدس اسلام اولاً: هرگونه ضرررسانی نهی شده است وحتی زمانی که نفعی به کسی می‌رسد، غرم و خسارت نیز به عهده اوست، اما مردم شهرستان دیر سال‌هاست که با بی‌مهری و بی‌توجهی برخی از افراد که به جای سیاست‌های اعلامی، سلایق اعمالی در نظر میگیرند، دست و پنجه نرم می‌کنند، به همین منظور مصوبه شماره ۴۳۰/م/۱۲۲/۲۵۶-۲۴/۱۲/۱۳۹۸ کمیته نحوه توزیع آلایندگی استان بوشهر برخلاف شرع مقدس اسلام می‌باشد چرا که وجود آلایندگی برای شهرستان دیر عایدی جز مضرات و خسارت از طریق آب، هوا و خاک نداشته است. مقرره مورد اعتراض همچنین با اصول ۳ و ۴۸ قانون اساسی مغایرت کامل دارد. لذا ابطال مقرره مورد شکایت از تاریخ تصویب مورد استدعاست.

با توجه به مفاد فوق هیات عمومی دیوان با این استدلال که اولاً: با عنایت به اینکه درخصوص نحوه توزیع عوارض آلایندگی موضوع تبصره ۱ ماده ۳۸ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب سال ۱۳۸۷ که سهم شهرداری و دهیاری‌ها است، اختلاف دیدگاه وجود داشته و حتی در برخی موارد شهرداری محل استقرار دفتر اصلی شرکت و نه محل تولید، تقاضای برخورداری از سهم مذکور را می‌کرد، قانون‌گذار در قانون برنامه پنجساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به شرح جز ۳ بند (ب) ماده ۶ قانون مزبور، نحوه تقسیم و تسهیم را براساس شاخص‌ها و معیارها و میزان تأثیر و تأثر به سه شکل بیان کرده است:

الف) اگر عوارض و آلایندگی و سرایت آن فقط در یک شهرستان باشد، بین شهرداری‌ها و دهیاری‌های همان شهرستان به نسبت تأثیر تقسیم می‌شود.

ب) اگر به بیش از یک شهرستان در یک استان سرایت نماید، با تصمیم کمیته استانی و سیاست‌های سازمان برنامه و بودجه بین شهرستان‌های متأثر و به صورت استانی توزیع می‌شود.

ج) اگر شهرستان‌های متأثر در دو یا چند استان باشند، کمیته ملّی نسبت به نحوه و میزان سهم هر منطقه و شهرستان اقدام خواهد نمود. ثانیاً با توجه به رویه هیات در قالب آرای هیأت عمومی و هیأت تخصصی اتّخاذ شده است در رویه رسیدگی درخصوص عوارض آلایندگی منطقه عسلویه و پارس جنوبی، لذا اعلام کرده است که: «با توجه به اینکه در رابطه با ادعای خلاف شرع بودن مقرره مزبور، قائم مقام دبیر شورای نگهبان به موجب نامه شماره ۲۸۴۵۷/۱۰-۲/۹/۱۴۰۰ اعلام کرده است که در صورتی که مرجع وضع مصوبه مورد شکایت صلاحیت وضع آن را داشته است، خلاف شرع شناخته نخواهد شد و چنانچه در تشخیص موضوع اختلاف باشد (مانند سرایت یا عدم سرایت آلودگی به شهرستان دیر) در صلاحیت مرجع صالح قضایی است» و مفاد این نظریه بیانگر این است که در صورتی که مرجع تصویب‌کننده صلاحیت وضع مصوبه را نداشته باشد، مصوبه خلاف شرع است و با عنایت به مفاد مفاد جزء ۳ بند (ب) ماده ۶ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اینکه آلایندگی این منطقه بین استانی است و کمیته ملّی باید راجع به آن اتّخاذ تصمیم نماید، بنابراین قسمت (الف) بند ۵ صورت جلسه شماره ۴۳۰/م/۱۲۲/۲۵۶-۲۴/۱۲/۱۳۹۸ کمیته موضوع توزیع عوارض آلایندگی استان بوشهر که توسط مرجع صالح به تصویب نرسیده، خارج از حدود اختیار و خلاف قانون بوده و با توجه به مفاد نظریه شورای نگهبان مغایر با شرع نیز است و از تاریخ تصویب ابطال می‌شود.

این وضعیت، بر اساس استانداردهای مدیریت مالیات سبز و اصول تنظیم‌گری مشارکتی مورد تأکید در اسناد بین‌المللی مانند دستورالعمل‌های مالیات زیست‌محیطی OECD (OECD, *Environmental Taxation: Guidelines and Principles*, OECD Publishing, 2019) و سیاست مالی UNEP برای محیط زیست (UNEP, *Fiscal Policy for Environment: Integrating Green Taxes*, United Nations Environment Programme, 2021) ناکارآمد تلقی می‌شود. اصول مذکور بر شفافیت در محل هزینه‌کرد، هدفمندی درآمدهای محیط زیستی و امکان پایش مستمر اثرگذاری مالیات‌ها بر کاهش آلایندگی تأکید دارند. فقدان چنین سازوکاری در قانون ایران باعث می‌شود تصمیمات کمیته‌های استانی کاملاً سلیقه‌ای باشد و اثربخشی و کارآمدی هزینه‌کرد این منابع به شدت کاهش یابد.

در نتیجه، بدون تعریف اهداف مشخص، معیارهای توزیع مبتنی بر اثرات زیست‌محیطی و نظارت منسجم بر محل هزینه، ماده ۴۰ نه تنها قادر به تحقق اهداف کاهش آلایندگی و جبران خسارات محیط زیستی نیست، بلکه مدیریت منابع مالی محیط زیست را نیز به یک فرایند نامتمرکز و ناکارآمد تبدیل می‌کند. بازنگری در سیاست‌های توزیع و هزینه‌کرد، همراه با ایجاد شفافیت و مکانیزم‌های پایش مستمر، ضروری است تا منابع حاصل از عوارض آلایندگی به شکلی اثربخش و هدفمند مورد استفاده قرار گیرند.

ترجیح رویکرد درآمدی بر بنیان های تنظیم گری

قابل تأمل است که طبق مفاده فوق رویکرد درآمدی جایگزین بنیان های تنظیم‌گری شده است. بدین نحو که مقرر شده تا وجوه این منبع، صرف الزامات محیط زیستی مندرج در قانون در شهرداری‌ها، بخشداری‌ها و دهیاری‌ها شود. لذا اساسا محل دریافت عوارض ماده فوق الذکر، با موضوع دریافت آن، هیچ رابطهی معنادار، منطقی و مشخصی ندارد و لذا جمع‌آوری عوارض مزبور، منجر به ارائه خدمتی مرتبط با رفع آلایندگی به بنگاه پرداخت کننده یا شهروندان در معرض آلایندگی نخواهد شد. طبق قانون مدیریت پسماند مصوب سال ۱۳۸۳، قانون‌گذار مسئولیت پسماندهای مختلف را مشخص کرده است. بر اساس این قانون شهرداری‌ها مسئول جمع‌آوری، امحا، دفن و... زباله‌های عادی و مسؤل پسماندهای ویژه، تولید کننده است. در همین راستا در گزارش نشست کمیسیون تخصصی توسعه پایدار، محیط زیست و آب اتاق ایران در این خصوص آمده که طبق ماده ۲۷ قانون مالیات بر ارزش افزوده، واحدهای آلاینده باید به شهرداری‌ها عوارض پرداخت کنند، اما فعالان اقتصادی این عوارض را غیرمنطقی میدانند چرا که در ازای این عوارض، هیچ گونه خدمت مرتبط با رفع آلایندگی ارائه نمی‌شود. زیرا که شهرداری‌ها هیچ مسئولیت یا امکانی برای پایش یا کاهش آلایندگی واحدهای صنعتی یا معدنی ندارند. همچنین هیچ گونه مسئولیت یا وظیفه‌ای نسبت به ارائه تسهیلات، کاهش آلایندگی یا جبران

خسارات مرتبط با آلاینده‌های گاز، آب، خاک و صوت واحدهای صنعتی و معدنی چه در محل تولید و چه در محل انتشار آن‌ها ندارند. شهرداری‌ها مطلقاً هیچ‌گونه مسئولیتی نسبت به مدیریت پسماندهای صنعتی، معدنی، کشاورزی، پزشکی و ویژه ندارند. شهرداری‌ها مطلقاً هیچ گونه مسئولیتی در قبال شهرک‌های صنعتی و واحدهای مستقر در آن‌ها عهده‌دار نیستند، لذا چنانچه به موجب ماده ۲۷ و ماده ۴۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده، عوارض جمع‌آوری شده از واحدهای آلاینده به شهرداری‌ها پرداخت شود (بخشنامه سازمان امور مالیاتی در خصوص نحوه تسهیم وجوه مالیات، عوارض و جرائم و توزیع عوارض و جرائم مواد (۷)، (۲۶)، (۲۷) و (۲۸) قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۴۰۰ مجلس شورای اسلامی)، هیچ‌گونه خدمتی نمی‌تواند مرتبط با موضوع این عوارض، به پرداخت کننده و یا به جامعه در معرض خطر ارائه شود.

با وجود آن، آنچه که در عمل مشاهده می‌شود این است که به‌دلیل فقدان منابع مالی پایدار برای شهرداری‌ها، عوارض آلایندگی به صرف «عوارض بودن» به منبعی برای تزریق منابع مالی به این نهاد عمومی غیر دولتی بدل شده است و هدف واقعی از عوارض آلایندگی که حفظ محیط زیست و رفع آلودگی در صنایع آلاینده کشور بوده به درستی و مطلوبیت محقق نشده است. مالیات زیست محیطی و عوارض آلایندگی محیط ریست به عنوان یک سیستم مدیریتی می‌تواند در خدمت محیط زیست قرار گیرد، بدین صورت که به کمک اخذ درآمدهای مالیات زیست محیطی و عوارض آلایندگی محیط زیست و هزینه کرد آن در بخش محیط زیست از یک طرف موجب کاهش آلودگی هوای شهری و ازطرف دیگر به ارتقاء کیفیت رابطه بین این دو منجر خواهد شد. آنچه که در این رابطه تنگاتنگ می‌توان متصور شد، این است که از ابزار مالیات نه تنها در بخش آلودگی هوای شهری، بلکه در بخش‌های دیگری از جمله آلودگی آب‌ها و خاک‌ها و... نیز می‌توان بهره گرفت. (Safavi & et al, 2015,11-12)

قانون‌گذار در این قانون و اصلاحی آن به صراحت حذف واحدهای تولیدی را منوط به رفع آلایندگی در طول دوره مالیاتی به تشخیص و اعلام سازمان حفاظت محیط زیست دانسته است. حال پرسش اینجاست که چرا با وجود نقش کلیدی سازمان حفاظت محیط زیست در تشخیص آلایندگی واحدهای آلاینده، نقشی در مرحله توزیع یا هزینه کرد این مالیات ها برای سازمان مذکور درنظر نگرفته است. که شاید اگر این نقش پیش بینی می‌شد، ایراد ترجیح رویکرد درآمدی این عوارض حذف و هدف واقعی از عوارض آلایندگی که حفظ محیط زیست و رفع آلودگی در مناطق آلاینده کشور بوده به درستی و مطلوبیت محقق می‌شد. در حقیقت قانون یکی از اساسی ترین ضعف های این قانون اتکا به نقش آفرینی سازمان حفاظت محیط زیست صرفاً در مرحله تشخیص و اعلام آلایندگی و فراموش شدن جایگاه نظارتی این سازمان در هنگام هزینه کرد این عوارض است. به بیان سادتر، سازمان حفاظت محیط زیست با اندازه‌گیری، سنجش و پایش آلاینده‌ها و اعلام فهرست سالانه صنایع آلاینده، تنها در مرحله شناخت و احراز آلایندگی یک صنعت ایفای نقش نموده و عوارض وصولی مطابق آنچه که در قانون مالیات بر ارزش افزوده تصریح شده، حسب محل استقرار واحد تولیدی در داخل یا خارج حریم شهرها به حساب شهرداری‌ها و دهیاری‌ها واریز می‌شود و عملاً در مرحله مهم و کلیدی هزینه کرد عوارض، جای سازمان حفاظت محیط زیست خالی است.

نارسایی در بهره وری و رقابت پذیری اقتصادی؛

در نظام‌های اقتصادی رقابتی، وضع مالیات‌ها و عوارض به‌ویژه عوارض زیست‌محیطی (عوارض سبز) می‌تواند ابزار مؤثری برای کاهش آلودگی‌ها و ارتقای کیفیت محیط‌زیست باشد. این ابزار با ایجاد مشوق‌های اقتصادی، تولیدکنندگان را به سمت بهبود فرایندهای تولید و کاهش آلایندگی‌ها هدایت می‌کند. اما در اقتصادهایی با فضای رقابتی ضعیف، بازار محدود و انحصار، این سیاست‌ها ممکن است نتایج معکوس به همراه داشته باشند.

در اقتصاد ایران، با توجه به ویژگی‌های ساختاری مانند انحصار در برخی صنایع، محدودیت‌های بازار و ضعف در رقابت، وضع عوارض سبز ممکن است تنها منجر به افزایش قیمت تمام‌شده محصولات، تحمیل فشار تورمی به جامعه و کاهش قدرت خرید شهروندان شود. این امر می‌تواند به تعطیلی بنگاه‌های اقتصادی، کاهش سود کسب‌وکارها، تعدیل نیرو و افزایش بیکاری منجر گردد. در نتیجه، اهداف زیست‌محیطی این سیاست‌ها ممکن است محقق نشود و حتی به بحران‌های اقتصادی و اجتماعی دامن بزند. علاوه بر این، در شرایطی که سازوکارهای ایجابی و هدایتگری به بهبود عملکرد یا جبران خسارت در اخذ این عوارض وجود ندارد، عوارض ماده ۲۷ قانون مالیات بر ارزش افزوده نه تنها موجب کاهش آلودگی نمی‌شود، بلکه با فروپاشی کسب‌وکارها، تعطیلی بنگاه‌ها، تعدیل نیروی

انسانی، دامن زدن به فقر و بیکاری گسترده از یک سو و تشدید آثار تورمی، کاهش قدرت خرید و رشد نارضایتی در جامعه از سوی دیگر، متضاد با اهداف خود در حفظ و صیانت از محیط‌زیست کشور را دامن خواهد زد. بنابراین، به نظر می‌رسد که در شرایط کنونی اقتصادی ایران، سیاست وضع عوارض سبز بدون اصلاحات ساختاری در اقتصاد و بهبود فضای رقابتی، ممکن است نتواند به اهداف زیست‌محیطی خود دست یابد و حتی پیامدهای منفی اقتصادی و اجتماعی به همراه داشته باشد. (Nasseri & Hassanloo, 2023,12)

هم‌پوشانی و تعارض با قوانین و مقررات محیط زیستی

طبق قوانین محیط زیستی کشور نظیر ماده ۱۲ «قانون هوای پاک»، مواد ۱۵ و ۱۹ «قانون حفاظت از خاک» و مواد ۱و ۴ «قانون حفاظت، احیا و مدیریت تالاب‌ها»، بسته به میزان آلودگی تولید و تخلیه شده به محیط زیست، کلیه واحدهای آلوده کننده موظف به پرداخت جریمه آلودگی هستند. لذا قانون مالیات بر ارزش افزوده به شکل کنونی آن مصداق تعریف بیش از یک مجازات برای یک جرم مشخص است.

۵-۳. آسیب‌شناسی اثربخشی ماده ۱۲ قانون هوای پاک

راهکار دیگری در ماده ۱۲ قانون هوای پاک (و ماده ۱۵ قانون حفاظت از خاک (مصوب ۱۳۹۸) و ماده ۴ قانون حفاظت، احیاء و مدیریت تالاب‌ها (مصوب ۱۳۹۶) پیش بینی شده که اشعار می‌دارد:

سازمان مکلف است که تمامی مراکز و واحدهای صنعتی، تولیدی، عملیات معدنی، خدماتی، عمومی و کارگاهی را که آلودگی آن‌ها بیش از حدمجاز مصوب است، مشخص نموده و مراتب را با تعیین نوع، میزان آلودگی، وسعت منطقه تحت تأثیر و حساسیت منطقه به مالکان یا مسؤولان یا مدیران عامل و یا بالاترین مقام تصمیم گیر واحد ابلاغ کند تا در مهلت معینی که توسط سازمان تعیین می‌شود نسبت به رفع آلودگی یا تغییر تولید یا تغییر فرایند تولید یا تعطیلی کار و فعالیت خود (براساس نوع آلودگی و ماهیت فرایند کنترلی) اقدام نمایند. درطی مدت تعیین تکلیف این واحدها، طبق مفاد این قانون، به واحدهای مذکور، جریمه ایجاد و انتشار آلودگی تعلق می‌گیرد.

در صورت عدم اجرای مفاد این ماده، وفق تبصره ۲ ذیل این ماده، در پایان مهلت مقرر، سازمان از ادامه فعالیت آن‌ها جلوگیری نموده و متخلف را جهت پیگرد قضائی، طبق مفاد این قانون به مرجع صالح قضائی معرفی می‌کند. و واحد تولیدی علاوه بر جبران خسارات وارده به پرداخت جریمه نقدی معادل سه تا پنج برابر خسارات وارده به محیط زیست محکوم می‌شود. مجازات مقرر در این تبصره در خصوص مالکان، مسؤلان و مدیران کارخانجات، واحدها و کارگاه‌های تولیدی، صنایع نفتی و گازی، نیروگاه‌ها و سایر واحدهای تولیدی، خدماتی و معدنی آلوده کننده نیز که پس از تعطیلی، رأساً و بدون کسب اجازه از سازمان مبادرت به بازگشایی و ادامه فعالیت آن‌ها نمایند، اعمال می‌شود.

در راستای آسیب شناسی این ماده باید تأکید کرد: سیاست‌گذاری‌های زیست‌محیطی معاصر، به ویژه در حوزه کنترل آلودگی، اغلب در پی فراتر رفتن از صرف جریمه‌های مالی و حرکت به سوی مکانیسم‌های پیشگیرانه و اصلاح‌گرانه هستند. با این حال، مطالعه برخی مقررات موجود، نشان‌دهنده تداوم رویکردهای قهری است که می‌توانند اثربخشی مطلوب را در عمل تضعیف کنند. در نمونه مورد بررسی، به جای تمرکز بر اصلاح مستمر، بر اعمال جریمه و درنهایت تعطیلی بنگاه‌های آلاینده در صورت عدم رفع آلودگی یا عدم تغییر فرایند تولید در بازه زمانی مشخص تأکید شده است. ایراد اساسی به این رویکرد، ماهیت "همه یا هیچ" (All-or-Nothing Approach) آن است؛ چرا که تهدید به تعطیلی یک بنگاه اقتصادی، حتی با نیت حفاظت از محیط زیست، پیامدهای چندوجهی و اغلب نامطلوبی در پی دارد. نخست، تعطیلی بنگاه‌های ناتوان در کاهش سریع آلایندگی، می‌تواند منجر به بیکاری گسترده و کاهش تولید در بخش‌های حیاتی اقتصاد شود. این وضعیت، به‌ویژه در شرایط نامساعد اقتصادی کشور، می‌تواند عواقب جدی‌تری در پی داشته باشد. از این رو، یک تحلیل اقتصادی دقیق ضروری است تا منافع بلندمدت حاصل از کاهش آلودگی در برابر آسیب‌های فوری و ملموس ناشی از تعطیلی (نظیر از دست رفتن مشاغل و اختلال در زنجیره‌های تأمین) سنجیده شود.

دوم، تجربه نشان می‌دهد که قوانین دارای تنبیه‌های بسیار سخت‌گیرانه، اغلب به دلیل تردید نهادهای اجرایی در اعمال آن‌ها، به "مقررات محجور" تبدیل می‌شوند. دولت‌ها معمولاً تمایلی به پذیرش ریسک‌های سیاسی و اجتماعی ناشی از اعمال چنین مقرراتی (نظیر افزایش

بیکاری و اعتراضات صنفی) ندارند. این امر می‌تواند منجر به عدم اجرای مؤثر قانون و در نتیجه تداوم وضعیت آلایندگی شود.
سوم، وابستگی به میزان نیروی کار یک بنگاه، اهمیت محصولات تولیدی آن و ماهیت مالکیت (خصوصی یا دولتی) می‌تواند بر تصمیم‌گیری نهاد ناظر تأثیر بگذارد. این وضعیت، زمینه را برای برخورد تبعیض‌آمیز با بنگاه‌های مختلف فراهم آورده و از کارآمدی و شفافیت فرایند نظارت می‌کاهد. به عنوان مثال، در صنایع بالادستی نفت و گاز ایران که غالباً دولتی و دارای اهمیت راهبردی هستند، اعمال مکانیسم‌های قهری ممکن است به دلیل ملاحظات کلان اقتصادی و امنیتی، با چالش جدی مواجه شود. این ابهام در کارآمدی ابزارهای نظارتی و قوانین، به ویژه در اخذ و توزیع مالیات سبز از چنین صنایعی، به روشنی مشهود است. برای عبور از پارادوکس جریمه و مالیات سبز، به نظرمی رسد سیاست‌گذاری‌ها به سمت رویکردهای اصلاحی-تشویقی حرکت کنند که در آن‌ها، مالیات سبز به ابزاری برای تأمین مالی پروژه‌های کاهش آلودگی، حمایت از فناوری‌های پاک و ترویج الگوهای پایدار تبدیل شود، نه صرفاً ابزاری برای تنبیه نهایی.
نقد مهم دیگر وجود تداخلات قانونی است. یکی از این موارد، برخورد دوگانه با مفهوم "مالیات سبز" یا ابزارهای مشابه در قوانین مختلف است که به جای ایجاد شفافیت و کارایی، پیچیدگی و بار مضاعف بر دوش فعالان اقتصادی می‌گذارد. این مسئله به خاصه در نسبت بین ماده ۲۷ قانون مالیات بر ارزش افزوده و ماده ۱۲ قانون هوای پاک نمود پیدا می‌کند. پارادوکس اصلی در اینجاست:

۱. هر دو سازوکار، هرچند با عناوین و مبانی قانونی متفاوت، به سمت تأمین مالی یا جبران خسارات زیست‌محیطی هدایت می‌شوند. این هم‌پوشانی، پرسش‌هایی اساسی را در مورد لزوم وجود هر دو مکانیزم ایجاد می‌کند. آیا این بدان معناست که یک بنگاه اقتصادی، علاوه بر پرداخت عوارض عمومی سبز، باید برای آلایندگی خود نیز جریمه شود؟
۲. اگر این دو سازوکار به موازات هم و بدون هماهنگی دقیق اجرا شوند، فعالان اقتصادی متحمل بار مالی مضاعفی خواهند شد. هزینه تولید افزایش یافته و قدرت رقابت‌پذیری بنگاه‌ها، به ویژه در سطح بین‌المللی، کاهش می‌یابد. این مسئله می‌تواند برخلاف اهداف اولیه توسعه پایدار عمل کند.
۳. تعیین نهاد مسئول دریافت و نظارت بر هر یک از این موارد، و همچنین شفافیت در نحوه تخصیص درآمدهای حاصله، از چالش‌های جدی است.

این وضعیت، یک پارادوکس قانونی-اقتصادی را شکل می‌دهد که در آن، ابزارهای مختلفی با اهداف مشترک (هرچند با مبانی متفاوت) وجود دارند، اما عدم هماهنگی و شفافیت در اجرای آن‌ها، می‌تواند به جای حل مشکلات زیست‌محیطی، بر پیچیدگی‌های اقتصادی بیفزاید. برای حل این معضل، نیازمند بازنگری در چارچوب‌های قانونی هستیم تا ضمن حفظ اهداف زیست‌محیطی، از موازی‌کاری، تداخل و تحمیل بار مضاعف بر تولیدکنندگان جلوگیری شود. طراحی یک "مالیات سبز" مستقل و شفاف با مبنای مشخص، نرخ‌های معقول و سازوکار دقیق تخصیص منابع، می‌تواند راهگشای خروج از این پارادوکس باشد؛ مالیاتی که نه تنها به محیط زیست کمک کند، بلکه با سایر قوانین مالیاتی کشور نیز هم‌افزایی داشته باشد و از ایجاد چالش‌های جدید جلوگیری نماید.

۶. تنظیم‌گری مشارکتی سبز با محوریت کنوانسیون آرهوس

با واکاوی گفتمان تقنینی ایران در حوزه مالیات سبز، می‌توان دریافت که این سازوکار مالی ضمن برخورداری از برخی ظرفیت‌ها و نقاط قوت، همچنان با چالش‌ها و کاستی‌های جدی مواجه است. بدین ترتیب، اصلاح ضعف‌های ساختاری و تقویت جنبه‌های مثبت آن می‌تواند زمینه بهره‌گیری مؤثر از کارکردهای مالیات سبز را در پیشگیری از بروز آلودگی‌های زیست‌محیطی یا دست‌کم در کاهش و جبران خسارات ناشی از آن فراهم آورد. در این راستا، بهره‌مندی از رویکرد «تنظیم‌گری مشارکتی» و تکیه بر الزامات و آموزه‌های مندرج در کنوانسیون آرهوس، می‌تواند به‌عنوان الگویی راهبردی در طراحی و اجرای نظام مالیات سبز در ایران مورد توجه قرار گیرد. بر این مبنا، بخش حاضر به تبیین الزامات آرهوس و تحلیل تطبیقی آن با چارچوب‌های موجود در نظام مالیات زیست‌محیطی ایران اختصاص یافته است.
اعلامیه ریو در اصل۱۰ در باب اصل مشارکت اعلام کرده است: «بهتراست مسائل مربوط به محیط زیست با مشارکت همه شهروندان

ذیربط در سطحی مطلوب بررسی گردد، در سطح ملی هرفرد باید کاملاً به اطلاعاتی که مقامات عمومی در مورد محیط زیست در اختیار دارند از جمله اطلاعات مربوط به مواد و فعالیت های خطرناک در منطقه، دسترسی داشته باشد و در روند اتخاذ تصمیمات مشارکت نماید. دولت‌ها باید با دادن اطلاعات به مردم، حساسیت و مشارکت عموم را تسهیل و تشویق نمایند. دستیازی و دسترسی مؤثر به اقدامات و مراجع قضائی و اداری، از جمله مجازات و جبران خسارت، باید تضمین گردد.» (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, 92) کنوانسیون آرهوس برای تحقق تنظیم گری مشارکتی سبز، سه محور بنیادین را مورد تاکید قرار داده است که عبارت اند از: دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی، مشارکت عمومی در فرایند تصمیم‌گیری و عدالت زیست‌محیطی که به‌دلیل اهمیت این مؤلفه‌ها در تحقق اصل مشارکت زیست محیطی به طور مبسوط به تحلیل هر یک از این مؤلفه‌ها می‌پردازیم.

۶-۱. حق دسترسی به اطلاعات زیست‌محیطی و کارآمدی مالیات سبز

دسترسی عموم به اطلاعات و مشارکت آن‌ها تنها مختص به مقررات گذاری در حوزه محیط زیست نمی شود، بلکه این حق، قبل از هر چیز، موضوعی مربوط به دولت و شهروندان است که در کل نظام های مردم‌سالار وجود دارد. در اینجا موضوع اطلاع رسانی و اطلاعات و مشارکت شهروندان بیش از هر چیز اهمیت دارد، زیرا با مشارکت ایشان در اتخاذ تصمیمات، بستری مناسب برای شفاف سازی به زمامداری یا به طور کلی برپایی مردم‌سالاری فراهم می‌شود. از طرف دیگر رعایت این حق برای شهروندان مبین توجه دولتمردان به کثرت گرایی و اشتراک مساعی مردم در اداره امور کشور و حق تعیین سرنوشتشان است. توسعه حق دسترسی شهروندان به اطلاعات و مشارکت ایشان در اتخاذ تصمیمات مربوط به مسایل زیست محیطی اهمیت بسیاری دارد، زیرا دسترسی به داده‌های زیست محیطی و مشارکت آن‌ها در فرایند تصمیم سازی وتصمیم گیری متضمن آثاری مستقیم بر آنان خواهد بود.

الف) استاندارد کنوانسیون آرهوس

اطلاع رسانی در کنوانسیون آرهوس دارای چند شاخصه است:

- می بایست فعال باشد؛ یعنی اینکه مقامات صالح اداری بنا به ابتکار خود اقدام به اطلاع رسانی می‌کنند و احتیاجی به درخواست اشخاص حقیقی و حقوقی ندارند. به عبارت دیگر، هر شهروند حق دریافت اطلاعات مربوط به محیط زیست خود را دارد بدون اینکه نیاز به درخواست قبلی و اولیه داشته باشد. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, 93-94)
- آرهوس حق دسترسی به اطلاعات در قلمروی محیط زیست را برای همه اشخاص حقیقی و حقوقی، انجمن ها، سازمان‌ها و گروه‌ها به رسمیت شناخته است. و درخواست دسترسی به اطلاعات زیست محیطی را به وسیله سازمان‌های غیردولتی نیزممکن می‌سازد.
- سومین مشخصه، احتیاج نداشتن به وجود نفع متقاضی اطلاعات است. اصل۴ کنوانسیون اعلام می‌دارد: هر شخص، بدون نیاز به اثبات نفع یا منفعت خاص، حق دارد از مقام‌های عمومی درخواست اطلاعات زیست محیطی کند.... بنا بر اصل یادشده، مقامات عمومی باید بدون اثبات وجود یا نبود نفع مستقیم توسط متقاضی یا متقاضیان اطلاعات زیست محیطی (اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی)، اطلاعات مزبور را در مهلت معقول و بدون هزینه یا با هزینه حداقلی در اختیار آن‌ها بگذارند. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, 99-100)

ماده۵ نیز مقرر می‌دارد: نخست،مقام‌های عمومی موظف‌اند اطلاعات زیست‌محیطی را به‌طور فعال و منظم منتشر کنند، حتی بدون درخواست شهروندان دوم، ایجاد و به‌روزرسانی پایگاه‌های داده عمومی، گزارش‌های دوره‌ای و اطلاع‌رسانی درباره وضعیت محیط زیست و فعالیت‌های اقتصادی با آثار زیست‌محیطی از الزامات است. ثالثاً: اطلاعات باید در قالب قابل فهم، روزآمد و برای همه شهروندان به سهولت قابل دسترسی باشد.

ب) وضعیت حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران نیز اصل دسترسی به اطلاعات به‌طور کلی مورد شناسایی قرار گرفته است. البته مواد ۵ و ۹ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ نیز ضمن پیش بینی این حق اعلام می دارد: هر شخص ایرانی می‌تواند درخواست اطلاعات کند و دستگاه‌ها مکلف به ارائه هستند، مگر در مواردی که قانون منع کرده باشد (امنیت، حریم خصوصی، اسرار تجاری). و ماده ۱۰ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و آیین‌نامه اجرایی آن اعلام می‌دارد: دستگاه‌ها باید اطلاعات اساسی و عمومی را منتشر کنند. اما الزام صریح به انتشار مستمر و تخصصی داده‌های زیست‌محیطی وجود ندارد.

ج) شکاف انطباق

هرچند هر دو نظام اصل دسترسی را می‌پذیرند، اما در ایران ضمانت اجراهای مؤثر (مثلاً جریمه یا مسئولیت اداری مقام ممتنع) ضعیف است. همچنین الزام به دسترسی «سریع و کم‌هزینه» در عمل اجرا نمی‌شود. ضمن اینکه آرهوس «انتشار پیش‌دستانه» (بدون درخواست مردم) را اصل می‌داند، اما در ایران عمدتاً انتشار اطلاعات وابسته به «درخواست» است و در حوزه محیط زیست پایگاه‌های شفاف و جامع وجود ندارد.

د: دسترسی عمومی به داده‌های محیط‌زیستی در کارآمدی مالیات سبز

همان طور که می دانیم برای تعیین و وضع مالیات بر انتشار آلاینده‌ها ضروری است تا هزینه نهایی خسارت وارده بر محیط‌زیست و هزینه نهایی کاهش آلودگی بنگاه‌ها تعیین شود. از محل تقاطع این دو منحنی، قیمت هر واحد آلودگی مشخص می‌شود که این نقطه، نقطه بهینه انتشار آلودگی از نظر اجتماعی است. البته در برخی از موارد براساس این رویکرد، مالیات و در برخی موارد عوارض (Fee) اخذ می‌شود. برای این که نرخ مالیات تعیین شود لازم است که نقطه بهینه آلودگی مشخص شود. این کار از طریق برآورد هزینه نهایی کاهش آلودگی و هزینه نهایی خسارت محیط‌زیست تعیین می‌شود. تعیین هزینه نهایی خسارات کار ساده‌ای است و به‌سادگی می‌توان از روش‌های مختلف ارزش گذاری محیط‌زیست، این هزینه‌ها را تخمین زد، اما تعیین هزینه‌های نهایی کاهش آلودگی بسیار مشکل است، زیرا برای تعیین و برآورد آن‌ها باید اطلاعات را از بنگاه‌ها اخذ کرد که معمولاً به‌دلیل این که بنگاه‌ها تمایلی به پرداخت مالیات‌های بیشتر ندارند از دادن اطلاعات مناسب و اعلام هزینه‌های واقعی طفره می‌روند. (Kolstad.D.Charles, 2000 & Kaman, Mike and Stagel, Sigrid, 2010 & Pourasghar Sangachin, 2019, 173-199) لذا از آنجا که ممنوعیت انتشار آلودگی می‌تواند محدودیت‌های اقتصادی سنگینی برای واحدهای صنعتی دربرداشته باشد، نظام حقوقی این مشکل را از طریق وضع مالیات بر فعالیت‌های آلاینده حل می‌کند.

ه: راهکار اصلاحی

برای کاهش شکاف‌ها، تقویت زیرساخت‌های شفافیت اطلاعاتی در حوزه سیاست‌های مالیات سبز ضروری به نظر می‌رسد. اعمال این ابزار در نظام حقوقی ایران، مستلزم توسعه و تقویت سازوکارهای بازار آزاد و بهره‌مندی از سامانه‌های اطلاعاتی دقیق برای کنترل میزان انتشار در کلیه واحدهای آلاینده است تا میزان انتشار هر واحد مشخص شود و بر آن اساس مالیات تعلق گیرد. با این شرح اجرای اثربخش مالیات سبز بدون دسترسی آزاد به داده‌های محیط‌زیستی و اقتصادی عملاً امکان‌پذیر نیست. شفافیت اطلاعات در سه سطح اصلی ضرورت دارد:

سطح اول: اطلاعات آلایندگی به این معنا که چه فعالیت‌ها یا صنایعی مشمول مالیات می‌شوند و چه میزان آلودگی تولید می‌کنند؟
سطح دوم: اطلاعات اقتصادی یعنی نرخ‌های مالیاتی چگونه تعیین می‌شوند و چه تأثیری بر هزینه تولید و مصرف دارند؟
سطح سوم: اطلاعات تخصیص منابع به این مفهوم که درآمدهای مالیات سبز دقیقاً در چه حوزه‌هایی (مثلاً بازسازی محیط‌زیست، حمایت از انرژی‌های تجدیدپذیر یا جبران خسارات اجتماعی مصرف می‌شود.) است؟

اگر اصل دسترسی به اطلاعات رعایت شود: اعتماد عمومی به سیاست افزایش می‌یابد. شهروندان و نهادهای مدنی می‌توانند در فرایند تصمیم‌گیری مشارکت معنادار داشته باشند. و اجرای مالیات سبز مشروعیت اجتماعی و حقوقی پیدا می‌کند. تنها در این صورت است که مالیات سبز می‌تواند فراتر از یک ابزار درآمدی، به «سازوکاری دموکراتیک برای حفاظت از محیط‌زیست» تبدیل شود. به طور مثال: ماده۱۰ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۷) مقرر داشته که هر یک از مؤسسات عمومی باید جز در مواردی که اطلاعات دارای طبقه بندی می باشد، در راستای نفع عمومی و حقوق شهروندی دست کم به طور سالانه اطلاعات عمومی شامل عملکرد و ترازنامه (بیلان) خود را در محدوده مواردی از قبیل سیاست‌ها و خطی مشی‌ها، روش‌ها و مراحل اتمام خدماتی که مستقیماً به اعضاء جامعه ارائه می دهد را منتشر سازد. یکی از مهم‌ترین اطلاعاتی که شهرداری به عنوان سازمان متصدی اجرای سیاست مالیات سبز در این خصوص می بایست منتشر نماید عملکرد خود در باب نحوه هزینه کرد و مصرف مالیات سبز است. تدوین دستورالعمل «گزارش‌دهی سبز شهرداری‌ها» به‌منظور الزام شهرداری‌ها به انتشار عمومی و دوره‌ای گزارش‌های تفصیلی درباره

نحوه هزینه‌کرد عوارض آلایندگی در طرح‌ها و پروژه‌های کاهش آلودگی شهری. این اقدام نیز از آنجا که بیش از هر چیز نیازمند تنظیم ضوابط اداری و نظارتی است، در افق زمانی کوتاه‌مدت (ظرف ۶ ماه تا ۱ سال) قابل تحقق خواهد بود.

راهکار دیگر؛ ایجاد «سامانه ملی شفافیت مالیات سبز» است که به موجب آن، سازمان امور مالیاتی و سازمان حفاظت محیط زیست مکلف شوند آمار مربوط به وصول مالیات‌های سبز موضوع ماده ۲۷ قانون مالیات بر ارزش افزوده، و نیز نحوه تخصیص و مصرف این درآمدها را به‌صورت برخط و مستمر منتشر کنند. اجرای این راهکار با توجه به ماهیت اجرایی و زیرساختی آن، در افق زمانی کوتاه‌مدت (ظرف ۶ ماه تا ۱ سال) قابل پیش‌بینی است.

راهکار سوم؛ تعدیل استثنائات مربوط به محرمانگی و اسرار تجاری از طریق بازنگری تقنینی در مفهوم «اسرار تجاری» به نفع تضمین «حق بر سلامت عمومی» و «حق بر محیط زیست سالم»، به‌گونه‌ای که واحدهای صنعتی نتوانند اطلاعات مربوط به میزان آلایندگی خود را با استناد به محرمانگی از دسترس عموم خارج کنند. از آنجا که این اصلاح مستلزم مداخله قانون‌گذار و بازنگری در قواعد قانونی موجود است، تحقق آن در افق زمانی میان‌مدت (ظرف ۱ تا ۳ سال) واقع‌بینانه‌تر به نظر می‌رسد.این در حالی است که اصل شفافیت اطلاعات محیط‌زیستی در این حوزه اتفاقاً هنوز به‌صورت منسجم اجرا نمی‌شود. انتشار داده‌های مربوط به آلاینده‌ها یا محل هزینه‌کرد عواید محیط‌زیستی محدود است. در نتیجه، پیاده سازی مالیات سبز بدون رعایت اصل دسترسی به اطلاعات، با چالش «مشروعیت اجتماعی و کارآمدی اجرایی» روبه‌رو خواهد شد.

۶-۲. مشارکت در تصمیم‌گیری های زیست محیطی و کارآمدی مالیات سبز

الف) استاندارد کنوانسیون آرهوس

مؤلفه دوم در تحقق تنظیم‌گری مشارکتی، فراهم آوردن امکان مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌ها و خط مشی‌گذاری‌های زیست‌محیطی است. این شاخصه در مواد ۶ و ۷ سند کنوانسیون آرهوس تصریح گردیده و این شاخصه را به سه بخش تقسیم کرده است:

۱- مشارکت در تصمیم سازی مربوط به فعالیت‌های ویژه، ۲- مشارکت برای تهیه طرح‌ها و تدوین برنامه‌ها یا سیاست‌های مربوط به محیط زیست و ۳- مشارکت در تهیه هنجارهای الزام‌آور.

درباره جنبه اول تقسیم بندی بالا کنوانسیون آرهوس، در پیوست نخست خود، اقدام به احصای فعالیت‌های ویژه‌ای می‌کند که مشمول مشارکت عموم هستند. مطابق ضمیمه اول کنوانسیون، افراد حق دارند در بخش‌هایی نظیر انرژی، صنعت، مواد شیمیایی، مدیریت پسماند و غیره مشارکت کنند. در زمان انجام هر یک از فعالیت‌های مذکور در این ضمیمه، لازم است این موضوع به اطلاع عموم برسد تا از موضوع فعالیت مطلع گردند. همچنین، آیین‌های مشارکت عمومی باید به گونه‌ای سازماندهی شوند که زمان کافی برای اطلاع‌رسانی و مشارکت مؤثر عموم در فرایند تصمیم‌سازی فراهم آید. علاوه بر این، تصمیمات اتخاذ شده توسط مقامات عمومی باید متضمن نتایج مشارکت عموم باشند؛ به عبارت دیگر، این تصمیمات نه تنها باید به نتایج مشارکت عمومی توجه نمایند، بلکه عموم افراد باید به دلایل و ملاحظاتی که بر اساس آن تصمیم اتخاذ شده است، دسترسی داشته باشند. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, pp. 104-105)

در خصوص جنبه دوم، کنوانسیون وارد جزئیات نمی‌شود و صرفاً به سه اصل کلی در آیین تصمیم‌سازی اشاره می‌کند: مشارکت عموم افراد در فرایند تصمیم‌سازی، رعایت موعد معقول برای هر یک از مراحل مشورت با عموم، و توجه به مواضع بیان شده در تصمیم نهایی. در واقع، آنچه بیش از هر چیز در این مرحله بر آن تأکید می‌شود، شفافیت مشارکت عموم افراد با مقامات عمومی در زمان تهیه و تنظیم برنامه‌ها و سیاست‌های مربوط به محیط زیست است.

نهایتاً، بخش سوم مشارکت عموم در فرایند تصمیم‌سازی، مربوط به مشارکت افراد در تهیه هنجارهای الزام‌آور است. همکاری و مشارکت مستقیم در تهیه هنجارها گامی مهم در مشارکت در تصمیمات زیست‌محیطی تلقی می‌شود. هرچند کنوانسیون در این باره تعهدات مشخصی را تثبیت نمی‌کند، اما با این وجود، مشارکت مؤثر عموم را از طریق مشورت و در مواعد کافی، با امکان تنظیم اطلاعات مستقیم یا با واسطه ارگان‌های مشورتی، فراهم می‌آورد.

به طور کلی، مشارکت شهروندان و ذی‌نفعان موجب می‌شود که دولت‌ها بتوانند با رعایت نیازها و احتیاجات گروه‌های ذی‌نفع، انتخاب آگاهانه‌ای داشته باشند و در این راستا، گروه‌های مزبور نیز قادر به حفاظت از حقوق خود باشند. رویکرد مشارکتی باعث دخالت

گروه‌هایی می‌شود که مستقیماً و غیرمستقیم از تصمیمات اتخاذ شده متأثر می‌گردند. به عبارت دیگر، این حس در ایشان ایجاد می‌شود که موفقیت و ناکامی طرح‌های مصوب را ناشی از اقدامات خود بدانند. هرچه احساس تعلق در نزد شهروندان و گروه‌های ذی‌نفع بیشتر شود، در نتیجه ایشان به طور فعالانه‌تری در فرایند تصمیم‌گیری درگیر خواهند شد. (Ramazani Ghavam Abadi, 2014, p. 126) در منطق آرهوس، مشارکت عمومی نه یک اقدام نمادین، بلکه حقی رویه‌ای و تضمین‌کننده مشروعیت تصمیمات محیط‌زیستی است.

ب) وضعیت حقوق ایران

در حقوق ایران نیز هرچند اصولی همچون اصل ششم و هشتم قانون اساسی و بند «ب»۲۹ و بند «پ» و «چ» ماده ۳۷ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و برخی مقررات زیست‌محیطی ظرفیت‌هایی برای مشارکت عمومی ایجاد کرده‌اند، اما در عمل، سازوکار نهادمند و مؤثری برای انعکاس دیدگاه‌های جامعه مدنی در حوزه مالیات سبز وجود ندارد. از این رو، پیوند میان اصل مشارکت عمومی در کنوانسیون آرهوس و طراحی نظام مالیات سبز در ایران ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است و می‌تواند تضمین‌کننده کارآمدی، عدالت و پایداری این ابزار مالیاتی باشد. در واقع موفقیت در اجرای قوانین و مقررات در حوزه مالیات محیط زیست بستگی به کیفیت قوانین و حاکمیت قانون دارد. مطالعه‌ای که در خصوص کشورهای OECD انجام شده است نشان می‌دهد که بهبود در قواعد و قوانین، کنترل و کاهش اجتناب از پرداخت مالیات و حاکمیت قانون می‌توانند بهبود در فضای محیط زیست را ایجاد کنند. (Jalalian & Pejooian, 2009,14)

ج) شکاف انطباق

مقایسه استانداردهای کنوانسیون آرهوس با وضعیت حقوق ایران نشان می‌دهد که شکاف اصلی در سه سطح قابل مشاهده است:

۱. نبود مشارکت پیشینی در فرایند سیاست‌گذاری مالیات سبز: در حالی که آرهوس مشارکت در مراحل اولیه تصمیم‌سازی را الزامی می‌داند، در ایران مشارکت عمومی غالباً پسینی و غیرالزام‌آور است.
۲. فقدان سازوکار الزام‌آور برای انعکاس نظرات عمومی در تصمیم نهایی: در نظام ایران، حتی در مواردی که نظرخواهی صورت می‌گیرد، الزامی برای انعکاس مستند دیدگاه‌های عمومی در تصمیم نهایی وجود ندارد.
۳. نقش محدود سازمان‌های مردم‌نهاد در تنظیم‌گری مالیاتی محیط‌زیستی: در حالی که کنوانسیون آرهوس مشارکت انجمن‌ها و گروه‌های مدنی را به رسمیت می‌شناسد، در ایران این نقش در حوزه مالیات سبز به‌طور مشخص تعریف نشده است.

این اصل در ارتباط با کارآمدی مالیات سبز از آن رو اهمیت ویژه‌ای می‌یابد که چنین مالیاتی مستقیماً بر فعالیت‌های اقتصادی و سبک زندگی جامعه اثرگذار است و در صورت بی‌توجهی به مشارکت عمومی، به سرعت مشروعیت اجتماعی خود را از دست خواهد داد. اگر معیارهای مشمولین، نرخ‌ها و معافیت‌های مالیاتی بدون گفت‌وگو با مردم و نهادهای ذی‌نفع تعیین شود، نه‌تنها عدالت مالیاتی مخدوش می‌گردد، بلکه اعتماد عمومی نیز آسیب خواهد دید. از سوی دیگر، مشارکت واقعی شهروندان در تمامی مراحل از سیاست‌گذاری تا اجرا و نظارت، به شفاف‌سازی فرایند وصول و هزینه‌کرد منابع، تقویت اعتماد عمومی، و ایجاد سازوکارهای بازخورد منجر می‌شود که امکان اصلاح و به‌روزرسانی مالیات سبز را متناسب با شرایط اجتماعی و محیط‌زیستی فراهم می‌کند. رعایت این اصل سبب می‌شود مالیات سبز نه صرفاً به‌عنوان یک ابزار درآمدزای دولت، بلکه به‌مثابه یک سیاست دموکراتیک و عادلانه در خدمت توسعه پایدار شناخته شود. در مقابل، نادیده گرفتن مشارکت عمومی، این سیاست را به تصمیمی تکنوکراتیک و تحمیلی بدل خواهد کرد که احتمال مقاومت اجتماعی و شکست اجرایی آن بسیار بالاست.

مطالعات تجربی نیز نشان داده‌اند که کیفیت قوانین، حاکمیت قانون و کاهش اجتناب مالیاتی رابطه مستقیمی با بهبود شاخص‌های محیط‌زیستی دارند (Jalalian & Pejooian, 2009). همچنین رویکرد تنظیم‌گری مشارکتی با بهره‌گیری از شبکه‌های دولتی و غیردولتی، می‌تواند به افزایش مسئولیت‌پذیری اجتماعی و کاهش فرار مالیاتی منجر شود (Braithwaite, 2011؛ Abadi, 2015).

د) راهکار اصلاحی

کاهش این شکاف ها و حرکت به سوی «تنظیم‌گری مشارکتی» در حوزه مالیات سبز، محقق نمی‌شود مگر با:

۱. با گذار از تنظیم‌گری سنتی و استفاده از شبکه‌های مقررات‌گذاری دولتی و غیردولتی و بهره گیری از مشارکت عمومی؛ در این راستا، NGO ها نقش حیاتی در این نوع تنظیم‌گری ایفا می‌کنند. کشورهای در حال توسعه، با استفاده از NGO ها و فشارهای اجتماعی - محلی، با کنار گذاشتن دولت تنظیم‌گر، به یک جامعه تنظیم‌گر می‌رسند (Braithwaite, John, 2011, 476) سازمان حفاظت محیط‌زیست می‌تواند در افق میان‌مدت، از طریق ایجاد شورای ملی مشورتی مالیات سبز با مشارکت سازمان امور مالیاتی کشور، نمایندگان بخش خصوصی و شبکه سازمان‌های مردم‌نهاد محیط زیستی ایجاد کند تا به‌عنوان نهادی مشورتی در بازنگری و تنظیم سیاست‌های مالیات سبز ایفای نقش کند. در افق کوتاه‌مدت، طی دوره‌ای حدود شش ماه تا یک سال، تدوین دستورالعمل برگزاری جلسات استماع عمومی توسط سازمان حفاظت محیط زیست می‌تواند زمینه مشارکت جوامع محلی و تشکل‌های مدنی را پیش از تعیین یا اعمال مالیات سبز برای صنایع بزرگ فراهم سازد. در افق بلندمدت نیز، طی حدود سه سال، اصلاح قانون مالیات بر ارزش افزوده از سوی مجلس شورای اسلامی با هدف الزام نهادهای اجرایی به انتشار عمومی پیش‌نویس آیین‌نامه‌ها و مقررات مرتبط با مالیات‌های زیست‌محیطی پیش از تصویب می‌تواند گامی مؤثر در نهادینه‌سازی مشارکت عمومی و ارتقای شفافیت در فرایند سیاست‌گذاری مالیاتی محسوب شود. علاوه بر آن می‌توان با مشارکت دغدغه مندان در حوزه محیط زیست میزان معافیت های مالیاتی را متناسب با عملکرد مشخص کرد. در کشور آمریکا با بهره بردن از این مدل، مؤدیان را ترغیب به همکاری در زمینه مالیات کرده اند که منجر به کاهش فرار و اجتناب مالیاتی شده است. (Abadi, 2015, 207)

۶-۳. عدالت زیست‌محیطی و کارآمدی مالیات سبز

عدالت زیست‌محیطی یکی از پیش‌شرط‌های نهادی کارآمدی مالیات سبز محسوب می‌شود؛ زیرا این اصل با تضمین دسترسی شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد به اطلاعات، مشارکت در تصمیم‌گیری و امکان دادخواهی در برابر تصمیمات زیست‌محیطی، سازوکارهای لازم برای نظارت عمومی، پاسخگویی نهادهای تصمیم‌گیرنده و جلوگیری از اجرای تبعیض‌آمیز یا انحراف‌آمیز مالیات‌های زیست‌محیطی را فراهم می‌کند. در چنین چارچوبی، مالیات سبز صرفاً یک ابزار مالی برای کسب درآمد دولتی تلقی نمی‌شود، بلکه به عنوان ابزاری تنظیم‌گر در جهت اصلاح رفتارهای مخرب محیط‌زیستی عمل می‌کند؛ ابزاری که تحقق کارآمدی آن وابسته به وجود سازوکارهای عدالت زیست‌محیطی و امکان دسترسی مؤثر شهروندان به مراجع اداری و قضایی است.

شناسایی حق توسل به مراجع ذیصلاح نتیجه منطقی حق بهره‌مندی هر شخص از محیط زیست سالم است تا بدین وسیله بتوان از راه‌ها و مبادی قانونی از تخریب و آلودگی محیط زیست پیشگیری کرد. عدالت زیست محیطی در اینجا ترجمه ای از حق دسترسی و توسل به مراجع اداری و قضایی در حوزه محیط زیست است. توجه به این شاخصه مهم در تحقق اصل مشارکت زیست محیطی می‌تواند دربردارنده ضمانت اجرایی اداری و قضایی نیز باشد. این حق دربردارنده الزام به شفافیت در «همه ارکان نظام و مقامات عالی سیاسی، قضایی، اداری و اجرایی نسبت به یکدیگر، نسبت به مراجع مستقل، جوامع مدنی و مردم» است.

الف) استاندارد کنوانسیون آرهوس

کنوانسیون آرهوس، موضوع توسل به مراجع اداری و قضایی را در ماده ۹ پیشبینی کرده است. در صدر این ماده توجه دولت‌های عضو به این موضوع جلب می‌شود که در مقررات ملی خود امکان توسل به یک مرجع قضائی یا یک مرجع مستقل و بیطرف به وسیله قانون پیشبینی گردد تا بدین وسیله متقاضیَ دسترسی به اطلاعات، در صورت بی‌توجهی به درخواست وی یا رد درخواست مداوم به صورت کلی یا جزئی یا بررسی نشدن درخواست وی، مطابق با مقررات بتواند به مراجع فوق متوسل شود. علاوه بر تأسیس این مراجع، کنوانسیون برتضمین و مؤثر بودن چنین مراجعی تأکید دارد و به منظور دسترسی به آن ویژگی‌هایی چون سریع بودن، رایگان و کم خرج بودن دسترسی را برمی‌شمارد. در واقع کنوانسیون با پیشبینی دو عامل کلیدی حق دسترسی وتوسل به مراجع قضایی یا غیرآن از یک طرف و دسترسی به آیین های سریع و کمخرج از طرف دیگر به دنبال تحقق واقعی و مؤثر حق دسترسی به اطلاعات زیست محیطی است. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, 107)

امکان دسترسی سازمان‌های غیردولتی از جمله نهادهای مدنی(NGOها) به اطلاعات زیست محیطی و توسل به مراجع قضایی یکی از مهم‌ترین اقداماتی است که می تواند اراده ملت را در قالب مشارکت در تنظیم‌گری به تصویر بکشد. کنوانسیون در این خصوص تدابیری را مقرر داشته است: بند اول ماده ۴ کنوانسیون، دولت‌های عضو و مقامات عمومی را موظف به دادن اطلاعات زیست محیطی به عموم می‌کند. ماده ۲ کنوانسیون در تعریف عموم، سازمان‌های غیردولتی را نیز در شمول این بند قرار می‌دهد. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010,108-109)

رویکرد کنوانسیون آرهوس نسبت به سازمان‌های غیردولتی این درخصوص به سه صورت قابل تصور است:

اول: مفروض دانستن نفع سازمان‌های غیردولتی: وقتی که سازمان‌های غیردولتی شرایط پیشبینی شده در حقوق داخلی را رعایت کنند در این صورت نفع سازمان‌های غیردولتی فرض می‌شود. بند ۵ ماده ۲ کنوانسیون این چنین اشعار می‌دارد: واژه «عموم ذیربط» به عمومی اطلاق می‌شود که متضرر یا احتمال تضرر ایشان توسط تصمیمات اتخاذ شده درخصوص محیط زیست وجود دارد یا اینکه نفعی در فرایند تصمیم گیری داشته؛ بنابراین سازمان‌های سبز مردم نهاد امکان بهره گیری از این حق را دارند.

دوم: تصریح به مورد تعرض قرار گرفتن حقوق سازمان‌های غیردولتی: طبق بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون دولت‌های عضو باید اطمینان دهند که افراد ذی‌ربط بتوانند برای طرح دعوا یا «منفعت کافی» داشته باشند یا در صورت لزوم، نشان دهند که یکی از حقوقشان نقض شده است.

سوم: اصل عدم تبعیض در دسترسی به مراجع: این اصل مطابق بند ۹ ماده ۳ کنوانسیون، به‌طور روشن مورد تأکید قرار گرفته است. این بند تصریح می‌کند که در قلمرو اجرای کنوانسیون، عموم مردم حق دسترسی به اطلاعات محیط‌زیستی را دارند و همچنین می‌توانند بدون هرگونه تبعیض ناشی از تابعیت، شهروندی یا اقامتگاه در فرایندهای تصمیم‌گیری مشارکت کنند و به مراجع قضایی و دادرسی محیط‌زیست دسترسی یابند. در مورد اشخاص حقوقی نیز، عدم تبعیض نسبت به محل ثبت رسمی یا مرکز واقعی فعالیت آنان تضمین شده است. (Ramazani Ghavam Abadi, 2010, 109-110)

در حقیقت ماده ۹ را می‌توان «شمشیر دولبه» کنوانسیون نامید که می تواند اهدافی از قبیل محافظت از محیط زیست و الزام به پاسخگویی و زیر را تضمین نماید. در حقیقت اشاره به «مراجع شبه‌قضایی» مانند دیوان‌های عدالت اداری، هیئت‌های حل اختلاف، یا آمبودزمان‌های محیط‌زیست بسیار مهم است. این مراجع اغلب می‌توانند راه حل‌های سریع‌تر، ارزان‌تر و تخصصی‌تری را نسبت به دادگاه‌های عمومی ارائه دهند. کنوانسیون آرهوس کشورهای عضو را تشویق می‌کند تا این مسیرها را نیز برای شهروندان فراهم کنند. به طور کلی، ماده ۹ تضمین می‌کند که حقوقی که در مواد دیگر کنوانسیون آرهوس (دسترسی به اطلاعات و مشارکت) اعطا می‌شوند، فقط حقوق روی کاغذ نیستند، بلکه قابل اجرا و پیگیری قانونی هستند. این قلب مکانیزم اجرایی کنوانسیون است.

ب) وضعیت حقوق ایران و شکاف موجود

در نظام حقوقی ایران نیز امکان مراجعه شهروندان به مراجع قضایی و اداری برای اعتراض به تصمیمات اداری پیش‌بینی شده است. دیوان عدالت اداری به عنوان مهم‌ترین مرجع شبه‌قضایی در این حوزه، صلاحیت رسیدگی به شکایات و اعتراضات نسبت به تصمیمات و مقررات دستگاه‌های اجرایی را دارد. از این رو، در مواردی که تصمیمات یا مقررات اداری در حوزه محیط‌زیست یا مالیات مغایر قانون یا حقوق شهروندان باشد، امکان طرح دعوا در این مرجع وجود دارد.

با این حال، در حوزه مالیات‌های زیست‌محیطی یا مالیات سبز، سازوکار مشخص و تخصصی برای طرح دعاوی مرتبط با آثار زیست‌محیطی تصمیمات مالیاتی پیش‌بینی نشده است. در نتیجه، اگرچه امکان کلی مراجعه به مراجع قضایی وجود دارد، اما چارچوب نهادمندی برای پیگیری حقوق زیست‌محیطی شهروندان در ارتباط با سیاست‌های مالیاتی دیده نمی‌شود.

از سوی دیگر، دسترسی سازمان‌های مردم‌نهاد محیط‌زیستی به فرایندهای دادرسی نیز با محدودیت‌هایی مواجه است و نقش آن‌ها در طرح دعاوی زیست‌محیطی هنوز به طور کامل نهادینه نشده است. لذا این امر خلأیی جدی در تحقق اصل سوم کنوانسیون آرهوس به شمار می‌آید. ایجاد رویه‌ها و قواعدی که دسترسی آسان، سریع و کم‌هزینه به مراجع رسیدگی را برای همه شهروندان تضمین کند، می‌تواند پشتوانه‌ای قوی برای اجرای عادلانه و پایدار مالیات سبز در ایران باشد. به بیان دیگر، اصل دسترسی به عدالت نه تنها ابزار رفع تبعیض و فساد در نظام مالیات سبز است، بلکه شرط بنیادین برای اطمینان‌بخشی به جامعه نسبت به کارآمدی و عدالت این سیاست تلقی می‌شود.

ج) راهکار اصلاحی

برای تقویت دسترسی به عدالت زیست‌محیطی در حوزه مالیات سبز و نزدیک شدن به استانداردهای کنوانسیون آرهوس می‌توان یک چارچوب مفهومی مبتنی بر رویکرد تنظیم‌گری مشارکتی ارائه کرد. در این چارچوب، دسترسی به عدالت زیست‌محیطی به عنوان یکی از سازوکارهای نهادی تضمین‌کننده پاسخگویی در نظام حکمرانی محیط‌زیست عمل می‌کند. این سازوکار از طریق چند مسیر اصلی بر کارآمدی مالیات سبز اثر می‌گذارد.

نخست آنکه؛ که مردم باید بتوانند در برابر وضع ناعادلانه یا اجرای تبعیض‌آمیز این مالیات، مسیرهای مؤثر و شفاف برای اعتراض و دادخواهی در اختیار داشته باشند. اگر نهادهای تصمیم‌گیرنده بدون پاسخگویی، درآمدهای مالیات سبز را در حوزه‌های غیر زیست‌محیطی هزینه کنند، یا در تعیین نرخ‌ها منافع گروه‌های خاص را بر مصالح عمومی ترجیح دهند، نبود حق دسترسی به عدالت موجب انباشت بی‌اعتمادی و تضعیف مشروعیت این ابزار خواهد شد.

دوم؛ دسترسی به عدالت امکان نظارت عمومی بر نحوه هزینه‌کرد درآمدهای حاصل از مالیات سبز را فراهم می‌کند. چنانچه این منابع برخلاف اهداف محیط‌زیستی یا در جهت منافع گروه‌های خاص مصرف شود، امکان اعتراض و پیگیری حقوقی وجود خواهد داشت. این امر از انحراف کارکرد مالیات سبز به یک ابزار صرفاً درآمدی جلوگیری می‌کند.

سوم؛ وجود یک نظام قضایی و اداری کارآمد که امکان شکایت شهروندان، سازمان‌های مردم‌نهاد و حتی بخش خصوصی را علیه تصمیمات زیان‌بار محیط‌زیستی فراهم کند، شرط اساسی برای تضمین عدالت مالیاتی و زیست‌محیطی است. وجود سازوکارهای مؤثر رسیدگی به شکایات، اعتماد عمومی به عدالت و بی‌طرفی نظام تنظیم‌گری را تقویت می‌کند. افزایش اعتماد اجتماعی نیز پذیرش عمومی مالیات‌های زیست‌محیطی را افزایش داده و احتمال فرار یا مقاومت مالیاتی را کاهش می‌دهد.

چهارم؛ تسهیل امکان طرح دعوا توسط سازمان‌های مردم‌نهاد محیط‌زیستی در دعاوی مرتبط با منافع عمومی به همراه طراحی فرایندهای رسیدگی سریع، کم‌هزینه و قابل دسترس برای شهروندان.

پنجم؛ تقویت نقش دیوان عدالت اداری در نظارت بر تصمیمات اداری مرتبط با مالیات‌های زیست‌محیطی.

نتیجه‌گیری

گفتمان حقوقی مالیات سبز در ایران را می‌توان انعکاس یک رویکرد پراکنده، اداری‌محور و غیرمشارکتی دانست که هنوز به سطح یک نظام حقوقی منسجم و کارآمد ارتقا نیافته است. مقررات مرتبط با این حوزه بیشتر در قالب آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات مقطعی سازمان‌های اجرایی، مانند سازمان حفاظت محیط‌زیست یا وزارت امور اقتصادی و دارایی، شکل گرفته و فاقد یک قانون جامع مالیات سبز است. همین پراکندگی هنجاری، به ضعف انسجام تقنینی و دشواری در اجرای مؤثر سیاست‌های زیست‌محیطی منجر شده است. از منظر ماهوی نیز گفتمان موجود بیش از آنکه بر اصول پیشگیری، شفافیت و پاسخگویی استوار باشد، به سمت درآمدزایی کوتاه‌مدت و نگاه صرفاً اقتصادی به مالیات گرایش یافته است. در نتیجه، مالیات سبز در ایران بیشتر به عنوان یک ابزار مالی دیده می‌شود تا سازوکاری برای اصلاح رفتارهای زیست‌محیطی. به بیان دیگر، وجه تنظیم‌گری این ابزار مغفول مانده و جنبه بازدارندگی آن در برابر آلایندگی یا تخریب منابع طبیعی، چندان پررنگ نیست.

در مقایسه با اصول کنوانسیون آرهوس، به‌وضوح می‌توان مشاهده کرد که گفتمان حقوقی مالیات سبز در ایران با کاستی‌های جدی مواجه است. نخست آن که: فقدان دسترسی آزاد به اطلاعات دقیق درباره منابع آلاینده، آثار زیست‌محیطی فعالیت‌ها و نحوه تخصیص درآمدهای مالیات سبز، باعث شده است که سیاست‌گذاری در این حوزه فاقد شفافیت و پاسخگویی باشد. افزون بر آن موجب کاهش اعتماد عمومی و مقاومت اجتماعی در برابر اجرای آن شده است. دوم: نبود سازوکارهای رسمی برای مشارکت عمومی در فرایند سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری، موجب شده که جامعه مدنی، نهادهای تخصصی و حتی بخش خصوصی در حاشیه قرار گیرند. حال آنکه کنوانسیون آرهوس دولت‌ها را ملزم می‌سازد تا در تدوین مقررات و سیاست‌های زیست‌محیطی، فرصت‌های واقعی و مؤثری برای مشارکت شهروندان فراهم کنند. فقدان این بُعد در ایران موجب شده است که مالیات سبز از پشتوانه اجتماعی لازم برای اثربخشی برخوردار نباشد. سوم: در زمینه دسترسی به عدالت زیست‌محیطی نیز چارچوب حقوقی ایران هنوز توسعه کافی نیافته است. شهروندان و سازمان‌های مردم‌نهاد در عمل امکان اندکی برای پیگیری تخلفات یا مطالبه اجرای صحیح مالیات سبز را دارند.

نبود مرجع قضایی یا شبه‌قضایی تخصصی در حوزه مالیات‌های زیست‌محیطی، یکی از مهم‌ترین موانع تحقق عدالت محیط‌زیستی است که در آرهوس به‌عنوان رکن اساسی تضمین‌کننده دو اصل دیگر شناخته می‌شود.

در مجموع، گفتمان حقوقی مالیات سبز در ایران گرفتار نوعی دوگانه‌گی بین اهداف اقتصادی و زیست‌محیطی است. در حالی که در نظام‌های حقوقی پیشرفته، مالیات سبز بر پایه اصول عدالت زیست‌محیطی، شفافیت و مشارکت عمومی طراحی می‌شود، در ایران همچنان فقدان قانون جامع، ضعف در ضمانت اجرا و نبود فرایندهای شفاف و مشارکتی، چالش‌های اصلی این گفتمان به شمار می‌آیند. این کاستی‌ها نشان می‌دهد که بازاندیشی و اصلاح جدی در چارچوب تقنینی و نهادی مالیات سبز ضروری است؛ بهره‌گیری از الزامات و اصول کنوانسیون آرهوس می‌تواند راهبردی مؤثر برای اصلاح این وضعیت باشد و زمینه گذار از گفتمان پراکنده و اداری به سمت گفتمان مشارکتی و پاسخگو را فراهم آورد.

References:

1. *Abadi, S. R. (2015). Participatory tax regulation: A new model in the United States tax system. Legal Research Quarterly, 18(71), 207. https://havoshbook.com/book/5837.(In Persian)*
2. *Abdollahi, H., & Molabigi, G. (2022). Tax law (Analytical-applied approach) (2nd ed.). Jangal Publications. (In Persian)*
3. *Amin Rashti, N. (2005). Green taxes with emphasis on gasoline consumption (PhD thesis). Islamic Azad University, Tehran. (In Persian)*
4. *Andreoni, V. (2019). Environmental taxes: Drivers behind the revenue collected. Journal of Cleaner Production, 221, 17–26. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2019.02.216*
5. *Baumol, W., & Oates, W. (1971). The use of standards and prices for protection of the environment. The Swedish Journal of Economics, 73(1), 42–54. https://doi.org/10.1007/978-1-349-01379-1_4*
6. *Böttcher, C. F., & Müller, M. (2015). Drivers, practices, and outcomes of low-carbon operations: Approaches of German automotive suppliers to cutting carbon emissions. Business Strategy and the Environment, 24(6), 477–498. https://doi.org/10.1002/bse.1832*
7. *Bovenberg, A. L., & Heijdra, B. J. (1998). Environmental tax policy and intergenerational distribution. Journal of Public Economics, 67(1), 1–24. https://doi.org/10.1016/S0047-2727(97)00064-9*
8. *Braithwaite, J. (2011). The essence of responsive regulation. UBC Law Review, 44(3), 476. https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf*
9. *Braithwaite, V. (2007). Responsive regulation and taxation: Introduction. Law and Policy, 29(1), 1. https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf*
10. *Camba, A. A. (2015). Participatory governance in the EU: Enhancing or endangering democracy and efficiency? https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf*
11. *Dadgar, Y. (2012). An introduction to the economic analysis of law. Noor Alam Publishing. (In Persian)*
12. *De Sadeleer, N. (1999). Les principes du pollueur payeur, de prévention et de précaution. Bruylant. https://tradevenvironment.eu/wp-content/uploads/2024/03/precaution_cde_2001.pdf*
13. *Does pricing carbon mitigate climate change? Firm-level evidence from the European Union Emissions Trading System. (n.d.). https://academic.oup.com/restud/article/92/3/1625/7681739*
14. *Etasi, S., Arashpour, A., & Poorkhaghan Shahrezaei, Z. (2024). The role of green taxation in sustainable development and environmental protection in Iranian and international law. Interdisciplinary Studies in Society, Law, and Politics, 3(5), 74–83. https://doi.org/10.61838/kman.isslp.3.5.8 (In Persian)*
15. *Hansford, A., Hasseldine, J., & Woodward, T. (2004). The UK climate change levy: Good intentions but potentially damaging to business. Corporate Social Responsibility and Environmental Management, 11(4), 196–210. https://doi.org/abs/10.1002/csr.66*
16. *Jalalian, K., & Pejooian, J. (2009). Investigating the effect of green taxes and good governance on the environment in OECD countries. Quarterly Journal of Financial Economics, 3(7), 14. (In Persian)*
17. *Kaman, M., & Stagel, S. (2010). An introduction to ecological economics (E. Salehi, A. Habibi, & F. P. Sangachin, Trans.). University of Tehran Press.*
18. *Kolstad, C. D. (2000). Environmental economics. Oxford University Press.*
19. *Lu, Y., Wang, Y., Zhang, W., Hubacek, K., Bi, F., Zuo, J., & Xue, W. (2019). Provincial air pollution responsibility and environmental tax of China based on interregional linkage indicators. Journal of Cleaner Production, 235, 337–347. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2019.06.293*
20. *McLaughlin, C., Elamer, A. A., Glen, T., AlHares, A., & Gaber, H. R. (2019). Accounting society's acceptability of carbon taxes: Expectations and reality. Energy Policy, 131, 302–311. https://doi.org/10.1016/j.enpol.2019.05.008*
21. *Mohammadi, N., & Danaeifard, H. (2019). Participatory governance model for Iran's renewable energy development: An institutional ap-*

proach. Strategic Studies in Public Policy, 9(30). (In Persian)

22. *Nasseri, M., & Hassanloo, H. (2023). Green tax and its role in public environmental law. Report of the Specialized Meeting No. 26, 10. (In Persian)*
23. *OECD. (2010). Taxation, innovation and the environment. https://www.oecd.org/.../9789264087637-en.pdf*
24. *OECD. (2019). Environmental taxation: Guidelines and principles. OECD Publishing.*
25. *Ogus, A. I. (1995). Regulation: Legal form & economic theory. Clarendon Press.*
26. *Parvin, K., & Taheri, A. (2022). A reflection on the effects of regulatory states and the right to sustainable development. Bi-Quarterly Encyclopedia of Economic Law, 29(22), 50. (In Persian)*
27. *Perman, R., et al. (2008). Environment economics and natural resources (H. R. Arbab, Trans.). Ney Publishing.*
28. *Pourasghar Sangachin, F., Bahrami, S., & Hamidzadeh, H. (2019). The role and application of economic tools in reducing environmental consumption. Development Strategy Quarterly, 15(2), 173–199. (In Persian)*
29. *Ramazani Ghavam Abadi, M. H. (2010). The content of the principle of public participation in international environmental law. Quarterly Journal of Legal Research, 12(29), 88–111. (In Persian)*
30. *Ramazani Ghavam Abadi, M. H., et al. (2016). A comparative study of free access to environmental information in Iran's statutory laws and the Aarhus Convention. Quarterly Journal of International Relations Research, 1(21), 234–259. https://www.iisajournals.ir/article_46941.html (In Persian)*
31. *Ramezani Ghavamabadi, M. H. (2014). Green economy: A step towards realizing sustainable development in international environmental law. BiQuarterly Encyclopedia of Economic Law, 21(6), 117–120. https://doi.org/10.22067/le.v21i6.45080 (In Persian)*
32. *Safavi, R., & Kermani Habibabadi, H. R. (2015). Environmental tax and pollution charges in environmental management and sustainable development. International Conference on Management and Economics in the 21st Century, 7. (In Persian)*
33. *Safia, Z. A.-M. (2013). Environmental protection within the framework of sustainable development in light of the provisions of international law (PhD thesis). Mouloud Mammeri University..(In Arabic)*
34. *Schmitter, P. C., Grote, J., & Gbikpi, B. (2002). Participatory governance: Political and societal implications. Leske & Budrich.*
35. *Tarraf, A. M. (1998). Environmental dangers and the international system (1st ed.). University Foundation for Studies, Publishing and Distribution. (In Arabic)*
36. *UNEP. (2021). Fiscal policy for environment: Integrating green taxes. United Nations Environment Programme.*
37. *United Nations Economic Commission for Europe. (n.d.). Aarhus Convention: Introduction. https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/introduction*
38. *United Nations Economic Commission for Europe. (n.d.). Aarhus implementation guide.https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf*

Evaluating the Objectives and Enforcement of Iranian Competition Law in Light of the EU's "More Economic Approach"

Naser Alidoosti Shahraki*[1] Mostafa Mansourian[2] Mohammad Kazem Jamal[3]

1. *Assistant Professor, Faculty of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.*
2. *Assistant Professor, Faculty of Public and International Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.*
3. *MA of Commercial law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.*

(- Corresponding Author Email: dr.alidoosti@ujsas.ac.ir)*

Received: 2025-11-11
Revised: 2026-07-25
Accepted: 2026-09-07
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Alidoosti Shahraki N.; Mansourian M.; &. Jamal, M, K (2026). Evaluating the Objectives and Enforcement of Iranian Competition Law in Light of the EU's "More Economic Approach". Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (182-204). (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.96196.1497

1. INTRODUCTION

The intersection of Law and Economics has fundamentally reshaped the landscape of modern jurisprudence. Among the various legal disciplines, competition law stands as one of the primary domains where economic theory and legal doctrine converge. Historically, the Economic Analysis of Law emerged from a growing realization among jurists and economists that legal institutions and statutory frameworks exert profound influence on the socio-economic equilibrium. Consequently, competition law, serving as a critical mechanism for government intervention in the marketplace, constitutes a seminal subject for interdisciplinary inquiry.

In the late 1990s, the European Union (EU) initiated a paradigm shift in its approach to competition policy. The European Commission launched an ambitious mission to align its antitrust framework with contemporary economic theories. Over a rigorous decadal review, the Commission systematically dismantled outdated, form-based assessments, replacing them with a sophisticated, effects-based framework known as the "More Economic Approach." This transition marked a departure from the view that competition is an end in itself; rather, it established "Consumer Welfare" and "Economic Efficiency" as the teleological pillars of antitrust enforcement. Under this new lens, the analysis of anti-competitive behavior, mergers, and abuse of dominance is no longer restricted to rigid legalistic interpretations but is deeply rooted in market structure, firm conduct, and empirical economic evidence. This approach recognizes that, in specific market contexts, monopolies may yield greater efficiency than perfect competition, thereby necessitating a balanced, nuanced regulatory intervention rather than a blind prohibition.

The European experience was not without friction. During the 1990s and early 2000s, the European Commission faced significant criticism from international scholars and practitioners, particularly in its interactions with U.S. antitrust authorities, where it was often accused of clinging to antiquated economic dogmas. This pressure catalyzed the subsequent evolution of EU competition law, specifically through the modernization of Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the amendment of the Merger Control Regulation.

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

In contrast, the evolution of competition law in Iran has been markedly different. Following the conclusion of the Iran-Iraq war and the subsequent emphasis on economic liberalization and privatization, Article 44 of the Constitution was reinterpreted to introduce competition rules into the Iranian legal system. However, the operationalization of these rules has largely remained decoupled from the sophisticated economic methodologies that characterize advanced jurisdictions. This article, for the first time, provides a critical evaluation of the objectives and enforcement mechanisms of Iranian competition law, juxtaposing them against the EU's "More Economic Approach" to identify systemic gaps and propose a path forward rooted in the economic analysis of law.

2. PURPOSE

The essential premise of this study is that competition is, at its core, an economic phenomenon that precedes its legal classification. Legal statutes governing competition are merely the formal vessels for regulating inherently economic market dynamics. Therefore, to address the complexities of anti-competitive practices, one must rely on the toolkit of modern economic science—specifically, welfare economics and industrial organization theory. The goals of competition law—namely economic efficiency and consumer welfare—are economic constructs. Without a robust integration of economic analytical tools, these goals remain aspirational and ill-defined in legal practice. Consequently, the primary purpose of this research is twofold. First, it aims to deconstruct the "More Economic Approach" of the European Union, exploring its theoretical underpinnings and its practical application in the assessment of firm behavior. Second, it seeks to rigorously evaluate the performance of the Iranian Competition Council (ICC) against these benchmarks.

The urgency of this study is underscored by the current state of competition enforcement in Iran. Empirical observation and existing legal literature suggest that the Iranian competition framework suffers from a lack of institutional efficiency. Despite the presence of economic advisors, the decision-making process often relies on formalistic legal reasoning rather than robust economic analysis. This study seeks to bridge this gap by determining why this divergence exists, assessing the consequences of this methodological deficit, and proposing a systematic transition toward an economics-based competition policy tailored to the Iranian market context.

3. METHODOLOGY

This research adopts a descriptive-analytical methodology to fulfill its objectives. The methodology is structured in three phases:

1. Conceptual Framework Construction: The study begins by detailing the evolution of the EU's "More Economic Approach," analyzing primary legal instruments, guidelines, and soft law (Notices and Communications) issued by the European Commission between 2000 and 2009.
2. Comparative Analysis: The research systematically compares the EU's effects-based methodology with the current practice of the Iranian Competition Council. This involves an analysis of the statutory framework of Article 44, as well as the procedural records of the Council's decisions.
3. Synthesis and Evaluation: The study employs an interdisciplinary approach, utilizing theories from the "Economic Analysis of Law" school (e.g., Chicago School and Post-Chicago economic theories) to evaluate the Iranian framework.

The information collection strategy is library-based, incorporating secondary sources such as academic journals, books, and policy papers, alongside primary sources including EU legislative documents, TFEU articles, and Iranian laws such as the "Implementation of General Policies of Article 44 of the Constitution." The research aims to synthesize these findings into actionable policy recommendations.

4. FINDINGS

The findings of this research highlight six critical areas of divergence and systemic weakness:

1. From Form to Effect: The transition in the EU represents a shift from "Form-based" rules—where actions were prohibited based on their legal description—to an "Effects-based" approach. This is fundamentally a shift from Per se illegality toward a Rule of Reason, prioritizing economic efficiency over formalistic adherence.

2. The Role of Soft Law: The EU's success was not achieved through sweeping legislative amendments but through the strategic use of soft law instruments. By publishing non-binding Notices, the Commission guided administrative and judicial bodies toward economic logic, demonstrating that legal reform can be achieved through interpretive shifts rather than radical legislative change.
3. Methodological Evolution: Post-reform, EU antitrust officers began utilizing quantitative economic modeling in their assessments. This required a paradigm shift in the human capital of antitrust authorities, moving from legal clerks to economic analysts capable of interpreting complex market data.
4. The Goal Mismatch in Iran: A study of the Iranian legislative framework reveals a focus on facilitating competition and prohibiting monopoly as abstract goals. Unlike the EU, Iranian law lacks a unified objective rooted in efficiency and consumer welfare, leading to inconsistent enforcement.
5. Institutional Incapacity: The Iranian Competition Council exhibits significant deficiencies in applying elementary economic concepts, such as supply-and-demand elasticity, market definition, and the calculation of consumer harm. The procedural record indicates a heavy reliance on legal methodology, often ignoring the economic realities of the cases at hand.
6. Extralegal Barriers: The research finds that the Iranian Competition Council is constrained by structural, political, and governmental interests. Government-owned enterprises and state-led economic policies create significant obstacles, as the institutional framework is often ill-equipped to challenge the market power of state-sanctioned entities.

5. CONCLUSION

This study set out to evaluate the objectives and enforcement of Iranian competition law in light of the European Union's "More Economic Approach," and its findings demonstrate that the analytical and normative framework of Iranian competition law suffers from a fundamental deficiency: the absence of a coherent, economically-grounded goal-setting. While modern competition law has decisively moved beyond pure formalism and rests upon an effects-based approach, ultimately directed toward the enhancement of efficiency and consumer welfare, the prevailing practice of the Iranian Competition Council remains deeply formalistic and wedded to a traditional legal methodology. The evidence assembled in this research indicates that, owing to the absence of transparent guidelines for the economic assessment of markets, the decisions rendered by the Council are frequently deprived of a rigorous foundation in microeconomic analysis.

The Goal of Competition Law: A Tale of Two Doctrines. The historical trajectory of EU competition policy illustrates a logical progression: it began with the broad political objective of market integration, evolved toward the protection of the competitive process and economic freedom, and ultimately converged upon the sophisticated goals of efficiency and consumer welfare. This transition was accomplished not through sweeping legislative reform, but through the deliberate, stage-by-stage deployment of soft law instruments–legally non-binding Notices and Communications–that compelled an effects-based assessment of business conduct across all three pillars of EU antitrust law: Article 101 TFEU, EU merger control, and Article 102 TFEU. The "More Economic Approach" thus represents a philosophical reorientation: competition is no longer regarded as an end in itself, but as a means to achieve better outcomes for consumers.

In stark contrast, the Iranian legal landscape remains trapped in a formalistic stage. A careful study of the law implementing the General Policies of Article 44 of the Constitution, together with the practical proceedings of the Competition Council, reveals that these two instruments are characterized by internal contradictions and lack a unified theoretical foundation. The Iranian legislator, without giving due consideration to welfare effects or efficiency defenses, has fixated on the abstract concept of "distortion of competition" as the touchstone of illegality. This conceptual vagueness engenders a troubling dualism in the application of the law. On the one hand, the Council applies a strict, form-based scrutiny to merger control, seemingly indifferent to such economic realities as economies of scale, synergies, and product diversification–factors that modern antitrust economics considers decisive in determining whether a concentration is pro- or anti-competitive. On the other hand, the treatment of unilateral and multilateral abusive practices reveals an equally inconsistent degree of rigor. This asymmetry in the treatment of the various pillars of competition law is not accidental; it is symptomatic

of a deeper institutional confusion and the absence of a philosophically coherent conception of competition within the Iranian legal order. Such inconsistency, in turn, renders the enforcement of the law unpredictable and economically suboptimal.

The Institutional and Political Economy Obstacles. Beyond these doctrinal and procedural deficiencies, the most fundamental obstacle to an effective competition regime in Iran lies in the structure of the domestic economy and the political economy that sustains it. Competition law is, by its very nature, the offspring and the guardian of the free-market order: it presupposes a decentralized market in which the state acts as a neutral enforcer of the rules of the game rather than as an active participant. In an economic structure in which the state is itself the largest monopolist, and in which the composition of the Competition Council is dominated by governmental members–thereby endowing the institution with an administrative and quasi-governmental character–structural conflicts of interest become unavoidable. The research further reveals that the Council faces serious extra-legal constraints in implementing the relevant laws. These constraints manifest themselves as state entrepreneurship, or "government monopolization," and as unscientific, interventionist policy-making driven more by partisan and political interests than by economic reasoning. As a result, competition authorities, which in principle should serve as impartial guardians of market competition, find themselves institutionally incapable of confronting the very state entities that constitute the most significant concentrations of economic power. In this light, even the most sophisticated economic toolbox–complex econometric calculations and a full embrace of the Rule of Reason–would be of limited utility so long as the shadow of state ownership and interventionist policy-making continues to loom over the economy. A competition agency cannot effectively discipline a sovereign monopolist whose market power is derived not from superior efficiency but from legal privilege and administrative fiat.

A Roadmap for Reform. The comparative analysis conducted in this study confirms that the Iranian competition institution requires reforms both in its objectives and, to a more limited extent, in the letter of its law. However, the sequence of these reforms matters greatly. In the first stage, the goals and underlying motivations of Iranian competition law must be redirected toward efficiency and consumer welfare. This realignment is not merely cosmetic; it supplies the teleological compass without which all subsequent enforcement efforts remain adrift. In the second stage, the Competition Council must integrate the teachings of economic science into its investigations and inspections when confronting anti-competitive practices. Here, drawing inspiration from the European Union's experience, three concrete measures are warranted. First, economic expertise within the Council and the National Competition Center must be systematically augmented, with economists playing a more central and decision-influencing role in the deliberative process rather than serving as peripheral advisors. Second, economic formulas, quantitative analysis, and market-based evidence should be mandatorily incorporated into the reasoning and documentation of every significant decision, thereby subjecting each case to a verifiable regime of economic scrutiny. Third, institutional practices should be developed that institutionally normalize an effects-based mindset, so that economic analysis becomes the default mode of antitrust reasoning rather than an occasional and discretionary addendum.

A Concluding Reflection. Perhaps the most significant–and encouraging–conclusion of this study is that the requisite transformation does not necessarily demand a formal amendment of the statutory text. By embracing the philosophical foundations of the economic analysis of law, different principles of goal-setting and different methods of enforcement can be pursued within the existing legal framework. The European experience demonstrates that doctrinal evolution can occur through interpretation, soft law, and institutional practice, even absent radical legislative change. The same possibility exists in Iran. Yet this possibility can only be realized if the underlying structural conditions are addressed: no set of procedural reforms will rescue a competition regime from the gravitational pull of a state-dominated economy. The ultimate task, therefore, is twofold and simultaneous–to recalibrate the intellectual foundations of competition law toward welfare-based, effects-oriented reasoning, and to reconfigure the institutional and economic environment so that the Competition Council can genuinely function as an independent, economically literate, and effective guardian of competition. Only then can Iranian competition law fulfill the promise that modern economic analysis holds out: competition as a disciplined, welfare-enhancing instrument of a dynamic market economy.

Keywords: EU's "More Economic Approach", Economic Analysis of Competition Law, Antitrust Enforcement, Consumer Welfare, Efficiency

ارزیابی اهداف و اجرای حقوق رقابت ایران در پرتو «رویکرد اقتصادی‌تر» اتحادیه اروپا

ناصر علیدوستی شهرکی[1*] مصطفی منصوریان[2] محمدکاظم جمال[3]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۸-۲۰ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۵-۰۳ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۱۶ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

با گسترش رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، و اجرای آن در حقوق رقابت ایالات متحده، اتحادیه اروپا نیز در دهه‌ی ۹۰ میلادی، تحت‌تأثیرحقوق رقابت آمریکا و جریان حقوق و اقتصاد، رویکردی را معرفی کرد که تحت‌عنوان رویکرد اقتصادی‌تر شناخته می‌شود. طی این روند، کمیسیون اروپا اهداف حقوق رقابت را با توجه به آموزه‌های تحلیل اقتصادی حقوق و با الهام از حقوق رقابت ایالات متحده، تغییر داد. نتایج این تحقیق نشان‌دهنده آن است که کمیسیون اروپا در طی معرفی رویکرد اقتصادی‌تر اهداف خود را به کارآیی و رفاه مصرف‌کننده تغییر داد و در اجرای حقوق رقابت نیز رویکرد مبتنی بر اثرات را جایگزین رویکرد مبتنی بر قاعده، نمود. همچنین بررسی حقوق رقابت در ایران نشان‌دهنده‌ی آن است که، رویکرد شورای رقابت در اعمال قانون، باوجود تلاش‌های فراوان، همچنان ضعف جدی در استفاده و کاربست آموزه‌ها و روش‌های اقتصادی در تصمیم‌گیری‌ها دارد و این نهاد نیازمند اصلاحاتی در اهداف و رویه‌های خود بر مبنای رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، می‌باشد. این پژوهش با رویکردی توصیفی-تحلیلی، با روش کتابخانه‌ای روند معرفی رویکرد اقتصادی‌تر و ویژگی‌های آن را بررسی می‌کند و نهایتاً تلاش می کند، اهداف و اجرای حقوق رقابت در ایران را نیز با نگاهی انتقادی، مورد بررسی و تحلیل قرار داده، متناسب با اقتضائات خاص کشورمان پیشنهادات مورد نظر ارائه گردد.

کلیدواژه‌ها: رویکرد اقتصادی‌تر اتحادیه اروپا، تحلیل اقتصادی حقوق رقابت، اجرای حقوق رقابت، رفاه مصرف کننده، کارایی

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) dr.alidoosti@ujsas.ac.ir
۲. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.
۳. کارشناس ارشد حقوق تجارت، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

مقدمه

با بررسی اهداف حقوق رقابت درمی‌یابیم که هدف اصلی در این رشته از حقوق، دستیابی به کارآیی اقتصادی و رفاه مصرف‌کنندگان می‌باشد. حال برای تحقق این موارد احتیاج به رویکردی داریم که بتواند به خوبی موضوعات و مسائل مطروحه در حقوق رقابت را که از جنس امور اقتصادی می باشند تحلیل و تبیین نماید. این رویکرد در واقع همان «تحلیل اقتصادی حقوق» یا «حقوق و اقتصاد» می‌باشد. علت انتخاب حقوق رقابت در اتحادیه اروپا برای بررسی و مقایسه‌ی آن با حقوق رقابت در کشور ایران این است که در اواخر دهه ۱۹۹۰ میلادی، کمیسیون اروپا مأموریتی را آغاز کرد تا سیاست رقابت اتحادیه اروپا را با تئوری‌های اقتصادی معاصر مطابقت دهد و طی یک دوره ده ساله، به‌طور سیستماتیک اصول و رویکردهای قانون رقابت اتحادیه اروپا را بازبینی نمود. در جریان این بازبینی، مهم‌ترین تغییر، تعیین «رفاه مصرف کننده» و «کارآیی» به‌عنوان اهداف اصلی حقوق رقابت می‌باشد. این رویکرد جدید که تحت عنوان «رویکرد اقتصادی‌تر» شناخته می‌شود اثبات نمود که رقابت به خودی خود یک هدف نیست، بلکه وسیله‌ای برای دستیابی به نتایج بهتر برای مصرف‌کنندگان است. (Witt, 2016: 3) در این نگاه جدید به حقوق رقابت، تحلیل‌گران حوزه حقوق و اقتصاد، اثرات اقتصادی رفتارهای ضدرقابتی و ادغام‌ها و اصول اقتصادیِ زیربنایی وضعیت اقتصادی مسلط و سوءاستفاده از سلطه را مورد بحث قرار داده‌اند.

رویکرد اقتصادی‌تر مجموعه‌ای از عوامل مانند ساختار بازار و رفتار شرکت‌ها را در نظر می‌گیرد و تشخیص می‌دهد که در برخی موارد، انحصارها یا انحصارطلبی‌ها ممکن است کارآمدتر از رقابت کامل باشند. بنابراین، رویکرد اقتصادی به‌جای ترویج کورکورانه رقابت، به دنبال ایجاد تعادل بین رقابت و کارآیی است. (Van Den Bergh & Giannaccari, 2014: 395)

رقابت پیش از اینکه شاخه یا موضوعی در علم حقوق باشد، یک مفهوم اقتصادی است و همان طور که قبل از این نیز عنوان گردید، به‌دلیل اینکه مسائل و موضوعات مطروحه در حقوق رقابت، ذاتا اقتصادی می باشند، ناگزیریم که برای تحلیل و پاسخ به آن‌ها نیز از ابزارهای اقتصادی و یافته‌های این علم کمک بگیریم. بنابراین برای نیل به اهداف حقوق رقابت مانند کارآیی اقتصادی و رفاه مصرف‌کننده که خود مفاهیمی اقتصادی می‌باشند و در این علم تعریف و تبیین می شوند باید حقوق رقابت را با استفاده از علم اقتصاد تحلیل کنیم. در این میان استفاده از تجربه‌ی سایر کشورها می‌تواند کمک زیادی برای فهم اثرگذاری رویکردهای مختلف در حوزه حقوق رقابت به ما برساند، به همین روی مطالعه‌ی حقوق رقابت اتحادیه اروپا به دلیل تغییری که در رویکرد و اهداف حقوق آنتی‌تراست خود انجام دادند را ضروری تشخیص دادیم. در این نوشتار با استفاده از روشی توصیفی-تحلیلی به‌دنبال پاسخ به این پرسش اصلی می‌باشیم: گذار اتحادیه اروپا از شکل‌گرایی حقوقی به «رویکرد اقتصادی‌تر»، چگونه سیاست‌ها و اهداف حقوق رقابت را به سمت روش‌های نتیجه‌محور متحول ساخته است؟ در پرتو این رویکرد سیاستی، نظام اهداف و رویه اجراییِ حقوق رقابت در ایران (به‌ویژه عملکرد شورای رقابت) دارای چه خلأهای تحلیلی است و چه سازوکارهایی برای گذار به سمت کارایی اقتصادی و رفاه مصرف‌کننده پیشنهاد می‌شود؟ اهمیت این مطالعه آنجا مشخص می‌گردد که اتحادیه اروپا به تأثیر از ایالات متحده، رویکرد خود به مقررات رقابتی را تغییر داده و با عبور از شکل گرایی[1] حقوقی، روشی نتیجه‌محور را با استفاده از داده‌ها و تحلیل‌های اقتصادی در دستور کار خود قرار داده است.

اصطلاح تخصصی «رویکرد اقتصادی‌تر» در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، پیشتر در ادبیات حقوقی و اقتصادی غرب مورد کنکاش قرار گرفته است. به‌عنوان نمونه، «آنه ویت» (۲۰۱۶) در اثر خود به تبیین روند گذار به این رویکرد و ویژگی‌های کلیدی آن در حقوق ضدانحصار اروپا پرداخته و «ال. اچ. رولر» (۲۰۰۵) نیز ابعاد سیاست‌گذاری این تغییر پارادایم را از منظر اقتصاد خرد تحلیل نموده است. با این حال، در ادبیات حقوقی ایران، اگرچه در سال‌های اخیر گام‌های ارزشمندی در راستای تحلیل اقتصادی حقوق رقابت برداشته شده است – از جمله پژوهش رهبری و همکاران در خصوص «راهبرد و معیار مطلوب کنترل رقابتی تملک شرکت‌ها» که بر معیارهای اقتصادی در کنترل ادغام‌ها تمرکز دارد – اما عمده‌ی این مطالعات، موضوعی و موردی بوده‌اند. همچنین در ادبیات حقوقی موجود، تلاش‌های ارزشمندی در راستای تبیین جایگاه حقوق رقابت در بستر اقتصاد و توسعه کلان صورت گرفته است (برای نمونه ر.ک: حقیقت‌جو، مهدی، ۱۳۹۸، حقوق رقابت و توسعه خارجی شرکت های تجاری)؛ با این وجود، پژوهش حاضر با گذر از مباحث

1. Formalism

کلان، مشخصاً بر ابزارهای تحلیل اقتصاد خُرد و ارزیابی رویه شورای رقابت ایران تمرکز دارد.
نوآوری پژوهش حاضر در آن است که برای نخستین بار، مفهوم خاص «رویکرد اقتصادی‌تر» (به مثابه یک چارچوب نظری منسجم در اتحادیه اروپا) را به‌عنوان معیار سنجش قرار داده و با عبور از مباحث نظریِ صِرف، به بررسی فنی، انتقادی و تطبیقیِ قانون و رویه عملی شورای رقابت ایران در پرتو این رویکرد می‌پردازد؛ خلأیی که در مطالعات پیشین به چشم می‌خورد. در نهایت ساختار این نوشتار به این شرح می‌باشد که در این تحقیق ابتدا رویکرد اقتصادی‌تر اتحادیه اروپا به حقوق رقابت، معرفی و تحلیل می‌شود و در ادامه رویه و رویکرد شورای رقابت و تفاوت‌های آن نسبت به اتحادیه اروپا بررسی می‌گردد.

۱. رویکرد اقتصادی‌تر اتحادیه اروپا

در اواخر دهه ۱۹۹۰، کمیسیون اروپا یک فرایند طولانی را برای معرفی «رویکرد اقتصادی‌تر» به قانون ضدانحصار اتحادیه اروپا آغاز کرد و یکی پس از دیگری رویکرد خود را در مورد هر سه رکن قانون رقابت اتحادیه اروپا بررسی کرد که از ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا [۲] شروع شد، به سمت کنترل ادغام اتحادیه اروپا رفت و فرایند را با ماده ۱۰۲ به پایان رساند. هدف آن این بود که قانون ضد انحصار اتحادیه اروپا با تفکر اقتصادی معاصر سازگارتر شود.

۱-۱. مفهوم و پیشینه

در این گفتار سیر تحول حقوق رقابت در اتحادیه اروپا را بررسی می‌گردد. در اینجا به چگونگی الهام گرفتن کمیسیون اروپا از حقوق ضدانحصار ایالات متحده و پدیدآوردن رویکرد اقتصادی‌تر پرداخته خواهد شد و اهداف حقوق رقابت اتحادیه اروپا قبل و بعد از رویکرد اقتصادی‌تر واکاوی می‌شود.

۱-۱-۱. پیشینه و تأثیرپذیری از حقوق ضدانحصار ایالات متحده

طی سال‌های گذشته سیاست رقابت اروپا دستخوش تغییرات چشمگیری شده است که عمدتاً با الهام از حقوق رقابت ایالات متحده و حرکت کمیسیون اروپا به سمت رویکردی مبتنی بر اقتصاد در اعمال مواد ۱۰۲ و ۱۰۱ معاهده عملکرد، صورت پذیرفته است. در گذشته اخیر، تئوری‌های اقتصادی تأثیر فزاینده‌ای بر اعمال قوانین رقابت در دو سوی اقیانوس اطلس داشته‌اند. تأثیر علم اقتصاد در ایالات متحده آمریکا به‌وضوح قابل مشاهده است، جایی که قانون رقابت معمولاً قانون ضدتراست نامیده می‌شود. درحالی‌که تأثیر نظریه‌های اقتصادی بر قوانین ضد انحصار در ایالات متحده از دهه ۱۹۷۰ به بعد نمایان شد، این تأثیر بر قانون رقابت در اتحادیه اروپا پدیده‌ای جدیدتر است. تا زمان پدیدآمدن رویکرد جدید توسط کمیسیون اروپا در اواخر دهه ۱۹۹۰ که به اصطلاح رویکرد اقتصادی‌تر نامیده می‌شود، طول کشید تا اینکه علم اقتصاد راه خود را در اجرای قوانین رقابت باز کرد. امروزه، بینش اقتصادی برای بررسی هر عمل ضدرقابتی ضروری شده است. (Bergh & Giannaccari, 2014: 395)
در دهه ۱۹۹۰ و اوایل دهه ۲۰۰۰، کمیسیون به طور مکرر با مقامات ضد انحصار ایالات متحده بر سر پرونده‌هایی با ابعاد بین‌المللی برخورد کرد، که در آن‌ها به هدایت ارزش های اشتباه و به کارگیری تئوری‌های اقتصادی منسوخ متهم شده بود.
در آمریکا زمانی که تاریخچه حقوق رقابت مطالعه شود، مشخص می‌گردد که قانون ضدانحصار چرخه‌های اقتصادی بیشتر و کمتری را تجربه کرده است. در روزهای اولیه، ضد انحصار ایالات متحده، در جهت حمایت از رقبای فردی و مداخلات ساختاری در بازارها به طور گسترده پذیرفته شد. این رویکرد با حمایت از خرده‌فروشان کوچک ناکارآمد یا ممنوعیت ادغام‌هایی که می‌توانست به صرفه‌های مقیاس مهمی دست یابد، منجر به زیان‌های رفاهی می‌شود. زمانی که این دیدگاه‌های مداخله‌جویانه توسط مکتب شیکاگو مورد انتقاد قرار گرفت، تصویر به‌طور چشمگیری تغییر کرد، این نگاه بر حفاظت از فرایند رقابتی، به جای حمایت از رقبا، به‌عنوان ابزاری برای افزایش رفاه کلی تأکید می‌کرد. امروزه، اهداف بهره‌وری تخصیصی (رفاه کل) و رفاه مصرف کننده در ایالات متحده غالب شده است. (Witt, 2016: 12)
تصویر در آن سوی اقیانوس اطلس متفاوت است. تاریخچه قانون رقابت اتحادیه اروپا اهداف متعددی را برای قانون رقابت نشان می‌دهد.

2. *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*

اجرای قوانین رقابت با تمرکز واضح بر هدف ادغام بازارهای اروپایی، که یک هدف سیاسی گسترده است، آغاز شد. در عین حال بر حفاظت از فرایند رقابتی و حمایت از آزادی اقتصادی تاکید شد. اهداف اخیر عمدتاً مبتنی بر دیدگاه‌های مکتب لیبرالیسم کلاسیک بود، که رویکردی حقوقی-اقتصادی به قانون رقابت است که مشابه آن در تاریخ قانون ضدانحصار ایالات متحده وجود ندارد. بعدها، قانون رقابت اتحادیه اروپا به تدریج به سمت اهداف کارآمدی تکامل یافت و اخیراً، سیاست‌گذاران بیش از همه بر هدف افزایش رفاه مصرف‌کننده تأکید می‌کنند. در عین حال، طیف گسترده‌ای از اهداف سیاسی (ادغام بازار، هموار کردن زمینه بازی برای صنعت در اروپا) به طور برجسته در بیانیه های سیاست کمیسیون اروپا وجود دارد. علاوه بر این، کمیسیون اروپا همچنان بر وابستگی متقابل سیاست رقابت با سایر سیاست‌های اتحادیه اروپا (سیاست‌های زیست‌محیطی، سیاست‌های اجتماعی و...) تأکید می‌کند. بدیهی است که اگر هدفی که باید به آن دست یافت در فضای اقتصاد خرد تعریف نشود، مدل‌های اقتصادی توسعه‌یافته در تئوری قیمت و تئوری بازی‌ها قادر به ارائه راهنمایی مناسب برای قانون رقابت اتحادیه اروپا نخواهند بود. (Van Den Bergh & Giannaccari, 2014: 399) تفاوت حقوق رقابت در اتحادیه اروپا و ایالات متحده زمانی آشکار گردید که مقامات ضدانحصار ایالات متحده و اتحادیه اروپا تعدادی پرونده با ابعاد بین‌المللی را بررسی کردند و به نتایج متضادی رسیدند، و این امر که قوانین ضدانحصار اتحادیه اروپا و ایالات متحده از اصول اساسی یکسانی پیروی نمی‌کردند. به طرز دردناکی آشکار شد. این تناقضات دیگر صرفاً جنبه علمی نداشتند بلکه آن‌ها پیامدهای بسیار واقعی داشتند.

برای مثال در سال ۱۹۹۷، کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده[3] و کمیسیون اروپا در مورد ادغام پیشنهادی بین شرکت‌های بوئینگ و مک‌دانل‌داگلاس تحقیق کردند. هر دوی اینها شرکت‌های آمریکایی بودند که در صنعت هوافضا فعالیت می‌کردند. در زمان معامله پیشنهادی، بوئینگ ۶۴ درصد از بازار هواپیماهای بزرگ تجاری جدید و مک دانل داگلاس سهم بازار ۶ درصد را در اختیار داشتند. تنها رقیب مهم دیگر، کنسرسیوم اروپایی ایرباس، سهم بازاری در حدود ۳۰ درصد داشت.[4]

با وجود اینکه این ادغام تعداد بازیگران بازار را از سه به دو نفر کاهش می‌داد، کمیسیون تجارت فدرال، بدون قید و شرط و با اکثریت آرا، این معامله را تأیید کرد. استدلال کمیسیون تجارت فدرال این بود که شرکت مک دانل داگلاس، که سهم بازارش در ۱۰ سال گذشته به طور پیوسته در حال کاهش بوده است، دیگر نیروی رقابتی معناداری در بازار هواپیماهای تجاری ایجاد نمی‌کرد. اما کمیسیون اروپا، از سوی دیگر، به صراحت اعلام کرد که قصد دارد این قرارداد را تحت مقررات ادغام اتحادیه اروپا باطل اعلام نماید، مگر اینکه طرفین تعهداتی ارائه دهند که نگرانی‌های موجود را کاهش دهد. کمیسیون اروپا معتقد بود که بوئینگ قبل از این ادغام نیز موقعیت مسلطی در بازار هواپیماهای تجاری بزرگ داشت و اگر این شرکت، مک‌دانل داگلاس را خریداری نماید، این موقعیت بیشتر تقویت می‌شود و این ادغام تعداد رقبا را در بازار هواپیماهای تجاری بزرگ از سه به دو رقیب کاهش می‌دهد و سهم بازار بوئینگ از ۶۵ به ۷۰ درصد افزایش می‌یابد. علاوه براین، بوئینگ پایگاه مشتریان فعلی مک دانل داگلاس، نیروی کار در خدمات، نیروی کار ماهر و همچنین دارایی‌های مالی قابل توجه و سایر منابع این شرکت را به دست خواهد آورد. کمیسیون همچنین نگران تأثیرات خرید بوئینگ در کسب و کار فضایی و دفاعی مک‌دانل داگلاس بود که می‌تواند سبد مالکیت معنوی بوئینگ را افزایش دهد. علاوه بر این، فعالیت‌های تحقیق و توسعه مک دانل داگلاس در این زمین ه(فضایی و دفاعی) کمک‌های مالی قابل توجهی از دولت ایالات متحده دریافت می‌کرد. کمیسیون این احتمال را می‌دهد که بوئینگ می‌تواند از برخی از این پول‌ها برای یارانه‌های متقابل فعالیت‌های خود در بخش هواپیماهای تجاری استفاده کند و به آن اجازه می‌دهد هواپیماها را با قیمت‌های پایین‌تری نسبت به رقیب باقی‌مانده خود، ایرباس، به بازار ارائه دهد.

بدون درنظرگرفتن نتیجه‌ی نهایی این پرونده، نحوه بررسی و دغدغه‌های کمیسیون اروپا در مقایسه با کمیسیون تجارت فدرال آمریکا به‌شدت مورد انتقاد قرار گرفت. جایی که کمیسیون کارآیی و رفاه‌مصرف کننده را فدای حمایت بی چون‌وچرا از رقابت می‌کند. این حمایت تا نقطه‌ای پیش می‌رود که در یکی از استدلال‌های خود، احتمال پایین آمدن قیمت‌ها را به‌عنوان دلیلی بر بطلان این ادغام، شناسایی می‌نماید.

3. *Federal Trade Commission (FTC)*
4. *Boeing/McDonnell Douglas (Case IV/M.877) [1997] OJ L336 /16 , recital 9.*

از این دست پرونده‌های بین‌المللی که صحنه‌ی رقابت کمیسیون اروپا و کمیسیون تجارت فدرال آمریکا بود، به تعداد زیادی وجود دارد، اما نتیجه‌ی همگی آن‌ها، آشکار شدن روش‌ها و اهداف منسوخ کمیسیون اروپا در مقابل نهاد حافظ رقابت در ایالات متحده بود. کارشناسان حقوق رقابت دریافتند که تحلیل‌های کمیسیون اروپا به طرز عجیبی با نظریه اقتصادی معاصر هماهنگ نیست. از دیدگاه وکلای ضدانحصار ایالات متحده، به نظر می‌رسید که هدف قانون ضدانحصار اتحادیه اروپا محافظت از کسب و کارها در برابر رفتار ضدرقابتی رقبایشان است، در حالی که هدف قانون ضدانحصار ایالات متحده حمایت از مصرف کنندگان در برابر رفتارهای ضدرقابتی بود.
مواجه با حقوق رقابت ایالات متحده و انتقاد کارشناسان و پژوهشگران در سطح آکادمیک، کمیسیون اروپا را مجبور کرد که سیاست‌های خود را در حوزه‌ی حقوق رقابت تغییر دهد و در تحلیل‌ها و ارزیابی‌های خود از یافته‌های نظریه‌های اقتصادی مدرن استفاده نماید.

۱-۱-۲. مفهوم رویکرد اقتصادی‌تر

پس از معرفی رویکرد جدید، نقش و دامنه تحلیل اقتصادی مدرن در سیاست رقابت در اروپا، تغییر یافت. مفسران اقتصادی اغلب اهداف اقتصادی قانون رقابت را بدیهی می‌دانند و در تحلیل‌های خود از مدل‌های اقتصادی پیچیده برای تجویز یک سیاست رقابت بهینه استفاده می‌کنند. توصیف این تغییر به‌عنوان رویکردی به سمت «رویکرد اقتصادی‌تر» می‌تواند گمراه‌کننده باشد. در واقع، تجزیه و تحلیل ضدانحصار و ادغام برای مدت طولانی مبتنی بر اقتصاد بوده است. از نظر این نوشتار، پرسش اصلی این نیست که اقتصاد کمتر یا بیشتر باید مورد استفاده قرار گیرد، بلکه بیشتر این است که چه نوع اقتصادی و به‌ویژه چگونه تحلیل اقتصادی در چارچوب قوانین و دستورالعمل‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد یا درواقع گاهی ممکن است مورد سوءاستفاده قرار گیرد. در حقیقت، مواجهه با حقوق رقابت در آمریکا، از دو جهت بر اتحادیه اروپا تأثیر گذاشت، نخست آن که مکتب اقتصادی مورد پذیرش در میان کشورهای اروپایی که مبتنی بر اندیشه‌های کینز، با تمایلات چپ‌گرایانه، بود، با چالش‌های جدی مواجه شد و مورد انتقاد دانشگاهیان و کارشناسان حوزه‌ی رقابت قرار گرفت. (Farrell & Quiggin, 2011: 5) و رفته رفته -حداقل در اقتصاد رقابت- اندیشه‌هایی که مداخله‌ی دولت در اقتصاد را ترویج می‌کرد جای خود را به مکاتب مبتنی بر بازار آزاد از جمله مکتب شیکاگو داد.
تأثیر دیگر مواجهه با نظام حقوقی ایالات متحده، آشکار شدن ضعف‌ها و کاستی‌های روش شکل گرایی حقوقی و حقوق کلاسیک بود، بنابراین اعمال حقوق رقابت، در سطح روش‌شناسی نیز دستخوش تغییر شد و رویه‌های کمیسیون اروپا نشان می‌دهد که به نوعی از رئالیسم حقوقی و به‌خصوص رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، استفاده شده است. تغییر در رویه‌ی سیاست رقابت اروپا، مربوط به روشی است که در آن اصول و شواهد اقتصادی در چارچوب تصمیم‌گیری آورده می‌شود. ارزیابی تصمیم‌گیری‌ها در پرتو اصول اقتصادی مدرن که قوی و آزمایش‌شده هستند و همچنین تکیه بر تعدادی از روش‌شناسی‌های تجربی که به شناسایی و پیش‌بینی عملکرد بازار و بنگاه‌ها کمک می‌کنند، هسته اصلی این روند می‌باشد. با این حال، خطرات قابل توجهی نیز وجود دارد و پتانسیل آشکاری برای سوءاستفاده از اقتصاد وجود دارد، به ویژه با وجود منافع خاص. در نتیجه، تفسیر مناسب و حرفه‌ای و تولید شواهد اقتصادی برای اعتبار فرایند برای تصمیم‌گیری بهتر ضروری است. (Röller, 2005: 11)
رویکرد اقتصادی‌تر در کاربست قانون رقابت به این معنی است که ارزیابی هر پرونده ضدرقابتی بر اساس شکل قواعد و قوانین (رویکرد مبتنی بر فرم[5]) انجام نخواهد شد، بلکه بر اساس ارزیابی اثرات ضدرقابتی آن (رویکرد مبتنی بر اثرات[6]) می‌باشد. این حرکت در حقیقت استفاده از نوعی حاکمیت عقل[7] دربرابر حاکمیت قاعده[8] می‌باشد و کارآیی را به‌عنوان هدف اصلی حقوق رقابت برجسته می‌سازد. (Albert & Voigt: 4)
رویکرد اقتصادی‌تر از طریق اصلاحات قانونی رسمی قوانین رقابتی معرفی نشد. در عوض، کمیسیون تغییرات مربوطه را در چند مرحله با استفاده از ابزارهای قانون نرم[9] انجام داد. بین سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۹ میلادی، تعدادی از اعلامیه‌ها و دستورالعمل‌های قانونی

5. *Form-based approach*
6. *Effects-based approach*
7. *Rule of reason*
8. *Per se rule*
9. *Soft law instruments*

غیرالزام‌آور منتشر کرد که رویکرد اقتصادی‌تری را برای ارزیابی رفتار تجاری تحت هر سه رکن قانون رقابت اتحادیه اروپا بیان کرد که شامل ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا، کنترل ادغام اتحادیه اروپا و ماده ۱۰۲ آن معاهده بود. با این حال، در حالی که اکثر این اسناد قانونی نرم در بیانیه‌های مقدماتی خود توضیح دادند که مبتنی بر یک رویکرد اقتصادی یا بیشتر اقتصادی هستند، آن‌ها نه اصول اساسی این رویکرد را تعریف کردند و نه روشن کردند که چه تغییراتی را ارائه می‌کنند. این در حالی بود که حتی سطحی‌ترین مقایسه‌ی تصمیمات فردی کمیسیون قبل و بعد از معرفی رویکرد اقتصادی‌تر، این نتیجه را می دهد که نوعی از بازنگری واقعاً صورت گرفته است. ارزیابی‌ها که حالا با اصطلاحات اقتصادی منتشر می‌گردد، حاوی مطالعات کمّی پیچیده و به‌طور متوسط ۱۰ برابر طولانی‌تر از قبل از اصلاحات هستند. با این حال، اینها تنها مشهودترین جلوه‌های رویکرد تجدید نظر شده هستند. و در واقع کمیسیون، تغییرات بسیار اساسی‌تری ایجاد کرده است. (Witt, 2016: 1)

۱-۲. چگونگی اعمال رویکرد جدید

در حقیقت رویکرد اقتصادی‌تر، تغییر نگاه و روش‌شناسی کمیسیون اروپا در اجرای حقوق رقابت می‌باشد. این تغییرات در نحوه‌ی اِعمال و اهداف حقوق رقابت در کمیسیون اروپا، مشخص است. بنابراین اصلاحات عمده‌ای در متن قوانین رخ نداده‌است و تغییرات در راهنماها و دستورالعمل‌های صادره از کمیسیون بوده است.

۱-۲-۱. نمود رویکرد اقتصادی‌تر در قوانین

الف. ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا

ماده ۱۰۱ و توافقات ضدرقابتی در حقیقت اولین حوزه‌ای بود که تغییرات معروف به رویکرد اقتصادی‌تر بدان راه یافت. در آن زمان در میان محافل آکادمیک این دیدگاه که ارزیابی کمیسیون از توافقات ضدرقابتی با تئوری‌های اقتصادی منسوخ شده انجام می‌پذیرد، رایج شده بود، به‌ویژه از این نظر که کمیسیون به اندازه کافی پتانسیل اینگونه توافقات را برای ایجاد اثرات کارآیی اقتصادی در نظر نگرفته است. بنابراین جای تعجب نیست که کمیسیون بررسی ماده ۱۰۱ را با تجدید نظر در رویکرد خود برای ارزیابی توافقات افقی[10] و عمودی[11] آغاز کرد. اولین گام‌های آزمایشی در این فرایند را می‌توان به انتشار گزارش‌های کمیسیون اروپا در مورد محدودیت‌های عمودی در سال ۱۹۹۷ ردیابی کرد که چند روش را برای اصلاح رویکرد خود به توافق‌های عمودی بیان کرد. پس از یک مشورت عمومی، این اصلاح در نهایت منجر به تصویب اولین مقررات عمومی معافیت بلوکی برای توافقات عمودی در سال ۱۹۹۹ و مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها در مورد محدودیت‌های عمودی در سال ۲۰۰۰ شد، که هر دو صراحتاً مبتنی بر «رویکرد اقتصادی» بودند. برای ارزیابی توافقات ضدرقابتی بر اساس ماده ۱۰۱ این دو سند به زودی با سه مجموعه دستورالعمل دیگر در مورد این ماده دنبال شدند که رویکردهای «اقتصادی‌تر» برای موافقت‌نامه‌های همکاری افقی، موافقت‌نامه انتقال فناوری و مقررات معافیت مندرج در ماده ۱۰۱ را بیان می‌کند. (Witt, 2016: 41)

ب. قانون کنترل ادغام

در سال ۲۰۰۲، کمیسیون توجه خود را به حوزه قانون ادغام اتحادیه اروپا معطوف کرد. در اینجا کمیسیون لایحه‌ای پیشنهادی برای اصلاح مقررات ادغام به شورای اتحادیه اروپا ارائه کرد. بر اساس این پیشنهاد، شورا در سال ۲۰۰۴ مقررات ادغام اولیه را تغییر داد. همچنین کمیسیون متعاقباً دو مجموعه از دستورالعمل‌های ادغام را منتشر کرد که درک خود را از بازرسی‌های جدید و نحوه ارزیابی ادغام‌های آینده تحت این قانون را توضیح می‌داد. «دستورالعمل‌های ادغام افقی» به سال ۲۰۰۴ مربوط می‌شوند، در حالی که تکمیل «دستورالعمل‌های ادغام غیرافقی» بیشتر طول کشید و تا سال ۲۰۰۸ منتشر نشدند. این اصلاحات و دستورالعمل‌های جدید همگی مبتنی بر رویکرد «اقتصادی» یا «قتصادی‌تر»بودند. همچنین می‌توان مشاهده کرد؛ تغییراتی که در رویه ادغام کمیسیون ایجاد شد، منعکس کننده‌ی تغییراتی است که با رویکرد اقتصادی‌تر به ماده ۱۰۱ ارائه شده است. (Witt, 2016: 41)

10. *Horizontal agreements*
11. *Vertical agreements*

ج.ماده ۱۰۲ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا

پس از ماده ۱۰۱ و قانون ادغام اتحادیه اروپا، تنها ماده ۱۰۲ باقی ماند. روند نوسازی رویکرد کمیسیون نسبت به این ماده طولانی‌تر و دشوارتر از اصلاح دو رکن قبلی بود. تطبیق مفاهیم تسلط و سوءاستفاده ماده ۱۰۲ با علم اقتصاد، سؤالات بنیادی و اساسی را در مورد اهداف و مفاهیم کلیدی قانون رقابت اتحادیه اروپا ایجاد کرد. این موضوعات که در بررسی رویکرد کمیسیون به ماده ۱۰۱ و ادغام های افقی تا حدودی مورد غفلت قرار گرفته بود، دیگر نمی‌توانست در چارچوب مفاهیمی مانند سوءاستفاده از موقعیت مسلط نادیده گرفته شود. کمیسیون به طور رسمی اصلاح ماده ۱۰۲ را در سال ۲۰۰۳ با درخواست نظری از «گروه مشاوره‌ی اتحادیه‌ی اروپا برای سیاست رقابت»[۱۲] در مورد چگونگی بهبود ارزیابی‌های کمیسیون از رفتار سوءاستفاده‌کننده از موقعیت مسلط از نقطه‌نظر تئوری اقتصادی آغاز کرد. این گروه توصیه‌های خود را در گزارشی تحت عنوان «رویکرد اقتصادی به ماده۱۰۲» در سال ۲۰۰۵ تشریح کرد. ۱۲ ماه بعد، اداره کل رقابت گزارشی را منتشر کرد که در آن دیدگاه خود را از رویکرد اقتصادی تر به ماده ۱۰۲ ترسیم می‌کرد. (Witt, 2016: 42)

۱-۲-۲. تغییر در ترکیب مأموران رسیدگی کننده

دستورالعمل‌های تفسیری و گزارش‌ها در مورد اولویت‌های اجرایی، ابزار مهمی برای اجرای رویکرد اقتصادی‌تر به قانون ضدانحصار اتحادیه اروپا بودند. ابزار مهم دیگر، ادغام بیشتر اقتصاددانان در کار روزانه اداره کل رقابت بود. ماریو مونتی در طول دوره خود به‌عنوان کمیسر سیاست رقابت، نسبت اقتصاددانان در اداره کل رقابت را که به طور سنتی تحت سلطه حقوقدانان بود، به طرز چشمگیری افزایش داد. مونتی اولین اقتصاددانی بود که سمت کمیسر سیاست رقابت را به عهده گرفت، در حالی که پیشینیان او عمدتاً حقوقدان و دانشمندان علوم سیاسی بودند. با گذشت سه سال از دوره او، وی سنت دیگری را شکست. تا آن زمان، همه مدیران اداره کل رقابت وکیل (آلمانی) بودند، اما در زمان ماریو مونتی از اقتصاددانان بریتانیایی استفاده شد. او همچنین تعدادی موقعیت کلیدی جدید را برای اقتصاددانان در داخل اداره کل ایجاد کرد. به توصیه او، کمیسیون موقعیت «اقتصاددان ارشد رقابت» را ایجاد کرد که به اختصار «اقتصاددان ارشد» نامیده می‌شود. طبق شرح شغل اقتصاددان ارشد، کمیسیون به دنبال یک اقتصاددان متخصص در سازمان صنعتی و با تجربه عملی در تجزیه و تحلیل موارد رقابتی بود. وظایف کلیدی او ارائه راهنمایی در مورد مسائل روش‌شناختی اقتصاد و اقتصادسنجی در به‌کارگیری قوانین رقابت اتحادیه اروپا و کمک به توسعه ابزارهای سیاست‌ورزی با کمک کارکنان اختصاصی متشکل از ۱۰ اقتصاددان متخصص بود. از سال ۲۰۰۳، چهار اقتصاددان برجسته با درجه علمی دکترا، سمت اقتصاددان ارشد رقابت را بر عهده داشتند و اندازه تیم اقتصاددان ارشد افزایش یافته است. زمانی که این شغل مجدداً در سال ۲۰۱۳ آگهی شد، تعداد اقتصاددان‌های متخصص در تیم اقتصاددان ارشد رقابت از ۱۰ نفر به ۲۴ نفر افزایش یافت. از جمله وظایف مهم این اقتصاددان‌ها در ایجاد خط مشی‌ها، مانند دستورالعمل‌های فوق‌الذکر و مقررات مختلف در حوزه‌ی رقابت، می‌باشد. اقتصاددان ارشد پیش از آنکه کمیسر رقابت تصمیم نهایی را به کالج کمیسران پیشنهاد دهد، نظر مستقلی در مورد جنبه های اقتصادی به کمیسیون ارائه می دهد. یکی دیگر از وظایف اقتصاددان ارشد افزایش تخصص اقتصادی در اداره کل رقابت با مشارکت در برنامه آموزشی آن است. تیم او دوره‌ها، سمینارها و کنفرانس‌ها را برای کارکنان این اداره سازماندهی و برگزار می‌کند و با دنیای دانشگاهی در ارتباط است. (Jones, 2007: 67)

افزایش تخصص اقتصادی در اداره کل رقابت به انتصاب اقتصاددانان به سمت‌های مدیریتی محدود نمی‌شود. در طول سال‌های گذشته، تغییر جمعیتی عمومی‌تری را می‌توان در اداره کل رقابت مشاهده کرد. تا اواسط دهه ۱۹۹۰، نسبت اقتصاددانان به وکلا در این نهاد حدوداً ۱ به ۷ گزارش شده بود در سال ۲۰۰۷ اما، این نسبت به ۱ به ۲ افزایش یافته بود. به نظر می‌رسد دانش اقتصادی یک شرط ضروری برای اجرای یک سیاست اجرایی مبتنی بر استدلال اقتصادی صحیح است. اگر از زاویه‌ای دیگر به این قضیه نگاه کنیم، پرواضح است که انتصاب اقتصاددانان بیشتر، به احتمال زیاد انگیزه و تمایل شخصی را در اداره کل رقابت برای پیشبرد استفاده از اقتصاد در عملکرد ضدانحصار کمیسیون افزایش داده است. منطقی است که اقتصاددانان نسبت به مقاماتی که سابقه کار در قانون دارند، بیشتر مشتاق هستند که باورها و ابزارهای کلیدی تئوری اقتصادی را به رشته حقوق رقابت وارد کنند. این تأثیر روانی ممکن است یکی دیگر از عوامل مؤثر در موفقیت و گستردگی رویکرد اقتصادی‌تر کمیسیون باشد. (Witt, 2016: 20)

12. *European Advisory Group for Competition Policy*

۱-۲-۳. تغییر در نحوه‌ی رسیدگی و بررسی پرونده‌ها

با اصلاح رویه و اهداف کمیسیون رقابت اروپا و همچنین تغییراتی که در کارکنان اداره کل رقابت، ایجاد گردیده است، در نحوه‌ی رسیدگی و بررسی پرونده‌های ضدرقابتی نیز دگرگونی‌هایی عمیق و اساسی رخ داده است. پس از اعمال رویکرد موسوم به اقتصادی‌تر در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، مأموران رسیدگی‌کننده به موارد ضدرقابتی، از این به بعد به‌جای استفاده از استدلال‌های حقوقی و تکیه به متن قوانین، در ارزیابی‌های خود از دستاوردهای علم اقتصاد مدرن بهره‌بردند. آن‌ها با استفاده از محاسبات پیچیده و کمّی اقتصادی به بررسی و سپس تصمیم‌گیری راجع‌به اعمال ضدرقابتی می‌پرداختند. (Silvia, 2018: 122)

تا قبل از توجه به رویکرد اقتصادی، مفهوم ساده‌ی سهم بازار، مهم‌ترین ابزار برای شناسایی و پیداکردن اقدامات ضدرقابتی بود اما در دستورالعمل‌های جدید کمیسیون اروپا، برای اعمال ضدرقابتی خاص، محاسابات پیچیده و ریاضیاتی مخصوص به خود، پیش‌بینی شده بود. برای مثال در بررسی توافقات ضدرقابتی، ابتدا قدرت بازار بنگاه‌ها تعیین خواهد شد، سپس هزینه‌های مبادله و سایر عوامل خارجی تأثیرگذار شناسایی می‌شوند و در نهایت رفاه مصرف‌کننده، اندازه‌گیری خواهد شد و بعد می‌توان تصمیم‌گیری نمود.

۱-۳. تحلیل ماهوی رویکرد اقتصادی‌تر در موضوعات حقوق رقابت

در این قسمت، موضوعات حقوق رقابت پس از معرفی رویکرد اقتصادی‌تر بررسی و تبیین می‌شود. این موضوعات عبارتند از اعمال ضدرقابتی یک‌جانبه، اعمال ضدرقابتی چندجانبه و ادغام‌ها.

۱-۳-۱. اعمال رویکرد اقتصادی تر در ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا

مقایسه مفهوم توافقات ضدرقابتی از نظر کمیسیون قبل و بعد از معرفی رویکرد اقتصادی‌تر، تغییر قابل توجهی را در تفسیر نشان می‌دهد. پیش از این، اخلال یا ایجاد محدودیت در امر رقابت، برای ضدرقابتی اعلام کردن توافق‌ها کافی بود و محدودیت در رقابت به‌عنوان محدودیت آزادی اقتصادی، شناخته می‌شد. اکنون پس از اصلاحات، محدودیت آزادی یا فرصت اقتصادی صرفاً مکانیزمی تلقی می‌شود که می‌تواند به نتیجه نهایی ضدرقابتی، که همانا آسیب رساندن به مصرف‌کننده است، منجر گردد. به‌عنوان مثال، در حالی که رویه تصمیم‌گیری اولیه در مورد تعیین قیمت، استدلال می کرد که این رویه ضدرقابتی است زیرا آزادی طرفین را برای تعیین قیمت‌های خود از بین می‌رود، کمیسیون اکنون هنگامی تعیین قیمت را به‌عنوان رفتار ضدرقابتی شناسایی می‌کند که قیمت‌های بالاتری برای مصرف‌کنندگان نسبت به آنچه در غیاب توافق وجود داشت، بدست آید. (Witt, 2016: 55) همان طور که در گذشته نیز بیان شد، کمیسیون بعد از اعمال رویکرد اقتصادی‌تر به اثرات رفتارهای ضدرقابتی توجه نشان می‌دهد. به هر حال، در نتیجه تفسیر مجدد از ماده‌ی ۱۰۱، «هر توافق یا همکاری تا زمانی که به منجر به قیمت‌های بالاتر نشود یا تأثیری بر سایر پارامترهای رفاه اقتصادی مصرف‌کننده نگذارد، بدون محدودیت می‌تواند ادامه یابد.» (Witt, 2016: 56) جدای از این مسائل، قرائت جدید از بند ۱ ماده ۱۰۱ پیامدهای عملی زیادی نیز در پی دارد. این تفسیر جدید، نحوه‌ی رسیدگی به پرونده‌ها را نسبت به گذشته تغییر داده است. رویکرد اقتصادی‌تر سازمان‌های اجرایی و بنگاه‌ها را ملزم می‌کند تا ارزیابی بسیار متفاوتی را انجام دهند. و به منظور شناسایی ممنوعیت رفتار ناسازگار با ماده ۱۰۱، کمیسیون اکنون باید این شرط را که در متن ماده ۱۰۱ ذکر شده است، یعنی کاهش رفاه مصرف کننده را، اثبات کند. ممکن است گفته شود که این شرط جدید در عمل تفاوتی ایجاد نمی‌کند با این حال، در مواردی که کمیسیون باید اثرات واقعی توافق را ارزیابی کند، اندازه‌گیری و دنبال کردن تغییرات رفاه مصرف‌کننده بسیار دشوار است. اکنون به جای اینکه صرفاً ارزیابی شود که آیا توافقنامه مورد بحث، آزادی اقتصادی کسی را محدود می‌کند؟ باید بر اساس شواهد قانع‌کننده مشخص شود که آیا این توافق منجر به کاهش ملموس رفاه مصرف‌کننده از نظر قیمت، تولید، کیفیت یا سطوح دیگر شده است یا خیر. اگرچه رویکرد اقتصادی‌تر، تغییری اساسی در تفسیر ماده ۱۰۱ ایجاد کرد و پیامدهای عملی قابل توجهی نیز بوجود آورد، اما دستورالعمل‌های معرفی کننده این رویکرد این موضوع را به خوبی نتوانستند تبیین کنند. همچنین درعمل، کمیسیون همچنان توافقاتی را که موانعی برای ادغام بازارهای اروپایی ایجاد می کرد، حتی در صورت عدم آسیب به مصرف‌کننده، ضدرقابتی شناسایی می‌گرد. در حالی که قبل از اصلاحات، رویه تصمیم‌گیری در مورد ماهیت آسیب ناشی از توافق‌نامه‌هایی که ممنوعیت صادرات یا واردات را تحمیل می‌کردند کاملاً روشن نبود (گاهی اوقات کمیسیون بر محدود کردن آزادی شرکت‌کنندگان در بازار تمرکز می‌کرد، گاهی اوقات بر روند یکپارچه سازی بازار)، رویه

تصمیم‌گیری از سال ۲۰۰۰ به وضوح بر آسیب به فرایند یکپارچه سازی بازار متمرکز است. (Roth, 2007: 48)
بنابراین در مجموع، دستورالعمل‌هایی که رویکرد اقتصادی‌تری را به ماده ۱۰۱ معرفی می‌کنند، مفهوم بسیار واضح و جدیدی از اعمال ضدرقابتی جمعی را بیان می‌دارند که عبارت است از ایجاد محدودیت‌های رقابتی از طریق توافق یا هماهنگی رفتار یا سایر همکاری‌هایی که منجر به کاهش رفاه مصرف‌کننده می‌شود.

۱-۳-۲. اعمال رویکرد اقتصادی تر در ماده ۱۰۲ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا

تلاش‌های کمیسیون برای ایجاد تعدیل‌های مشابه در تفسیر خود از ماده ۱۰۲ کمتر موفق بوده است. علی‌رغم جاه‌طلبی‌های فراوان، ورودی‌های اقتصادی کارشناسانه و مشورت‌های عمومی طولانی، نتیجه آخرین مرحله اصلاحات به اندازه اصلاحات دو رکن قبلی گسترده و واضح نبوده است. قبل از اصلاحات، کمیسیون ماده ۱۰۲ را به‌عنوان ممنوعیت تعدادی از انواع رفتارهای ضدرقابتی یکجانبه مانند حذف سایر بنگاه‌ها، رفتار تبعیض آمیز و ناعادلانه و قیمت‌گذاری تهاجمی از سوی یک شرکت مسلط در بازار و ایجاد موانع برای یکپارچگی بازار تفسیر کرده بود. پس از تفسیر مجدد کمیسیون از ماده ۱۰۱ و مقررات ادغام به‌عنوان ممنوعیت رفتاری که باعث آسیب ملموس به مصرف کنندگان می‌شود، دور از انتظار نبود که اصلاحات مشابهی در ماده ۱۰۲ را نیز مشاهده کنیم. بنابراین کمیسیون با تفسیر مجدد مفهوم سوءاستفاده در ماده ۱۰۲ به گونه‌ای که با درک جدید آن از رفتار ضدرقابتی طبق ماده ۱۰۱ و مقررات ادغام مطابقت دارد، اطلاعیه‌ای منتشر کرد که اولویت‌های اجرایی تجدیدنظر شده را مشخص نمود، بر اساس این اطلاعیه، کمیسیون دیگر سوءاستفاده‌هایی را که منجر به آسیب مصرف‌کننده نمی‌شود در اولویت قرار نمی‌دهد و بنابراین ماده ۱۰۲ را علیه آن‌ها اجرا نمی کند. (Röller, 2005: 25)
اما پس از بررسی‌های فراوان در طول فرایند مشورتی، کمیسیون به‌طور رسمی، تفسیر قانونی خود از ماده ۱۰۲ را تغییر نداده است، از جمله انتقادات وارده آن است که آیا مفهوم تسلط باید به معنای قدرت بازار تفسیر شود و آیا مفهوم سوءاستفاده از موقعیت مسلط، به‌معنای رفتاری است که صرفاً به رفاه مصرف‌کننده آسیب می‌رساند؟ موضوعی که واضح می‌باشد آن است که همچنان بدون توجه به رفاه مصرف‌کننده برخی از رفتارها مانند حذف رقبا از بازار یا تحمیل شرایط ناعادلانه و غیرمنصفانه، به‌عنوان رفتار ضدرقابتی شناخته می‌شود، بنابراین این موضوع ما را با یک مفهوم «اقتصادی» از شناسایی اعمال ضدرقابتی برای ماده ۱۰۱ و آیین‌نامه ادغام و مفهومی متفاوت، بسیار گسترده‌تر و تا حدودی مبهم برای ماده ۱۰۲ مواجه می‌کند. (Kirchner, 2007: 13)

۱-۳-۳. اعمال رویکرد اقتصادی‌تر در قانون کنترل ادغام

در سال ۲۰۰۴، هنگام اجرایی شدن مقررات جدید ادغام، کمیسیون مجموعه‌ای از دستورالعمل‌ها را در مورد ارزیابی ادغام‌های افقی تحت این مقررات قانونی جدید منتشر کرد. دستورالعمل‌های مربوط به ارزیابی ادغام‌های غیرافقی نیز در سال ۲۰۰۸ منتشر شدند. هر دو مجموعه دستورالعمل، تفسیر قانونی کمیسیون از چگونگی رسیدگی ماهوی جدید و روش‌های ارزیابی آن را به‌طور سیستماتیک و جامع بیان می‌کنند. آن‌ها توضیح می‌دهند که ادغام‌های افقی می‌توانند به‌طور قابل توجهی رقابت مؤثر را به دو روش مختل کنند. یکی از این روش‌ها افزایش سلطه‌ی یک شرکت در بازار است که به‌تبع آن، قدرت بازاری آن بنگاه افزایش می‌یابد بدون اینکه نیاز به ایجاد رفتار هماهنگ با دیگر رقبا داشته باشد این روش «اثرات غیرهماهنگ[13]» نام دارد. قدرت بازار به‌عنوان توانایی یک یا چند شرکت برای افزایش سودآور قیمت‌ها، کاهش تولید یا کیفیت کالاها و خدمات تعریف می‌شود. (Duso et al., 2007: 258)
دومین راهی که یک ادغام می‌تواند منجر به اثرات ضدرقابتی شود، طبق دستورالعمل‌های ادغام افقی، تغییر ماهیت رقابت به‌گونه‌ای است که شرکت‌هایی که قبلاً رفتار خود را هماهنگ نمی‌کردند، اکنون به‌طور قابل توجهی بیشتر احتمال دارد که هماهنگ شوند و قیمت‌ها را افزایش دهند یا به‌طور دیگری به رقابت مؤثر آسیب برسانند، به این حالت «اثرات هماهنگ[14]» گفته می‌شود. به‌طور خلاصه، هر دو نوع اثر ضدرقابتی مستلزم افزایش قیمت‌ها، کاهش تولید یا کیفیت کالاها و خدمات، کاهش نوآوری یا سایر اثرات منفی بر پارامترهای رفاه مصرف‌کننده هستند. به عبارت دیگر، آسیب رقابتی تحت دستورالعمل‌های ادغام افقی نیازمند کاهش

13. *Non coordinated effects*
14. *Coordinated effects*

رفاه مصرف‌کننده است. دستورالعمل‌های ادغام غیرافقی نیز بر اساس همان مفهوم آسیب بنا شده‌اند. آن‌ها همچنین بر این باورند که ادغام‌های غیرافقی ممکن است به‌طور قابل توجهی رقابت مؤثر را به دو روش مختل کنند: از طریق اثرات غیرهماهنگ و اثرات هماهنگ. در زمینه ادغام‌های غیر افقی، گفته می‌شود که اثرات غیرهماهنگ زمانی به وجود می‌آید که ادغام منجر به مسدودسازی رقابت شود، زیرا دسترسی رقبای واقعی یا بالقوه به تأمین‌کنندگان یا بازارها به‌دلیل ادغام مختل می‌شود یا از بین می‌رود و در نتیجه توانایی این شرکت‌ها برای رقابت کاهش می‌یابد. در صورتی که به‌دلیل چنین مسدودسازی، شرکت‌های ادغام‌شونده بتوانند به‌طور سودآور قیمت‌هایی را که از مصرف‌کنندگان دریافت می‌کنند افزایش دهند، این به‌عنوان مانع قابل توجهی برای رقابت مؤثر یا «مسدودسازی ضدرقابتی[15]» محسوب می‌شود. (Rubinfeld, 2007: 278)

بر اساس دستورالعمل‌های غیرافقی، اثرات هماهنگ‌شده زمانی به وجود می‌آید که ادغام، رقابت در بازار را به گونه‌ای تغییر دهد که شرکت‌هایی که قبلاً رفتار خود را هماهنگ نمی‌کردند، اکنون تمایل و قدرت بیشتری برای هماهنگی جهت اخلال در رقابت مانند افزایش قیمت‌ها یا کاهش کیفیت، دارند. اما باید توجه داشت، آنچه که یک ادغام غیرافقی را بر اساس این دستورالعمل‌ها، ضدرقابتی می‌سازد، تأثیر منفی آن بر رفاه مصرف‌کننده است. حذف رقبا یا امکان تبانی با رقبا، تنها یک مکانیزم است که از طریق آن ممکن است آسیب رقابتی، یعنی آسیب به مصرف‌کننده، ایجاد شود.

تحلیل رویه تصمیم‌گیری کمیسیون نشان می‌دهد که تصمیمات تأیید آن معمولاً از رویکرد مبتنی بر رفاه مصرف‌کننده که در دستورالعمل‌های ادغام مطرح شده، پیروی می‌کند. در اکثریت قریب به اتفاق موارد، این تصمیمات هم ادغام‌های افقی و هم عمودی را از نظر اینکه آیا منجر به اثرات هماهنگ یا غیرهماهنگ خواهند شد، ارزیابی می‌کنند. کمیسیون هنگام ارزیابی احتمال اثرات هماهنگ، بررسی می‌کند که آیا رقبای باقی‌مانده قادر خواهند بود که رفتار خود را پس از ادغام هماهنگ کنند تا ظرفیت را کاهش دهند یا قیمت‌ها را افزایش دهند و در مورد ادغام‌های افقی که احتمالاً منجر به هماهنگی نخواهند شد، کمیسیون در روند رسیدگی خود بررسی می‌کند که آیا ادغام احتمالاً منجر به ایجاد قدرت بازار برای بنگاه جدید خواهد شد یا نه. به عبارت دیگر، آن‌ها بررسی می‌کنند که آیا رقبای باقی‌مانده که سهم بیشتری از بازار بدست آورده‌اند توانایی افزایش قیمت‌ها یا کاهش تولید را خواهند داشت یا خیر.

باید توجه داشت که طبق دستورالعمل کمیسیون، اگر یک ادغام، صرفه در مقیاس یا تنوع را به‌شکل قابل توجهی به همراه داشته باشد و کارآیی بنگاه را افزایش دهد، هرچند که در کوتاه‌مدت باعث افزایش سطح قیمت‌ها بشود، اما به‌عنوان رفتار ضدرقابتی شناخته نخواهد شد. در هرحال بررسی‌ها و ارزیابی‌های کمیسیون در مورد ادغام‌ها، اصولا پس‌نگر بوده و با هدف حمایت از مصرف‌کنندگان، پرونده‌های ادغام قبل از به‌وقوع پیوستن به‌طور مفصل توسط کمیسیون مورد تحلیل و پیش‌بینی قرار می‌گیرند و پس ازطی شدن روندهای طولانی محاسباتی، کمیسیون تصمیم خود را مبنی بر رد یا قبول ادغام موردنظر اعلام می‌نماید. (Rubinfeld, 2007: 289)

۲. تحلیل اقتصادی حقوق رقابت در ایران

در این مبحث رویه، اهداف و رویکرد شورای رقابت در اجرای حقوق رقابت و موضوعات آن با تأکید بر مقایسه‌ی این مفاهیم با نمونه‌ی آن در اتحادیه اروپا، بررسی و توضیح داده می‌شود.

۲-۱. اهداف و رویکرد حقوق رقابت در ایران

به‌طور کلی رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، پیش از آن که به قوانین و مقررات بپردازد، اهداف، روش‌شناسی و نحوه‌ی اعمال حقوق را بررسی می‌نماید. در این گفتار نیز به‌همین ترتیب اهداف و رویکرد شورای رقابت در اعمال مقررات رقابتی توضیح داده می‌شوند.

۲-۱-۱. اهداف حقوق رقابت

با مطالعه قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ام قانون اساسی و رویه‌ی عملی شورای رقابت، در می‌یابیم که اهداف حقوق رقابت در ایران عبارت‌اند از تسهیل حقوق رقابت و منع انحصار. این اهداف در عنوان فصل نهم قانون اخیرالذکر که اختصاص به مقررات

15. *Anticompetitive foreclosure*

رقابتی دارد ذکر شده است. همچنین بر اساس مواد ۴۴ و ۴۵ این قانون اعمال ضدرقابتی یک‌جانبه و چندجانبه به‌شرطی ممنوع اعلام می‌شوند که اثر اخلال در رقابت را از خود به‌جای بگذارند. علاوه بر این شورای رقابت صرف شناسایی و تشخیص بازارهای انحصاری، مطابق بند ۵ ماده ۵۸: «تعیین مصادیق و تصویب دستورالعمل تنظیم قیمت، مقدار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری در هر مورد با رعایت مقررات مربوط.» جهت تنظیم بازارهای مختلف، دستورالعمل‌هایی صادر نموده است که از جمله‌ی آن‌ها دستورالعمل تنظیم روغن پایه[۱۶]، دستورالعمل تنظیم بازار محصولات پتروشیمی[۱۷]، دستورالعمل تنظیم بازار و تعیین قیمت خودروهای انحصاری[۱۸] می‌باشند. برای مثال در دستورالعمل تنظیم روغن پایه، شورای رقابت با انحصاری تشخیص دادن این بازار و بدون درنظر گرفتن مفاهیم کارآیی و رفاه مصرف‌کننده، اقدام به ورود در بازار و تنظیم‌گری می‌نماید. در ماده ۳ این دستورالعمل، برای شرکت‌های تولیدکننده، کف عرضه تعیین شده است و این شرکت‌ها می‌بایست هر هفته مقدار مشخص شده و یا بیشتر از آن را عرضه نمایند. به‌نظر می‌رسد این الزام با توجه به قیمت‌گذاری روغن پایه بر اساس ارز نیمایی، در بلندمدت می‌تواند کارآیی و بهره‌وری شرکت‌ها را کاهش دهد.

همچنین در تبصره ۲ ماده ۳ دستورالعمل تنظیم بازار روغن پایه، اشخاصی که می‌توانند این محصول را خریداری نمایند، محدود شده‌اند به تولیدکنندگان داخلی که مجوز تصفیه اول را در اختیار دارند. این تبصره نیز با توجه به اعمال محدودیت در خریداران، به‌نوعی باعث کاهش عمومی رفاه مصرف‌کننده خواهد شد. اما در برخی رسیدگی‌ها، شورای رقابت به مفهوم رفاه عمومی یا مصرف‌کننده نیز توجه داشته است، هرچند که به‌دلیل متداول و منسجم نبودن، نمی‌توان آن را به‌عنوان رویه‌ی دائم این شورا درنظر گرفت. برای مثال در جریان رسیدگی به وضعیت فعالیت و قیمت‌گذاری خدمات تاکسی‌های اینترنتی[۱۹]، به‌درستی فعالیت این سکوهای اینترنتی را موجب افزایش رفاه جامعه دانسته است. این نمونه نشان می‌دهد که امکان استفاده از مفاهیم کارآیی و رفاه مصرف‌کننده علی‌رغم عدم تصریح در قانون وجود دارد.

همان طور که در مباحث گذشته، توضیح داده شد در حقوق رقابت ایالات متحده واتحادیه اروپا، اهداف کارآیی و رفاه مصرف‌کننده جایگزین حمایت صرف از رقابت و جلوگیری از انحصار گردیده است. اما به نظر می‌رسد که این مفاهیم در حقوق رقابت ایران جایگاهی ندارند. البته لازم به ذکر است که در ماده۱ لایحه‌ی «مقررات تسهیل کننده رقابت و ضوابط مربوط به کنترل و جلوگیری از شکل گیری انحصارات» هدف قانون رقابت، تسهیل رقابت به منظور افزایش کارآیی و رفاه اقتصادی، عنوان شده بود، اما در اصلاحات بعدی و در طی ادغام لایحه‌ی رقابت با قانون اجرای سیاست های کلی اصل۴۴ قانون اساسی، این ماده به‌طور کلی حذف شد. بنابراین و با توجه به توضیحات اخیر، اهداف حقوق رقابت در ایران با سایر نظام های حقوقی پیشرفته، همخوانی نداشته و باتوجه به اینکه اهداف حقوق رقابت تأثیر ویژه‌ای در اعمال واجرای این بخش از قانون دارند و با در نظر گرفتن پیشرفت های علم اقتصاد در این زمینه، نیاز به اصلاح اهداف حقوق رقابت، به شکل فزاینده‌ای احساس می‌شود.

۲-۱-۲. رویکرد و اِعمال حقوق رقابت

مقررات و نهاد ناظر بر حقوق رقابت در ایران، مفهوم و ساختاری تازه تأسیس می‌باشند و تا کنون نتوانسته اند جایگاهی مانند کمیسیون اروپا یا نهادهای مشابه در ایالات متحده به‌دست آورند. همچنین است که تصمیمات، آراء و دستورالعمل‌های شورای رقابت رویه‌ی منسجمی ندارند و این نهاد نتوانسته است باعث ایجاد تغییرات عمیقی در نظام اقتصادی و حقوقی ایران، مطابق با اهداف خود، بشود. شاهد این موضوع رتبه‌ی ایران در گزارش رقابت پذیری جهانی که توسط مجمع جهانی اقتصاد در سال ۲۰۱۹ منتشر گریده، می‌باشد[۲۰]. در این گزارش که شاخص‌های مختلفی از جمله نهادهای اقتصادی، نوآوری، بهداشت، بازارهای کالا، بازارهای مالی، آموزش‌وپرورش و آموزش عالی و... بررسی شده‌اند، ایران رتبه ۹۹ را بین ۱۴۱ کشور بدست آورده است. هم‌چنین در جدیدترین گزارش

۱۶. مصوبات جلسه پانصد و نوزده (۵۱۹) مورخ ۱۷ آبان ۱۴۰۱
۱۷. مصوبات جلسه دویست و شصت و سه(۲۶۳) مورخ ۲۹ شهریور ۱۳۹۵
۱۸. مجموعه مصوبات تا آخرین اصلاحات در جلسه پانصد و چهل و سه(۵۴۳) مورخ ۲۷ شهریور ۱۴۰۳
۱۹. مصوبات جلسه سیصد و ششم (۳۰۶) مورخ ۱۳ شهریور ۱۳۹۶

20. The Global Competitiveness Report, World Economic Forum, 2019

شاخص آزادی اقتصادی که توسط بنیاد هریتیج[۲۱] و مجله وال‌استریت[۲۲] منتشر می‌شود، کشورمان در جایگاه‌های بسیار پایینی از این فهرست، حضور دارد[۲۳]. بنظر می رسد بخشی از مشکلات اقتصادی، ناشی از اقتصاد دولتی و شبه‌دولتی و سیاست‌گذاری‌های مبتنی بر مکاتب اقتصادی از بین‌رفته می‌باشد، با این حال علی‌رغم برخی تصمیمات درست و قابل دفاع شورای رقابت، در مجموع این نهاد نمره‌ی مطلوبی نخواهد گرفت.

برای مثال در برخی موارد مانند پرونده بررسی قیمت‌گذاری خدمات تاکسی‌های اینترنتی مشاهده می‌کنیم که شورای رقابت در رسیدگی و تحلیل خود از مفاهیم مدرن اقتصادی مانند کارآیی، رفاه عمومی، مزیت مقیاس و تنوع، عرضه و تقاضا، نقش تکنولوژی و.... استفاده نموده و نتیجه‌ی نهایی نیز بسیار مطلوب است. اما در پرونده‌ای مانند دستورالعمل تنظیم بازار و تعیین قیمت خودروهای انحصاری، به‌شکل واضحی مفاهیم پایه‌ای اقتصاد خرد مانند عرضه و تقاضا را نادیده گرفته است (در بخش بعدی توضیح داده خواهد شد) و به دستکاری بازار می‌پردازد و یا اینکه در رسیدگی به بازار روغن‌های پایه، با تکیه به مفهوم ساده‌ی سهم بازار، به‌سادگی این بازار را انحصاری تشخیص داده و اقدام به تنظیم‌گری نموده است. در نهایت، با نگاهی به متن آراء صادره، به‌نظر می‌رسد که نقطه‌ی مشترک روند رسیدگی‌های شورای رقابت، حاکی از آن است که بدون استفاده از فرمول‌ها و مفاهیم اقتصاد مدرن، توجه کمتر به آمار و گزارش‌های شرکت‌ها و بازارهای مختلف و با تکیه بر منطق حقوقی، تصمیمات این شورا اتخاذ می‌گردد.

البته لازم به ذکر است که شورای رقابت در تمامی تصمیم‌گیری‌ها و دستورالعمل‌های خود، تلاش دارد که با ابزارهای مختلف مانند ملزم کردن تولیدکنندگان به عرضه محصولات در بورس کالا و الزام به شفاف‌سازی صورت هزینه‌ها و درآمدها، به شفافیت هرچه بیشتر بازارها کمک نماید که این مورد جهت تحقق یکی از ویژگی‌های اصلی بازار رقابت کامل می‌باشد، که همانا در دسترس بودن اطلاعات کامل و متقارن است. (Salvatore, 2009: 275)

از جمله اشکالات مهم که در آراء شورای رقابت دیده می‌شود، غلبه‌ی منطق حقوقی و نگاه تحکمی و دستوری میباشد. این اشکال به‌دلیل عدم شناخت مفهوم اقتصاد و موضوعات آن بوجود آمده است، در جایی که انتظار داریم موضوعات اقتصادی با قانون و دستور به سمت دلخواه پیش برود اما در حقیقت اقتصاد بر مبنای منافع و عقلانیت حرکت می‌کند، و با توجه به اینکه افراد بیشنه‌سازان عقلانی مطلوبیت خود می‌باشند دائما تصمیمات خود را بر اساس منافع خویش تنظیم می‌نمایند، بنابراین هرگونه تنظیم‌گری در اقتصاد باید براساس پیش‌بینی‌های دقیق و دنبال کردن منافع اشخاص درگیر، صورت پذیرد. برای مثال در موضوع قیمت‌گذاری خودروها، شورای رقابت انتظار داشت که با کنترل قیمت‌ها، جلوی افزایش آن‌ها را بگیرد اما نتیجه‌ی نهایی بالا رفتن بسیار زیاد قیمت‌ها، ایجاد رانت، افزایش تقاضا و ضرر و زیان شرکت‌ها بود.

همان طور که در گفتارهای پیشین توضیح داده شد، رویه‌ی کمیسیون اروپا در اعمال حقوق رقابت به این صورت است که با استفاده از بازرسی‌های طولانی و محاسبات پیچیده و کمّی اقتصادی به اندازه‌گیری مفاهیمی مانند قدرت بازاری بنگاه، کارآیی اقتصادی، رفاه مصرف‌کننده و... میپردازند و طی این روند آینده‌ی بازار مورد نظر را پیش‌بینی کرده و مطابق با اهداف خود که کارآیی و حمایت از مصرف‌کننده می‌باشد، تصمیمات لازم را اتخاذ می‌نمایند.

با نگاهی به نهاد حقوق رقابت در ایران، به‌راحتی تفاوت‌های این نظام حقوقی آشکار میگردد، برای مثال بر اساس صدر ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ام: «ماده ۴۵- اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است....»، نه تنها کاهش یا افزایش رفاه مصرف‌کننده اهمیتی ندارد، بلکه اخلال در رقابت نیز مفروض گرفته شده و احتیاجی به اثبات نیست، و تنها شناسایی وقوع رویه‌های ضدرقابتی عنوان شده در ادامه‌ی ماده، برای ممنوع اعلام کردن آن رفتار کفایت می‌کند. بازهم در بند «ط» این ماده: «ط- سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط. سوء استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط به یکی از روش های زیر:۱- تعیین، حفظ و یا تغییر قیمت یک کالا یا خدمت به صورتی غیر متعارف،۲- تحمیل شرایط قراردادی غیر منصفانه،۳- تحدید مقدار عرضه و یا تقاضا به منظور افزایش و یا کاهش قیمت بازار،۴- ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید یا حذف بنگاه‌ها یا شرکت‌های

21. The Heritage Foundation

22. The Wall Street Journal

۲۳. جایگاه ایران در شاخص آزادی اقتصادی هریتیج۲۰۲۴،پایگاه اکو ایران،۱۴۰۲،مراجعه شده در دی ماه ۱۴۰۳: https://ecoiran.com

رقیب در یک فعالیت خاص،۵- مشروط کردن قراردادها به پذیرش شرایطی که از نظر ماهیتی یا عرف تجاری، ارتباطی با موضوع چنین قراردادهایی نداشته باشد،۶- تملک سرمایه و سهام شرکت‌ها به صورتی که منجر به اخلال در رقابت شود.»، سوءاستفاده از موقعیت مسلط، مفروض گرفته شده و تنها اثبات وقوع مصادیق آن کافی است. همچنین با نگاهی به رویه‌ی عملی شورای رقابت، به‌نظر می‌رسد که برای تشخیص تسلط در بازار همچنان از مفهوم ساده‌ی سهم بازار استفاده می‌شود، در صورتی که امروزه کمیسیون اروپا و نهاد ناظر در ایالات متحده مفاهیم پیچیده‌تری از جمله قدرت بازار را به‌کار می‌گیرند.

شرایط در مورد توافقات ضدرقابتی و ادغام‌ها اندکی بهبود پیدا می‌کند چرا که در اینجا باید نتیجه‌ی توافق یا ادغام ضدرقابتی که همانا اخلال در رقابت می‌باشد، اثبات گردد البته در مورد ادغام‌ها صرف ایجاد موقعیت مسلط در بازار و تمرکز شدید نیز می‌تواند موجب ممنوعیت آن ادغام، بشود.

۲-۲. تحلیل اقتصادی موضوعات حقوق رقابت در ایران

در این گفتار به‌طور جزئی‌تر به نحوه‌ی اِعمال و چگونگی تصمیم‌گیری‌ها در موضوعات حقوق رقابت و بررسی رویه‌های شورای رقابت، می‌پردازیم.

۲-۲-۱. اعمال ضدرقابتی یک‌جانبه

رویکرد مقررات رقابت در ایران در مواجهه با اعمال ضدرقابتی یک‌جانبه کاملا متمایز از رویکرد حقوق رقابت در اتحادیه اروپا می‌باشد. در حقوق ایران ممنوعیت رویه‌های ضد رقابتی یک‌جانبه منحصر در بنگاه‌های مسلط بر بازار نیست و ارتکاب این اعمال ضدرقابتی از طرف شرکت‌های فاقد موقعیت مسلط نیز می‌تواند مشمول ماده‌ی ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ام قانون اساسی باشد. همچنین طبق بند «ط» ماده مذکور صرف مسلط بودن بر بازار، ممنوعیتی به همراه ندارد بلکه سوءاستفاده از این موقعیت، ممنوع است. لازم به ذکر است که مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط، در قانون تصریح شده و احتیاجی به اثبات اثرات ضدرقابتی آن نیست. این در حالی است که بر اساس تعریف علم اقتصاد که همانا تخصیص منابع محدود برای نیازهای نامحدود می‌باشد، اگر رفتار یک شرکت اعم از اینکه مسلط یا غیرمسلط بر بازار باشد، اثری نامناسب و ضدرقابتی در پی نداشته باشد، پرداختن، رسیدگی و صرف وقت و بودجه برای این رفتار، توجیه اقتصادی ندارد.

با این حال تصمیماتی نیز وجود دارد که مطابق و همسو با نظریات اقتصادی می‌باشد، برای مثال در پرونده‌ی رسیدگی به بازار وکیوم باتوم[۲۴]، شورای رقابت رفتار شرکت پالایشگاه نفت اصفهان در فروش مستقیم به شرکت نفت جی با قیمت پایه بورس و عدم فروش به دیگر مشتریان قیرساز در استان اصفهان را مصداق تبعیض در شرایط معامله موضوع بند «ج» ماده ۴۵ قانون تشخیص داد. اما در ادامه این شورا با تحلیل دقیق خود از وضعیت موجود در این بازار تصمیمی اتخاذ می‌نماید که در نوع خود قابل توجه است. اما لازم است که قبل از بیان نظر شورای رقابت، این بازار از منظر نظریه بازی مورد تحلیل قرار گیرد.

در این بازار خاص، که تا قبل از ورود شورای رقابت با ناترازی شدید عرضه و تقاضا مواجه بودیم، به‌طوری که در سال ۱۳۹۵، عرضه سالانه این محصول در بورس کالا ۶ میلیون تن و تقاضای آن به بیش از ۲۰ میلیون تن می‌رسیده است[۲۵]. در این حالت شرکت‌های تولیدکننده می‌بایست، محصول خود را بر مبنای ارز نیمایی قیمت‌گذاری کرده و به بازار عرضه نمایند. در اینجا با در نظر گرفتن نظریه بازی، هر یک از تولیدکنندگان و خریداران، انتخاب‌های متفاوتی را پیش‌روی خود دارند. عرضه‌کننده می‌تواند بر مبنای قانون محصول خود را با قیمت‌گذاری مشخص، در بورس کالا عرضه کند و یا می‌تواند با توجه به وجود متقاضی، قانون را زیرپا گذاشته و محصول خود را با قیمت بالاتر در بازار سیاه به‌فروش برساند. همچنین است که خریدار می‌تواند از طریق بورس کالا اقدام نموده و با توجه به ناترازی عرضه و تقاضا، شانس خود را در بدست آوردن محصول مورد نظر، آزمایش کند و یا در بازار سیاه با قیمتی بالاتر از شرکت یا دلال، محصول را خریداری نماید. در مرحله‌ی بعد با فرض اینکه تولیدکننده، تمام محصول خود را از راه قانونی، عرضه نماید، بازهم

۲۴. مصوبات جلسه سیصد و یازده (۳۱۱) مورخ ۲۴ مهر ۱۳۹۶

۲۵. داستان وکیوم باتوم و بورس کالا، پایگاه خبری اقتصاد آنلاین،۱۴۰۰، مراجعه شده در دی ماه۱۴۰۳: https://www.eghtesadonline.com/

خریدارانی که موفق به دریافت این محصول شده‌اند، می‌توانند وکیوم باتوم را در صنعت خود استفاده نموده و یا در بازار به قیمتی بالاتر به‌فروش برسانند.

در اینجا تصمیمات بازیگران در گزینش هر یک از انتخاب‌ها، تابعی از سود حاصله و احتمال اعمال قانون شدن توسط مجریان می‌باشد. پرواضح است که هرچه سود حاصل از دور زدن قانون بیشتر باشد و احتمال توبیخ شدن توسط مقامات قانونی، کمتر باشد، بازیگران به سمت زیرپا گذاشتن قانون پیش‌خواهند رفت. (Basu, 2018: 112) شورای رقابت اما در تصمیمی هوشمندانه، ضمن توبیخ کردن رفتار ضدرقابتی، تعادلی که در این بازار بوجود آمده بود، که از آن تحت عنوان «تعادل بد[۲۶]» یاد می‌کنیم، را شناسایی نموده و با تغییر مبنای قیمت‌گذاری از ارز نیما به ارز آزاد، تعادل جدیدی را ایجاد نمود که نه تولیدکنندگان و نه عرضه‌کنندگان، از دور زدن قانون، منتفع نمی‌شدند. هم‌چنین است که به دلیل بالارفتن قیمت، تولیدکنندگان احتمالاً ظرفیت تولید خود را نیز افزایش خواهند داد و بنگاه‌های جدید هم به ورود در این بازار علاقه‌مند خواهند شد. اما مشاهده می‌کنیم که در مورد مشابه در بازار روغن پایه، شورای رقابت بازهم با یک بازار انحصاری و ناترازی عرضه و تقاضا روبرو است اما این بار، مبنای قیمت‌گذاری را بر اساس ارز نیما قرار می‌دهد و برای جبران ناترازی در عرضه و تقاضا، خریداران را محصور در بنگاه‌های دارای مجوز خاص، می‌نماید که نتایج این تصمیم با توجه به توضیحات بالا قابل پیش‌بینی خواهد بود.

۲-۲-۲. اعمال ضدرقابتی چندجانبه

با مقایسه‌ی مقررات راجع به اعمال ضدرقابتی یک‌جانبه و توافقات ضدرقابتی، اوضاع اندکی بهبود پیدا میکند چرا که طبق ماده‌ی۴۴این قانون، ممنوعیت توافقات ضدرقابتی، منوط به داشتن یک یا چند اثر شده است که عبارت اند از: «۱- مشخص کردن قیمت‌های خرید یا فروش کالا یا خدمت و نحوه تعیین آن در بازار به طور مستقیم یا غیرمستقیم ۲- محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن مقدار تولید، خرید یا فروش کالا یا خدمت در بازار ۳- تحمیل شرایط تبعیض آمیز در معاملات همسان به طرف‌های تجاری ۴- ملزم کردن طرف معامله به عقد قرارداد با اشخاص ثالث یا تحمیل کردن شروط قرارداد به آن‌ها ۵- موکول کردن انعقاد قرارداد به قبول تعهدات تکمیلی توسط طرفهای دیگر که بنا بر عرف تجاری با موضوع قرارداد ارتباطی ندارد ۶- تقسیم یا تسهیم بازار کالا یا خدمت بین دو یا چند شخص ۷-محدود کردن دسترسی اشخاص خارج از قرارداد، توافق یا تفاهم به بازار.» همچنین بر اساس صدر ماده‌ی مذکور نتیجه‌ی نهایی این اثرات باید اخلال در رقابت باشد.

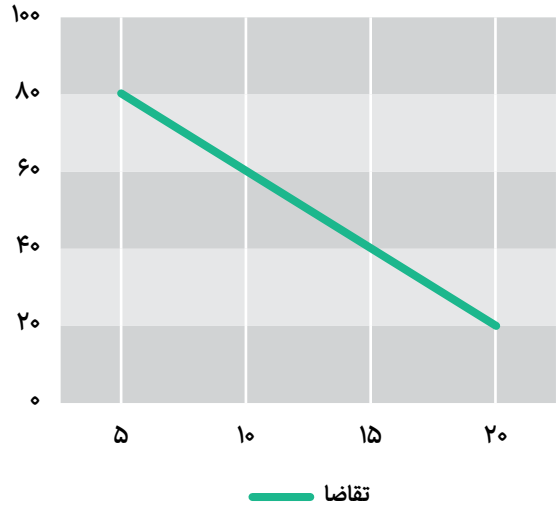
بنابراین در اینجا می‌توان یک ناهماهنگی میان مقررات مربوط به اعمال ضدرقابتی یک جانبه وتوافقات ضدرقابتی، یافت. چراکه قانون گذار در ماده‌ی۴۵ از عبارت: «اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شوند» استفاده کرده است. این عبارت به این معناست که اخلال در رقابت مفروض گرفته شده است. اما در قواعد مربوط به توافقات ضدرقابتی، ممنوعیت متوقف بر داشتن اثری است که خود منجر به اخلال در رقابت خواهد شد. به عبارت دیگر در مورد توافقات ضدرقابتی باید اخلال در رقبت اثبات گردد اما در مورد اعمال ضدرقابتی یک جانبه، نیازی به اثبات این موضوع نیست.

در اینجا نیز با ارائه یک مثال به تحلیل اقتصادی رویکرد شورای رقابت می‌پردازیم. شورای رقابت با انحصاری تشخیص دادن بازار خودرو و برای جلوگیری از تبانی و تأمین رقابت، اقدام به تنظیم‌گیری در این بازار نموده است که با استفاده از مفاهیم اقتصادی به تحلیل این بازار و تصمیم شورای رقابت می‌پردازیم.

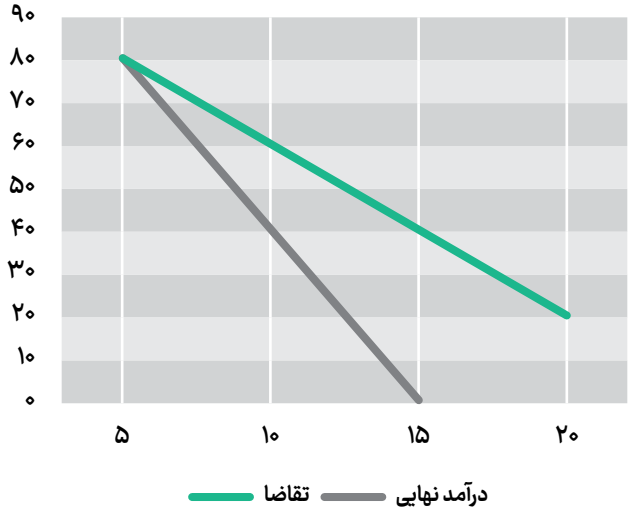
طبق فرض انسان اقتصادی و نظریه‌ی ناظر به رفتار شرکت‌های تجاری در بازار، که در فصول گذشته توضیح داده شد، هر بنگاه خواه در بازار رقابت کامل حضور داشته باشد و یا در بازارهای انحصاری، به‌دنبال بیشینه ساختن منفعت خود می‌باشد. بنابراین تصمیماتی را اتخاذ خواهد کرد که منجر به حداکثر سود خواهد شد. همچنین باید توجه داشت که در بازارهای انحصار کامل و رقابت انحصاری، به‌جای واکنش منفعلانه به قیمت، تولیدکننده یا تولیدکنندگان خود قیمت‌گذار اولیه می‌باشند، بنابراین منحنی تقاضای برای آن‌ها با شیب منفی، می‌باشد. به این معنا که اگر انحصارگر بخواهد مقدار بیشتری از محصول را به‌فروش برساند، می‌بایست قیمت را کاهش دهد. (Salvatore, 2009: 260) بنابراین منحنی تقاضا برای بنگاه انحصارگر به شکل زیر (نمودار۱) می‌باشد.

26. *Bad Equilibria*

نمودار۱: منحنی تقاضا در مقابل انحصاگر



نمودار۲: نمودار تجمیعی تقاضا و درآمد نهایی در بازار انحصاری



پرواضح است که در بازارهای مختلف با کشش‌های متفاوت، شیب منحنی، کم یا زیاد خواهد شد اما هیچ‌گاه، شیب صفر در مقابل بنگاه قرار نخواهد گرفت. همان طور که گفتیم بنگاه حاضر در بازار انحصاری نیز به‌دنبال حداکثر ساختن سود خود می‌باشد، بنابراین نمی‌تواند، محصول خود را با قیمت بسیار بالا عرضه نماید چرا که با توجه به شیب منفی منحنی تقاضا، درآمد نهایی با افزایش قیمت کاهش پیدا خواهد کرد با این تفاوت که منحنی درآمد نهایی، پایین‌تر از منحنی تقاضا قرار خواهد گرفت. (Salvatore, 2009: 269) برای درک بیشتر به نمودار بالا (نمودار۲) توجه فرمایید.

چرایی این رخداد را با یک مثال توضیح خواهیم داد، در یک بازار انحصاری فرضی، بنگاه در قیمت ۱۰ هزار تومان، ۱۰ واحد از محصول خود را می‌تواند به‌فروش برساند، که درآمد ناخالصی معادل، ۱۰۰ هزار تومان دریافت خواهد کرد، اگر این بنگاه قیمت خود را به ۱۱ هزارتومان افزایش دهد، می‌تواند ۹ واحد از محصول خود را بفروشد، بنابراین درآمد ناخالص این شرکت، معادل ۹۹ هزارتومان خواهد بود، و اگر این روند ادامه پیدا کند، علاوه بر سودی که به جهت کاهش فروش از دست می‌دهد، هزینه‌ی تولید هر واحد محصول نیز افزایش خواهد یافت، بنابراین منحنی درآمد نهایی از منحنی تقاضا دائماً فاصله خواهد گرفت. فایده‌ی این مطلب آن است که ضمن تأکید فراوان بر ترجیح بازار رقابت کامل به‌دلیل آنکه قیمت‌ها توسط بنگاه‌ها تعیین نمی‌گردد، اما صرف انحصاری بودن بازار، باعث متضرر شدن مصرف‌کنندگان نخواهد بود، چه‌بسا اینکه ممکن است در مواردی همچون انحصارات طبیعی مانند صنعت نفت، تلفن، برق و.... وجود یک بنگاه بزرگ، کارآمدتر از بنگاه‌های کوچک رقیب باشد چرا که هزینه‌ی تولید به مراتب پایین‌تر است. رویه‌ی جدید کمیسیون اروپا نیز به‌این شکل می‌باشد که صرف انحصاری بودن یک بازار، دلیلی بر تنظیم‌گری و کنترل شرکت یا شرکت‌های انحصاری نمی‌باشد بلکه کارویژه‌ی مجریان حقوق رقابت، اطمینان از مهیا بودن شرایط برای ورود بنگاه‌های جدید به بازار و جلوگیری از سوءاستفاده‌ی شرکت‌های مسلط به‌نفع مصرف‌کنندگان می‌باشد. بنابراین تصمیم شورای رقابت برای کنترل قیمت و عرضه‌ی تولیدکنندگان بازار خودرو به‌دلیل انحصاری بودن این بازار به‌جای توجه به عوامل انحصاری شدن این بازار و تلاش برای رفع این موانع، بر اساس تحلیل اقتصادی، توجیه ندارد، چرا که طبق این توضیح، یک بنگاه برای بدست آوردن بیشترین سود، محصول خود را با قیمتی معقول روانه بازار خواهد کرد.

این دستورالعمل را از منظر دیگری نیز می‌توان بررسی نمود. مطالعات اندیشمندان علم اقتصاد، نشان می‌دهد که قیمت اولیه یک محصول برابر با هزینه‌ی تولید آن محصول است و در ادامه بر اساس نظریه‌ی عرضه و تقاضا، قیمت نهایی آن محصول در بازار کشف خواهد شد. لازم به ذکر است که نظریه‌ی عرضه و تقاضا، یک هنجار و دستور نیست بلکه یک رخداد طبیعی است که حتی در بازارهای انحصاری نیز جاری می‌باشد. (Dadgar, 2022: 111) نظریه‌ی عرضه و تقاضا بیان می‌کند که با کاهش قیمت، تقاضا افزایش و عرضه کاهش پیدا می‌کند و با افزایش قیمت تقاضا، کاهش و عرضه افزایش می‌کند. شورای رقابت با تصمیم خود مبنی بر قیمت‌گذاری

بر روی محصولات دو شرکت ایرانخودرو و سایپا، به‌صورت عملی، قانون عرضه و تقاضا را زیر پا گذاشت و خسارت‌های جبران ناپذیری چه برای مصرف‌کنندگان و چه برای خودروسازها، بوجود آورد. در حقیقت قیمت‌گذاری غیرواقعی بر روی خودروها باعث ایجاد بازاری ثانویه برای این محصول شد که در این بازار قیمت‌های واقعی بر اساس عرضه و تقاضا تعیین می‌گردید، اما این همه‌ی ماجرا نبود چرا که با پایین نگه‌داشتن قیمت کارخانه‌ی محصولات، تقاضای جامعه برای خودرو چندین برابر شد و این افزایش تقاضا خود بیش از بیش به افزایش قیمت خودرو انجامید به طوری که نرخ افزایش قیمت خودرو از نرخ تورم پیشی گرفت[۲۷]. همچنین از کنترل قیمت به ضرر خودروسازها بود چرا که هزینه‌ی آن‌ها با تورم موجود در کشور، افزایش می‌یافت اما قیمت محصولات ثابت نگه داشته شده بود، این موضوع تا جایی ادامه پیدا کرد که هزینه‌ی نهایی هر محصول از قیمت فروش آن بیشتر شد[۲۸]. در نهایت این تصمیم و دستورالعمل به هر دو طرف تولیدکننده و مصرف‌کننده، خسارت وارد کرد و با ایجاد یک رانت عمومی، تنها به دلالان و واسطه‌ها سود رساند. چه‌اینکه اگر از همان ابتدا به نظریه‌ها و راهکارهای اقتصادی عمل می‌شد و تلاش شورای رقابت وقف رسیدگی و از بین بردن موانع و ریشه‌های این انحصار، می‌گردید، نتایج به مراتب بهتری به‌دست می‌آمد.

۲-۲-۳. ادغام‌ها

در ماده ۴۸ به قواعد مربوط به ادغام‌های ضدرقابتی پرداخته شده است. با مطالعه‌ی این ماده باز هم متوجه ناهماهنگی‌های موجود در این قانون می‌شویم. چرا که در بند اول ماده ۴۸، عنوان گردیده که اگر هرکدام رویه‌های موجود در ماده ۴۵ پدید آید، آن ادغام ممنوع اعلام خواهد شد. اما در ادامه سخت‌گیری افزایش یافته و در بندهای ۳ و ۴ این ماده، این‌گونه بیان می‌شود: « ۳- هرگاه ادغام موجب ایجاد تمرکز شدید در بازار شود۴-هرگاه ادغام، منجر به ایجاد بنگاه یا شرکت کنترل کننده در بازار شود.» همان طور که در توضیحات بالا بیان شد، نه در مقررات مربوط به اعمال ضدرقابتی یک‌جانبه و نه در توافقات ضدرقابتی، صرف داشتن موقعیت مسلط در بازار و کنترل داشتن بر آن موجب ممنوعیت اعمال ضدرقابتی، نمی‌باشد اما مشخص نیست که چرا قانونگذار چنین سخت‌گیری در مورد ادغام‌ها به‌کار برده است. چه اینکه در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، با مبنا قراردادن رفاه مصرف‌کننده و استفاده از مفاهیم اقتصادی مرتبط مانند مزیت مقایس و مزیت تنوع، اتفاقاً نوعی آسان‌گیری در مواجهه با ادغام‌ها وجود دارد.

رسیدگی به موارد ادغام، با استفاده از رویکرد اقتصادی، تغییرات عظیمی در نتایج و تصمیمات مأموران رقابت ایجاد خواهد کرد، چرا که عموماً ادغام‌ها باعث افزایش کارآیی و بهره‌وری شرکت‌ها خواهند شد و با کاهش هزینه‌های تولید، محصول نهایی با قیمت پایین‌تری به‌دست مصرف‌کننده خواهد رسید. (Fotis & Polemis, 2011: 335) برای مثال در پرونده‌ی یکی شدن مالکیت دو علامت تجاری «تخفیفان» و «نت برگ»، شورای رقابت تشخیص داد که بعد از این ادغام، تمرکز شدیدی در بازار موردنظر ایجاد گردیده و بر همین اساس تصمیم گرفت که این ادغام را لغو نماید. برای تحلیل این رأی ابتدا باید توضیح دهیم که بازار موردنظر که شورای رقابت از آن تحت عنوان بازار تخفیف گروهی یاد می‌کند، به‌دلیل ضروری نبودن و البته نو بودن، از کشش بسیار بالایی برخوردار است، و مصرف‌کنندگان به‌راحتی می‌توانند از آن صرف‌نظر کنند، بنابراین در صورت انحصاری بودن نیز، بنگاه‌ها، امکان سوءاستفاده‌ی زیادی از موقعیت بوجود آمده ندارند. اما موضوع اصلی آن است که مطالعات اقتصادی ثابت نموده که ادغام‌ها می‌توانند مزایای فراوانی از جمله مزیت مقیاس و تنوع، کاهش هزینه‌های تولید، افزایش قدرت چانه‌زنی، انتقال تجربه و فناوری، ترکیب ایده‌ها و خلاقیت‌ها و... داشته‌باشند. (Fotis & Polemis, 2011:336) در مورد اخیر نیز ادغام دو شرکت استارت‌آپ در زمینه‌ی همکاری یکسان، با توجه به اینکه معمولاً این شرکت‌ها از پشتوانه‌ی مالی قدرتمندی برخوردار نیستند، و افرادی با مهارت‌های بالا و خلاق در کنار یکدیگر جمع شده و با ایده‌های نوآورانه به بازار ورود کرده‌اند، ترکیب دو شرکت می‌تواند باعث اجتماع نوآوری‌ها و خلاقیت‌ها و برطرف ساختن ضعف‌ها و کاستی‌های هر یک از آن‌ها بشود که نتیجه‌ی نهایی، برای مصرف‌کننده بسیار مطلوب خواهد بود. علاوه بر این در بازار مورد نظر، وضعیت به‌گونه‌ای می‌باشد که هرچه یک شرکت، کاربران بیشتری داشته باشد، به همان اندازه خدمات بیشتری می‌تواند ارائه نماید، چرا که اگر تعداد کاربران زیاد باشد، کسب‌وکارها علاقه‌ی بیشتری برای همکاری با بنگاه موردنظر پیدا می‌کنند و بنگاه ارائه کننده

۲۷. سبقت تورم خودرو از تورم عمومی،پایگاه اکو بورس،۱۴۰۳،مراجعه شده در دی ماه ۱۴۰۳: https://ecobourse.ir/
۲۸. زیان ۷درصدی ایرانخودرو و سایپا به ازای تولید هر محصول،پایگاه تجارت نیوز،۱۴۰۳،مراجعه شده در دی ماه ۱۴۰۳: https://tejaratnews.com/

تخفیف نیز از قدرت چانه‌زنی بیشتری در مقابل کسب‌وکارها برخوردار خواهد شد. بنابراین باید توجه داشت که صرف ایجاد تمرکز بالا در یک بازار بعد ادغام، دلیل مناسبی برای لغو آن ادغام نیست چه اینکه بر اساس توضیحات بالا، ممکن است پس از ادغام، مطلوبیت و رفاه مصرف‌کننده افزایش خواهد یافت.

۲-۳. موانع اجرای صحیح حقوق رقابت در ایران از منظر تحلیل اقتصادی حقوق

نهاد حقوق رقابت در ایران برخلاف همانندهای خود در کشورهای توسعه یافته، با چالش‌های متعددی روبه‌رو است که بررسی این موارد خود محتاج پژوهشی مستقل می‌باشد. در این مبحث به‌طور خلاصه موانعی که دولت‌ها پیش روی حقوق رقابت قرار می‌دهند را در دو ساحت بنگاه‌داری دولتی و سیاست‌گذاری از منظر تحلیل اقتصادی بررسی خواهیم کرد.

امروزه اهمیت خصوصی‌سازی و ناکارآمدی اقتصاد دولتی بر کسی پوشیده نیست، چه اینکه قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، بر همین اساس اقدام به ارائه‌ی تفسیری نوین و خارق‌العاده از اصل ۴۴ام قانون اساسی، نمود. علی‌رغم تلاش‌های دولت‌های مختلف در واگذاری بنگاه‌های دولتی به بخش خصوصی، همچنان بخش عظیمی از اقتصاد ما، به طرق گوناگون در اختیار دولت می‌باشد. باید توجه داشت که شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، به‌طور طبیعی و به دلایل مختلف میل به انحصار دارند از جمله: ۱- استفاده از رانت‌ها، یارانه‌ها و کمک‌های دولتی ۲-داشتن اطلاعات و منابعی که در حالت عادی بخش خصوصی دسترسی به آن‌ها ندارد ۳-ارتباط مستقیم با تصمیم‌گیران و سیاست‌گذارن ۴-وجود تعارض منافع میان شرکت‌های دولتی و شورای رقابت به‌عنوان نهادی اداری و شبه‌دولتی. همچنین طبق نظر اقتصاددانان کلاسیک، حضور دولت در اقتصاد، آزادی اقتصادی را محدود می‌کند، تعادل را برهم میزند و کارآیی را از بین می‌برد (Lowe, 1954: 130) چرا که مدیران شرکت‌های دولتی به‌عنوان بیشینه‌سازان عقلانی مطلوبیت خود، سود خود را هم‌راستا با سود شرکت تحت مدیریت خود نمی‌بینند چرا که سود و زیان شرکت، تأثیری در وضعیت آن‌ها ندارد، از این مسئله در علم راهبری شرکتی[۲۹]، تحت عنوان بحران نمایندگی[۳۰]، یاد می‌شود. بنابراین ممکن است و تجربه نیز ثابت نموده که تصمیماتی که مدیران این‌گونه شرکت‌ها اتخاذ می‌نمایند در بهترین حالت بدون نظر گرفتن کارآیی و بهره‌وری شرکت است و در بدترین حالت بر اساس نفع شخصی می‌باشد.

بنابراین تا زمانی که بخش اعظمی از بازار داخلی در اختیار دولت باشد، خواه این بنگاه‌ها مستقیماً تحت مالکیت دولت باشند و یا این مالکیت اشتراکی باشد و یا حتی صرفاً مدیریت بنگاه‌ها به وسیله‌ی وابستگان دولتی انجام پذیرد، در این وضعیت حقوق رقابت که بر مبنای بازار آزاد شکل گرفته است و برای رسیدن به بازار رقابت کامل تلاش می‌کند، هیچگاه به اهداف خود نخواهد رسید.

علاوه‌بر بنگاه‌داری، دولت به‌وسیله‌ی تصمیم‌گیری‌ها و سیاست‌گذاری‌ها نیز می‌تواند برای نهاد حقوق رقابت مانع‌تراشی کند. در این حالت دولت می‌تواند با ورود و دخالت در بازارهای مختلف، در رقابت اخلال ایجاد کرده و بازار را به سمت انحصاری شدن ببرد. این دخالت می‌تواند مصادیق متعددی مانند اعطای یارانه‌ها و کمک‌های دولتی، ممنوعیت‌های وارداتی و صادراتی، عوارض و مالیت‌های خلاف قاعده، قیمت‌گذاری دستوری و محدودیت‌های ارزی، داشته باشد.

همان طور که بیان شد، شورای رقابت کار بسیار مشکلی در تثبیت حقوق رقابت در کشور ما دارد، این مهم به نتیجه نخواهد رسید مگر اینکه هماهنگی کاملی میان نهادهای سیاست‌گذار در کشور جهت دسترسی به بازار آزاد همراه با اعطای آزادی اختیار به بخش خصوصی، وجود داشته باشد.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

پژوهش حاضر در پی ارزیابی نظام حقوق رقابت ایران در پرتو «رویکرد اقتصادی‌تر» اتحادیه اروپا، نشان می‌دهد که حقوق رقابت در ایران از خلأ یک هدف‌گذاری منسجمِ اقتصادی رنج می‌برد. درحالی‌که حقوق مدرن رقابت با گذر از شکل‌گرایی محض، بر پایه «رویکرد اثر-محور» (Effects-Based Approach) و با هدف غایی ارتقای کارایی و رفاه مصرف‌کننده استوار شده است، رویه حاکم بر شورای

29. *Corporate Governance*
30. *Agency Problem*

رقابت ایران همچنان به شدت شکل‌گرا و متکی بر روش‌شناسی سنتیَ حقوقی است. یافته‌ها حاکی از آن است که به دلیل فقدان دستورالعمل‌های شفاف برای سنجش اقتصادیِ بازار، آرای صادره اغلب فاقد پشتوانه متقن در تحلیل‌های خُرد اقتصادی هستند.
علاوه بر این، بررسی‌ها تهافت و فقدان مبنای تئوریک در خود قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را آشکار می‌سازد. اِعمال استانداردهای دوگانه؛ از جمله سخت‌گیری‌های شدید و مبتنی بر فرم در حوزه «ادغام‌ها» (بدون توجه به مفاهیم اقتصادی نظیر مزیت مقیاس و تنوع) در قیاس با نحوه برخورد با «رویه‌های ضدرقابتی دوجانبه یا چندجانبه»، نشان‌دهنده سردرگمی مقنن ایرانی است. قانونگذار بدون در نظر گرفتن «اثرات رفاهی» و «دفاعیات مبتنی بر کارایی» (Efficiency Defense)، صرفاً بر مفهوم انتزاعی «اخلال در رقابت» تمرکز کرده است.
در نهایت، مهم‌ترین دستاورد و نتیجه این پژوهش آن است که فراتر از ایرادات تقنینی و رویه‌ای، مانع اصلیَ کارآمدی حقوق رقابت در ایران، ساختار اقتصاد دولتی و چالش‌های اقتصاد سیاسی است. حقوق رقابت، زاییده و حافظِ نظمِ «بازار آزاد» است؛ در ساختاری که دولت خود بزرگترین انحصارگر اقتصادی محسوب می‌شود و ترکیب اکثریتی اعضای دولتی در شورای رقابت، ماهیتی اداری و شبه‌دولتی به آن بخشیده است، تعارض منافع ساختاری اجتناب‌ناپذیر می‌گردد. از این رو، تا زمانی که سایه سنگین تصدی‌گری و سیاست‌گذاری‌های مداخله‌جویانه دولت بر اقتصاد سنگینی می‌کند، حتی گذار نهاد تنظیم‌گر به محاسبات پیچیده اقتصادی و حاکمیت دلیل (Rule of Reason) نیز نخواهد توانست حقوق رقابت را به اهداف بنیادین خود نائل گرداند.
با توجه به مطالعه‌ای که در مورد حقوق رقابت در اتحادیه اروپا و حقوق ایران، انجام پذیرفت، مشخص گردید که نهاد رقابت در کشور ما نیازمند اصلاحات در اهداف و در متن قانون می‌باشد. اما در مرحله‌ی اول به‌نظر می‌رسد که اهداف و انگیزه‌های حقوق رقابت در ایران باید به سمت کارآیی و رفاه مصرف‌کننده، پیش‌رود. در مرحله‌ی دوم شورای رقابت در رسیدگی‌ها و بازرسی‌های خود در مواجهه با رویه‌های ضدرقابتی از آموزه‌های علم اقتصاد بهره ببرد.
در این خصوص می‌توان همانند رویکرد اتحادیه اروپا در اِعمال حقوق رقابت، تخصص اقتصادی را در شورای رقابت افزایش داد و در شورای رقابت و مرکز ملی رقابت استفاده‌ی بیشتری از اقتصاددان‌ها نمود و همچنین در استدلال‌ها و مستندات، باید از فرمول‌ها و محاسبات اقتصادی بهره جست. این تغییرات در حقوق رقابت می تواند با پذیرفتن مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، حتی بدون تغییر قوانین، دنبال گردد.

References

1. *Aghaei Toug, M. (2013). Analysis of "Economic Analysis of Law". Comparative Law Studies, 4(2), 1-17. (In Persian)*
2. *Alaeddini, A. A. (1403), Competition Law: In the Mirror of Legislative Developments, Tehran: Majd Publications (In Persian)*
3. *Albert, M., & Voigt, S. The More Economic Approach to European Competition Law. In: Tubingue.*
4. *Automobile inflation surpasses general inflation, Eco Bourse website, 1403, accessed in January 1403: https://ecobourse.ir/ (In Persian)*
5. *Bagheri, Mahmoud and Fallahzadeh, Ali Mohammad. (2009). "Fundamentals of Public Law of Competition Law" with a Look at the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Private Law Studies, 39(3), 63-81. (In Persian)*
6. *Barzegar, A. (2014), The Position and Duties of the Competition Council in the Iranian Legal System, Administrative Law Quarterly, 3(1), 148-178 (In Persian)*
7. *Basu, K. (2020). The Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics. Princeton University Press.*
8. *Collection of Competition Council resolutions, up to the latest amendments in the five hundred and forty-three (543) session, dated September 27, 1403 (In Persian)*
9. *Competition Council resolutions, three hundred and sixth (306) session, dated September 13, 1396 (In Persian)*
10. *Dadar, Y. (2012), Principles of Economic Analysis: Micro and Macro, Tehran: Amareh Publications (In Persian)*
11. *Duso, T., Gugler, K., & Yurtoglu, B. (2007). Remedies in Merger Control. Conferences on New Political Economy,*
12. *Farrell, H., & Quiggin, J. (2011). Concensus, dissensus and economic ideas: The rise and fall of keynesianism during the economic crisis. Oxford University Press*
13. *Fotis, P. N., & Polemis, M. L. (2011). The use of economic tools in merger analysis: Lessons from US and EU experience. European Competition Journal, 7(2), 323-347.*
14. *Jones, C. A. (2007). The Second Devolution of European Competition Law: The Political Economy of Antitrust Enforcement Under a'More Economic Approach'. Conferences on New Political Economy,*
15. *Hosseini, M. (2017), Competition Law in the Mirror of the Structure and Decisions of the Competition Council, Tehran: Majd Publications (In Persian)*
16. *Iran Khodro and Saipa's 7% loss per product produced, Tejarat News website, 1403, accessed in January 1403: https://tejaratnews.com/ (In Persian)*
17. *Kirchner, C. (2007). Goals of antitrust and competition law revisited. Conferences on New Political Economy,*
18. *Lowe, A. (1954). The classical theory of economic growth. Social Research, 127-158.*
19. *Mousavi, S. F., Jadidi, A.. (1400). A Comparative Study of Competition Rules in the Competition Laws of Iran and the European Union. Comparative Research of Islamic and Western Laws, 8(2), 279-312. (In Persian)*
20. *Resolutions of the Competition Council, Session Five Hundred and Nineteen (519), Dated November 17, 1401 (In Persian)*
21. *Resolutions of the Competition Council, Session Two Hundred and Sixty-Three (263), Dated September 19, 1395 (In Persian)*
22. *Röller, L.-H. (2005). Economic analysis and competition policy enforcement in Europe. Modelling European Mergers. Theory, Competition Policy and Case Studies, Cheltenham: Elgar, 11-24.*
23. *Roth, W.-H. (2007). The "More Economic Approach" and the rule of law. The More Economic Approach to European Competition Law, Conferences on New Political Economy,*
24. *Rubinfeld, D. L. (2007). Empirical Methods in Antitrust: New Developments in Merger Simulation. Conferences on New Political Economy,*
25. *Salvatore, D. (2009), Theory and Problems of Microeconomics (Hassan Sobhani), Tehran: Negah Danesh. (In Persian)*
26. *Silvia, L. (2018). Economics and Antitrust Enforcement: The Last 25 Years. International Journal of the Economics of Business, 25(1), 119-129.*
27. *The story of the vacuum baton and the commodity exchange, Eghtesad Online news site, 1400, accessed in January 1403: https://www.eghtesadonline.com/ (In Persian)*
28. *Van Den Bergh, R., & Giannaccari, A. (2014). The more economic approach in European competition law: is more too much or not enough? Mercato Concorrenza Regole(3), 393-434.*
29. *Witt, A. C. (2016). The more economic approach to EU antitrust law (Vol. 14). Bloomsbury Publishing.*

A Competition Law Assessment of Entry Barriers in Digital Markets with an Emphasis on the Role of Big Data

Ebrahim Rahbari[1] Rayhaneh khalili[2]*

1. *Associate Professor of Intellectual Property Rights and Cyberspace Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.*
2. *PHD Candidate Private Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran*

(- Corresponding Author Email: r_khalili@sbu.ac.ir)*

Received: 2025-11-21
Revised: 2026-08-23
Accepted: 2026-09-08
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Rahbari, E., khalili, R (2026). A Competition Law Assessment of Entry Barriers in Digital Markets with an Emphasis on the Role of Big Data. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (205-222) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.96610.1501

1. INTRODUCTION

Digital markets have introduced new forms of competition based on data, algorithms, technological infrastructures, and network effects. Unlike traditional markets, competitive advantages in digital ecosystems are increasingly shaped by the ability of firms to collect, process, and utilize large volumes of data. Among these resources, big data has become a fundamental element of innovation, allowing firms to improve services, personalize products, and develop new business models.

However, the competitive significance of big data is not limited to its positive effects. When large-scale datasets are concentrated in the hands of dominant digital platforms, data may become a source of market power and an important barrier to entry. Platforms with extensive user networks can continuously collect and analyze data, improve their services, attract more users, and strengthen their competitive position. This self-reinforcing process creates a data feedback loop that may make market access increasingly difficult for new entrants.

Entry barriers in digital markets differ from traditional barriers because they are not merely based on financial resources or production capacity. They arise from a combination of technical, legal, structural, and behavioural factors. Limited access to unique datasets, lack of interoperability, user lock-in, technological dependency, contractual restrictions, and regulatory limitations on data processing and transfer may prevent new competitors from effectively entering digital markets.

From the perspective of competition law, these developments require reconsideration of traditional approaches to market power and exclusionary conduct. While access to data can promote innovation and efficiency, excessive concentration or strategic control over data resources may restrict competition and reinforce the position of incumbent firms. Therefore, competition authorities increasingly examine data-related issues in merger control, abuse of dominance cases, and digital market regulation.

This issue is particularly relevant for emerging digital economies, including Iran, where digital platforms are expanding but comprehensive legal frameworks addressing data-driven competition concerns remain under development. Although Iranian legal instruments have introduced certain principles regarding competition and

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

digital platforms, a coherent framework for addressing entry barriers caused by big data has not yet been established.

Accordingly, this research examines the relationship between big data and entry barriers in digital markets from a competition law perspective. It analyses how data may create competitive advantages for dominant platforms, identifies the main categories of data-related entry barriers, and evaluates legal mechanisms that can reduce anti-competitive effects while preserving incentives for innovation.

2. PURPOSE

The primary purpose of this research is to analyse the role of big data in creating and strengthening entry barriers in digital markets from a competition law perspective. While data is widely recognized as a driver of innovation and efficiency, this study seeks to demonstrate that under certain conditions, the concentration and exclusive control of data resources may limit competitive opportunities and reinforce the dominance of established digital platforms.

More specifically, this research pursues several objectives. First, it aims to identify the specific characteristics of big data that may transform it from an ordinary business resource into a significant competitive barrier. In this regard, the study examines factors such as data uniqueness, scale advantages, network effects, and technological capabilities that influence the competitive value of data.

Second, the research seeks to classify and analyse different types of entry barriers associated with big data throughout the data lifecycle. Rather than treating data access as a single competitive issue, the study examines barriers arising at different stages, including data collection, storage, processing, exploitation, and transfer. This approach allows for a more comprehensive understanding of how digital platforms may obtain and maintain competitive advantages.

Third, the study evaluates the role of legal and regulatory frameworks in either increasing or reducing data-related entry barriers. While privacy, security, intellectual property, and data protection rules pursue legitimate objectives, they may also influence competitive conditions by affecting the ability of firms to access and utilize data. Therefore, the research examines the balance between protecting individual rights and maintaining effective competition.

Finally, the research aims to assess legal mechanisms capable of reducing harmful entry barriers while preserving incentives for innovation and investment. It evaluates whether traditional competition law doctrines, such as refusal to deal and essential facilities, are suitable for addressing data-related exclusionary practices and explores the potential contribution of interoperability requirements and digital market regulation.

3. METHODOLOGY

This research adopts a descriptive-analytical and comparative legal methodology to examine the relationship between big data and entry barriers in digital markets. The study does not seek to measure the economic effects of data concentration through empirical methods; rather, it analyses the legal and competitive implications of data-driven market structures through doctrinal legal analysis and comparative examination of regulatory approaches.

The descriptive-analytical method is employed to identify and evaluate the mechanisms through which big data may create or reinforce barriers to entry. In this framework, big data is examined not merely as an economic asset, but as a strategic resource whose competitive significance depends on various factors, including accessibility, uniqueness, quality, processing capabilities, and integration with digital ecosystems. The research analyses how these characteristics influence the ability of new entrants to compete with established platforms.

To provide a comprehensive assessment, the study adopts a lifecycle-based approach to data. Accordingly, entry barriers are examined across different stages of the data value chain, including data collection, storage, processing, utilization, and transfer. At each stage, the research distinguishes between three categories of barriers: technical barriers, legal barriers, and behavioural barriers. This classification enables a systematic evaluation of the different sources of competitive disadvantages faced by new entrants in data-driven markets.

The comparative legal method is also employed to assess different regulatory responses to data-related compe-

tition concerns. The study examines developments within the European Union and the United States, focusing particularly on competition law enforcement, data protection regulations, and emerging digital market legislation. The analysis considers relevant frameworks such as the General Data Protection Regulation (GDPR), the Digital Markets Act (DMA), U.S. antitrust approaches toward major digital platforms, and selected competition cases involving companies such as Google, Apple, Meta, and Fitbit.

Furthermore, the research examines the Iranian legal framework in relation to data governance and digital competition. Relevant domestic instruments, including the Law on Implementation of General Policies of Article 44 of the Constitution, the Supreme Council of Cyberspace's document on supporting competition and preventing monopoly in digital platforms, the Bill on Protection of Personal Data, and the Executive Guideline on Improving User Privacy Protection, are analysed to determine their capacity to address data-related entry barriers.

The research also relies on the analysis of academic literature and institutional reports concerning big data and competition law. Scholarly works addressing data-driven market power, network effects, interoperability, data portability, and essential facilities doctrine are examined to develop the theoretical foundations of the study. In addition, competition authorities' decisions and judicial developments are considered to demonstrate how legal systems have responded to challenges arising from data concentration.

Through this methodology, the research seeks to establish a balanced legal analysis that recognizes both the pro-competitive and anti-competitive dimensions of big data. While data access may promote innovation and improve market efficiency, excessive concentration and exclusionary control over valuable datasets may undermine competitive processes. Therefore, the methodological framework adopted in this study aims to identify circumstances in which regulatory intervention is justified while avoiding unnecessary restrictions on innovation and investment.

4. FINDINGS

The findings demonstrate that big data has a dual competitive role in digital markets. On the one hand, it facilitates innovation, improves service quality, and enables firms to develop more efficient business models. On the other hand, when access to valuable datasets is concentrated among dominant platforms, big data may function as a significant barrier to entry and contribute to market concentration.

The research shows that data itself does not automatically constitute an entry barrier. Rather, competitive concerns arise when specific conditions exist, including the uniqueness of datasets, difficulty of replication, strong network effects, and the existence of advanced analytical capabilities. In such circumstances, established platforms may obtain advantages that new entrants cannot easily overcome.

First, barriers may emerge at the stage of data collection. Dominant platforms often benefit from direct interaction with large user networks, allowing them to continuously collect extensive datasets. This advantage is reinforced by network effects because more users generate more data, and more data improves the quality of services, attracting additional users. As a result, new entrants may face difficulties in obtaining comparable datasets and building competitive services.

Data collection may also be restricted through behavioural strategies, including exclusive agreements, limitations on third-party access, and practices that prevent users from transferring their information to alternative platforms. Such practices may increase switching costs and strengthen the position of incumbent firms.

Second, significant barriers may arise in data storage and processing. Effective competition in digital markets requires not only access to data but also the infrastructure and analytical capabilities necessary to transform data into economic value. Large platforms often possess superior cloud infrastructure, artificial intelligence technologies, and algorithmic capabilities, while smaller firms may lack the resources required to develop similar systems.

Moreover, technological dependence and data lock-in may prevent firms and users from easily transferring information between platforms. Differences in technical standards, proprietary systems, and high migration costs may reduce competitive pressure and preserve the advantages of established providers.

Third, barriers may occur in data utilization and transfer. Even where competitors obtain access to certain datasets, they may not be able to compete effectively due to user lock-in, lack of interoperability, and difficulties in

integrating data into alternative services. The accumulation of user history and personalized information within a platform may discourage users from switching to competitors.

The research further indicates that legal rules have a complex relationship with competition. Privacy and data protection regulations may impose limitations on data collection, processing, and transfer. These rules are essential for protecting individual rights; however, they may also influence market dynamics by affecting firms' ability to access and use data. Therefore, competition analysis should consider whether regulatory burdens disproportionately affect smaller competitors or whether they apply equally across the market.

Regarding legal responses, the findings suggest that no single regulatory mechanism can address all forms of data-related entry barriers. A combination of competition law tools and digital market regulation is required.

The essential facilities doctrine may provide a possible solution in exceptional cases where a dominant firm controls indispensable data that cannot reasonably be replicated and refusal of access significantly restricts competition. However, mandatory data sharing should be applied cautiously because excessive obligations may weaken incentives for investment and innovation.

Merger control is another important mechanism. Data-driven acquisitions may increase concentration by allowing large platforms to obtain valuable datasets or eliminate potential competitors. Therefore, competition authorities should consider not only current market shares but also the impact of data accumulation on future competition and innovation.

The findings also emphasize the importance of interoperability as a tool for reducing entry barriers. Technical and data interoperability can decrease switching costs, limit user lock-in, and allow smaller firms to compete more effectively. Recent European digital regulation demonstrates a movement toward imposing interoperability obligations on major platforms, particularly where such obligations are necessary to preserve competitive markets.

Finally, the study highlights the importance of creating a broader competitive digital infrastructure. Supporting multi-homing, reducing dependence on individual platforms, and enabling innovative firms to access necessary digital resources can strengthen competition without imposing excessive restrictions on successful companies.

5. CONCLUSION

This research demonstrates that big data has become one of the most influential factors shaping competition in digital markets. Although data provides significant opportunities for innovation, efficiency, and the development of new services, its concentration and strategic control by dominant digital platforms may create substantial barriers to entry and weaken competitive dynamics.

The findings indicate that data-related entry barriers do not arise from the mere existence of large datasets. Rather, they result from the combination of several factors, including access to unique and non-replicable data, network effects, technological capabilities, user dependency, and the ability of dominant firms to integrate data with advanced analytical tools. Therefore, the competitive significance of big data must be assessed within the broader structure of digital ecosystems.

The analysis of different stages of the data lifecycle shows that entry barriers may emerge during data collection, storage, processing, transfer, and utilization. At the collection stage, dominant platforms benefit from large user networks and continuous access to behavioural data. During storage and processing, differences in infrastructure, cloud capabilities, and artificial intelligence technologies may create competitive disadvantages for smaller firms. At the utilization and transfer stages, interoperability limitations, switching costs, and contractual restrictions may prevent competitors from effectively accessing markets.

The research also highlights the complex relationship between competition law and other regulatory objectives, particularly privacy and data protection. While restrictions on data use are necessary to protect users' fundamental rights, regulatory frameworks should be designed in a manner that does not unintentionally reinforce the market position of dominant firms or impose disproportionate burdens on smaller competitors. Achieving an appropriate balance between data protection and competitive access is therefore a central challenge in digital market regulation.

From a legal perspective, addressing data-driven entry barriers requires a combination of traditional competi-

tion law instruments and new regulatory approaches. The essential facilities doctrine may be relevant in exceptional cases where access to specific datasets is indispensable for competition. Merger control should consider the long-term effects of data accumulation and the impact of data-driven acquisitions on potential competition. Furthermore, interoperability and data portability obligations can reduce user lock-in, facilitate market entry, and promote innovation by enabling greater interaction between digital services.
With regard to Iran, the current legal framework provides some preliminary mechanisms for addressing competition concerns in digital markets, particularly through the regulations concerning digital platforms and competition protection. However, these rules do not yet establish a comprehensive framework capable of addressing the complex relationship between data concentration and market power. A more coherent approach requires the development of specific rules on data access, interoperability, transparency obligations, and institutional coordination between competition authorities and data governance bodies.
Ultimately, big data should not be considered solely as a private economic asset controlled exclusively by individual firms, nor should it be subject to unrestricted compulsory sharing. Instead, it should be approached as a strategic resource whose regulation requires balancing innovation incentives, privacy protection, and effective competition. Such an approach can prevent excessive concentration of digital power while supporting the sustainable development of competitive digital markets..

Keywords: Big Data; Entry Barriers; Data Access; Interoperability; Market Power.

ارزیابی حقوق رقابتی موانع ورود در بازارهای دیجیتال با تأکید بر نقش کلان‌داده‌ها

ابراهیم رهبری[1] ریحانه خلیلی[2*]

دریافت: ۱۴۰۴-۰۸-۳۰ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۶-۰۱ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۱۷ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

بازارهای دیجیتال به‌واسطه‌ی تمرکز فزاینده بر داده و نقش‌محوری کلان‌داده‌ها در فرایند رقابت، با موانع ورود نوظهور و پیچیده‌ای مواجه‌اند. دسترسی نابرابر به داده‌های گسترده و قابلیت تحلیل و بهره‌برداری از آن‌ها، موجب شکل‌گیری مزیت‌های انحصاری برای شرکت‌های جاافتاده و محدودیت‌های جدی برای ورود رقبا می‌شود. از این منظر، موانع ورود در بازارهای دیجیتال صرفاً ماهیتی اقتصادی ندارند، بلکه حاصل تعامل عوامل فنی، رفتاری و ساختاری هستند که در کنار محدودیت‌های قانونی، مانع تحقق رقابت مؤثر می‌شوند. این پژوهش با رویکردی میان‌رشته‌ای، ضمن تحلیل ماهیت و کارکرد موانع ورود در بازارهای دیجیتال، نقش کلان‌داده‌ها را در ایجاد و تقویت این موانع بررسی می‌کند و چارچوب‌های حقوقی مؤثر بر کاهش آن‌ها را ارزیابی می‌نماید. یافته‌ها نشان می‌دهد که تنظیم‌گری مؤثر بر دسترسی و اشتراک‌گذاری داده‌ها، الزام به قابلیت همکاری فنی میان سکوها و حمایت از نوآوری شرکت‌های نوپا، از مهم‌ترین ابزارهای حقوقی برای کاهش تمرکز و ارتقای رقابت در بازارهای دیجیتال است. در نهایت، تأکید می‌شود که تبیین دقیق مفهوم موانع ورود و تدوین قواعد الزام‌آور در حوزه داده، می‌تواند مسیر تحقق رقابت منصفانه و پایداری بازارهای دیجیتال را در نظام حقوقی ایران هموار سازد.

کلمات کلیدی: کلان‌داده‌ها، موانع ورود، دسترسی به داده، قابلیت همکاری و قدرت بازاری.

۱. *دانشیار گروه حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشگاه شهید بهشتی*
۲. *دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)* r_khalili@sbu.ac.ir

۱. مقدمه

بازارهای دیجیتال به‌عنوان یکی از مهم‌ترین حوزه‌های اقتصادی نوین، ویژگی‌های ساختاری منحصربه‌فردی دارند که ماهیت رقابت در آن‌ها را از بازارهای سنتی متمایز می‌سازد. در این بازارها، موانع ورود به عواملی اطلاق می‌شود که ورود شرکت‌های تازه‌وارد را با دشواری یا هزینه‌های فزاینده مواجه ساخته و امکان رقابت مؤثر آنان با بازیگران مستقر در بازار را محدود می‌نمایند.

در این بستر، کلان‌داده‌ها به‌عنوان یکی از دارایی‌های محوری و مؤثر در فعالیت‌های بازار دیجیتال مطرح می‌شوند. کلان‌داده‌ها نه‌تنها توانایی تحلیل و ارائه خدمات هدفمند و نوآورانه را برای شرکت‌ها فراهم می‌کنند، بلکه می‌توانند نقش مهمی در تقویت مزیت رقابتی و شکل‌دهی ساختار رقابت بازار ایفا کنند. بهره‌برداری هوشمندانه از این داده‌ها، در کنار نوآوری و توسعه محصولات مکمل، می‌تواند فرصت‌های رقابتی جدیدی را برای شرکت‌ها ایجاد کند، درحالی‌که محدودیت دسترسی به آن‌ها یا تمرکز بیش از حد داده‌ها، به‌عنوان یکی از عواملی که می‌تواند موانع ورود را تشدید کند، موردتوجه قانون‌گذاران و مراجع رقابتی قرار گرفته است. در مجموع، شناخت دقیق موانع ورود و نقش کلان‌داده‌ها در بازارهای دیجیتال، زمینه‌ای ضروری برای تحلیل رقابت، سیاست‌گذاری مؤثر و تبیین راهکارهای تقویت نوآوری و توانمندسازی بنگاه‌های نوآور فراهم می‌کند.

مطالعات خارجی پیرامون موانع ورود کلان‌داده‌ها و پیامدهای رقابتی آن از دهه ۲۰۱۰ میلادی آغاز شده است، به‌ویژه با ظهور کتاب‌های کلیدی مانند McAfee و Brynjolfsson (۲۰۱۲) که اهمیت کلان‌داده‌ها در مدیریت و تصمیم‌گیری سازمانی را برجسته کردند و آثار Stucke و Grunes (۲۰۱۶) که به سیاست‌های رقابت و تأثیرات کلان‌داده بر انحصار و قدرت بازار پرداخته‌اند. مطالعات تجربی و نظری بعدی مانند Evans (۲۰۱۳)، Casanova (۲۰۱۶) و Gal & Rubinfeld (۲۰۱۶)، موانع دسترسی به داده‌ها، اثرات شبکه‌ای و هزینه‌های پنهان کالاهای دیجیتال رایگان را بررسی کرده‌اند، در حالی که گزارش‌های اخیر Bara (۲۰۲۵) و Mercatus Center (۲۰۲۵) بر چالش‌های دسترسی به داده‌های حجیم و تحلیل رقابت در عصر هوش مصنوعی تأکید دارند. در زمینه مطالعات داخلی، پژوهش‌های رهبری (۱۴۰۱-۱۴۰۲) به‌طور خاص به کلان‌داده‌ها، سوءاستفاده از موقعیت مسلط و تأثیر داده‌ها بر قدرت بازار در ایران پرداخته‌اند. آثار وی ضمن تحلیل حقوقی چالش‌های کلان‌داده‌ها، روند تحولات نوین حقوق رقابت در بازارهای پلتفرمی و مصادیق خاص سوءاستفاده از داده‌ای را مورد بحث قرار داده‌اند. این مقاله با هدف تحلیل موانع ورود ناشی از کلان‌داده‌ها در بازارهای دیجیتال، به بررسی نحوه ایجاد و تقویت این موانع می‌پردازد و می‌کوشد با تبیین ابعاد حقوقی و رقابتی موضوع، راهکارهایی برای کاهش این موانع و تسهیل ورود رقبا به بازار ارائه نماید.

۲. پیوند میان کلان‌داده‌ها و موانع ورود به بازارهای دیجیتال

کلان‌داده‌ها در بازارهای دیجیتال، نقشی دوگانه و پیچیده در ساختار رقابت ایفا می‌کنند. از یک‌سو، این داده‌ها به واسطه ظرفیت تحلیلی و نوآورانه خود می‌توانند زمینه‌ساز رقابت مبتنی بر شایستگی، بهبود کیفیت خدمات و ارتقای نوآوری شوند؛ زیرا شرکت‌های تازه‌وارد قادرند با بهره‌گیری خلاقانه از داده‌ها و توسعه محصولات مکمل، جایگاه رقابتی خود را در برابر بازیگران مسلط تقویت کنند. (Yun, 2019: 406) با این‌حال، همین عنصر رقابتی می‌تواند به ابزاری برای تثبیت قدرت بازار نیز تبدیل شود. انباشت مستمر داده‌ها توسط پلتفرم‌های بزرگ، آثار شبکه‌ای و مزایای مقیاس را تشدید کرده و در نتیجه، هزینه ورود و رقابت را برای بنگاه‌های جدید به طور قابل‌توجهی افزایش می‌دهد. در چنین شرایطی، عدم دسترسی شرکت‌های نوپا به داده‌های مشابه یا فقدان توان تحلیلی لازم، موانع ورود عملی و پایداری ایجاد می‌کند که به تمرکز بازار و تضعیف رقابت مؤثر می‌انجامد. (Giannaccari, 2018: 4)

در همین راستا، مقدمه سند سیاست‌ها و الزامات کلان حمایت از رقابت و مقابله با انحصار سکوهای فضای مجازی که در سال ۱۳۹۹ توسط شورای‌عالی فضای مجازی تهیه شد، به صراحت کنترل بر داده‌های کاربران را عاملافزایش قدرت بازاری، کاهش رقابت پذیری بازار و شکل گیری و تقویت انحصارها دانسته است.

۳. انواع موانع ورود ناشی ازکلان‌داده‌ها

موانع ورود در زنجیره ارزش کلان‌داده‌ها می‌توانند در هر یک از مراحل گردآوری، ذخیره‌سازی، پردازش و انتقال داده‌ها بروز یابند. بخشی از این موانع از رفتارهای انحصاری و بهره‌برداری ناعادلانه شرکت‌های مسلط ناشی می‌شود و بخشی دیگر ریشه در ویژگی‌های

ساختاری و ذاتی بازارهای دیجیتال دارد و یا منبعث از قوانینی است که ورود و رقابت مؤثر شرکت‌های جدید را دشوار می‌سازد. شناسایی دقیق این موانع برای ارزیابی انحصار در بازارهای داده‌محور و سنجش واقعی سطح رقابت در این بازارها ضروری است.

۳-۱. موانع گردآوری داده‌ها

الف. موانع فنی

در بازارهای دیجیتال، ویژگی منحصربه‌فرد بودن داده‌ها از اساسی‌ترین عوامل ایجاد موانع ورود به شمار می‌آید. هرچند بخشی از داده‌ها به‌واسطه‌ی ماهیت غیرانحصاری و منابع متعدد، از طریق کارگزاران داده یا پایگاه‌های عمومی با هزینه‌ای اندک در دسترس قرار می‌گیرند، اما هنگامی‌که مجموعه‌ای از داده‌ها در انحصار یک پلتفرم خاص قرار دارد، امکان دسترسی و بهره‌گیری از این مجموعه‌های منحصربه‌فرد داده، دگرگون می‌شود. در چنین وضعیتی، پلتفرم‌های مسلط به‌واسطه موقعیت واسطه‌ای و دسترسی مستقیم به تعاملات کاربران، به حجم گسترده‌ای از داده‌های اختصاصی و غیرقابل‌جایگزین دست می‌یابند که گردآوری آن برای رقبا عملاً ناممکن یا مستلزم هزینه‌های گزاف می‌شود. (Bara, 2025: 2) همان گونه که گزارش کمیته ضدانحصار مجلس نمایندگان ایالات متحده آمریکا در سال ۲۰۲۰ تصریح می‌کند، تمرکز و کنترل انحصاری داده‌ها در دست شرکت‌های بزرگ، می‌تواند به شکل‌گیری موانع ورود ساختاری و فنی منجر شود و دوام موقعیت مسلط بازیگران اصلی بازار را تقویت نماید. (Rahbari, 2023: 208)

از دیگر موانع مؤثر در فرایند گردآوری داده‌ها، وابستگی ارزش اقتصادی و تحلیلی داده به بعد زمانی دسترسی و استفاده از آن است. در محیط‌های داده‌محور، سرعت دسترسی و توان بهره‌برداری آنی از داده‌ها نقشی تعیین‌کننده در ایجاد مزیت رقابتی ایفا می‌کند؛ به‌گونه‌ای که در برابر بنگاه‌های برخوردار از ظرفیت گردآوری و پردازش لحظه‌ای داده‌ها، دسترسی دیرهنگام رقبا عملاً از ارزش و کارایی اقتصادی کمتری برخوردار خواهد بود. (Stucke et al., 2016: 285-287)

از سوی دیگر، کاربران به‌عنوان منابع کلان‌داده‌ها، در شکل‌گیری و تداوم موانع ورود در بازارهای دیجیتال نقش تعیین‌کننده‌ای ایفا می‌کند. آثار شبکه‌ای گسترده در پلتفرم‌های مسلط، کاربران را در خود قفل می‌کند و مانع بهره‌گیری آن‌ها از پلتفرم‌های رقبا می‌شود. در نتیجه، بنگاه‌های کوچک‌تر عملاً از دسترسی به داده‌های کاربران محروم می‌شوند و این امر به تمرکز هرچه بیشتر داده‌ها در دست پلتفرم‌های مسلط و تثبیت موقعیت انحصاری آن‌ها می‌انجامد. (Evans, 2013: 19) هم‌زمان، شرکت‌های بزرگ با به‌کارگیری راهبردهای هدفمند نظیر ارائه خدمات شخصی‌سازی‌شده، پیش‌نصب نرم‌افزارها و ایجاد محدودیت در قابلیت انتقال داده‌ها، از خروج و عضویت کاربران در شبکه‌های رقیب جلوگیری می‌کنند، و به‌این‌ترتیب موقعیت مسلط خود را تحکیم می‌نمایند. (Gal & Rubinfeld, 2015: 15)

علاوه‌براین، موانع اطلاعاتی و هزینه‌های مرتبط با شناسایی و ردیابی داده‌ها نیز از جمله عناصر مؤثر در محدودسازی رقابت در بازارهای داده‌محور محسوب می‌شود. فقدان شفافیت در منشأ، ساختار و کیفیت داده‌ها، همراه با ابهام در وضعیت حقوقی و مالکیت آن‌ها، فرایند گردآوری و پردازش داده را برای بنگاه‌های تازه‌وارد با پیچیدگی و هزینه‌های سنگین مواجه می‌سازد. پراکندگی داده‌ها در میان منابع متعدد و غیرقابل‌اتصال، مزید بر این چالش بوده و امکان بهره‌برداری کارآمد از آن‌ها را کاهش می‌دهد. هرچند دولت‌ها از طریق ایجاد پایگاه‌های داده عمومی، سامانه‌های باز اطلاعاتی و نهادهایی مانند دفاتر ثبت اختراعات و علائم تجاری، درصدد ارتقای شفافیت و کاهش این موانع برآمده‌اند، بااین‌حال در فضای تجارت دیجیتال، دسترسی به داده‌های منحصربه‌فرد، حساس و تجاری‌سازی‌شده همچنان برای بازیگران جدید دشوار و مستلزم صرف منابع مالی و فنی قابل‌توجه است؛ امری که در نهایت به تداوم تمرکز داده‌ها در دست بنگاه‌های بزرگ و تثبیت ساختار انحصاری بازار منجر می‌شود. (Rubinfeld & Gal, 2017: 22)

ب. موانع قانونی

موانع قانونی نقش فزاینده‌ای در محدودکردن گردآوری و دسترسی به داده‌ها برای شرکت‌های فعال در بازارهای دیجیتال دارند و اغلب با اهداف فرارقابتی مانند حفاظت از حریم خصوصی کاربران، صیانت از حقوق مالکیت فکری و پیشگیری از سوءاستفاده‌های اقتصادی یا امنیتی توجیه می‌شوند.

از مهم‌ترین موانع قانونی، قوانین حفاظت از داده‌ها و حریم خصوصی است که گردآوری داده‌های شخصی را محدود و بنگاه‌های دیجیتال را به کسب رضایت صریح کاربران، گردآوری حداقلی باتوجه‌به ضرورت ارائه خدمات و اهداف مشروع بیان شده ملزم می‌دارد. مطابق ماده ۵ مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا و ماده ۱۰۳ و ۱۰۴ لایحه حفظ حریم خصوصی و حفاظت

از داده‌های آمریکا، گردآوری داده‌ها در جهت اهداف مشروع، شفاف و مشخص محدود شده است. (Rubinfeld & Gal, 2017: 24)
در ایران نیز، طرح «حمایت و حفاظت از داده‌ها و اطلاعات شخصی» (ازاین‌پس طرح حمایت) داده‌های غیرعمومی را مشروط به رضایت کاربران نموده است. در دستورالعمل اجرایی بهبود حفاظت از حریم خصوصی کاربران و شیوه گردآوری، پردازش و نگهداری اطلاعات در سامانه‌ها و سکوهای فضای مجازی مصوب ۱۴۰۲ (ازاین‌پس دستورالعمل بهبود حفاظت) نیز، صراحتاً گردآوری، پردازش و ذخیره‌سازی داده‌ها، محدود به اقلام ضروری برای انجام تکالیف قانونی یا ادامه کسب‌وکار شده و متناسب با اهداف مشخص و اعلام‌شده به کاربر و با رضایت صریح وی مجاز شده است. این چارچوب‌های قانونی، با هدف صیانت از حقوق کاربران، محدودیت‌های قابل‌توجهی بر دسترسی و بهره‌برداری رقبا از داده‌ها به‌عنوان نهاده حیاتی جهت ارائه خدمات ایجاد می‌کند و به طور غیرمستقیم نقش مؤثری در ایجاد یا تقویت موانع ورود در بازارهای دیجیتال ایفا می‌نماید.

ج. موانع رفتاری

دسترسی‌های انحصاری که بر اساس قراردادهای خصوصی برای برخی شرکت‌ها ایجاد می‌شوند، امکان بهره‌گیری از منابع داده منحصربه‌فردی را برای آن‌ها فراهم می‌آورد، درحالی‌که رقبا عملاً از دسترسی به این داده‌ها محروم می‌شوند. قراردادهای انحصاری یا شروط سلب حق که میان ارائه‌دهندگان خدمات دیجیتال منعقد می‌شوند، به طور مستقیم عرضه و اشتراک‌گذاری داده‌ها توسط دارندگان اصلی آن را محدود نموده و مانع دسترسی سایر بازیگران بازار می‌گردد. (Rahbari, 2022: 303)
برای مثال، در برخی قراردادهای میان گوگل و تولیدکنندگان تلفن‌های همراه یا وب‌سایت‌ها، تصریح شده است که طرف تجاری صرفاً مجاز به استفاده و ارائه خدمات گوگل در شبکه خود می‌باشد. به همین جهت نیز دادگاه فدرال ایالات متحده آمریکا حکم داد که گوگل باید قراردادهای انحصاری خود را با تولیدکنندگان دستگاه‌ها، اپراتورهای مخابراتی و توسعه‌دهندگان را خاتمه دهد، زیرا این قراردادها مانع دسترسی رقبا به داده‌های کاربران می‌شد و در عمل موجب انحصار گوگل در گردآوری و بهره‌برداری از داده‌ها می‌گردید. (Case No. 20-cv-3010, 2024)
در مثالی دیگر، در پرونده اپیک گیم علیه اپل، شرکت اپل، به طور انحصاری دسترسی به داده‌های کاربران را برای شرکت‌های زیرمجموعه خود فراهم ساخته و اپلیکیشن‌های ثالث را از دسترسی به داده‌های کاربران محروم می‌ساخت تا نتوانند مدل‌های تحلیلی یا پیشنهادهای سفارشی مشابه شرکت وی ارائه دهند. دادگاه تجدیدنظر آمریکا، چنینی رفتاری را ذیل ماده ۲ قانون شرمن مصداق رفتاری انحصارزا دانست و آن را منع نمود. (Epic Games, Inc. v. Apple, Inc., 2023)
علاوه بر انحصارات قراردادی، شیوه قیمت‌گذاری و تعیین شرایط دسترسی به داده‌ها توسط مالک، از موانع رفتاری مهم در مرحله گردآوری داده‌ها است. این قیمت‌ها، لزوماً بازتاب‌دهنده ارزش واقعی داده‌ها نیست و مالک می‌تواند مجموعه‌های منحصربه‌فرد کلان‌داده را با قیمت‌هایی هنگفت یا شروط قراردادی نامتوازن عرضه کند. در این وضعیت، به‌خصوص، تازه‌واردان با هزینه‌های بالا یا محدودیت‌های دسترسی مواجه می‌شوند و امکان بهره‌برداری از داده‌های حیاتی برای ارائه خدمات رقابتی را از دست می‌دهند. (Sgaramella, 2016: 10)
بااین‌حال، اثر محدودکننده قیمت‌گذاری تنها زمانی جدی می‌شود که داده‌ها قابل‌جایگزینی نباشند؛ برخی از کلان‌داده‌های تحت کنترل پلتفرم‌های مسلط دارای ویژگی‌های انحصاری هستند، اما بسیاری از مجموعه‌های دیگر داده‌ها از منابع متعدد قابل دسترسی‌اند و در این موارد، امکان رقابت قیمتی، آثار محدودکننده این مانع را کاهش می‌دهد. (Rubinfeld & Gal, 2017: 26)
در ایران، ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴، در بند «ط» تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه را توسط شرکت‌های مسلط، مصداق سوءاستفاده دانسته است؛ بنابراین می توان قیمت گذاری گزافی که توسط پلتفرم های مسلط صورت می گیرد، را مصداقی این شرایط دانست و آن را محکوم نمود. از سوی دیگر ایجاد مانع به منظور مشکل کردن ورود رقبای جدید را به روشنی مصداق سوءاستفاده و ممنوع دانسته است.

۳-۲. موانع ذخیره‌سازی و پردازش داده‌ها

الف. موانع فنی

ذخیره‌سازی داده‌ها یکی از عوامل تعیین‌کننده در بهره‌برداری مؤثر از کلان‌داده‌ها و رقابت میان شرکت‌ها محسوب می‌شود. اگرچه

فناوری‌های نوین سخت‌افزاری و نرم‌افزاری، به‌ویژه «خدمات ابری»[1]، امکان نگهداری حجم‌های گسترده داده را فراهم ساخته و هزینه‌ها را کاهش داده‌اند، محدودیت‌های ذخیره‌سازی برای شرکت‌های کوچک‌تر همچنان پابرجاست. این محدودیت‌ها شامل شرایط قراردادی ارائه‌دهندگان خدمات، الزامات امنیتی و حفظ حریم خصوصی و همچنین هزینه‌های عملیاتی مرتبط با مدیریت و به‌روزرسانی داده‌ها می‌شوند و می‌توانند نگهداری مجموعه‌های کلان‌داده را برای شرکت‌های ضعیف‌تر دشوار سازند. (Executive Office of the President, 2014: 39-48)

علاوه بر این، باوجود ارائه «فضاهای ابری»[2] رایگان، زمانی که حجم داده‌ها از آستانه مشخصی فراتر رود، ارائه‌دهندگان خدمات معمولاً هزینه اشتراک دریافت می‌کنند که باتوجه‌به ظرفیت مالی بنگاه‌های کوچک‌تر، می‌تواند به محدودیت یا اختلال در فعالیت‌های آن‌ها منجر شود. (Gabriel, 2021: 293)

دیگر مانع رقابتی در حوزه ذخیره‌سازی داده‌ها، پدیده «قفل‌شدن داده‌ها» و دشواری جابه‌جایی پایگاه‌های داده است. این مانع زمانی ایجاد می‌شود که داده‌ها طبق استانداردها یا فناوری‌های خاص ذخیره شوند و انتقال آن‌ها به سامانه‌های دیگر با پیچیدگی‌های فنی، سازمانی و هزینه‌های قابل‌توجه همراه باشد. تفاوت‌های نرم‌افزاری، قراردادهای محدودکننده و ساختارهای متفاوت پایگاه‌های داده، فرایند انتقال داده‌ها را دشوار و پرهزینه می‌سازد. درحالی‌که ممکن است سامانه‌ای از قالب‌های ضعیف و قدیمی‌تر در ذخیره‌سازی داده‌ها استفاده کند، هزینه‌ها و پیچیدگی‌های بالای انتقال، می‌تواند مانع از بهره‌گیری از سامانه پیشرفته‌تر گشته و در ادامه با قفل نمودن آن‌ها، مانعی عملی در فعالیت بهینه شرکت‌ها و بهره‌برداری از داده‌ها ایجاد نماید. این وضعیت، قدرت کنترل داده‌ها و کاربران تجاری را در اختیار ارائه‌دهندگان خدمات ذخیره‌سازی قرار می‌دهد و به تثبیت موقعیت مسلط آنان در بازار کمک می‌کند. (Bara, 2025: 3)

دردسترس‌بودن و کیفیت ابزارهای تحلیلی، به‌ویژه الگوریتم‌های پیشرفته پردازش کلان‌داده‌ها، از عوامل تعیین‌کننده در ایجاد موانع ورود به بازارهای داده‌محور است. درحالی‌که داده‌های خام اغلب ساختارمند نیستند و پردازش آن‌ها نیازمند ابزارهای پیچیده هوش مصنوعی، یادگیری ماشین و پردازش زبان طبیعی است، شرکت‌های بزرگ با سرمایه‌گذاری گسترده در توسعه یا خرید این الگوریتم‌ها می‌توانند مزیت رقابتی قابل‌توجهی کسب کنند. در مقابل، رقبای ضعیف‌تر با منابع محدود، قادر به دسترسی یا بهره‌برداری از ابزارهای تحلیلی پیشرفته نیستند و در نتیجه توانایی داده‌کاوی و ارائه خدمات مبتنی بر داده همانند شرکت‌های مسلط را نخواهند داشت؛ وضعیتی که موانع ورود را تشدید و شکاف رقابتی در بازارهای داده‌محور را عمیق‌تر می‌سازد. (McAfee & Brynjolfsson, 2012: 63)

ب. موانع قانونی

از محدودیت‌های قانونی در ذخیره‌سازی کلان‌داده‌ها، محدودیت‌های زمانی در نگهداری داده‌های شخصی است که استفاده مداوم و گسترده از داده‌های کاربران را محدود نموده و به طور مستقیم بر ظرفیت شرکت‌ها برای تحلیل و ایجاد ارزش از داده‌ها تأثیرگذار است. (Rubinfeld & Gal, 2017: 27) در اتحادیه اروپا، مطابق ماده ۸۹ معاهده عملکرد، ذخیره‌سازی طولانی‌مدت داده‌های شخصی، تنها در صورتی مجاز است که داده‌ها برای اهداف بایگانی عمومی، تحقیقات علمی یا تاریخی و یا اهداف آماری استفاده شوند و اقدامات فنی و سازمانی لازم برای حفاظت از داده‌ها لحاظ گردد. در آمریکا نیز مطابق ماده ۱۰۳ لایحه قانونی حفظ حریم خصوصی و حفاظت از داده‌ها، داده‌های شخصی تنها برای مدت‌زمان معقول و متناسب با هدف اصلی گردآوری قابل ذخیره‌سازی هستند.

در حقوق ایران، هرچند ماده ۳۲ قانون جرائم رایانه‌ای ارائه‌دهندگان خدمات دسترسی را موظف می‌کند که داده‌های کاربران را حداقل شش ماه پس از پایان اشتراک نگهداری کنند تا امکان نظارت بر جرائم رایانه‌ای فراهم شود، اما برخلاف قوانین اروپا و آمریکا، هیچ حداکثر زمانی برای ذخیره‌سازی داده‌ها در پلتفرم‌های داخلی پیش‌بینی نشده است. بنابراین، در چارچوب حقوق داخلی، رضایت اولیه کاربر برای دسترسی به داده‌ها می‌تواند به‌صورت مستمر و نامحدود تلقی شود. هرچند این سکوت قانونی در حوزه حریم خصوصی ممکن است با خطرات حفاظتی و آسیب‌پذیری کاربران همراه شود، از منظر رقابتی، امکان بهره‌برداری مستمر و غیرمحدود ارائه‌دهندگان خدمات دیجیتال از داده‌ها را فراهم می‌سازد و امکان کسب مزیت رقابتی را برای شرکت‌های ضعیف‌تری که به حجم بالای کلان‌داده‌ها دسترسی ندارند، تا حدودی فراهم می‌سازد. همچنین امکان توسعه یادگیری‌های ماشینی و ظرفیت نوآوری در

1. *Cloud Services*
2. *Cloud Storage*

امتداد دسترسی به این داده‌ها افزایش می‌یابد. دیگر مانع قانونی در ذخیره‌سازی داده‌ها، پیش‌بینی حق حذف و اصلاح داده‌های کاربران است. اجرای حق حذف و اصلاح داده‌ها، هزینه‌های عملیاتی شرکت‌ها را افزایش می‌دهد و یکپارچگی و بهره‌برداری مستمر از کلان‌داده‌ها را محدود می‌سازد. شرکت‌هایی که از حجم بالاتر کلان‌داده‌ها برخوردارند، توانایی بیشتری در انطباق با تغییرات ناشی از کنش‌های کاربران داشته و انعطاف‌پذیری بالاتری از خود نشان می‌دهند.

در مقابل، شرکت‌های کوچک‌تر با حجم محدود داده، ممکن است انسجام پایگاه‌داده خود را از دست بدهند و هزینه‌های بالای عملیاتی ناشی از این تغییرات، به تضعیف موقعیت رقابتی و حتی شکست آنان در بازار بینجامد. (Mercatus Center, 2025: 16) در اتحادیه اروپا، مطابق مواد ۱۶ و ۱۷ معاهده عملکرد، کاربران حق دارند داده‌های شخصی خود را اصلاح یا حذف کنند. بالعکس، در آمریکا، چنین حقوقی به‌صورت فدرال پیش‌بینی نشده و صرفاً در برخی قوانین ایالتی به طور محدود وجود دارد. (Mercatus Center, 2025: 16)

در حقوق ایران، مطابق ماده ۷ طرح حمایت، شخص موضوع داده حق دارد تا توقف پردازش داده‌های شخصی خود را با هدف حذف، فراموشی یا تعلیق موقت درخواست کند، مشروط بر اینکه منافع ذی‌نفعان دیگر نقض نشود و پردازشگر موظف است این درخواست را حداکثر ظرف ۷۲ ساعت اجرا نماید. افزون بر این، دستورالعمل بهبود حفاظت نیز حق حذف داده‌ها توسط کاربران را به رسمیت شناخته و شرکت‌ها را ملزم می‌دارد که در صورت درخواست، داده‌های مرتبط با فعالیت کاربران را فوراً حذف کنند. این مقررات، در راستای حمایت از حقوق کاربران مشابه چارچوب‌های اروپایی، ضمن تقویت حریم خصوصی، می‌توانند موانع متعددی را در بهره‌برداری شرکت‌های کوچک‌تر از داده‌های کاربران ایجاد کرده و ظرفیت رقابتی آن‌ها را محدود سازند.

در حوزه پردازش داده‌ها نیز، قواعد مرتبط با حریم خصوصی، بعضاً مانع از بهره‌برداری حداکثری از داده‌های کاربران می‌شوند. این الزامات، علاوه بر افزایش پیچیدگی عملیاتی، هزینه‌های تطبیق قانونی را افزایش می‌دهد؛ لذا شرکت‌های تازه‌وارد با منابع محدود، امکان انجام پردازش‌های جامع و پیشرفته جهت مقابله با حجم بالای داده‌های شرکت‌های مسلط را از دست می‌دهند؛ بنابراین چنین قواعدی، راه‌های توسعه رقابتی شرکت‌های ضعیف‌تر را محدود ساخته و به تثبیت موقعیت انحصاری پلتفرم‌های بزرگ دامن می‌زند. (OECD, 2024: 25) در اتحادیه اروپا، پردازش داده‌های شخصی تنها برای اهداف مشخص و با رضایت صریح کاربران مجاز است و شرکت‌ها موظف به اجرای تدابیر فنی و سازمانی برای حفاظت از داده‌ها هستند. در ایالات متحده نیز، لایحه حفظ حریم خصوصی، پردازش داده‌های شخصی را مشروط به رضایت آگاهانه کاربران و رعایت محدودیت‌های هدف‌محور نموده و با ایجاد تعادل میان آزادی استفاده و حفاظت از حریم خصوصی، تأثیر مستقیمی بر قابلیت بهره‌برداری شرکت‌ها از کلان‌داده‌ها می‌گذارد. (CIPL, 2024: 2-3)

در حقوق ایران، ماده ۴ طرح حمایت، پردازش داده‌ها و اطلاعات شخصی مربوط به وضعیت ها یا موقعیت های غیرعمومی را منوط به رضایت شخص موضوع داده دانسته است. بااین‌حال ماده ۱۱ این طرح، امکان بهره‌برداری مالکانه از داده‌ها بدون رضایت صریح را تحت شرایطی خاص، مانند گمنامی کاربر، عدم ایجاد زیان مادی و معنوی و عدم امکان جلب رضایت، پذیرفته است. این مقررات، اگرچه از منظر حریم خصوصی می‌تواند با خطرات سوءاستفاده شرکت‌ها همراه باشد، عملاً فضای بهره‌برداری حداکثری از داده‌ها را فراهم می‌آورد و برخلاف چارچوب‌های حقوقی اروپایی و آمریکایی، فرصت‌های رقابتی گسترده‌تری را برای پردازشگران داده ایجاد می‌کند.

۳-۳. موانع بهره‌گیری و انتقال کلان‌داده‌ها

الف. موانع فنی و ساختاری

ساختار بازارهای داده‌محور به‌گونه‌ای شکل‌گرفته که داده‌ها نزد پلتفرم‌های مسلط به‌صورت متمرکز انباشته و در چرخه‌ای بازتولید می‌شوند. این چرخه که به «حلقه بازخورد داده‌ها»[3] شهرت دارد، موجب تولید خدمات دقیق‌تر و شخصی‌سازی‌شده‌تر می‌شود و کیفیت برتر خدمات، کاربران را بیش‌ازپیش به همان پلتفرم‌ها وابسته می‌سازد. (Prüfer & Schottmüller, 2021: 968) در نتیجه، آثار شبکه‌ای مبتنی بر داده به قفل کاربران و تثبیت قدرت پلتفرم‌های موجود منجر می‌شود؛ بنابراین، حتی اگر بازیگران جدید به کلان‌داده‌ها و توان پردازش مشابهی دست یابند و بتوانند خدماتی برجسته رقابتی ارائه دهند، در مرحله استفاده از داده‌ها و عرضه

3. *Data Feedback Loop*

خدمات، با موانع جدی تقاضا و دسترسی به مخاطب مواجه‌اند. (Mercatus Center, 2025: 11) از منظر حقوق رقابت، در این بازارها، داده‌های پیشین کاربران، مانع از عبور ایشان به سمت خدمات دیگر رقبا گشته و به‌عنوان ابزاری برای تثبیت قدرت بازاری و محدودسازی رقابت عمل می‌کند. (Van de Waerdt, 2023: 75) بنابراین، کلان‌داده‌ها در مرحله استفاده، به‌عنوان عاملی تعیین‌کننده در تداوم و تقویت موانع ورود عمل می‌کنند و محدودیت‌های ساختاری مبتنی بر آن، ظرفیت بهره‌برداری مؤثر از داده‌ها را برای تازه‌واردان به‌شدت کاهش می‌دهد.

علاوه بر این، بسیاری از خدمات داده‌محور، در نهایت به فروش داده‌ها و کسب درآمد از تحلیل‌های مبتنی بر داده منجر می‌شوند. در مرحله انتقال کلان‌داده‌ها و نتایج تحلیلی مبتنی بر آن‌ها، این چالش وجود دارد که داده‌ها اغلب در قالب‌های پیچیده و متنوع ذخیره شده و به طور مداوم به‌روزرسانی می‌شوند. انتقال این داده‌ها به سامانه‌های دیگر با هزینه‌های فنی، سازمانی و زمانی قابل‌توجهی همراه است. (Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 2016: 41) درحالی‌که عمده خریداران این کلان‌داده‌ها را شرکت‌های تازه‌وارد و با منابع محدود تشکیل می‌دهند که امکان گردآوری مستقیم داده‌ها را ندارند. در این شرایط، فقدان استانداردهای مشترک، پیچیدگی‌های نرم‌افزاری و پراکندگی داده‌ها، توانایی تازه‌واردان در بهره‌برداری مؤثر از کلان‌داده‌ها را محدود می‌سازد. در نتیجه، چنین محدودیت‌هایی می‌تواند تمایل فعالان بازار به استفاده یا خرید داده‌ها و تحلیل‌های حاصل از آن‌ها را کاهش دهد و در نتیجه قابلیت بهره‌برداری کارآمد از داده‌ها را محدود سازد. (Gabriel, 2021: 272-276)

ب. موانع قانونی

از مهم‌ترین محدودیت‌های قانونی در انتقال داده‌ها، قواعد مربوط به حفظ حریم خصوصی کاربران است. در اتحادیه اروپا، مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها، انتقال داده‌های شخصی به خارج از اتحادیه را تنها در صورتی مجاز می‌داند که کشور مقصد سطح حفاظتی معادل با اتحادیه ارائه دهد. شرکت‌ها باید پیش از انتقال، رضایت آگاهانه و صریح کاربران را اخذ نموده، هدف انتقال را مشخص سازند و در صورت فقدان سطح حفاظتی کافی در کشور مقصد، از تدابیر جایگزین مانند بندهای قراردادی استاندارد یا قواعد تعهدی سازمانی برای تضمین امنیت داده‌ها استفاده کنند. (Rubinfeld & Gal, 2017: 31)

همچنین، «اصل حداقل‌گرایی»[4] ایجاب می‌کند که تنها داده‌های ضروری و مرتبط منتقل شوند و انتقال بدون مبنای قانونی یا تدابیر حفاظتی کافی غیرمجاز باشد. در راستای این سیاست، اتحادیه اروپا اخیراً دستورالعمل «بندهای قراردادی استاندارد» را برای تسهیل انتقال داده‌ها تدوین کرده تا ضمن رعایت الزامات حفاظتی، شفافیت و امنیت قراردادی و تجاری شرکت‌ها حفظ شود. در مقابل، ایالات متحده به دلیل فقدان قواعد مرتبط در قوانین فدرال، انتقال داده‌ها عمدتاً از طریق مقررات ایالتی و قوانین بخشی تنظیم می‌شود. (Mercatus Center, 2025: 16)

در حقوق ایران، ماده ۴ طرح حمایت، پردازش و انتقال داده‌ها را منوط به رضایت صاحب داده می‌داند. بااین‌حال، سایر ابعاد انتقال، از جمله تعیین اهداف انتقال و شناسایی انتقال‌گیرنده، در این طرح به طور صریح موردتوجه قرار نگرفته و معیارهای عملیاتی، استانداردهای امنیتی و محدودیت‌های روشن برای انتقال داده‌ها پیش‌بینی نشده است. این خلأ قانونی باعث می‌شود که حفاظت از کاربران در برابر انتقال داده‌ها به نهادهای دیگر در عمل ناکارآمد باشد و خطرات سوءاستفاده از داده‌های شخصی کاربران افزایش یابد. بااین‌حال، این آزادی عمل، امکان انتقال و فروش مستمر داده‌ها و نتایج تحلیلی حاصل از آن‌ها را فراهم کرده و به‌تبع آن، ظرفیت‌های رقابتی شرکت‌ها را در بازارهای دیجیتال افزایش می‌دهد.

از سوی دیگر، از سازوکارهای مهم برای کاهش شدت محدودیت‌های قانونی در انتقال داده‌ها، فرایند «بی‌نام‌سازی داده‌ها»[5] است. در این فرایند، امکان شناسایی فرد موضوع داده ازمیان‌رفته و بدین ترتیب، داده‌ها از شمول قواعد سخت‌گیرانه حریم خصوصی خارج می‌شوند. هرچه فناوری بی‌نام‌سازی پیشرفته‌تر و احتمال بازشناسایی کمتر باشد، دامنه الزامات قانونی کاهش‌یافته و آزادی عمل شرکت‌ها در بهره‌برداری و انتقال داده‌ها افزایش می‌یابد. (EDPS, 2021: 3) بر اساس ماده ۲۶ مقررات عمومی حفاظت از داده‌های اتحادیه اروپا، داده‌هایی که به طور کامل ناشناس شده و فاقد قابلیت شناسایی افراد باشند، دیگر مشمول محدودیت‌های مربوط به

4. *Principle of Least Intervention*
5. *Data Anonymization*

داده‌های شخصی محسوب نمی‌شوند؛ ازاین‌رو، بی‌نام‌سازی مرز میان داده‌های مشمول و غیرمشمول حفاظت قانونی را تعیین کرده و به‌مثابه ابزاری برای گسترش مشروع دامنه استفاده از داده‌ها عمل می‌کند. در مقابل، در حقوق ایالات متحده قواعد عام و الزام‌آوری درباره بی‌نام‌سازی وجود ندارد و این فرایند عمدتاً به‌عنوان ابزاری برای کاهش مسئولیت قانونی تلقی می‌شود. بااین‌حال، در حوزه‌هایی چون داده‌های سلامت و مالی، بر بی‌نام‌سازی تأکید شده و محدودیت‌های کمتری بر داده‌های غیرقابل‌شناسایی اعمال می‌گردد. (Garfinkel, 2015: 22-23)

در حقوق ایران، ماده ۱۱ طرح حمایت، بی‌نام‌سازی داده‌ها را منوط به عدم ایجاد زیان مادی یا معنوی، و عدم امکان جلب رضایت شخص موضوع داده موجب امکان بهره‌برداری مالکانه از داده‌های شخصی بدون رضایت صریح صاحب داده دانسته است. بااین‌حال، این ماده صرفاً به مجاز بودن استفاده از داده‌ها پس از بی‌نام‌سازی اشاره دارد، بی‌آنکه معیارهای فنی، نظارتی یا ضمانت‌های اجرایی مشخصی برای میزان و کیفیت بی‌نام‌سازی پیش‌بینی کند. چنین خلائی می‌تواند زمینه‌ساز تفسیرهای سلیقه‌ای و استفاده ابزاری از مفهوم بی‌نام‌سازی به نفع پلتفرم‌های داده‌محور شود. هرچند بی‌نام‌سازی می‌تواند ابزاری برای رفع محدودیت‌های ناشی از ضرورت رضایت کاربران باشد، در عمل، سطح واقعی حفاظت از داده‌ها و جلوگیری از بازشناسی مجدد اطلاعات کاربران به کیفیت و نظارت بر اجرای این فرایند وابسته است. بدین ترتیب، اگرچه قانون ایران در ظاهر با اصول بنیادین مقررات اروپایی هم‌راستا به نظر می‌رسد، اما فقدان چارچوب فنی و نهادی مؤثر برای نظارت بر بی‌نام‌سازی، می‌تواند به تضعیف اهداف حمایتی قانون و تسهیل دسترسی گسترده‌تر شرکت‌ها به داده‌های شخصی بینجامد.

علاوه بر محدودیت‌های فوق، در نظام‌های حقوقی، داده‌های حساس و مرتبط با نهادهای دولتی و نظامی، عموماً در زمره «داده‌های ملی» طبقه‌بندی می‌شوند و انتقال آن‌ها تابع محدودیت‌های سخت‌گیرانه است. در حقوق ایران، قانون مدیریت داده‌ها و اطلاعات ملی مصوب ۱۴۰۳ در ماده ۴ تصریح می‌کند که انتقال این داده‌ها صرفاً بر اساس سطوح دسترسی تعیین‌شده توسط کارگروه تعامل‌پذیری دولت الکترونیکی مجاز است. چنین محدودیت‌هایی اگرچه با هدف حفظ امنیت ملی و محرمانگی اطلاعات وضع شده، اما می‌تواند مانعی در مسیر رقابت و بهره‌برداری آزاد از داده‌ها در بازارهای داده‌محور ایجاد کند.

ج. موانع رفتاری

سیاست‌ها و رفتارهای رقابتی شرکت‌های بزرگ دیجیتال، از جمله شروط قراردادی محدودکننده و محدودیت‌های فنی در انتقال داده‌ها، علاوه بر اهداف ظاهری حفاظت از حریم خصوصی و امنیت، نقش تعیین‌کننده‌ای در ایجاد موانع استفاده و جریان آزاد کلان‌داده‌ها دارند. این اقدامات، با تقویت موقعیت مسلط و ایجاد مزایای رقابتی مبتنی بر داده، کاربران و شرکای تجاری را در شبکه‌های خود «قفل» کرده و هزینه‌های جابه‌جایی و دسترسی رقبا را افزایش می‌دهند. (Mancini et al., 2016: 123-124)

نمونه‌های عملی این رفتارها، اقدامات فیس‌بوک برای مسدودسازی افزونه کروم در ۲۰۱۱ است که مانع بهره‌برداری مؤثر رقبا می‌گشت. این شرکت، امکان انتقال داده‌ها توسط کاربرانی که احتمالاً تمایل به استفاده از مرورگر کروم را داشتند، با حذف نشان کروم در صفحه کاربر، مسدود می‌ساخت. این رفتار منجر به محدودیت جریان اطلاعات می‌گشت تا رقیب وی نتواند به طور مؤثر از داده‌های وی استفاده کند. (Protalinski, 2011)

در مثالی دیگر در سال ۲۰۲۵، شرکت اپل، محدودیت‌هایی بر اطلاعات و اعلان به کاربران یا توسعه‌دهندگان اپ اعمال کرده بود که باعث می‌شد گزینه‌های جایگزین برای کاربران کمتر قابل دسترسی باشد. این شرکت با افزایش هزینه‌های تعویض و قفل نمودن کاربران، مانع از جذب کاربران توسط رقبا می گشت؛ بنابراین کمیسیون اروپا، این شرکت را به نقض »تعهدات عدم هدایت«[6] طبق ماده ۷ قانون بازارهای دیجیتال محکوم ساخت. (European Commission, 2025)

در حقوق ایران، در جهت کاهش چنین رویه‌هایی، سند شورای‌عالی فضای مجازی، در بند ۲ و۳ ماده ۶ خود، محدودسازی رقبا در بازارهای متعدد و توافقات انحصارطلبانه با ایشان را توسط سکوها ممنوع نموده است تا امکان فعالیت برای رقبای ضعیف‌تر در این بازارها با موانع مصنوعی رقبا سلب نگردد. همچنین در ماده ۴ این قانون، شیوه های قفل نمودن کاربران، منع شده است تا فرصت ارائه خدمات رقبا توسط این سکوها از بین نرود. درعین‌حال معاملات انحصاری در بند «و» ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست های کلی

6. *Anti-Steering*

اصل ۴۴ ممنوع شده است که می توان از این عمومات در محکوم سازی معاملات انحصارزا در بازارهای دیجیتال بهره جست.
از منظر تحلیلی، شدت این موانع تابع انگیزه‌های اقتصادی و راهبردی شرکت‌ها است. شرکت‌هایی که ارزش اقتصادی و مزیت رقابتی خود را از داده‌هایشان می‌گیرند، تمایل بالایی به انحصار و جلوگیری از انتقال داشته و جریان آزاد داده‌ها را محدود می‌سازند. بدین ترتیب، هرچه اتکای شرکت به داده‌ها در خلق ارزش بیشتر باشد، احتمال اتخاذ سیاست‌های انحصارگرایانه و ممانعت از اشتراک‌گذاری داده‌ها افزایش‌یافته و مانعی جدی برای رقابت آزاد و نوآوری ایجاد می‌کند. (Pradeep et al., 2025: 241)

۴. راه‌های مقابله با موانع ورود کلان‌داده‌ها

۴-۱. مقابله با امتناع از معامله

رویکرد «تسهیلات ضروری» در حقوق رقابت، دسترسی به داده‌ها را در حکم منبعی حیاتی و غیرقابل‌جایگزین تلقی می‌کند که شرکت مسلط موظف است آن را به طور منصفانه، معقول و بدون تبعیض در اختیار رقبا قرار دهد. این دکترین، مشابه کاربرد سنتی آن در حوزه انحصارات طبیعی، زمانی اجرا می‌شود که بنگاهی بدون دسترسی به داده‌های مشخص، قادر به ارائه محصول یا خدمت خود نباشد و دستیابی به این داده‌ها تنها از طریق شرکت مالک آن امکان‌پذیر است. در چنین شرایطی، امتناع از ارائه داده‌ها نوعی سوءاستفاده رقابتی محسوب می‌شود. طرفداران این نظریه بر این باورند که کلان‌داده‌ها در بازارهای داده‌محور نقش حیاتی دارند و عدم اشتراک‌گذاری آن‌ها با رقبا می‌تواند موانع ورود را تقویت نموده و رقابت آزاد را محدود سازد. (Rahbari, 2023: 222)
بااین‌حال، کاربرد دکترین تسهیلات ضروری در حوزه داده‌ها با محدودیت‌های عملی و اقتصادی مواجه است. داده‌ها برخلاف نهاده‌های سنتی، قابل‌تکرار و غالباً از منابع ثالث قابل‌دسترس هستند، همچنین ناپایداری و کاهش ارزش اطلاعاتی آن‌ها در طول زمان و پیچیدگی‌های فنی اشتراک‌گذاری، اجرای این قاعده را دشوار می‌سازد. (O'Shaughnessy et al., 2016: 7) همچنین الزام شرکت‌های مسلط به تسهیم داده‌ها انگیزه آن‌ها را برای گردآوری و تحلیل داده‌های ارزشمند کاهش دهد و نوآوری و کارایی بازار را تضعیف می‌کند. (OECD, ۲۰۱۹: ۳۳) بنابراین، الزام به تسهیم داده‌ها باید محدود به مواردی باشد که سوءنیت بنگاه دارنده داده‌ها اثبات شده و سایر شرایط قانونی تحقق‌یافته باشد؛ بدین ترتیب، تعادل میان آزادی عمل بنگاه‌های خصوصی و حمایت از رقابت سالم حفظ می‌شود و از تحمیل مطلق‌گرایانه اشتراک‌گذاری داده‌ها جلوگیری می‌شود. (Mancini et al., 2016: 29)

۴-۲. کنترل ادغام ها

ادغام‌های مبتنی بر داده، به‌ویژه میان شرکت‌هایی که به مجموعه‌های گسترده کلان‌داده دسترسی دارند، می‌تواند ابزاری بالقوه در کاهش رقابت و ایجاد موانع ورود در بازارهای داده‌محور گردد. این نوع تملکات، با ترکیب مجموعه‌های داده و کنترل انحصاری بر جریان اطلاعات، دسترسی رقبا به داده‌های ارزشمند را محدود ساخته و امکان ورود بنگاه‌های جدید را کاهش می‌دهند. (Bourreau & de Streel, 2019: 21) ازاین‌رو، مراجع رقابتی در ارزیابی ادغام‌های داده‌محور، صرفاً به سهم بازار سنتی اکتفا نمی‌کنند. آن‌ها آثار تجمیع داده‌ها بر رقابت بالقوه، نوآوری و تنوع خدمات دیجیتال را نیز به‌عنوان شاخص‌های تعیین‌کننده در بررسی ضدرقابتی بودن ادغام مورد توجه قرار می‌دهند.
بدین ترتیب، در رویه قضایی رقابت، برخورد با ادغام‌های داده‌محور از مرحله ارزیابی صرف سهم بازار فراتر رفته و به تحلیل آثار تجمیع داده‌ها بر قدرت بازار و موانع ورود معطوف شده است. برای مثال در پرونده ادغام گوگل و فیت‌بیت، کمیسیون اروپا با اذعان به این‌که دسترسی انحصاری گوگل به داده‌های سلامت کاربران می‌تواند موقعیت مسلط این شرکت را در بازار تبلیغات دیجیتال تحکیم بخشد، ادغام را صرفاً با شرط تعهدات رفتاری سخت‌گیرانه مانند تفکیک داده‌های فیت‌بیت از سایر داده‌های تجاری و تضمین دسترسی رقبا به رابط‌های کاربری تأیید نمود. (Case M.9660, 2022)

۴-۳. ایجاد قابلیت همکاری

قابلیت همکاری، به توانایی سیستم‌ها، پلتفرم‌ها و خدمات مختلف برای تبادل مؤثر داده‌ها، تعامل عملکردی و ارائه خدمات مکمل بدون موانع فنی یا قراردادی اطلاق می‌شود. این مفهوم، از منظر حقوق رقابت، ابزاری کلیدی در کاهش آثار قفل‌شدگی کاربران و

جلوگیری از تمرکز قدرت اقتصادی در دست پلتفرم‌های مسلط به شمار می‌آید؛ چرا که با تسهیل جابه‌جایی داده‌ها و امکان استفاده هم‌زمان از چند خدمت، هزینه تغییر پلتفرم برای کاربران کاهش‌یافته و فرصت ورود برای رقبا افزایش می‌یابد. از منظر فنی، قابلیت همکاری مستلزم ایجاد استانداردهای باز، پروتکل‌های مشترک و رابط‌های کاربردی سازگار است و از منظر حقوقی، مستلزم الزام به دسترسی غیر تبعیض‌آمیز، شفافیت در ساختارهای داده‌ای و تضمین قابلیت انتقال‌پذیری اطلاعات می‌باشد. (Bourreau, Krämer & Buiten, 2022: 13) در تحلیل رقابتی، قابلیت همکاری در دو سطح اصلی قابل‌بررسی است: نخست، قابلیت همکاری فنی که ناظر بر سازگاری میان زیرساخت‌ها و امکان تعامل میان نرم‌افزارها و خدمات مختلف است؛ و دوم، قابلیت همکاری داده‌ها که به امکان تبادل ایمن، منصفانه و کارآمد داده‌ها میان پلتفرم‌ها و نظام‌های دیجیتال اشاره دارد. (Montjoye et al., 2020: 7)

الف. دسترسی به زیرساخت‌ها

زیرساخت پلتفرم‌ها، از منابع اصلی انحصار در گردآوری و پردازش کلان‌داده‌ها به‌شمار می‌آید. در چارچوب قابلیت همکاری فنی، دسترسی سایر شرکت‌ها به این زیرساخت‌ها، امکان تعامل میان بازیگران جاافتاده و تازه‌وارد را فراهم می‌کند. این دسترسی به تازه‌واردان اجازه می‌دهد به‌تدریج بستر فعالیت‌های خود را توسعه داده و ظرفیت لازم برای رقابت در بازار را ایجاد کنند. (Casanova, 2016: 44) قانون‌گذاران با تعیین استانداردهای برنامه‌نویسی و الزامات فنی، تبادل بی‌واسطه خدمات و داده‌ها را بدون نیاز به تفسیر کدهای اختصاصی یا نرم‌افزارهای واسط تسهیل می‌کنند و شفافیت و بی‌طرفی مضاعفی را در دسترسی به داده‌ها و خدمات ایجاد می‌کنند. نمونه‌های عملی این نوع همکاری‌ها را می‌توان در ادغام خدمات شبکه‌های بلاک‌چین و شبکه‌های به‌هم‌پیوسته مشاهده کرد. (Lalli, 2024: 1)

قابلیت همکاری در دسترسی به زیرساخت‌ها به دو سطح افقی و عمودی تقسیم می‌شود. قابلیت همکاری افقی، به تعامل و تبادل داده میان محصولات یا خدمات پلتفرم‌های رقیب اشاره دارد و امکان ارسال پیام، اشتراک‌گذاری محتوا و برقراری تماس میان کاربران پلتفرم‌های مختلف را فراهم می‌کند. این نوع همکاری آثار شبکه‌ای انحصارزا را کاهش می‌دهد، زیرا از قفل‌شدگی کاربران و تمرکز بیش از حد کلان‌داده‌ها در اختیار یک پلتفرم جلوگیری می‌کند. (Bourreau, Krämer & Buiten, 2022: 11) ماده ۷ قانون بازارهای دیجیتال به‌صراحت دروازه‌نگهداران ارائه‌دهنده خدمات پیام‌رسانی را ملزم نموده تا به‌مرور قابلیت همکاری افقی، شامل پیام‌رسانی متنی، اشتراک‌گذاری فایل‌ها، چت گروهی و تماس صوتی و تصویری، را به‌صورت رایگان برای رقبا فراهم کنند.

باوجود مزایای نظری، قابلیت همکاری افقی با چالش‌های عملی و اقتصادی جدی مواجه است. نخست آنکه تنها مشکل شرکت‌های نوپا دسترسی به زیرساخت‌ها نیست و صرفاً دسترسی به داده‌ها و خدمات اصلی نمی‌تواند ایجاد سهم مؤثر بازار را تضمین کند. دوم، الزام شرکت‌های بزرگ به‌اشتراک‌گذاری کامل زیرساخت‌ها و خدمات، انگیزه آن‌ها برای سرمایه‌گذاری و نوآوری را کاهش می‌دهد و ممکن است به تولید خدمات همگن و محدودشدن تنوع برای مصرف‌کنندگان منجر شود. (Fletcher, 2021: 44) علاوه بر این، استانداردسازی بلندمدت و ساختاری لازم برای تحقق قابلیت همکاری، هزینه و دانش فنی گسترده می‌طلبد و انعطاف‌پذیری و نوآوری شرکت‌ها را محدود می‌کند. به‌این‌ترتیب، هرچند قابلیت همکاری افقی می‌تواند به لحاظ نظری، رقابت را تقویت کند، در عمل اجرای آن انگیزه نوآوری را کاهش داده و بر دیگر اهداف رقابتی، خدشه وارد می‌کند. (Bourreau, Krämer & Buiten, 2022: 1)

قابلیت همکاری عمودی دیجیتال به توانایی یک محصول، خدمت یا پلتفرم در تعامل با خدمات و محصولات مکمل در سطوح مختلف زنجیره ارزش اشاره دارد و امکان ترکیب و تطبیق سامانه‌ها و هماهنگی میان اجزای مختلف را فراهم می‌سازد. این نوع همکاری به کاربران و شرکت‌های تجاری اجازه می‌دهد از خدمات مکمل پلتفرم‌های مختلف بهره‌مند شوند و از سوگیری شرکت‌های فعال در بازارهای عمودی جلوگیری می‌نماید. قابلیت همکاری عمودی در عمل به تنظیم گلوگاه‌های دیجیتال کمک کرده و تضمین می‌کند که دروازه‌نگهداران با سایر کاربران تجاری، تعامل برابر داشته باشند. (Jenny, 2021: 46)

در یک نمونه بارز در سال ۲۰۲۵، دادگاه عدالت اتحادیه اروپا، گوگل را به سوءاستفاده از موقعیت مسلط محکوم نمود زیرا از ایجاد تعامل فنی با برنامه جویس پس امتناع نموده بود. چنین امتناعی به معنای قفل شدن کاربران در پلتفرم اندروید اتو بود و دسترسی رقبای ثالث به بازار را محدود می‌ساخت. (CJEU, 2025)

اجرای قابلیت همکاری عمودی با چالش‌هایی نظیر نگرانی‌های امنیت داده و حفظ انگیزه سرمایه‌گذاری و نوآوری همراه است. برای رفع این مشکلات، دسترسی‌ها می‌تواند تحت نظارت مراجع رقابتی یا اشخاص ثالث امن صورت پذیرد و قیمت‌گذاری متناسب

برای دسترسی‌ها اعمال گردد تا هم امنیت داده تضمین شود و هم انگیزه پلتفرم برای ادامه نوآوری حفظ گردد. تحقق کامل قابلیت همکاری عمودی مستلزم نظارت دقیق تنظیم‌کننده‌ها، تدوین استانداردهای فنی، تعیین چارچوب شفاف برای قیمت دسترسی و ایجاد سازوکارهای حقوقی و فنی هماهنگ است تا تعامل واقعی میان پلتفرم‌های مسلط و تازه‌واردان تضمین شود. (Bourreau, Krämer & Buiten, 2022: 11) قوانین مختلف بین‌المللی مانند قانون بازارهای دیجیتال اروپا، قانون نوآوری و انتخاب آنلاین آمریکا، با الزامات متفاوت، ارائه دسترسی عادلانه و غیرتبعیض‌آمیز به کاربران تجاری و شرکت‌های فعال در بازارهای ثانویه را پیش‌بینی کرده‌اند.

در ایران، ماده ۵ سند شورای‌عالی فضای مجازی، سکوها را موظف به فراهم‌سازی دسترسی عادلانه برای شرکت‌های فعال در بازارهای ثانویه می‌نماید. بااین‌حال، تمرکز این ماده عمدتاً بر جنبه‌های قراردادی و نمایش محصولات معطوف است و پوشش کافی برای دسترسی فنی و عملیاتی به رابط‌ها و زیرساخت‌ها ارائه نمی‌دهد.

ب. قابلیت همکاری داده‌ها

اشتراک‌گذاری کلان‌داده‌ها به‌عنوان یکی از ابزارهای مهم جهت کاهش موانع ورود در بازارهای داده‌محور شناخته می‌شود، زیرا امکان بهره‌برداری مؤثر و توسعه خدمات نوآورانه را برای بازیگران تازه‌وارد و شرکت‌های مکمل فراهم می‌آورد. این فرایند عمدتاً از طریق واسط‌های کاربری و فراهم‌سازی قابلیت انتقال لحظه‌ای داده‌ها صورت می‌گیرد و به شرکت‌ها و کاربران تجاری اجازه می‌دهد داده‌های موجود در پلتفرم‌های جاافتاده را با سامانه‌های خود تلفیق کرده و خدماتی نوآورانه ارائه دهند. (Pradeep et al., 2025: 245) مطابق این راهکار، قوانین نوین اروپایی، دسترسی رایگان و غیرتبعیض‌آمیز کاربران و اشخاص ثالث به داده‌ها را الزامی نموده تا جریان آزاد داده‌ها و رقابت در بازارهای دیجیتال تقویت گردد. در مقابل، حقوق آمریکا و ایران تاکنون الزامی مشابه برای اشتراک‌گذاری داده‌ها با هدف ارتقای قابلیت همکاری شبکه‌ای پیش‌بینی نکرده‌اند. (Clifford Chance, 2025: 7)

باوجود مزایای بالقوه اشتراک‌گذاری داده‌ها در ارتقای رقابت و کاهش موانع ورود، این الزام می‌تواند آثار منفی قابل‌توجهی نیز به همراه داشته باشد. در پلتفرم‌هایی که خدمات خود را به‌صورت رایگان ارائه می‌کنند و سرمایه‌گذاری‌های گسترده‌ای در گردآوری، پالایش و تحلیل داده‌ها انجام داده‌اند، اجبار به‌اشتراک‌گذاری داده‌ها با رقبا ممکن است به انتقال غیرمنصفانه منافع اقتصادی و تضعیف انگیزه برای نوآوری و توسعه فناوری‌های جدید بینجامد. از سوی دیگر، الزام به دسترسی رقبا به داده‌های تحت حمایت حقوق مالکیت فکری و داده‌های حاصل از نظارت رفتاری کاربران، می‌تواند به همسان‌سازی خدمات، کاهش تمایز رقابتی و ازمیان‌رفتن تنوع در بازار منجر شود. افزون بر این، چالش‌های مربوط به حفظ حریم خصوصی و کنترل کاربران بر داده‌های شخصی‌شان، یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های حقوقی در اجرای سیاست‌های اشتراک اجباری داده‌ها به شمار می‌رود. بدین ترتیب، توازن میان منافع رقابتی ناشی از دسترسی آزاد به داده‌ها و ضرورت حفظ انگیزه‌های نوآورانه و حقوق بنیادین کاربران، از چالش‌های اصلی قانون‌گذاری در بازارهای داده‌محور است. (Casanova, 2016: 48)

در بند ۹ ماده ۶ قانون بازارهای دیجیتال، قابلیت همکاری داده‌ها محدود به انتقال داده‌های مستقیم و غیرمستقیم به کاربران یا ذی‌نفعان آن‌ها می‌شود. این محدودسازی، ضمن حفظ امکان نوآوری و ارائه خدمات مکمل، آثار منفی رقابتی و اقتصادی ناشی از اعمال قابلیت همکاری مطلق داده‌ها را کاهش می‌دهد. بدین ترتیب، می‌توان تعادل میان حفظ انگیزه نوآوری، رقابت سالم و حفاظت از حقوق کاربران را برقرار نمود.

در سند شورای‌عالی فضای مجازی نیز، بند ۳ ماده ۴، الزام به انتقال داده‌ها در قالب استاندارد برای ارائه دهندگان خدمات سکو مقرر شده است. برخلاف قانون بازارهای دیجیتال، این ماده درخواست انتقال را تنها از طرف کاربر الزامی دانسته است. لفظ «انتقال داده‌های مرتبط» را می‌توان شامل داده‌های تولید شده توسط کاربر و داده‌های غیرمستقیمی دانست که از تحلیل رفتارهای وی بدست می آید.

۴-۴. ایجاد زیرساخت های رقابتی

ایجاد فضای چندخانه برای کاربران، همراه با کنترل‌های حقوقی و قضایی، از مؤثرترین روش‌ها برای کاهش موانع ورود در بازارهای دیجیتال است. بسیاری از موانع ورود ناشی از رقابت طبیعی و آثار شبکه‌ای هستند و محدودشدن گزینه‌های انتخابی کاربران می‌تواند به کاهش رفاه کلی و کندشدن نوآوری منجر شود. ازاین‌رو، به‌جای تمرکز صرف بر محدودسازی نحوه استفاده از داده‌ها، توانمندسازی شرکت‌های نوپا برای ارائه خدمات نوآورانه و متمایز مسیر رقابت را هموار می‌کند و زمینه را برای رقابت کارآمدتر فراهم می‌سازد.

دراین‌خصوص، حمایت‌های زیرساختی ملی و منطقه‌ای، می‌تواند رقابت را تقویت کند، همان گونه که در رویه داخلی، نمونه‌هایی از آن مشاهده می‌شود: سامانه‌های قضایی امکان پرداخت از طریق چند برنامه مختلف را فراهم کرده‌اند، سامانه‌های پرداخت عوارض و قبوض خدمات متنوعی ارائه می‌کنند و ارتباط کاربران با مراجع حکومتی و سازمان‌های دولتی و نیمه‌دولتی از طریق پلتفرم‌های خصوصی ممکن شده است. اجرای این سیاست به‌دور از سوگیری‌های سیاسی و رانت‌ها، ضمن ترویج چندخانه‌سازی، تازه‌واردان را توانمند کرده و بر اساس بند ۳ ماده ۴ سند شورای‌عالی فضای مجازی، به‌عنوان یک ابزار رقابتی مؤثر برای مقابله با موانع ورود محسوب می‌گردد.

نتیجه‌گیری

کلان‌داده‌ها در عین آنکه زیربنای اصلی نوآوری و رقابت در اقتصاد دیجیتال محسوب می‌شوند، می‌توانند به دلیل تمرکز دسترسی و بهره‌برداری در اختیار معدودی از شرکت‌های مسلط، خود به مانعی برای ورود و رقابت مؤثر تبدیل شوند. موانع ورود در بازارهای داده‌محور به طرق مختلفی ایجاد می‌شوند. نبود قابلیت همکاری و دسترسی به زیرساخت‌ها موجب قفل‌شدگی کاربران و افزایش هزینه‌های ورود می‌شود. آثار شبکه‌ای و انباشت داده، مزیت غیرقابل‌جبرانی برای شرکت‌های جاافتاده ایجاد می‌کند و قواعد حریم خصوصی، مالکیت فکری، محدودیت‌های امنیتی و سیاست‌های قراردادی در کنار ضعف الزامات شفافیت، از مهم‌ترین عوامل تحدید جریان آزاد داده‌ها به شمار می‌روند.

نظام حقوقی ایران با تدوین سند شورای‌عالی فضای مجازی، گامی مهم، هرچند مقدماتی، در جهت تنظیم‌گری بازارهای دیجیتال برداشته است. بااین‌حال، این سند هنوز از جامعیت نهادی و انسجام تقنینی لازم برای مقابله با موانع ورود در بازارهای داده‌محور برخوردار نیست و بیش از آنکه بر حمایت از رقابت مبتنی بر داده و تضمین قابلیت همکاری میان پلتفرم‌ها متمرکز باشد، رویکردی نظارتی و محتوایی دارد.

برای برقراری توازن میان منافع رقابتی و حفاظتی، پیشنهاد می‌شود حقوق ایران به‌سمت تدوین چارچوب جامع تنظیم‌گری داده‌ها حرکت کند که ضمن احترام به حقوق مالکیت فکری و حریم خصوصی، جریان منصفانه داده‌ها را تسهیل نماید. در این راستا، می‌توان محورهای زیر را به‌عنوان راهکارهای اصلاحی مطرح کرد: ۱. پیش‌بینی نظام حقوقی الزام‌آور برای قابلیت همکاری فنی و داده‌ای میان سکوهای بزرگ و شرکت‌های تازه‌وارد؛ ۲. تعیین الزامات شفافیت و اشتراک‌گذاری داده‌ها با نهادهای نظارتی و رقبا در شرایط خاص رقابتی؛ ۳. بازنگری در قواعد مالکیت فکری به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده انحصاری از داده‌ها به‌عنوان دارایی رقابتی؛ ۴. ایجاد نهاد تنظیم‌گر رقابت دیجیتال با صلاحیت میان‌رشته‌ای در حوزه داده، رقابت و حریم خصوصی.

در مجموع، داده‌ها باید نه به‌عنوان کالای صرفاً خصوصی یا دارایی انحصاری، بلکه به‌مثابه نهاده‌ای حیاتی برای تضمین رقابت مؤثر و پویایی بازارهای دیجیتال تلقی شوند. تنها از طریق چنین رویکردی می‌توان از تمرکز قدرت در دست معدودی از پلتفرم‌ها جلوگیری کرد و مسیر توسعه پایدار و منصفانه اقتصاد دیجیتال ایران را هموار ساخت.

References

1. *Bara, M. (2025). Accessibility Barriers in Multi-Terabyte Public Datasets: The Gap Between Promise and Practice, 1-5.*
2. *Bourreau, M., de Streel, A. (2019). Digital Conglomerates and EU Competition Policy. Telecom ParisTech, CERRE, 1-44.*
3. *Bourreau, M., Krämer, J., Buiten, M. (2022). Interoperability in Digital Markets. CERRE Report, 1-53.*
4. *Casanova, J. (2016). Online Search Engine Competition with First-Mover Advantages. Journal of Competition Law & Economics, 12(1), 1-61.*
5. *Centre for Information Policy Leadership (CIPL). (2024). Data Minimization in the United States' Emerging Privacy Landscape: Discussion Paper.*
6. *Clifford Chance. (2025). Data Privacy Legal Trends 2025: Client Briefing Report, 1-8.*
7. *EDPS. (2021). AEPD-EDPS joint paper on 10 misunderstandings related to anonymization.*
8. *Evans, D. S. (2013). Attention Rivalry Among Online Platforms. University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 627, 1-44.*
9. *Fletcher, A. (2021). Digital Competition Policy: Are Ecosystems Different? Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD, Paris, 1-13.*
10. *Gabriel, N. (2021). Taking It with You: Platform Barriers to Entry and the Limits of Data Portability. Michigan Technology Law Review, 27, 263-298.*
11. *Gal, M., Rubinfeld, D. L. (2015). The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. Antitrust Law Journal, 80(3), 1-59.*
12. *Giannaccari, A. (2018). The Big Data Competition Story: Theoretical Approaches and the First Enforcement Cases. EUI Department of Law Research Paper No. 2018/10, 1-25.*
13. *Garfinkel, S. L. (2015). De-Identification of Personal Information. NIST IR 8053, 1-46.*
14. *Jenny, F. (2021). Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward. OECD Competition Committee Discussion Paper, 1-39.*
15. *Mancini, J., et al. (2016). Abuse of Dominance in Digital Markets. Competition Policy International, 1-87.*
16. *McAfee, A. P., Brynjolfsson, E. (2012). Big Data: The Management Revolution. Harvard Business Review, 90(10), 59-69.*
17. *Mercatus Center. (2025). Is Data Really a Barrier to Entry? Rethinking Competition Regulation in Generative AI. Working Paper, 1-25.*
18. *Montjoye, Y-A., Schweitzer, H., Crémer, J. (2020). Competition Policy for the Digital Era. European Commission, 1-127.*
19. *OECD. (2024). The Intersection between Competition and Data Privacy. OECD Report, 1-40.*
20. *O'Shaughnessy, K., Sokol, D. D., Phillips, J., Swire, N. (2016). Big Data, Little Chance of Success: Why Precedent Does Not Support Anti-Data Theories of Harm. Competition Policy International, 1-11/*
21. *Pradeep, M., et al. (2025). Data Monopolies and Antitrust: Examining Big Tech's Role in Market Dynamics and Innovation. Journal of Marketing & Social Research, 2(2), 240-250.*
22. *Prüfer, J., Schottmüller, C. (2021). Competing with Big Data. Journal of Industrial Economics, 69(4), 1-48.*
23. *Rubinfeld, D. L., Gal, M. (2017). Access Barriers to Big Data. Arizona Law Review, 59, 1-47.*
24. *Sgaramella, A. (2016). Big Data, Competition and Privacy. Competition Policy International, 13-22.*
25. *Stucke, M. E., Grunes, A. P. (2016). Big Data and Competition Policy. Oxford University Press, 1-11.*
26. *Van de Waerdt, P. (2023). Everything the Data Touches Is Our Kingdom: Market Power of Data Ecosystems. World Competition, 46(1), 65-98.*
27. *Yun, J. M. (2019). Antitrust After Big Data. Criterion Journal on Innovation, 4, 406-429.*
28. *Rahbari, E. (1401). An analysis of competition law challenges of big data. Journal of Legal Research, 25(98), 295-320. (In Persian)*
29. *Rahbari, E. (1402). Competitive assessment of specific cases of abuse of dominant position through big data. Public Law Research, 25(81), 215-250. (In Persian)*
30. *Rahbari, E. (1402). A reflection on the relationship between big data and market power in platform markets from the perspective of modern competition law developments. Quarterly Journal of Private Law Studies, 53(2), 205-228. (In Persian)*

The Nature and Characteristics of Relational Contracts with an Emphasis on Their Functions in the Supply Chain and Outsourcing

Fatemeh Farhan Far[1]* Jalil Ghanavati[2]

1. *PhD in Private Law , Department of Law, University of Tehran, Qom, Iran*
2. *Associate Professor, Department of Law, University of Tehran, Qom, Iran*
(- Corresponding Author Email: fa.farhan1987@gmail.com)*

Received: 2026-04-14
Revised: 2026-08-21
Accepted: 2026-09-08
Available Online: 2026-09-22

How to cite this article:
Farhan Far, F.; Ghanavati, J. (2026). The Nature and Characteristics of Relational Contracts with an Emphasis on Their Functions in the Supply Chain and Outsourcing. Encyclopedia of Economic Law Journal, 33(29): (223-244) (in Persian with English abstract).
https://doi.org/10.22067/economlaw.2026.97392.1517

1. INTRODUCTION

The increasing complexity, continuity, and interdependence of contemporary commercial relationships have exposed significant limitations in the traditional contractual paradigm, which largely conceptualizes contracts as discrete transactions between autonomous parties whose rights and obligations can be specified in advance and enforced through formal legal mechanisms. This paradigm becomes particularly problematic in long-term and complex business relationships, where the parties operate under conditions of uncertainty, bounded rationality, technological change, fluctuating market demand, and incomplete information. In such circumstances, it is often impossible, or economically inefficient, to identify and formally regulate all future contingencies at the time of contract formation. The problem becomes even more significant in supply chains and outsourcing arrangements, where the performance of one party directly affects the efficiency, quality, and continuity of the activities of other parties within the network.

Relational contract theory emerged in response to precisely this limitation. Rather than treating a contract as an isolated exchange of promises, the relational approach conceptualizes contractual obligations within the broader social, economic, and institutional relationship between the parties. From this perspective, contractual performance is not determined exclusively by express terms and legally enforceable obligations; it is also influenced by trust, reciprocity, cooperation, reputation, shared expectations, social norms, repeated interaction, flexibility, and the parties' mutual dependence. The theoretical foundations of this approach can be traced particularly to the work of Ian Macneil and, more broadly, to the empirical and theoretical developments associated with legal realism and the critique of classical contract law. Macaulay's empirical studies demonstrated that business actors frequently rely on informal understandings, trust, negotiation, and continuing relationships rather than resorting immediately to formal contractual remedies. Macneil subsequently developed a comprehensive theoretical framework in which contracts are situated on a continuum ranging from relatively discrete transactions to highly relational exchanges.

The relational approach does not imply that formal contracts have become irrelevant. Rather, it challenges the

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

assumption that formal contractual rules alone are sufficient to govern complex and evolving relationships. In relational settings, the formal contract may establish a legal framework, allocate initial responsibilities, define basic performance standards, and provide mechanisms for dispute resolution, while relational governance supplements that framework by enabling the parties to respond to unforeseen circumstances through cooperation, renegotiation, information exchange, mutual adjustment, and self-enforcement. Accordingly, relational contracts should not necessarily be understood as a separate contractual category that replaces traditional contracts. They are better regarded as a contractual approach or governance orientation whose intensity varies according to the nature, duration, complexity, uncertainty, and social embeddedness of the relationship.

This perspective is particularly relevant to supply chain relationships. Modern supply chains are not merely linear arrangements involving the movement of goods from suppliers to manufacturers and distributors; they constitute complex networks characterized by interconnected flows of materials, information, financial resources, technology, and knowledge. Their effective operation requires coordination among legally independent actors whose interests are simultaneously distinct and interdependent. The growing reliance on outsourcing further intensifies these interdependencies because firms increasingly transfer non-core activities to specialized suppliers in order to reduce costs, access specialized capabilities, increase flexibility, and concentrate on their core competencies. Consequently, outsourcing frequently produces relationships in which the parties must cooperate over time, exchange information, adapt to unforeseen circumstances, and sometimes make relationship-specific investments.

In this context, the central issue is not merely whether a formal contract can be drafted, but whether the contractual governance structure can effectively sustain cooperation when the future cannot be fully predicted. Relational contracts may provide an alternative or complementary mechanism by which parties manage incomplete contracting, reduce opportunistic behavior, facilitate adaptation, support investment, improve quality, and preserve long-term commercial relationships. The relevance of relational contracting is therefore particularly evident where the value of the transaction depends on the continuation of the relationship and where termination, replacement, or switching is costly.

2. PURPOSE

This study aims to examine the nature, theoretical foundations, distinctive characteristics, and practical functions of relational contracts, with particular emphasis on their application to supply chain relationships and the outsourcing of commercial activities. The research seeks to address the conceptual and legal question of how contractual relationships should be understood when the parties cannot fully determine their future rights and obligations at the moment of contract formation and when the successful performance of the relationship depends substantially on continuing cooperation beyond the express terms of the agreement.

More specifically, the study pursues five interrelated objectives. First, it seeks to clarify the conceptual meaning and theoretical foundations of relational contracts and to identify their historical development within modern contract theory. Particular attention is given to the contributions of Macaulay and Macneil, whose works challenged the assumptions underlying classical contract theory and emphasized the social and relational dimensions of contractual exchange. The study also seeks to clarify that although the theoretical formulation of relational contract theory is strongly associated with American legal scholarship, particularly Macneil's work, relational contracting is not confined to the United States or to the common-law tradition. Rather, relational characteristics may emerge in commercial relationships operating under different legal systems.

Second, the research aims to distinguish relational contracts from classical and neoclassical models of contracting. The classical model generally emphasizes discrete transactions, predetermined obligations, formal enforceability, certainty, and the autonomy of the contracting parties. Neoclassical contract theory introduced greater flexibility through concepts such as good faith, commercial usages, contextual interpretation, reliance, and unconscionability, yet relational scholars argue that even the neoclassical model often continues to conceptualize the contract primarily as an exchange rather than as an ongoing relationship. The present study therefore examines the extent to which relational contracts represent a further conceptual development beyond both classical and neoclassical models.

Third, the study seeks to identify the principal relational norms that influence contractual performance. These include role integrity, reciprocity, effectuation of consent, implementation of planning, power, propriety of means, harmonization with the social matrix, solidarity, flexibility, preservation of the relationship, and the coordination of relational conflicts. Such norms demonstrate that relational contracting cannot be adequately explained solely through the language of enforceable promises. Instead, contractual performance is embedded in a broader structure of social and economic expectations that evolves throughout the relationship.
Fourth, the research aims to investigate the practical functions of relational contracts in supply chain management and outsourcing. In particular, it examines their capacity to facilitate continuous coordination, information sharing, quality improvement, joint problem solving, adaptation to unforeseen events, risk and benefit sharing, and the protection of relationship-specific investments. These functions are especially significant where formal contractual provisions cannot adequately capture quality, effort, knowledge transfer, innovation, or other dimensions of performance that may be difficult to observe or prove before a third party.
Finally, the study seeks to determine the relationship between formal contractual governance and relational governance. Rather than treating them as mutually exclusive alternatives, the research examines whether formal and relational mechanisms can operate as complementary governance structures. The underlying objective is to demonstrate how an appropriately designed combination of formal contractual provisions and relational mechanisms can reduce transaction costs, mitigate opportunism, promote investment, and improve the resilience and efficiency of long-term supply chain and outsourcing relationships.

3. METHODOLOGY

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

4. FINDINGS

The findings demonstrate, first, that relational contracts should not be conceptualized simply as a distinct contractual type alongside sale, supply, outsourcing, franchise, or employment contracts. Rather, relational contracting represents a mode of contractual governance that can characterize different types of contracts to varying degrees. Contracts exist along a continuum extending from relatively discrete transactions to highly relational relationships. Even apparently discrete exchanges are embedded within broader social, institutional, and economic contexts; however, the significance of relational factors increases as the duration, complexity, uncertainty, interdependence, and specificity of the relationship increase.
Second, the study finds that the principal weakness of classical and neoclassical contracting in complex commercial environments lies in the assumption that future contingencies can be adequately anticipated and allocated in advance. In long-term supply and outsourcing relationships, this assumption is unrealistic because changes in demand, technology, production conditions, quality requirements, costs, regulations, and market conditions may require responses that could not reasonably have been specified when the original agreement was concluded. Relational contracting addresses this problem by shifting part of the emphasis from ex ante specification to ex post adaptation. Instead of attempting to regulate every possible contingency, the parties establish a framework within which they can cooperate, negotiate, exchange information, and modify their conduct as circumstances evolve.
Third, relational contracting is found to depend heavily on repeated interaction, mutual knowledge, and trust. A supply chain relationship may initially begin as a discrete transaction, but repeated dealings can generate familiarity, reputation, confidence, and expectations of future cooperation. These factors alter the incentives of the parties. When future business is valuable, opportunistic conduct that produces short-term benefits may threaten the continuation of the relationship and thereby impose greater long-term costs on the opportunistic party. The value of the existing relationship therefore becomes an important source of self-enforcement.
Fourth, the research shows that the economic value of maintaining a relationship is closely connected to switching costs and outside options. Where finding an alternative supplier or customer is difficult or costly, the surplus associated with the existing relationship increases. Consequently, the parties have stronger incentives

to preserve cooperation and comply with relational expectations. Conversely, where alternative partners are readily available and switching costs are low, the disciplining effect of relational governance becomes weaker. This finding demonstrates that relational self-enforcement is not based solely on trust or goodwill; it is also supported by rational economic incentives generated by the expected value of future transactions.

Fifth, relational contracts provide an important mechanism for coordination and information exchange within supply chains. Unlike transactional relationships in which information may be exchanged only when an immediate contractual need arises, relational governance encourages continuous communication. Repeated information exchange allows the parties to develop mutual knowledge, identify problems at an earlier stage, and coordinate responses to unforeseen events. Joint problem solving consequently becomes an integral component of contractual performance rather than an exceptional response to breach.

Sixth, relational contracting can improve quality management in outsourcing and supply relationships. Quality and effort may be observable to the contracting parties while remaining difficult to verify objectively before a court. Under such conditions, a formal contract may encounter difficulties in linking payment or other contractual consequences to actual performance. Relational governance can address this problem through repeated monitoring, information sharing, quality-related incentives, informal adjustments, and the possibility of reducing future benefits or terminating the relationship in response to persistent underperformance. Thus, relational contracting can support not merely the maintenance of existing quality standards but also continuous quality improvement and organizational learning.

Seventh, the findings establish a significant connection between relational contracts and relationship-specific investment. In supply chains and outsourcing, suppliers may be required to invest in customized technology, specialized equipment, additional capacity, employee training, knowledge transfer, or other assets whose value outside the particular relationship is limited. Such investments expose suppliers to the risk of opportunistic behavior by the counterparty because the investor becomes dependent upon the continuation of the relationship. Relational governance can mitigate this problem by increasing the expected value of future cooperation and thereby encouraging the parties to undertake investments that would otherwise be economically risky.

The analysis further indicates that relational contracts may reduce both the risk of opportunistic exploitation and the problem of underinvestment. Where the parties expect a sufficiently valuable stream of future benefits, they may voluntarily make relationship-specific investments even where all future rewards cannot be legally guaranteed. The expectation of continued business can therefore function as an incentive mechanism that supports efficient investment and strengthens cooperation.

Eighth, relational governance is found to provide an important mechanism for managing conflicts without immediately resorting to formal legal remedies. In a relational relationship, disagreement does not necessarily signal the end of the contractual relationship. Instead, negotiation, accommodation, renegotiation, and joint adjustment may preserve the relationship while allowing the parties to respond to changing circumstances. This feature is particularly important in supply chains, where termination of a supplier relationship may disrupt production, distribution, information flows, and customer service. The preservation of the relationship may therefore generate economic value for both parties even after a disagreement has arisen.

Ninth, the research demonstrates that relational self-enforcement does not mean the absence of sanctions. Rather, sanctions operate differently from traditional legal enforcement. The possibility of losing future business, reputation, access to future orders, accumulated relational benefits, and the opportunity to continue a profitable relationship may constitute powerful incentives for compliance. Termination itself may function as a significant relational sanction. A supplier that performs inadequately risks not only immediate economic consequences but also the costs associated with finding a new customer and rebuilding a commercial relationship.

Tenth, the findings confirm that formal and relational governance are complementary rather than necessarily competing mechanisms. Formal contracts remain important because they provide the legal architecture of the relationship, establish fundamental rights and duties, allocate risks, create accountability, and provide mechanisms for dispute resolution. Relational governance supplements this framework by introducing flexibility, trust, information sharing, cooperation, and adaptive capacity. The most effective governance structure in complex supply chain and outsourcing relationships is therefore likely to be a hybrid arrangement in which formal contractual provisions provide a stable legal foundation while relational mechanisms address those dimensions of

the relationship that cannot be completely specified or enforced ex ante.

Overall, the findings suggest that the effectiveness of relational contracting depends on a combination of legal, economic, and social conditions. Repeated interaction, mutual dependence, expected future benefits, reputation, trust, relationship-specific investment, switching costs, and the availability of alternative partners jointly influence the strength of relational governance. Accordingly, relational contracts should not be understood as informal substitutes for legally binding agreements, but as dynamic governance arrangements whose effectiveness derives from the interaction of formal rules and relational norms.

5. CONCLUSION

The study concludes that relational contracts constitute a significant development in contemporary contract theory because they provide a more realistic framework for understanding complex, long-term, and interdependent commercial relationships. Their central contribution lies in recognizing that contractual performance cannot always be reduced to the fulfillment of precisely defined obligations backed by formal legal sanctions. In many commercial relationships, especially within supply chains and outsourcing arrangements, performance is shaped by continuing interaction, mutual expectations, trust, reciprocity, cooperation, flexibility, reputation, and the economic value of maintaining the relationship.

The relational approach does not reject the importance of formal contract law. On the contrary, the analysis demonstrates that formal and relational mechanisms perform different but complementary functions. Formal contracts provide certainty, establish the fundamental legal framework, allocate initial risks and responsibilities, and provide remedies and dispute-resolution mechanisms. Relational governance, by contrast, enables the parties to address incomplete contracting, respond to unforeseen circumstances, exchange information, solve problems jointly, adjust performance, and preserve cooperation. The combination of these mechanisms is particularly valuable in commercial environments where uncertainty and interdependence make exhaustive ex ante contractual specification impossible.

From the perspective of supply chain management and outsourcing, relational contracting offers several significant advantages. It can strengthen trust and cooperation among suppliers, producers, distributors, and other participants; facilitate continuous information exchange; improve quality; support joint learning and innovation; reduce conflict and transaction costs; encourage relationship-specific investment; promote equitable sharing of risks and benefits; and enhance the capacity of the supply chain to respond to unforeseen disruptions.

The study further concludes that the self-enforcing character of relational contracts is fundamentally connected to the expected future value of the relationship. When parties attach substantial value to future cooperation and face meaningful costs in terminating the relationship or finding alternative partners, the threat of losing future benefits creates incentives for compliance. In this sense, relational enforcement does not eliminate rational self-interest; rather, it transforms the pursuit of self-interest from short-term opportunism into long-term cooperation. Cooperation may therefore represent not a departure from economic rationality but a more sophisticated form of rational behavior under conditions of repeated interaction and mutual dependence.

At the same time, relational contracting should not be romanticized as a system based exclusively on trust, goodwill, or informal norms. Its effectiveness depends on the institutional and economic structure of the relationship. Excessive dependence, unequal bargaining power, low switching costs, weak outside options, or the absence of adequate formal safeguards may undermine relational governance and increase the risk of opportunistic exploitation. Consequently, relational contracting should be accompanied by carefully designed formal provisions that establish minimum standards of performance, protect essential interests, allocate significant risks, and provide mechanisms for addressing serious breaches.

The principal legal implication of the research is therefore that modern contract law should move beyond an exclusive focus on ex ante specification and judicial enforcement and should also recognize the dynamic and relational dimensions of contractual performance. In long-term commercial relationships, legal interpretation and contractual design should take account, where appropriate, of the parties' established course of dealing, commercial practices, legitimate expectations, cooperation, good faith, mutual dependence, and the broader context in which contractual obligations are performed. Such an approach does not undermine contractual cer-

tainty; rather, it can make contractual governance more responsive to the realities of contemporary commerce. Ultimately, relational contracts can be understood as dynamic governance mechanisms situated between formal legal enforcement and purely informal social cooperation. Their distinctive value lies in their capacity to combine the stability of formal contractual structures with the adaptability of relational norms. In supply chains and outsourcing arrangements, where uncertainty, specialization, information asymmetry, and relationship-specific investment are particularly pronounced, this combination can provide a more effective basis for sustainable cooperation than either rigid formalism or purely informal arrangements. The future of contractual governance in complex commercial relationships therefore lies not in replacing formal contracts with relational mechanisms, but in designing integrated contractual frameworks in which legal rules and relational governance mutually reinforce one another.

Keywords: relational contracts, supply chain, Supply chain management, outsourcing

ماهیت و ویژگی های قراردادهای رابطه ای با تأکید بر کارکرد آن ها در زنجیره تأمین و برون‌سپاری

فاطمه فرهان فر[۱] جلیل قنواتی[۲]

دریافت: ۱۴۰۵-۰۱-۲۵ | بازنگری: ۱۴۰۵-۰۵-۳۰ | پذیرش: ۱۴۰۵-۰۶-۱۷ | انتشار: ۱۴۰۵-۰۶-۳۱

چکیده

گسترش روابط مستمر و پیچیده بنگاه‌ها در زنجیره‌های تأمین و برون‌سپاری، محدودیت الگوی سنتی قرارداد را که بر تعیین قبلی تعهدات و اجرای رسمی آن ها استوار است، آشکار ساخته است. قراردادهای رابطه‌ای با تأکید بر استمرار رابطه، همکاری، اعتماد، انعطاف‌پذیری و سازگاری مستمر طرفین، ظرفیت پاسخ‌گویی به شرایطی را فراهم می‌کنند که پیش‌بینی و تنظیم کامل آن ها در زمان انعقاد قرارداد امکان‌پذیر نیست. پژوهش حاضر با هدف تبیین ماهیت قراردادهای رابطه‌ای و بررسی کارکرد و جایگاه آن ها در روابط زنجیره تأمین و برون‌سپاری انجام شده است. این پژوهش با روش توصیفی ـ تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، ضمن بررسی مبانی نظری و تمایز این رویکرد از الگوی کلاسیک و نئوکلاسیک قراردادها، شرایط و کارکردهای قراردادهای رابطه‌ای را در روابط تجاری بلندمدت بررسی می‌کند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که قرارداد رابطه‌ای، به‌عنوان رویکردی نوین در حقوق قراردادها، می‌تواند از طریق ایجاد امکان سازگاری مستمر با شرایط پیش‌بینی‌نشده، تقویت همکاری و تبادل اطلاعات، تسهیل حل مشترک مسائل، یادگیری و خلق ارزش مشترک در زنجیره تأمین و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خاص کارآمدی روابط زنجیره تأمین و برون‌سپاری را افزایش دهد. همچنین، خوداجرایی این قراردادها بر منافع آینده رابطه، اعتماد، شهرت، تعهدات متقابل و امکان خاتمه رابطه استوار است.

کلید واژه‌ها: قراردادهای رابطه ای، زنجیره ارزش،مدیریت زنجیره ارزش، برونسپاری.

۱. دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) fa.farhan1987@gmail.com
۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

مقدمه

تمرکز بر روابط اجتماعی و بین‌فردی میان طرفین قرارداد، و نه صرفاً بر توافق قراردادی آن‌ها، از ویژگی‌های بارز رویکرد نوین در حقوق قراردادهاست؛ رویکردی که در ادبیات حقوقی با عنوان«قراردادهای رابطه‌ای»[1] شناخته می‌شود. قراردادهای رابطه‌ای به طرفین اجازه می‌دهند تا ابعاد حیاتی رابطه، که در قالب قرارداد رسمی قابل تنظیم نیست، را از طریق همکاری خوداجرا (یعنی همکاری بدون نیاز به مداخله طرف سوم، اعم از محاکم قضایی و قوای قاهره) مدیریت کنند. این تحول در حقوق قراردادها، پاسخی به کاستی‌های نظریه‌های کلاسیک بود؛ جایی که فرضیه «انسان عقلانی» در اقتصاد و «کامل بودن قراردادها» در حقوق، در عمل با شکست مواجه شدند. ناکارآمدی نظریه‌های سنتی و «چارچوب ناقص تخصیص ریسک» (که مبتنی بر پیش‌بینی تمام ریسک‌های آینده و ثبت آن‌ها در زمان انعقاد قرارداد بود)، زمینه‌ساز ظهور تحلیل-های جدید در حقوق قراردادها گردید.

امروزه بسیاری از توافقات تجاری با مدل کلاسیک قراردادها (پوشش تمام احتمالات) سازگار نیستند. زیرا، از یک سو پیش‌بینی کامل ریسک‌های آینده به دلیل پیچیدگی و عدم قطعیت ناممکن است و از سوی دیگر، محدودیت‌های عملی در تخصیص بهینه ریسک‌ها در هنگام انعقاد قرارداد وجود دارد. در نتیجه، طرفین به سمت قراردادهای مستمر و تعاملی حرکت می‌کنند که امکان بهره‌برداری از فرصت‌های اقتصادی خاص را فراهم می‌سازند و با تعیین معیارهای شفاف عملکرد و مکانیزم‌های نظارتی، انگیزه مشارکت در منافع مشترک را ایجاد می‌کنند. علاوه بر این، روابط را به گونه‌ای ساختار می‌دهند که نقض تعهدات، کاهش سهم منافع طرف متخلف را در پی دارد (Goetz and Robert E, 1981: 1089-1092).

در چنین شرایطی، قراردادهای سنتی کارایی گذشته خود را از دست می‌دهند، چراکه ابزارهای دیگری (مانند عرف‌های تجاری و صنفی، تعهدات اخلاقی و روابط بلندمدت) جایگزین کارکردهای آن‌ها می‌شوند. متخصصان باتجربه در صنعت، با شناخت الگوهای رایج بازار، اغلب نیازی به ذکر تمام جزئیات در قرارداد ندارند. هنجارهایی مانند تولید محصول باکیفیت، احترام به تعهدات و سرمایه اجتماعی ناشی از روابط پایدار، انگیزه‌های قوی‌تری نسبت به ضمانت اجراهای قضایی ایجاد می‌کنند؛ به گونه‌ای که همکاری‌های فنی، اشتراک سهام یا مدیریت مشترک، وابستگی متقابلی ایجاد می‌کند که نقض تعهدات را برای کل شبکه پرهزینه می‌سازد (Macaulay, 2018: 62-63).

این تغییر نگرش، هم‌زمان با تحولات عینی در عرصه تولید و بازار رخ داده است؛ فرایند تولید تا عرضه کالا یا خدمت به بازار در طول دهه‌ها با گسترش بازارها، تنوع محصولات، تغییر سلایق مشتریان، تشدید رقابت و تخصصی شدن فعالیت‌ها، تحولات چشمگیری یافته است. در دهه‌های ۶۰ و ۷۰ میلادی، سازمان‌ها با استانداردسازی و بهبود فرایندهای داخلی، بر تولید محصولات با کیفیت‌تر و کم‌هزینه‌تر تمرکز کردند. تفکر غالب این بود که طراحی مهندسی قوی و عملیات تولید هماهنگ، پیش‌نیاز اصلی جلب رضایت بازار و افزایش سهم آن است. اما در دهه ۸۰، تنوع سلایق مشتریان، آن‌ها را به افزایش انعطاف‌پذیری خطوط تولید و توسعه محصولات جدید ناگزیر کرد. در دهه ۹۰، بهبود فرایندهای تولید و مهندسی مجدد نشان داد که بهینه‌سازی داخلی به تنهایی کافی نیست و هماهنگی با تأمین‌کنندگان (برای تولید مواد با کیفیت و کم‌هزینه) و توزیع‌کنندگان (برای همسویی با استراتژی‌های بازار) نیز حیاتی است. به این ترتیب، رقابت‌پذیری از مسیرکارایی داخلی به سمت همکاری‌های زنجیره تأمین و انطباق‌پذیری با تحولات بازار حرکت کرد. با چنین نگرشی، رویکردهای زنجیره تأمین و مدیریت آن مطرح شد (Miyan-Abadi, 2108: 3-4).

امروزه زنجیره‌های تأمین، شبکه‌های پیچیده‌ای از بازیگران، فرایندها و جریان‌های مالی/اطلاعاتی هستند که هماهنگی بین آن‌ها نیازمند چارچوب‌های ساختاریافته است. در این میان، قراردادها به عنوان سنگ بنا، نقش کلیدی در ثبات‌بخشی، کاهش ریسک و تسهیل همکاری در زنجیره تأمین ایفا می‌کنند. قراردادها در زنجیره تأمین فراتر از اسناد حقوقی، ابزاری استراتژیک برای هماهنگی و اتصال اعضای زنجیره‌اند. به عبارت دیگر، عملکرد مؤثر زنجیره تأمین، وابسته به چارچوب‌های قراردادی است که هماهنگی و انسجام را در سراسر زنجیره تضمین می‌کند. امروزه بنگاه‌ها برای تأمین منابع خود به جای استفاده از فرایندهای تأمین رقابتی باز، ترجیح می‌دهند با گروه محدودی از تأمین‌کنندگان متعهد، روابط بلندمدت داشته باشند (Calzolari and Giancarlo , 2017: 2).

از این‌رو، مطالعه‌ی کارکرد قراردادهای رابطه‌ای در این بستر، به‌عنوان یک مطالعه‌ی موردی عینی، می‌تواند چگونگی مدیریت همکاری‌ها

1. *Relational contracts*

و برون‌سپاری را در محیط‌های پویا روشن سازد. هدف این پژوهش، بررسی نقش و کارکرد قراردادهای رابطه‌ای در تسهیل همکاری و موفقیت برون‌سپاری در زنجیره تأمین و ارائه بینشی است که از یک سو، مبنایی برای توسعه چارچوب‌های قراردادی ترکیبی (رسمی-رابطه‌ای) فراهم می‌آورد و از سوی دیگر، چارچوبی عملیاتی در اختیار بنگاه‌ها قرار می‌دهد تا با طراحی هوشمندانه‌تر قراردادها، همکاری‌های برونسپاری را کارآمدتر سازند و ریسک‌های ناشی از عدم قطعیت و رفتار فرصت‌طلبانه را کاهش دهند. برای این منظور، ابتدا به بررسی مبانی نظری موضوع (شامل تعریف مفاهیم زنجیره تأمین، برون‌سپاری فعالیت‌های تجاری و قراردادهای رابطه‌ای) می‌پردازیم و در ادامه، کاربرد عملی این نوع قراردادها در تسهیل همکاری و موفقیت برونسپاری در زنجیره تأمین بررسیخواهد شد.

۱. مفاهیم و مبانی نظری

۱-۱. قرارداد رابطه‌ای

۱-۱-۱. زمینه تاریخی و خاستگاه نظریه

از دهه ۱۹۶۰، حقوق‌دانان تحت‌تأثیر واقع‌گرایی حقوق[2]، به بررسی شیوه‌های واقعی شکل‌گیری قراردادها پرداختند. مطالعات تجربی (مانند پژوهش‌های استوارت ماکوالی[3] و ایان مک نیل[4]) نشان دادند که حقوق قراردادهای کلاسیک و نئوکلاسیک با عملکرد واقعی افراد در مبادلات همخوانی چندانی ندارد (Fox, 2003: 6).

خاستگاه نظریه قراردادهای رابطه‌ای را می‌توان در ادبیات حقوق قراردادهای ایالات متحده آمریکا و به‌ویژه آثار مک نیل جست‌وجو کرد. مک نیل با نقد الگوی کلاسیک قرارداد و تأکید بر استمرار، همکاری و تعامل متقابل طرفین، چارچوب منسجمی برای تحلیل قرارداد به‌مثابه یک رابطه ارائه کرد. البته این خاستگاه نظری به معنای اختصاص قراردادهای رابطه‌ای به نظام حقوقی آمریکا یا کامن‌لا نیست؛ بلکه تعاملات رابطه‌ای در نظام‌های حقوقی و قراردادهای تجاری مختلف وجود دارند و آنچه به مک نیل و ادبیات حقوق آمریکا منتسب است، صورت‌بندی نظری این روابط در قالب «نظریه قراردادهای رابطه‌ای» است.

این تحول فکری در فضای نقد رویکرد سنتی به قرارداد و همزمان با بحث‌های مربوط به نظریه «مرگ قرارداد» از «گرنت گیلمور» شکل گرفت. «گیلمور» در کتاب مشهور خود[5] استدلال می‌کند که حقوق قراردادها در قرن بیستم (به ویژه در آمریکا) به پدیده‌ای مصنوعی و دور از واقعیت‌های تجاری تبدیل شده است. او معتقد بود شکاف سرعت بین تحولات تجاری و نظریه‌های حقوقی، مبانی حقوق قراردادها را در معرض منسوخ شدن قرار داده است. به عقیده او، حقوق تجارت و قراردادها، محصول انقلاب صنعتی‌اند که طی کمتر ازنیم قرن شکل گرفته‌اند. پیش از این دوره، نظریه یکپارچه قرارداد وجود نداشت؛ بلکه نهادهای حقوقی تخصصی برای پاسخ به نیازهای صنعتی ایجاد شدند. گیلمور با بررسی گذار از رویکرد ذهنی به عینی در حقوق قراردادها، تحول قرن نوزدهم را این‌گونه تحلیل می‌کند: نیازهای انقلاب صنعتی و تسهیل تجارت، موجب کاهش تکیه بر الزامات تشریفاتی (مانند مهر/امضا) و تمرکز بر قصد واقعی طرفین شد (جایگزینی فرمالیسم با انعطاف‌پذیری). به زعم او، در هر نظام حقوقی متمدنی، قراردادهای داوطلبانه و مبتنی بر حسن‌نیت، بدون نیاز به نظریه‌پردازی پیچیده، ذاتاً اجرا می‌شوند. گیلمور ادعا می‌کند که حقوق قراردادها در مسئولیت مدنی جذب شده و تمایز معناداری بین مسئولیت قراردادی و مدنی باقی نمانده است (Gilmore and Collins, 1974).

در برابر ادعای «مرگ قرارداد»، رابطه‌گرایان با تکیه بر نقش اجتماعی-اقتصادی قراردادها، بر حیات آن‌ها تأکید دارند. «استوارت ماکوالی» با مطالعه صنایع مختلف نشان داد که فعالان تجاری اغلب از قراردادهای «کامل» اجتناب می‌کنند، چراکه شرکا در طول زمان به شرکایی ضروری تبدیل می‌شوند. با تغییر موازنه قدرت، طرفین معمولا تعدیل غیررسمی قرارداد را بر فسخ آن ترجیح می‌دهند. علاوه بر این، حل اختلافات از طریق گفتگو، جایگزین هزینه‌های سنگین حقوقی می‌شود. هنجارهای غیرحقوقی مانند اخلاق حرفه‌ای و اعتماد متقابل در برخی صنایع، کارکردی مؤثرتر از قواعد حقوقی رسمی دارند (Macaulay, 1963: 12-14). تحقیقات

2. *School of Legal Realism*
3. *Stewart Macaulay*
4. *Ian Macneil*
5. *Gilmore, G. (1974). "The death of contract". Ohio State University Press.*

بعدی در این حوزه، ضمن تأیید یافته‌های ماکوالی، به این نتیجه دست یافتند که به دلیل هزینه‌های بالا، طرفین اغلب به توافقات اولیه بسنده می‌کنند. در عوض، اعتماد و شهرت به جای جزئیات حقوقی در اولویت قرار می‌گیرند (Beale and Dugdale, 1975: 45). مک نیل، نظریه‌پرداز اصلی این رویکرد، تمرکز خود را بر بررسی جنبه‌های رفتاری و هنجارهای اجتماعی حاکم بر مبادلات معطوف کرده است. او بین «قراردادهای زنده»[6] (روابط واقعی) و «قراردادهای قانونی»[7] (ابزارهای حقوقی) قائل به تمایز است (Macneil, 1999: 901). به عقیده او، قراردادها بخشی از شبکه پیچیده روابط مبادله‌ای هستند، نه معاملات مجزا. واقعیت قراردادها، فرایندی مستمر است که گذشته، حال و آینده را درهم می‌تند. به گفته او، امروزه تا آنجا که به رفتار قراردادی مربوط می‌شود، رابطه بر معامله غالب است (Macneil, 1973: 693-695). با این وجود، او تأکید می‌کند که بعضی از روابط بیشتر از بقیه رابطه‌ای هستند. او قراردادها را در امتداد یک طیف از روابط قرار می‌دهد که در یک سر آن تعاملات بسیار رابطه‌ای، مانند قراردادهای کاری طولانی‌مدت قرار دارد و در سر دیگر آن، روابط تقریباً گسسته، مانند خرید لحظه‌ای کالاها، قرار می‌گیرد. از نظر مک نیل، حتی روابط گسسته اخیر نیز به یک محیط کلی از روابط اجتماعی متصل است. بنابراین، یک عنصر رابطه‌ای همیشه وجود دارد، تا بتوان قرارداد را توضیح داد و تقریباً هیچ قراردادی نباید کاملاً گسسته فرض شود. به عقیده او، تعداد کمی از مبادلات اقتصادی تابع الگوی گسسته هستند. تمام مبادلات اقتصادی در شرایطی با این ویژگی‌ها رخ می‌دهند:

۱. مدت زمان روابط طولانی و قابل توجه است (مانند قراردادهای فرانچایز)؛
۲. روابط شخصی نزدیک، که شهرت، یعنی نوعی اخلاق و وابستگی متقابل، نقش مهمی در آن‌ها ایفا می‌کند؛
۳. موضوع مبادله شامل مقادیر قابل اندازه‌گیری (مانند دستمزد) و غیرقابل اندازه‌گیری (نمایش شخصیت توسط مهماندار هواپیما) است؛
۴. بسیاری از افراد با منافع فردی و جمعی در رابطه درگیر هستند؛
۵. رفتار همکارانه طرفین قابل پیش‌بینی است؛
۶. منافع و زیان‌های رابطه به جای تقسیم و تخصیص، به اشتراک گذاشته می‌شود؛
۷. الزام‌آور بودن رابطه محدود است (رابطه در واقع یک شراکت قانونی است که از نظر تئوری، هر عضو آزاد است که به میل خود از آن انصراف دهد)؛
۸. علقه‌های درهم تنیده‌ی دوستی، شهرت، وابستگی متقابل، اخلاق و خواسته‌های نوع‌دوستانه بخش جدایی‌ناپذیر این رابطه هستند. در نهایت این‌که، طرفین قصد یا انتظار ندارند که آینده رابطه از ابتدا برای آن‌ها روشن باشد و بتوانند آن را پیش‌بینی کنند، بلکه، رابطه به عنوان یک پیوند در حال پیشرفت وجاری دیده می‌شود که رشد می‌کند و با رویدادهای غیرقابل پیش‌بینی در آینده، تغییر خواهد کرد (Macneil, 1974: 595).

مک نیل ریشه قراردادها را در چهار عنصر اولیه تعریف می‌کند؛ نخست، تخصص و مبادله؛ تخصصی شدن کار پیش‌فرض مبادله است، زیرا تنها مبادله می‌تواند به توزیع پاداش و عوض لازم برای حمایت از تخصص کمک کند. دوم؛ «حس انتخاب»[8]؛ آزادی انتخاب یکی از ریشه‌های اولیه قرارداد است. بدون آزادی اراده (واقعی یا فرضی) قرارداد از نظر مفهومی با پدیده‌های مکانیکی غیرارادی دیگر مانند واکنش طبیعی و غیرارادی بدن به محرک‌های بیرونی، تفاوتی ندارد. سوم، «آگاهی هوشیارانه از گذشته، حال و آینده» است. بدون وجود این توانایی، انسان قادر به طراحی مبادله برای آینده نبود. در نهایت، «چارچوب اجتماعی»[9] به عنوان عنصر چهارم ریشه‌های قراردادی توسط مک نیل معرفی می‌شود. افزایش آگاهی، تخصص نیروی کار همراه با کشاورزی، اهلی کردن و کشف آتش و تشکیل جوامع و انجام فعالیت‌های اقتصادی جدید، منجر به افزایش پیچیدگی در مبادله شد. در اثر ترکیب عواملی مانند افزایش انتخاب، آگاهی و تخصص، قراردادها پایه‌گذاری شدند. البته هیچ‌یک از اینها در خلاء اجتماعی رخ نداد، بلکه در یکی از چارچوب‌های اجتماعی بی‌شماری رخ داده است که هر کدام دارای منشأ تکاملی باستانی هستند. به عقیده مک‌نیل، نادیده گرفتن

6. *living contracts*
7. *contracts at law*
8. *Sense of Choice*
9. *Social Matrix*

نقش چارچوب‌های اجتماعی در قرارداد، شبیه نادیده گرفتن «دی‌ان‌ای» در بدن موجودات است (Macneil, 1973: 696-711).
بر اساس مبانی فوق، درادبیات حقوقی برای قراردادهای رابطه‌ای دو معنای مضیق و موسع قائل شده‌اند. در معنای مضیق، تمام قراردادهایی که طرفین ضمن آن یک رابطه بلندمدت را پی‌ریزی می‌کنند، در بر می‌گیرد. از جمله این قراردادها می‌توان به قراردادهای تأمین[10]، قرارداد بر اساس میزان تولید[11]، قراردادهای فرانچایز، بعضی قراردادهای استخدام و قرارداد ازدواج اشاره کرد. این رویکرد، ناظر بر ابعادی از روابط بلندمدت است که بر چگونگی انعقاد قرارداد، محتوا و شروط فعلی و احتمالی قرارداد، تفسیر مفاد آن و دیگر هنجارهای خارج از چارچوب قرارداد قانونی رسمی حاکم بر رابطه، تأثیر می‌گذارند. از این منظر، اصولی چون حسن‌نیت، شرط قیمت شناور و انعطاف‌پذیری در قراردادهای تأمین و تولید، نشان‌دهنده‌ی گرایش به تعمیم اصول قراردادهای رابطه‌ای در قراردادهای بلندمدت هستند. افزون بر این، تلاش برای تنفیذ قرارداد در شرایط تعارض ظاهری ایجاب و قبول - به‌شرط آنکه اعمال طرفین گویای توافق باشد - نیز در همین جهت قابل تفسیر است. این برداشت مضیق از قراردادهای رابطه‌ای اگرچه درصدد محور قرار دادن اصول رابطه‌ای است، اما تا حد زیادی با اصول حقوق قراردادهای نئوکلاسیک، مکتب هزینه مبادله در مطالعات حقوق و اقتصاد و مطالعات هنجارهای اجتماعی منطبق است (Fox, 2003: 8,9).
اما چالش عمیق‌تر نظریه قرارداد رابطه‌ای و دیدگاه اصلی نظریه‌پرداز شاخص آن، ایان مک نیل، این است که همه‌ی قراردادها ذاتاً رابطه‌ای هستند. قرارداد همواره یک کنش اجتماعی است که لایه‌های متعدد روابط را دربرمی‌گیرد. همان گونه که «پل گودل» خاطرنشان می‌سازد، این دیدگاه بر فرضیه‌ای درباره سرشت انسان استوار است که به کلی با فرضیه‌های فردگرایانه و حداکثرسازی مطلوبیت بسیاری از نظریه‌پردازان قراردادها، به ویژه آن‌هایی که در مکتب حقوق و اقتصاد پرورش یافته‌اند، متفاوت است (Gudel, 1998: 776). از نظر مک نیل، قرارداد، تناقض بنیادین در وجود انسان را برجسته می‌کند: «انسان هم‌زمان موجودی کاملاً خودخواه و کاملاً اجتماعی است؛ به این معنا که منافع همنوع خود را بر منافع خویش مقدم می‌دارد، در همان حال که منافع خود را در اولویت قرار می‌دهد». به باور مک نیل، قرارداد را تنها می‌توان به مثابه تعاملی پیچیده بین منفعت شخصی و همبستگی اجتماعی درک کرد. افزون بر این، از دیدگاه او، این دوگانگی در همه قراردادها وجود دارد. حتی عینی‌ترین قراردادها، مانند خرید بنزین در بزرگراه، مبتنی بر عرف‌ها و قواعد اجتماعی (پول، زبان) هستند و به ارتباط هر فرد با اشخاص ثالث (تأمین‌کنندگان بنزین، نهادهای نظارتی دولتی) وابسته‌اند. بنابراین، پژوهشگران متأثر از مک نیل، رویکردی بسیار موسع‌تر به قراردادها دارند؛ رویکردی که اغلب بر جامعه‌شناسی، روان-شناسی اجتماعی و سایر علوم اجتماعی استوار است (Fox, 2003:9,10).

۱-۱-۲. نقد الگوی کلاسیک و نئوکلاسیک قراردادها

از منظر مدل نئوکلاسیک، قراردادها به مثابه رویدادهایی گسسته، میان کنشگرانی مستقل و برابر تصویر می‌شوند. در این مدل، تعهدات قراردادی کاملاً مشخص شده و از طریق ایجاب و قبول تعریف می‌شوند. این مدل ریشه در حقوق کلاسیک دارد که به دنبال عینیت‌بخشی و قواعد جهانی برای اجرای قراردادهاست. در فرایند مدرنیته، حقوق کلاسیک با اصلاحاتی (مانند انعطاف در تفسیر تعهدات) به حقوق نئوکلاسیک تبدیل شد که رویکردی متناسب‌تر با پیچیدگی‌های تجاری امروز دارد. حقوق قراردادهای نئوکلاسیک با سه تحول اساسی از مدل کلاسیک فاصله گرفت: نخست، افزودن مفاهیمی مانند وظیفه حسن‌نیت، عرف‌های تجاری، مسئولیت مبتنی بر اتکا و دکترین خلاف وجدان بودن، درحالی که ساختار پایه‌ای حقوق کلاسیک حفظ شد. دوم، گذار از قاعده[12] به استاندارد (معیار)؛ در حالی که حقوق کلاسیک بر قواعد ثابت و مطلق (مانند ایجاب و قبول صریح) تکیه دارد، حقوق نئوکلاسیک بر استانداردهای انعطاف‌پذیر (مانند تحلیل‌های مبتنی بر زمینه تجاری و عرفی) متمرکز است. سومین تحول، مربوط به گسترش حوزهٔ کاربرد است. حقوق نئوکلاسیک با پوشش روابط پیچیده‌تر مانند قراردادهای کاری، بر تعاملات پیش و پس از قرارداد متمرکز است و بر بستر تجاری در تفسیر مفاد تأکید می‌کند. باوجود این تحولات، رابطه‌گرایان همچنان استدلال می‌کنند که حقوق قراردادهای

10. *Requirement contracts*
11. *output contracts*
12. *rule-based*

نئوکلاسیک هنوز قرارداد را معامله‌ای گسسته می‌داند که محوریت آن مبادل وعده‌های متقابل است، نه روابط بلندمدت و تعاملی (Fox, 2003: 5-7).

به باور طرفداران قراردادهای رابطه‌ای، بسیاری از توافق‌ها بخشی از روابط بین‌فردی بلندمدت و پیچیده‌تر از تصور حقوق سنتی هستند. برای نمونه، رابطه فرانچایز یا تولید-توزیع، فراتر از توافق اولیه (شفاهی/مکتوب) هستند و نیازمند انعطاف‌پذیری پویا در شروطی مانند قیمت و مقدار در طول زمان‌اند. این روابط، هنجارهای درونی ایجاد می‌کنند که گاه با قواعد حقوقی مرسوم در تضاد است (Fox, 2003: 7). اگرچه قراردادهای بلندمدت و رابطه‌ای همپوشانی دارند، اما هیچ‌یک زیرمجموعه دیگری نیستند؛ هرکدام ماهیت و کارکرد منحصر بفردی دارند. قراردادهای رابطه‌ای دو ویژگی متمایز دارند: ۱) ناقص و طولانی هستند؛ ۲) بر روابط احتمالی صدق می‌کنند. با وجود این، قرارداد رابطه‌ای لزوما نباید طولانی‌مدت باشد، اگرچه که اغلب چنین است. در قراردادهای طولانی‌مدت، تأکید بر مذاکره مجدد واثرات آن در مقایسه با قراردادهای کوتاه مدت است. اما تمرکز قراردادهای رابطه‌ای بر چگونگی اجرای خودانگیخته تعهدات است، بدون آنکه نیاز به سازوکارهای حقوقیِ سخت‌گیرانه یا قراردادهای الزام‌آور باشد (Hviid, 2000: 46-47).

به طور کلی، ویژگی قراردادهای رابطه‌ای، در مقایسه با قراردادهای کلاسیک، را می‌توان به این شرح خلاصه کرد؛ برخلاف قراردادهای کلاسیک که قطعی[۱۳] و قیاسی هستند، قراردادهای رابطه‌ای، قراردادهایی باز و استقرایی هستند. برخلاف قراردادهای کلاسیک که همسان و یکدست‌شده هستند، قراردادهای رابطه‌ای فردی‌سازی شده هستند. قراردادهای کلاسیک مبتنی بر الگوی بیگانگانی بود که در یک بازار کامل معامله می‌کنند؛ اما نظریه قراردادهای رابطه‌ای مبتنی بر الگوی معاملات توسط بازیگرانی است که در یک رابطه مستمر و اغلب انحصار دوجانبه هستند. حقوق قراردادهای کلاسیک ایستا هستند، در حالی که قراردادهای رابطه‌ای پویا هستند. حقوق قراردادهای کلاسیک مبتنی بر مفهوم انسان عاقلی است که رفتار عقلایی دارد، اما قراردادهای رابطه‌ای مبتنی بر مفهوم عقلانیت محدود است (Eisenberg, 1999: 812-813).

۱-۱-۳. تعریف قرارداد رابطه‌ای

گرچه تعاریف متعددی از قراردادهای رابطه‌ای وجود دارد، همگی بر دو عنصر کلیدی توافق دارند: علاوه بر توجه به توافق قرادادی، تأکید بر روابط اجتماعی و بین‌فردی طرفین قرارداد است (Fox, 2003: 5). به عقیده برخی، قرارداد به میزانی که طرفین قادر نباشند شروط مهم آن را در قالب تعهدات دقیق و روشن تعیین کنند (یعنی از ابتدا همه جزئیات و تعهدات مهم آن قابل تعیین نباشد)، رابطه‌ای است (Goetz and Robert E, 1981: 1091). در تعریفی دیگر، گفته شده است که «قرارداد رابطه‌ای، قراردادی است که نه تنها شامل مبادله، بلکه شامل رابطه بین طرفین قرارداد نیز می‌شود» (Eisenberg, 1995: 291). همچنین، قراردادهای رابطه-ای را «توافق‌هایی با ماهیت مستمر بین دو یا چند نفر» تعریف کرده‌اندکه «معمولا با شرایط متغیّر و موقعیت‌های خاص و منحصربفردی که پیش می‌آیند، سازگار می‌شوند» (Smythe, 2003: 227-230).

۱-۲. زنجیره تأمین

«زنجیره تأمین»[۱۴]، شبکه‌ای از سازمان‌ها است که با ارتباطی بالادستی به پایین‌دستی، در فرایندها و فعالیت‌هایی درگیرند و به‌صورت محصولات و خدمات ارائه شده به مشتری نهایی، تولید ارزش می‌کنند. به طور وسیع‌تر، یک زنجیره تأمین، شامل دو یا چند سازمان است که از نظر قانونی از هم جدا بوده و از طریق جریان‌های مالی، مواد و اطلاعات به هم مرتبط هستند. این سازمان‌ها می‌توانند شرکت‌هایی باشند که قطعات، اجزای تشکیل‌دهنده و محصولات نهایی تولید می‌کنند و حتی فراهم‌کنندگان خدمات لجستیک و خود مشتری (نهایی) را نیز در بر می-گیرد (Stadtler and Kilger: 1385: 11-12). به عبارت دیگر، زنجیره‌های تأمین، کلیه شرکت‌ها و فعالیت‌های مورد نیاز کسب‌وکار جهت طراحی، ساخت، تحویل و استفاده از یک محصول یا خدمت را شامل می‌شوند (Hugos, 1390: 14).

---

13. axiomatic
14. supply chain

اصطلاح «مدیریت زنجیره تأمین»[15] در اواخر دهه هشتاد میلادی مطرح شد و در دهه نود به صورت گسترده‌ای مورد استفاده قرار گرفت. مدیریت زنجیره تأمین، هماهنگ‌سازی تولید، موجودی، محل و موقعیت و حمل‌ونقل در بین اجزای یک زنجیره به منظور رسیدن به بهترین ترکیب پاسخ‌دهی و کارایی برای بازار مورد نظر است. زنجیره‌های تأمین به شبکه‌هایی از شرکت‌ها اشاره دارد که با یکدیگر کار کرده و فعالیت‌های خود را به منظور تحویل محصول به بازار هماهنگ می‌سازند. شرکت‌ها در هر زنجیره تأمین می‌بایست برحسب نوع فعالیت‌شان، شخصا یا به صورت مشارکتی در پنج حوزه سرمایه‌گذاری کنند: ۱- تولید (بازار به چه محصولی احتیاج دارد؟ چه مقدار از چه محصول و در چه زمانی باید تولید شود؟ و...)؛ ۲- موجودی (چه نوع موجودی در کدام مرحله از زنجیره تأمین باید نگهداری شود؟چه مقدار موجودی از مواد اولیه، محصولات نیمه‌ساخته و محصولات نهایی می‌بایست نگهداری شوند؟ و...)؛ ۳- موقعیت و محل (تجهیزات تولید و نگهداری موجودی در چه محلی باید مستقر شوند؟ بهترین محل‌ها از نظر هزینه‌ای برای تولید و انبار کردن موجودی کجاست؟ و...)؛ ۴- حمل‌ونقل (موجوی‌ها چگونه باید از محلی در زنجیره تأمین به محل دیگری منتقل شوند؟)؛ ۵- اطلاعات (چه مقدار داده و اطلاعات می‌بایست جمع‌آوری شده و به اشتراک گذاشته شود؟ (Hugos, 1390: 15-18).

اعضای یک زنجیره تأمین دائما در حال تصمیم‌گیری‌هایی هستند که بر نحوه مدیریت پنج محرک زنجیره اثر می‌گذارند. هر سازمان سعی دارد تا عملکرد خود را در رابطه با این محرک‌ها از طریق راه‌هایی همچون برون‌سپاری، شراکت و استفاه از تخصص‌های داخلی خود، حداکثر کند. در بازارهای با تحولات سریع امروزی، شرکت‌ها معمولا روی آنچه که در مدیریت زنجیره تأمین تحت عنوان شایستگی‌محوری[16] شناخته می‌شود، متمرکز شده و سایر موارد را برون‌سپاری می‌کنند. امروزه پدیده‌هایی همچون جهانی‌سازی، بازارهای رقابتی شدید و سرعت زیاد تغییرات تکنولوژیکی، توسعه زنجیره‌های تأمین را به سمتی می‌برد که شرکت‌های مختلفی که هر کدام بر روی فعالیت‌های تخصصی خود متمرکز شده‌اند، با یکدیگر کار می‌کنند. سازمان‌ها امروزه به جای یکپارچه‌سازی عمودی، یکپارچه‌سازی مجازی را تجربه می‌کنند. آن‌ها به دنبال شرکت‌هایی می‌گردند تا از طریق همکاری با آن‌ها فعالیت‌های مورد نیاز زنجیره‌های تأمین خود را اجرا کنند (Hugos, 1390: 32-34).

۱-۳. برون‌سپاری

واژه «برون‌سپاری»[17] به کاهش تدریجی یا کوچک‌سازی فرایندهای تجاری یک سازمان یا بنگاه اشاره دارد که معمولا هسته اصلی فعالیت‌های بنگاه نیستند و یا انجام آن‌ها برای بنگاه سودآور نیست، از این‌رو، انجام این فرایندها به شرکت‌های تخصصی در آن حوزه واگذار می‌شود. مزیت اصلی برون‌سپاری این است که به سازمان امکان می‌دهد روی فعالیت اصلی خود تمرکز کند. سازمان‌ها می‌توانندهر یک از وظایف یا فعالیت‌های خود را (از مدیریت منابع انسانی گرفته تا لجستیک، نگهداری اطلاعات، پردازش حقوق و دستمزد و حتی تولید خود را) به شرکت‌های متخصص در این حوزه‌ها واگذار کنند. از آنجا که این شرکت‌های متخصص به منظور پیروزی در بازار رقابتی همواره تلاش می‌کنند که خدمات خود را بهبود بخشند و به دنبال فرصت استفاده از بهترین فناوری‌ها و راهکارها هستند، این امر به نوبه خود به سازمان برون‌سپارنده کمک می‌کند تا به سرعت فرایند کاری مولد، مؤثر و اقتصادی‌تری را به دست آورد.

از آنجا که برون‌سپاری به کسب‌وکار ها امکان چابکی بیشتر و واکنش‌سریع‌تر به ترجیحات و نیازهای متغیّر مشتریان را می‌دهد، موجب افزایش رقابت‌پذیری سازمان‌ها و بنگاه‌ها می‌شود. علاوه بر این، برون‌سپاری موجب کاهش هزینه سازمان‌ها و استفاده از فناوری‌های پیشرفته، بدون نیاز به سرمایه‌گذاری در آن‌ها، از طریق منابع شرکت‌های متخصص می‌گردد (Parashkevova, 2007: 30). اصولا، مسئله برون‌سپاری به دنبال راهبرد (استراتژی) بنگاه در خصوص ساخت یا خرید کالاها و خدمات مورد نیاز مطرح می‌شود. تصمیم‌گیری درباره ساخت یا خرید، نخستین بار در سال ۱۹۳۷ توسط «رونالد کوز» در مقاله «ماهیت بنگاه» مطرح شد. بر اساس

15. *Supply chain management (SCM)*
16. *Core Competency*
17. *outsourcing*

نظریه کوز، دلیل اصلی برون‌سپاری (خرید به جای ساخت) کاهش هزینه‌های مبادله می‌باشد. بر اساس استدلال کوز، بنگاه‌ها تا زمانی وجود دارند که هزینه‌های داخلی کردن یک فعالیت (تولید/ساخت) کمتر از هزینه‌های انجام آن در بازار (خرید) باشد (Coase, 1937: 386-405).

نظریه اقتصاد هزینه‌های مبادله کوز، بعدا توسط «ویلیامسون» توسعه پیدا کرد. بر اساس نظریه ویلیامسون، سازمان‌ها باید بین تولید داخلی (درون‌سپاری) و واگذاری به بازار (برون‌سپاری) تصمیم بگیرند، به طوری که هزینه‌های معامله به حداقل برسد. ویلیامسون در کتاب خود با عنوان «بازارها و رویکرد سلسله مراتب»[18] که در سال ۱۹۷۵ منتشر شد، رویکردی نوین به اقتصاد نهادی و اقتصاد هزینه‌های مبادله اتخاذ نمود. به عقیده او، سازمان‌ها و بازارها سازو-کارهای تبادل کالاها و خدمات هستند، اما تفاوت‌هایی بین این دو ساختار نهادی وجود دارد. به عنوان مثال، بازارها به عنوان یک ساختار نهادی، به خودی خود متکی بر اعتماد نیستند؛ بازارها زمانی کار می‌کنند که طرفین معامله بتوانند قیمت منصفانه‌ای تعیین کنند. در مواردی که طرفین به سختی می‌توانند اطلاعات کسب کنند یا اطلاعات به دست آمده قابل اعتماد نباشد، بازارها مکانیزم‌های ناکارآمدی برای تبادل هستند. مهم‌تر این‌که، در بازارهایی با ویژگی عدم قطعیت، تعداد کم رقبا یا تصمیم‌گیرندگانی که «عقلانیت محدود» دارند، قیمت‌ها نمی‌توانند تمام اطلاعات لازم را برای فعالان بازار در مبادله کالاها و خدمات فراهم کنند. در چنین مواردی، نهادهای جایگزین (مثل سلسله مراتب[19] سازمانی یا قراردادهای بلندمدت) برای کاهش هزینه‌های مبادله و بهبود هماهنگی ضروری می‌شوند. در ساختارهای سلسله‌مراتبی (مانند شرکت‌ها)، معمولاً افراد انگیزه کمتری برای فریب یکدیگر دارند، کنترل و نظارت ساده‌تر است، و همکاری بین اعضا بیشتر می‌شود. هر کدام از این عوامل باعث کاهش هزینه‌های مبادله (مانند زمان و منابعی که صرف مذاکره، حل اختلاف یا اطمینان از اجرای تعهدات می‌شود) می-گردد. به طور خلاصه، نظریه ویلیامسون مبتنی بر این فرض است که هزینه‌های مبادله (مانند یافتن اطلاعات، اعتمادسازی و مدیریت عدم قطعیت) می‌تواند مانع انجام معاملات در بازار شود. در چنین شرایطی، سازمان‌ها و ساختارهای سلسله‌مراتبی جایگزین بهتری برای بازارها هستند (Whitford, 2015: 359-360).

۲. ویژگی‌های قراردادهای رابطه‌ای

چنانکه گذشت، «مک نیل» نظریه قراردادهای رابطه‌ای را به عنوان پاسخی به فرمالیسم حقوقی مطرح کرد. این نظریه بر دو اصل استوار است: نخست، همه‌ی قراردادها در طیفی از معاملات گسسته (معامله محض) تا روابط بسیار رابطه‌ای قرار می‌گیرند؛ دوم، هیچ قراردادی کاملاً مستقل از بستر اجتماعی شکل نمی‌گیرد. در قراردادهای بسیار رابطه‌ای زمینه اجتماعی-اقتصادی، استمرار رابطه و اعتماد متقابل بر محتوا و اجرای قرارداد تأثیرگذارند. مذاکره و حل مستمر تعارض مداوم، نقش طرفین و نمایندگان آن‌ها «مبادله»[20] از مفاهیم محوری این نظریه‌اند و روابط قراردادی نیز تحت تأثیر مجموعه‌ای از هنجارهای مشترک قرار دارند. این هنجارها مبتنی بر مجموعه‌ای از ارزش‌های درونی و بافت وسیع عوامل اجتماعی و اقتصادی مرتبط با این رابطه است (Diathesopoulos, 2010: 3-5). مک نیل «هنجارهای قراردادی»[21] را جایگزین «نفع شخصی عقلانی»[22] می‌داند؛ نفع شخصی عقلانی ناظر بر تلاش هر یک از طرفین برای حداکثرسازی مطلوبیت خویش است (Stone and Devenney, 2015:3). هنجارهای قراردادی دو محور کلیدی دارند: نخست، ضرورت همخوانی دکترین حقوقی با هنجارها برای تنظیم مؤثر روابط؛ و دیگری، افزایش تعهد به هنجارها با طولانی‌تر شدن عمر قرارداد (Diathesopoulos, 2010: 18). از دیدگاه وی، هنجارهای قراردادی الگوهای رفتاری معمول در یک گروه اجتماعی‌اند که در صورت استمرار رابطه، رعایت آن‌ها ضرورت می‌یابد (Macneil, 1982: 37,38, 64). این هنجارها شامل هنجارهای عام قراردادی و هنجارهایی است که در قراردادهای رابطه‌ای شدت بیشتری می‌یابند؛ از جمله رفتار متقابل، اجرای برنامه‌ها، رضایت، انعطاف‌پذیری،

18. Williamson, O. E. (1975). Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization. University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship.
19. Hierarchies
20. exchange
21. Contractual Norms
22. rational self-interest

همکاری، ایجاد و محدودیت قدرت، تناسب روش‌ها و هماهنگی با چارچوب اجتماعی، و در قراردادهای رابطه‌ای، حفظ رابطه، هماهنگ‌سازی تعارضات و هنجارهای فراقراردادی (Macneil, 1983: 347-350).

۲-۱. تداوم رابطه و اعتماد متقابل

دو هنجار انسجام نقش و رفتار متقابل در ذیل این ویژگی قرار می‌گیرند. «انسجام یا یکپارچگی نقش»[۲۳] به این معنا است که طرفین صرفا به قوانین رسمی اکتفا نمی‌کنند، بلکه با اتکا به اعتماد و درک متقابل، در جهت اهداف مشترک و حفظ رابطه رفتار می‌کنند. به عبارت دیگر، آن‌ها به جای تعیین دقیق تمام جزئیات تعهدات (مثلاً تعیین جریمه برای هر تخلف)، به تعهدپذیری طرف مقابل اتکا می‌کنند. در این روابط، به ویژه قراردادهای پیچیده و بلندمدت (مانند مشارکت‌های بلندمدت)، اعتماد به تعهدپذیری و رفتار منصفانه و همکارانه طرف مقابل زمینه اصلی تداوم رابطه است. (Diathesopoulos, 2010: 20). از نظر مک نیل، «انسجام نقش» مستلزم آن است که هر طرف ضمن رعایت حقوق خود، منافع خویش را به نحوی دنبال کند که رضایت طرف مقابل نیز تأمین شود (Macneil, 1983: 360).

رفتار متقابل (معامله به مثل)[۲۴] نیز بر انتظار دریافت پاسخی متناسب با رفتار و تعهدات هر یک از طرفین استوار است و از ارکان اعتماد و همکاری بلندمدت محسوب می‌شود (Macneil, 2000: 431,432). این هنجار در قراردادهای بلندمدت، فراتر از تعهدات مشخص شده در متن قرارداد می‌رود و طرفین را تشویق می‌کندتا تعهدات آینده را نیز، حتی اگر از پیش تعریف نشده باشند، بپذیرند. این هنجار در قراردادهای رابطه‌ای صرفا به تعادل کمّی سود و زیان محدود نیست، بلکه تناسب رفتار و جبران متقابل را در بر می‌گیرد. به عبارت دیگر، در روابط بلندمدت، هدف این نیست که دقیقاً مشخص کنیم هر طرف «چقدر» به رابطه کمک کرده است (چون بسیاری از جنبه‌های رابطه مانند اعتماد یا همکاری، قابل اندازه‌گیری کمّی نیستند)، بلکه هدف اصلی این است که هر طرف احساس کند رفتارش به اندازه کافی از سوی طرف مقابل جبران شده است. تشخیص تناسب نیز با توجه به ماهیت رابطه (مثلا تجاری، خانوادگی یا مشارکتی)، رفتار طرفین، موقعیت آن‌ها در رابطه (مانند قدرت چانه‌زنی یا منابع در دسترس) و انصاف در فرایند تعیین شروط قرارداد صورت می‌گیرد (Macneil, 1980: 1018).

۲-۲. مذاکره مستمر، حل تعارض و تعدیل تعهدات

در قراردادهای رابطه‌ای، توافق اولیه پایان رابطه نیست، بلکه نقطه آغاز همکاری مستمر، مذاکره وتعدیل تعهدات متناسب با شرایط جدید است. در این زمینه دو هنجار «اعمال رضایت»[۲۵] و «اجرای برنامه‌ها»[۲۶] اهمیت دارند.

اعمال رضایت (انتخابی که آزادی را محدود می‌کند)، بیانگر آن است که وقتی یک طرف رضایت خود را اعلام می‌کند، در واقع به طرف مقابل اجازه می‌دهد تا دامنه‌ی آزادی عمل او را محدود سازد. بویژه در قراردادهای رابطه‌ای، تعهدات طرفین صرفا ناشی از رضایت اولیه و ثابت نیست، بلکه در جریان استمرار رابطه و تحول شرایط با توافق و مذاکره مجدد قابل بازتعریف است (Austen-Baker, 2004: 135).

هنجار اجرای برنامه‌ها[۲۷] (برنامه‌ریزی مشارکتی برای آینده نامطمئن) نیز به نحوه تعیین و اجرای تعهدات آینده مربوط است و علاوه بر محتوای قرارداد (تعهدات مشخص شده)، فرایند همکاری طرفین در طول رابطهرا در برمی‌گیرد. برخلاف معاملات کوتاه‌مدت که تعهدات غالبا از ابتدا و به صورت کمّی و فردمحور (حداکثرسازی سود شخصی) تعیین می‌شوند، در قراردادهای رابطه‌ای، برنامه‌ریزی مشارکتی با تمرکز بر تقسیم منصفانه ریسک/منفعت و امکان تعدیل قرارداد در برابر شرایط پیش‌بینی نشده اهمیت بیشتری دارد. البته در عمل، بیشتر قراردادها ترکیبی از تعهدات از پیش تعیین‌شده و سازوکارهای انعطاف‌پذیر هستند (Macaulay, 1963:5-7).

---

23. role integrity
24. reciprocity (or 'mutuality')
25. Effectuation of consent
26. implementation of planning
27. implementation of planning

۲-۳. هنجارهای رفتاری و ساختاری

قراردادهای رابطه‌ای علاوه بر تعهدات صریح، تحت تأثیر هنجارهایی قرار دارند که ساختار قدرت، نحوه رفتار و زمینه اجتماعی رابطه را تنظیم می‌کنند. هنجار قدرت[۲۸] ناظر بر ایجاد و تحدید اختیار در بستر وابستگی است. این هنجار در قراردادهای رابطه‌ای‌تر به دلیل طول مدت رابطه و وابستگی متقابل طرفین، اهمیت بیشتری پیدا می‌کند و اعمال حقوق هر طرف را با توجه به حقوق و منافع طرف مقابل تنظیم می‌نماید (Austen-Baker, 2009: 235).

هنجار «تناسب روش‌ها»[۲۹] نیز اقتضا دارد طرفین، روش‌های دستیابی به اهداف خود را متناسب با ماهیت رابطه، زمینه اجتماعی و اهداف مشترک انتخاب کنند و برای تحقق منافع خود به شیوه‌های نامتناسب یا غیرمنصفانه متوسل نشوند (Diathesopoulos, 2010: 26, 27).

هنجار «هماهنگی با چارچوب اجتماعی»[۳۰] بیانگر آن است که قرارداد در خلأ شکل نمی‌گیرد، بلکه تحت تأثیر نظام حقوقی، قواعد اجتماعی، رویه‌های تجاری، ساختارهای اقتصادی و فناوری و سایر زمینه‌های اجتماعی قرار دارد. از نظر مک نیل، هر رابطه مبادله‌ای در چارچوب اجتماعی خاصی شکل گرفته و از آن تأثیر می‌پذیرد (Macneil, 1983: 344).

۲-۴. همبستگی، انعطاف‌پذیری و حفظ رابطه

در قراردادهای رابطه‌ای، بقا و تداوم رابطه به دو هنجار کلیدی گره خورده است: «همبستگی» که نیروی چسبندهٔ مبادلات است، و «انعطاف‌پذیری»که امکان سازگاری با تغییرات را فراهم می‌کند. این دو در کنار یکدیگر، بستر لازم برای «حفظ رابطه» را در بلندمدت فراهم می‌آورند. همبستگی[۳۱] به تمایل طرفین برای اتخاذ رفتارهایی گفته می‌شود که استمرار و تسهیل رابطه را امکان‌پذیر می‌سازد (Macneil, 1980: 52). در روابط بلندمدت، وابستگی متقابل موجب می‌شود طرفین از رفتارهای فرصت‌طلبانه کوتاه‌مدت که می‌تواند رابطه را تهدید کند، اجتناب کنند. از این منظر، همکاری لزوماً ناشی از نوع‌دوستی نیست، بلکه می‌تواند در راستای تأمین منافع بلندمدت طرفین باشد؛ زیرا اقداماتی که منافع طرف مقابل را کاهش دهد، رابطه را به خطر می‌اندازد و در نتیجه منافع بلندمدت طرف اول را نیز تهدید می‌کند (Macneil, 1980: 1034). اگرچه برخی بر این باورند که رویکرد همکارانه با مفهوم «حداکثرسازی مطلوبیت فردی» ناسازگار است، اما در مقابل استدلال می‌شود که همکاری سودآور، در واقع نوعی عقلانیت هوشمندانه است؛ اولویت‌بندی منافع بلندمدت، طرفین را از فرصت‌طلبی‌های کوتاه‌مدت بازمی‌دارد (Campbell, 2001: 17). از دیدگاه مک نیل، حقوق نیز با ایجاد قابلیت پیش‌بینی و فراهم کردن چارچوب اجرای تعهدات و حل اختلافات، به ثبات و استمرار روابط قراردادی کمک می‌کند (Macneil, 1986: 578, 579).

«انعطاف‌پذیری» نیز امکان سازگاری رابطه با شرایط پیش‌بینی‌نشده را فراهم می‌کند. این ویژگی در قراردادهای بلندمدت اهمیت بیشتری دارد و به طرفین اجازه می‌دهد در مواجهه با تغییر شرایط، تعهدات و شیوه اجرای رابطه را بازتنظیم کنند. انعطاف‌پذیری از این جهت با اعتماد، رفتار متقابل و توزیع قدرت ارتباط دارد و از الزامات حفظ پایداری رابطه است. در نظریه مک نیل، انعطاف‌پذیری صرفاً یک هنجار نیست، بلکه پایه اجرای سایر هنجارها (مانند اعتماد و رفتار متقابل) است و بدون آن، عملکرد سایر هنجارها مختل می‌شود (Austen-Baker, 2009: 241).

در همین راستا، مک نیل از هنجار «حفظ رابطه» و «هماهنگ‌سازی تعارضه رابطه‌ای» نیز سخن می‌گوید. حفظ رابطه بر استمرار همکاری و تقویت همبستگی تأکید دارد و طرفین را به تداوم همکاری حتی در مواجهه با چالش‌ها فرا می‌خواند (Macneil, 1983: 66). «هماهنگ‌سازی تعارض رابطه‌ای» سازوکاری برای مدیریت تعارض میان ابعاد مختلف قرارداد و تعدیل مستمر شروط آن فراهم می‌کند (Macaulay, 2018: 59, 60).

---

28. power norm
29. Propriety of means
30. Harmonisation with the social matrix
31. solidarity

۲-۵. هنجارهای ارتباطی و فراقراردادی

«هنجارهای ارتباطی»[۳۲] شامل منافع استردادی، اتکایی و انتظاری است. این هنجارها در تعدیل رابطه پس از توافق اولیه نقش دارند؛ «منافع استردادی» در موارد تحصیل منافع غیرمنصفانه توسط یک طرف قرارداد، «منافع اتکایی» در حمایت از توافقات و تعهدات غیرالزام‌آور حقوقی و اعطای جنبه‌ی عینی و الزام‌آور به آن‌ها و «منافع انتظاری» در تعیین برداشت طرفین از تعهدات یکدیگر اهمیت می‌یابند. این هنجارها در تعیین محتوای تعدیلات قراردادی در شرایط پیش‌بینی نشده مؤثرند (Diathesopoulos, 2010: 25, 26).
در کنار آن‌ها، هنجارهای فراقراردادی اصولی کلی و بنیادینی هستند که فراتر از متن قرارداد و در بستر روابط اجتماعی و ارزش‌های مشترک جامعه شکل می‌گیرند. این هنجارها با ایجاد خُرده ساختارهای حکمرانی، مفاهیم والایی مانند عدالت توزیعی، انصاف رویه‌ای، کرامت انسانی و مدیریت نابرابری‌ها را دربر می‌گیرند. این هنجارها همچون ستون‌های نامرئی جامعه عمل کرده و حتی در غیاب قوانین رسمی، نظم و انصاف را تضمین می‌کنند (Macneil, 1980: 70).

۳. کاربرد قراردادهای رابطه‌ای در زنجیره تأمین و برون‌سپاری فعالیت‌های تجاری

۳-۱. شکل‌گیری و استمرار قرارداد رابطه‌ای در زنجیره تأمین

روابط میان بنگاه‌ها در زنجیره تأمین غالباً از یک رابطه صرفا معاملاتی آغاز می‌شود، اما در صورت تکرار تعاملات و شکل‌گیری اعتماد و شناخت متقابل، می‌تواند به رابطه‌ای مستمر و مبتنی بر همکاری تبدیل شود. در این روابط، طرفین نه‌تنها به تعهدات صریح قراردادی، بلکه به مجموعه‌ای از انتظارات و توافق‌های غیررسمی نیز پایبند می‌شوند. قرارداد رابطه‌ای از این منظر، توافقی است که بخشی از تعهدات آن در قرارداد رسمی قابل درج یا اجرای قضایی نیست، اما ارزش استمرار رابطه و منافع آتی، انگیزه لازم برای اجرای آن‌ها را فراهم می‌کند. قراردادهای رابطه‌ای زمانی اهمیت پیدا می‌کنند که قرارداد رسمی نتواند همه‌ی احتمالات و اقدامات مورد انتظار طرفین را به نحو قابل اثبات برای شخص ثالث پیش‌بینی و تنظیم کند؛ در این شرایط، ارزش رابطه‌ی آینده به سازوکار انضباطی طرفین تبدیل می‌شود (Baker et al, 2002: 39, 40).
بنابراین، تداوم رابطه یکی از مبانی اصلی شکل‌گیری قرارداد رابطه‌ای است. روابط مستمر میان خریدار و تأمین‌کننده موجب می‌شود تعاملات گذشته به شکل‌گیری حسن‌نیت، اعتماد و شناخت متقابل بینجامد و در عین حال، انتظار تعاملات آینده نیز طرفین را به پرهیز از رفتار فرصت‌طلبانه ترغیب کند. به بیان دیگر، همکاری گذشته از طریق ایجاد اعتماد و تعهدات اجتماعی و روان‌شناختی، و همکاری آینده از طریق ایجاد منافع اقتصادی مورد انتظار، هر دو در تثبیت قرارداد رابطه‌ای مؤثرند (Brahm and Tarzijan, 2016:49, 54).
همچنین، تعاملات مکرر موجب شکل‌گیری روابط اجتماعی و پیوندهای بین‌فردی می‌شود که اعتماد و قابلیت اتکای شرکا را افزایش می‌دهد (Granovetter, 1985: 481-510; Kale et al, 2000: 217-237). در این فرایند، هزینه ایجاد رابطه جدید و گزینه‌های جایگزین طرفین نیز اهمیت دارد. هرچه هزینه ایجاد یک رابطه جدید بیشتر باشد، منافع مازاد ناشی از رابطه موجود افزایش می‌یابد و در نتیجه، انگیزه طرفین برای حفظ رابطه و پایبندی به تعهدات رابطه‌ای تقویت می‌شود. در مقابل، پایین بودن هزینه ایجاد رابطه جدید، منافع حاصل از رابطه موجود را کاهش داده و خوداجرایی قرارداد رابطه‌ای را دشوارتر می‌سازد (Bond, 2008: 403). از این رو، قراردادهای رابطه‌ای را باید نتیجه تعامل سه عامل دانست: تکرار معاملات، شناخت و اعتماد متقابل، و ارزش اقتصادی استمرار رابطه. این سه عامل زمینه را برای انتقال رابطه از مبادله موردی به همکاری مستمر فراهم می‌کنند.

۳-۲. کاربرد قراردادهای رابطه‌ای در هماهنگی، تبادل اطلاعات، کیفیت و حل مسائل پیش‌بینی‌نشده

پس از شکل‌گیری رابطه، مهم‌ترین کارکرد قرارداد رابطه‌ای، ایجاد امکان هماهنگی و سازگاری مستمر میان طرفین است. در زنجیره تأمین، بسیاری از مسائل در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نیستند؛ تغییر تقاضا، تغییر فناوری، مشکلات تولید، نوسانات کیفیت و سایر شرایط پیش‌بینی‌نشده ممکن است نیازمند تصمیم‌هایی باشند که در قرارداد اولیه پیش‌بینی نشده‌اند. قرارداد رسمی

32. *linking norms*

بسیار جزئی ممکن است در برابر چنین تغییراتی انعطاف کافی نداشته باشد، در حالی که سازوکار رابطه‌ای به طرفین اجازه می‌دهد با اتکا به شناخت و منافع مشترک، نسبت به شرایط جدید سازگار شوند. این موضوع با تحلیل ویلیامسون ارتباط مستقیم دارد. از نظر وی، عدم قطعیت، تکرارپذیری و سرمایه‌گذاری خاص از ویژگی‌های اصلی معاملات هستند که نوع ساختار حکمرانی مناسب را تعیین می‌کنند. هرچه عدم قطعیت و اختصاصی بودن سرمایه‌گذاری افزایش یابد، استفاده از سازوکارهای حکمرانی پیچیده‌تر و هماهنگ‌کننده ضرورت بیشتری پیدا می‌کند (Williamson, 1979: 239). از این منظر، قرارداد رابطه‌ای را می‌توان سازوکاری برای مدیریت موقعیت‌هایی دانست که تنظیم کامل آن‌ها در قرارداد رسمی پرهزینه یا عملا غیرممکن است.

یکی از مهم‌ترین حوزه‌های این هماهنگی، تبادل اطلاعات است. در روابط معاملاتی، تبادل اطلاعات غالبا موردی و در پاسخ به نیازهای فوری صورت می‌گیرد؛ اما در قراردادهای رابطه‌ای، حکمرانی رابطه‌ای با اتکا به فرایندهای اجتماعی مانند اعتماد، هنجارهای انعطاف‌پذیری و همبستگی، زمینه تبادل اطلاعات میان طرفین را فراهم می‌کند و در برابر مخاطرات مبادله، به‌عنوان سازوکاری غیررسمی نقش حفاظتی ایفا می‌نماید. همچنین، در روابط بلندمدت، حل دوجانبه مسائل امکان سازگاری طرفین با شرایط و رویدادهای پیش‌بینی‌نشده، حتی خارج از چارچوب صریح قرارداد، را فراهم می‌کند (Zheng et al, 2008, 48).

خاتمه رابطه در این میان می‌تواند مهم‌ترین ضمانت اجرای قرارداد رابطه‌ای باشد. در یک قرارداد رابطه‌ای، عملکرد نامطلوب می‌تواند احتمال خاتمه رابطه را افزایش دهد و همین تهدید، انگیزه طرفین برای انجام اقدامات لازم جهت بهبود عملکرد را تقویت می‌کند. افزون بر این، حفظ رابطه ممکن است مستلزم پرداخت‌های غیررسمی اضافی باشد که برای جبران هزینه اقدامات طرفین و ایجاد انگیزه برای بهبود عملکرد مورد استفاده قرار می‌گیرد. نبود امکان انجام چنین پرداخت‌هایی می‌تواند موجب شود رابطه تجاری زودتر از هم گسسته شود (Höhn, 2010: 74).

کنترل و بهبود کیفیت نیز از مهم‌ترین کاربردهای قرارداد رابطه‌ای در زنجیره تأمین و برون‌سپاری است. در برون‌سپاری، کیفیت نهاده واسطه‌ای مستقیما بر بهره‌وری مرحله نهایی تولید اثر می‌گذارد؛ بنابراین کاهش هزینه تأمین‌کننده به تنهایی نمی‌تواند مبنای تصمیم به برون‌سپاری باشد. اگر کیفیت نهاده پایین باشد، مزیت ناشی از هزینه کمتر ممکن است از بین برود (Bond, 2008: 393-396). در اینجا قرارداد رابطه‌ای اهمیت خاصی پیدا می‌کند، زیرا ممکن است کیفیت یا تلاش تأمین‌کننده برای طرفین قابل مشاهده، ولی برای دادگاه قابل اثبات نباشد. در چنین شرایطی، قرارداد رسمی نمی‌تواند به نحو مؤثر پرداخت را به کیفیت واقعی وابسته کند، اما قرارداد رابطه‌ای می‌تواند با ایجاد پاداش برای کیفیت مطلوب و کاهش منافع یا خاتمه رابطه در صورت عملکرد نامطلوب، انگیزه تأمین‌کننده را تنظیم کند (Bond, 2008: 399). ازاین‌رو، قرارداد رابطه‌ای صرفا برای حفظ سطح موجود کیفیت نیست، بلکه می‌تواند زمینه بهبود مستمر کیفیت را نیز فراهم کند. در قرارداد رابطه‌ای، طرفین می‌توانند اطلاعات مربوط به کیفیت را به صورت مستمر مبادله کنند، برای اصلاح فرایند تولید همکاری کنند و منافع ناشی از افزایش کیفیت را میان خود تقسیم نمایند. این امر رابطه خریدار - تأمین‌کننده را از یک رابطه صرفا معاملاتی به رابطه‌ای مبتنی بر یادگیری و خلق ارزش مشترک تبدیل می‌کند (Höhn, 2010: 6-7).

۳-۳. قراردادهای رابطه‌ای به‌عنوان سازوکار حمایت از سرمایه‌گذاری خاص، نوآوری و توسعه رابطه در برون‌سپاری

یکی از مهم‌ترین کاربردهای قرارداد رابطه‌ای در زنجیره تأمین، فراهم کردن زمینه برای سرمایه‌گذاری‌هایی است که ارزش آن‌ها به استمرار رابطه وابسته است. سرمایه‌گذاری خاص رابطه[۳۳]، سرمایه‌گذاری‌ای است که خارج از رابطه موردنظر ارزش کمتری دارد؛ ازاین‌رو، انجام آن می‌تواند طرف سرمایه‌گذار را در معرض خطر رفتار فرصت‌طلبانه طرف مقابل قرار دهد. در زنجیره تأمین، این سرمایه‌گذاری می‌تواند شامل فناوری سفارشی، تجهیزات اختصاصی، توسعه ظرفیت، آموزش کارکنان یا انتقال دانش باشد. (Williamson, 1979: 239).

انجام سرمایه‌گذاری خاص در زنجیره تأمین بر اساس رابطه مشارکت تأمین‌کننده می‌تواند مزایای بالقوه متعددی مانند محصولات با کیفیت‌تر، افزایش انعطاف‌پذیری و هزینه کل کمتر را برای سازمان‌ها فراهم می‌کند. بر اساس نظریه هزینه‌های مبادله، زمانی که سرمایه‌گذاری‌های (دارایی‌ها) خاص در سطح بالاتری هستند، وابستگی بین طرفین نسبتا زیاد است که باعث تقویت روابط

33. *Relationship-Specific Investment*

بلندمدت و همسو کردن انگیزه‌های اعضای زنجیره تأمین می‌شود. شیوه‌های مؤثر زنجیره تأمین، مانند تبادل اطلاعات زنجیره تأمین و سرمایه‌گذاری خاص تأمین‌کننده، به افزایش پایداری اجتماعی شرکت و حفظ رابطه نزدیک‌تر با تأمین‌کنندگان آن کمک می‌کند (Zabeti Asl, 2021: 70, 71).

هرچه اختصاصی بودن این سرمایه‌گذاری افزایش یابد، وابستگی متقابل طرفین و خطر فرصت‌طلبی بیشتر می‌شود و به همین دلیل، نیاز به ساختار حکمرانی مناسب افزایش می‌یابد (Williamson, 1979: 239). در قراردادهای رابطه‌ای، طرفین می‌توانند بخشی از این مشکل را از طریق ارزش آینده رابطه حل کنند.

تأمین‌کننده‌ای که می‌داند استمرار همکاری برای وی منافع اقتصادی ایجاد می‌کند، انگیزه بیشتری برای انجام سرمایه‌گذاری اختصاصی خواهد داشت؛ زیرا منافع سرمایه‌گذاری در طول زمان و از طریق استمرار همکاری قابل بازیابی است. از این منظر، قرارداد رابطه‌ای نه‌تنها از سرمایه‌گذاری‌های موجود حمایت می‌کند، بلکه می‌تواند مانع مسئله «سوءاستفاده از وابستگی»[۳۴] و «سرمایه‌گذاری کم»[۳۵] نیز شود. در این مدل، حتی سرمایه‌گذاری‌های رابطه‌ای و پاداش‌های آینده که قابلیت اجرای رسمی ندارند، در صورت کافی بودن صبر طرفین می‌توانند از طریق قرارداد رابطه‌ای به سطح کارآمد برسند (Defever et al, 2016: 6-9).

در این زمینه باید توجه داشت که گزینه‌های بیرونی تأمین‌کننده نیز اهمیت دارند. اگر سرمایه‌گذاری انجام‌شده توسط تأمین‌کننده در بازارهای دیگر نیز کاربرد داشته باشد، وابستگی او به خریدار کاهش می‌یابد؛ در مقابل، هرچه دارایی یا ظرفیت ایجادشده اختصاصی‌تر باشد، وابستگی رابطه‌ای بیشتر خواهد بود. بنابراین، میزان اختصاصی بودن سرمایه‌گذاری و امکان استفاده جایگزین از آن، بر ساختار قدرت و انگیزه‌های طرفین در قرارداد رابطه‌ای اثر می‌گذارد (Bond, 2008: 402, 403).

۳-۴. حکمرانی قراردادهای رابطه‌ای، مکمل قرارداد رسمی و سازوکار خوداجرایی آن

در نهایت، قرارداد رابطه‌ای باید در چارچوب حکمرانی رابطه تحلیل شود. در اینجا مهم‌ترین نکته آن است که قرارداد رسمی و قرارداد رابطه‌ای الزاماً دو سازوکار رقیب نیستند. مطالعات تجربی نشان داده‌اند که این دو می‌توانند مکمل یکدیگر باشند؛ قرارداد رسمی، چارچوب حقوقی و فرایندهای حل اختلاف را فراهم می‌کند و حکمرانی رابطه‌ای، انعطاف‌پذیری، اعتماد، تبادل اطلاعات و سازگاری با شرایط متغیر را تقویت می‌کند (Cao & Lumineau, 2015: 16, 17). در این چارچوب، قرارداد رابطه‌ای ماهیتی خوداجرا دارد. یعنی طرفین برای اجرای آن الزاما به دادگاه مراجعه نمی‌کنند، بلکه از طریق منافع آینده رابطه، شهرت، امکان دریافت سفارش‌های بعدی، اعتماد، تعهدات متقابل و در نهایت تهدید به خاتمه رابطه، رفتار یکدیگر را کنترل می‌کنند. تعاملات گذشته نیز به طرفین امکان می‌دهد توانایی و قابلیت اعتماد شریک را ارزیابی کنند و از انتخاب شرکای دارای سابقه فرصت‌طلبانه اجتناب نمایند (Gulati, 1995: 85-112). این تعاملات همچنین باعث توسعه دانش متقابل می‌شودکه هزینه‌های هماهنگی طرفین را کاهش می‌دهد، به طرفین در جهت سازگاری با درخواست‌های غیرمنتظره طرف مقابل کمک می‌کند و تعهداتی برای حل مشکلات مشترک ایجاد می‌کند که در نهایت موجب حفظ زنجیره تأمین می‌شود (Brahm & Tarzijan, 2016: 9).

خوداجرایی قرارداد رابطه‌ای در زنجیره تأمین را می‌توان با توجه به هزینه‌های خروج از رابطه و هزینه‌های برقراری رابطه جدید، دقیق‌تر تبیین کرد. در روابط مستمر میان خریدار و تأمین‌کننده، ضمانت اجرای تعهدات لزوما به معنای امکان مراجعه به دادگاه و الزام متعهد به اجرای قرارداد نیست؛ بلکه از دست دادن منافع حاصل از تداوم رابطه می‌تواند خود به عنوان یک سازوکار انضباطی عمل کند. در این چارچوب، چنانچه تأمین‌کننده از اجرای تعهدات خود، از جمله رعایت استانداردهای کیفی، خودداری کند، خریدار می‌تواند رابطه را خاتمه دهد و تأمین‌کننده را ناگزیر سازد برای یافتن شریک تجاری جدید وارد فرایند جست‌وجو شود. این فرایند علاوه بر وقفه در درآمدهای آتی، مستلزم تحمل هزینه‌های جست‌وجو و در مواردی تحمل مجدد هزینه‌های ایجاد و راه‌اندازی رابطه جدید است. ازاین‌رو، هرچه هزینه خروج تأمین‌کننده از رابطه موجود و هزینه یافتن شریک جدید بیشتر باشد، ارزش تداوم رابطه افزایش یافته و انگیزه تأمین‌کننده برای پایبندی به تعهدات رابطه‌ای نیز تقویت می‌شود (Bondareva & Pinker, 2019: 8,9).

34. *Hold-up*
35. *underinvestment*

نتیجه‌گیری:

قراردادهای رابطه‌ای را می‌توان به‌عنوان ابزارهایی پویا برای مدیریت تعاملات پیچیده انسانی تعریف کرد که در آن‌ها همکاری، اعتماد و انعطاف‌پذیری جایگزین منطق ساده «برد-باخت» در روابط و تعاملات می‌شوند. این قراردادها مبتنی بر سابقه بوده و در بستر یک چارچوب اجتماعی- تاریخی شکل می‌گیرند و با تکیه بر شبکه‌ای از هنجارهای رسمی و غیررسمی، به طرفین اجازه می‌دهند تا در مواجهه با عدم قطعیت‌ها، رابطه را به شیوه‌ای منصفانه و پایدار حفظ کنند. از این جهت، قراردادهای رابطه‌ای پاسخی به محدودیت الگوی کلاسیک و نئوکلاسیک قراردادها در مواجهه با عدم قطعیت و ناتوانی طرفین در پیش‌بینی و تنظیم کامل همه شرایط آینده محسوب می‌شوند.

شکل‌گیری قرارداد رابطه‌ای در زنجیره تأمین عمدتا حاصل تعامل سه عامل تکرار معاملات، شناخت و اعتماد متقابل و ارزش اقتصادی استمرار رابطه است. تداوم تعامل میان خریدار و تأمین‌کننده موجب شکل‌گیری حسن‌نیت، اعتماد و شناخت متقابل شده و انتظار منافع آتی نیز انگیزه طرفین را برای پرهیز از رفتار فرصت‌طلبانه و حفظ رابطه افزایش می‌دهد. بنابراین، رابطه موجود می‌تواند به‌تدریج از یک مبادله موردی به همکاری مستمر تبدیل شود. از حیث کارکرد، قراردادهای رابطه‌ای در زنجیره تأمین امکان هماهنگی و سازگاری مستمر طرفین را در برابر شرایطی فراهم می‌کنند که در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی یا تنظیم کامل نیستند. تغییر تقاضا، مشکلات تولید، تغییرات فناوری و نوسانات کیفیت از جمله شرایطی هستند که مستلزم تصمیم‌گیری و تعدیل در طول اجرای رابطه‌اند. در چنین وضعیتی، اعتماد، انعطاف‌پذیری، تبادل اطلاعات و حل دوجانبه مسائل، امکان واکنش به شرایط جدید را فراهم می‌سازد. ازاین‌رو، کارکرد قرارداد رابطه‌ای صرفا تعیین تعهدات اولیه نیست، بلکه ایجاد ظرفیت برای سازگاری مستمر رابطه با شرایط متغیر است.

افزون بر این، قراردادهای رابطه‌ای در کنترل و بهبود کیفیت، به‌ویژه در روابط برونسپاری، اهمیت دارند. هنگامی که کیفیت یا میزان تلاش تأمین‌کننده برای طرفین قابل مشاهده، اما برای دادگاه به‌طور مؤثر قابل اثبات نیست، اتکای صرف به ضمانت‌اجراهای رسمی نمی‌تواند انگیزه لازم برای عملکرد مطلوب را ایجاد کند. در این شرایط، استمرار رابطه، پاداش برای عملکرد مطلوب و احتمال کاهش منافع یا خاتمه رابطه در صورت عملکرد نامناسب، می‌تواند رفتار طرفین را هدایت کند. همچنین، تبادل مستمر اطلاعات درباره کیفیت و همکاری در اصلاح فرایندها، زمینه یادگیری و بهبود مستمر را فراهم می‌کند.

از دیگر کارکردهای قراردادهای رابطه‌ای در زنجیره تأمین، حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خاص رابطه است. در زنجیره تأمین و برون‌سپاری، سرمایه‌گذاری‌هایی مانند فناوری سفارشی، تجهیزات اختصاصی، توسعه ظرفیت، آموزش کارکنان و انتقال دانش، ممکن است ارزش خود را خارج از رابطه موجود تا حد زیادی از دست بدهند. افزایش اختصاصی بودن سرمایه‌گذاری، وابستگی متقابل و در نتیجه خطر رفتار فرصت‌طلبانه را افزایش می‌دهد. در این وضعیت، ارزش اقتصادی استمرار رابطه می‌تواند انگیزه لازم برای انجام و حفظ سرمایه‌گذاری خاص را ایجاد کند و از بروز مشکلاتی مانند سوءاستفاده از وابستگی و سرمایه‌گذاری کمتر از حد مطلوب بکاهد. در نهایت، بررسی سازوکار حکمرانی قراردادهای رابطه‌ای نشان می‌دهد که قرارداد رسمی و حکمرانی رابطه‌ای الزاما در تقابل با یکدیگر قرار ندارند، بلکه می‌توانند مکمل یکدیگر باشند. قرارداد رسمی، چارچوب حقوقی و سازوکارهای حل اختلاف را فراهم می‌کند و حکمرانی رابطه‌ای، انعطاف‌پذیری، اعتماد، تبادل اطلاعات و سازگاری با شرایط متغیر را تقویت می‌نماید. در این چارچوب، خوداجرایی قرارداد رابطه‌ای عمدتا بر منافع آینده رابطه، شهرت، اعتماد، تعهدات متقابل، امکان دریافت سفارش‌های بعدی و در نهایت امکان خاتمه رابطه استوار است. هرچه هزینه خروج از رابطه و هزینه ایجاد رابطه جدید بیشتر باشد، ارزش استمرار رابطه افزایش یافته و انگیزه طرفین برای پایبندی به تعهدات رابطه‌ای تقویت می‌شود.

کاهش تعارضات و مدیریت اختلافات، تسهیل اشتراک ریسک و سود، پشتیبانی از نوآوری و بهبود مستمر در زنجیره تأمین و کاهش هزینه‌های مبادله، از دیگر کارکردهای این نوع قراردادها در زنجیره تأمین هستند.

References:

1. *Austen-Baker, R. L. P. S. (2004). A relational law of contract?. Journal of Contract Law, 20, 125-144.*
2. *Austen-Baker, R. L. P. S. (2009). Comprehensive contract theory: A four-norm model of contract relations. Journal of Contract Law, 25 (3), 216-243.*
3. *Baker, G., Gibbons, R., & Murphy, K. J. (2002). Relational Contracts and the Theory of the Firm. The Quarterly Journal of Economics, 117(1), 39-84.*
4. *Beale, H., & Dugdale, T. (1975). Contracts between businessmen: planning and the use of contractual remedies. Brit. JL & Soc'y 2, 45.*
5. *Bond, E. W. (2008). Input quality, relational contracts and international outsourcing. Pacific Economic Review, 13(4), 391-404.*
6. *Bondareva, M., & Pinker, E. (2019). Dynamic relational contracts for quality enforcement in supply chains. Management Science, 65(3), 1305-1321.*
7. *Brahm, F., & Tarzijan, J. (2016). Relational contracts and collaboration in the supply chain: impact of expected future business volume on the make-or-buy decision. Journal of Supply Chain Management, 52(3), 48-67.*
8. *Calzolari, G., & Spagnolo, G. (2017), Relational contracts, procurement competition, and supplier collusion. University of Bologna Discussion Papers, 1-46.*
9. *Campbell, D. (2001). The relational theory of contract: selected works of Ian MacNeil. Sweet & Maxwell.*
10. *Cao, Z., & Lumineau, F. (2015). Revisiting the interplay between contractual and relational governance: A qualitative and meta-analytic investigation. Journal of operations management, 33(1), 15-42.*
11. *Coase Ronald H.,(1937). The Nature of the Firm. Economics 4, 386-405.*
12. *Defever, F., Fischer, C., & Suedekum, J. (2016). Relational contracts and supplier turnover in the global economy. Journal of International Economics, 103, 147-165.*
13. *Diathesopoulos, M. (2010). Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms. Cambridge University.*
14. *Eisenberg, M. A. (1995). Relational contracts. in Beatson, J., & Friedmann, D. (eds). Good faith and fault in contract law. Vol. 1997, Oxford: Clarendon Press.*
15. *Eisenberg, M. A. (1999). Why there is no law of relational contracts. Nw. UL Rev. 94, 805.*
16. *Fox Jr, J. W. (2003). Relational contract theory and democratic citizenship. Case W. Res. L. Rev. 54, 1.*
17. *Gilmore, G., & Collins, R. K. (1974). The death of contract. Vol. 1974, Columbus: Ohio State University Press.*
18. *Goetz, C. J., & Scott, R. E. (1981). Principles of relational contracts. Va. L. Rev. 67, 1089.*
19. *Granovetter, M. (1985). Economic action and social structure: The problem of embeddedness. American journal of sociology, 91(3), 481-510.*
20. *Gudel, P. J. (1998). Relational contract theory and the concept of exchange. Buff. L. Rev. 46, 763.*
21. *Gulati, R. (1995). Does familiarity breed trust? The implications of repeated ties for contractual choice in alliances. Academy of management journal 38(1), 85-112.*
22. *Höhn, M. I. (2010). Relational supply contracts: optimal concessions in return policies for continuous quality improvements. Springer Science & Business Media.*
23. *Hugos, M. H. (2011). Essentials of Supply Chain Management. translated by Sheikh Sajadieh, M., & Akbari Jokar, M. R, (2nd ed.). Adineh pub. (In Persian).*
24. *Hviid, M. (2000). Long-term contracts and relational contracts. 46-72.*
25. *Kale, P., Singh, H., & Perlmutter, H. (2000). Learning and protection of proprietary assets in strategic alliances: Building relational capital. Strategic management journal 21(3), 217-237.*
26. *Macaulay, S. (2018). Non-contractual relations in business: A preliminary study. The sociology of economic life, Routledge, 55-67.*
27. *Macneil, I. R. (1980). The New Social Contract. New Haven, Conn. USA: Yale UP.*
28. *Macneil, I. R. (1973). The many futures of contracts. S. Cal. l. Rev. 47, 691.*
29. *Macneil, I. R. (1974). Restatement (second) of contracts and presentation. Va. L. Rev. 60, 589.*
30. *Macneil, I. R. (1980). Economic analysis of contractual relations: Its shortfalls and the need for a rich classificatory apparatus. Nw. UL Rev. 75, 1018*
31. *Macneil, I. R. (1982). The new social contract: An inquiry into modern contractual relations. Yale University Press, New Haven.*
32. *Macneil, I. R. (1983). Values in contract: internal and external. Nw. UL Rev. 78, 340.*
33. *Macneil, I. R. (1986). Exchange revisited: Individual utility and social solidarity. Ethics 96(3), 567-593.*
34. *Macneil, I. R. (1999). Relational contract theory: challenges and queries. Nw. UL Rev. 94, 877.*

35. *Macneil, I. R. (2000). Contracting worlds and essential contract theory", Social & legal studies 9(3), 431-438.*
36. *Miyan-Abadi, A. (2018). Supply Chain Management: Definition, History, Objectives, Processes, Advantages, and Barriers. Applied Research in Marketing Management Quarterly, Vol 4 (12). (In Persian).*
37. *Parashkevova, L. (2007). Logistics outsourcing–A means of assuring the competitive advantage for an organization. Vadyba/management 2(15), 29-38.*
38. *Smythe, D. J. (2003). Bounded Rationality, The Doctine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts. S. Cal. Interdisc. LJ 13, 227.*
39. *Stadtler, H. & Kilger. C. (2006). Supply Chain Management. translated by Asgari, N & Farahani, R.Z, Amirkabir University of Technology pub. (In Persian).*
40. *Stone, R., & Devenney, J. (2015). The modern law of contract. London & New York: Routledge, 11th ed.*
41. *Whitford, A. B. (2015). Oliver E. Williamson, Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications. in Balla, S. J., Lodge. M, & Page, P. C. eds, The Oxford handbook of classics in public policy and administration.OUP Oxford, 359-371*
42. *Williamson, O. E. (1975). Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization. University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship.*
43. *Williamson, O. E. (1979). Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. The journal of Law and Economics, 22(2), 233-261.*
44. *Zabeti Asl, S. H. (2021). The impact of supply chain information exchange and quality management practices on market share performance (Case study: Small and medium manufacturing companies). Operations Management Quarterly, 1 (4), 67-91. (In Persian).*
45. *Zheng, J., Roehrich, J. K., & Lewis, M. A. (2008). The dynamics of contractual and relational governance: Evidence from long-term public–private procurement arrangements. Journal of purcDefever, F., Fischer, C., & Suedekum, J. (2016). Relational contracts and supplier turnover in the global economy. Journal of International Economics, 103, 147-165.hasing and supply management, 14(1), 43-54.*

Contents

5 **Adverse Inference in International Investment Arbitration**

Seyed Mohammad Hasan Razavi . Saman Mohammadian

23 **Legal Analysis and Comparison of the Desirability of Using Transferable and Back-to-Back Letters of Credit in International Contracts**

Rasoul Bahrampouri . Samaneh Malaklou

44 **Challenges of pension fund investment in achieving legal goals**

Ali Akbar Masoumi

61 **A Comparative Analysis of the Recoverability of Lost Profits in Intellectual Property Disputes under Iranian Law and the Paris Convention**

Mohammad Hossein Taghipour Darzi Naghibi . Reza Zakershoub

77 **The Validity of Indemnity for Manufacturer by the Consumer (A Comparative Study in the Legal Systems of Iran and England)**

Akbar Mirzanejad Jouybari . Roohollah Akhoundi Roshanavand . Hoda Moshfeghi

91 **Statistical study of the challenges facing Iran's criminal justice policy regarding economic crimes**

Maryam Beheshti Aghdam . Mojtaba Janipour . Hossein Aghababaei

111 **Make a counterclaim in treaty-based investment arbitration**

Alireza Soori . Hamid Reza Nikbakht

132 **The EU Carbon Border Adjustment Mechanism under the Lens of International Law: Conflicts and Strategies for Developing Countries**

Farzane Ahmadi . Azam Amini . Seyyed Hossein Mousavifar

155 **A Critical Analysis of the Legislative Discourse on Green Taxation in Iran, Focusing on the Requirements of the Aarhus Convention (From Fragmented Legislation to Participatory Regulation)**

Hadi Salehi . Seyed Mojtaba Vaezi . Tahereh Hazbeh

182 **Evaluating the Objectives and Enforcement of Iranian Competition Law in Light of the EU's "More Economic Approach"**

Naser Alidoosti Shahraki . Mostafa Mansourian . Mohammad Kazem Jamal

205 **A Competition Law Assessment of Entry Barriers in Digital Markets with an Emphasis on the Role of Big Data**

Ebrahim Rahbari . Rayhaneh khalili

223 **The Nature and Characteristics of Relational Contracts with an Emphasis on Their Functions in the Supply Chain and Outsourcing**

Fatemeh Farhan Far . Jalil Ghanavati

Encyclopedia of Economic Law Journal

Faculty of Law and Political Sciences

Published by: Ferdowsi University of Mashhad
Editor-in-Chief: Dr. Abdolreza Javan Jafari
Director-in-Charge: Dr. Seyyed Hossein Hosseini
Associate Editor: Dr. Hamidreza Danesh Nari

Editorial Board

Abdolreza Javan Jafari — Professor, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad
Seyyed Mohammad Mehdi Ghabouli Dorafshan — Professor, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad
Mohammad Hassan Haeri — Professor, Faculty of Theology and Islamic Studies, Ferdowsi University of Mashhad
Mahmoud Hooshmand — Professor, Faculty of Economics and Administrative sciences, Ferdowsi University of Mashhad
Hussein Gholami — Professor, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabataba'i University
Ali Hussein Najafi Abrandabadi — Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
Hussein Mirmohammad Sadeghi — Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University
Mohammad Abedi — Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad
Hassan Badini — Associate Professor, Faculty of Law, Tehran University
Star Zarkalam — Associate Professor, Faculty of Humanities, Shahed University
Muhammad Ali Babaii — Associate Professor, Faculty of Social science, Imam Khomeini International University

Executive Director: Vajiheh Moafian
Technical and Literary Editor: Fereshteh Golchin Rad
Page Layout: Mohammadreza Sheykhi
Circulation: 20
Publishing License: 124/10352. 8/10/1377
ISSN: Printed:2322-4177. Electronic: 2717-333X

Printed by: Ferdowsi University Press
Address: Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Azadi Square, Mashhad

Postal Code: 9177948951
Website: https://lawecon.um.ac.ir
E-Mail: economiclaw@um.ac.ir
Tel: 051-38806365
Fax: 38811243 - 38829584

This journal is indexed in

DOAJ (Directory of Open Access Journals)
Google Scholar
Magiran (Iranian Journals Database)
ISC (Islamic World Science Citation Center)
EBSCO
Specialized Islamic Journals Database (Noormags)

Reviewers of articles in this issue

Azam Amini, Azam Ansari, Mahmoud Bagheri, Mohammad-Hossein Taghipour Darzi Naghibi, Amin Hajivand, Bijan Hajiazizi, Seyed Hossein Hosseini, Seyed Milad Hosseini, Raheleh Seyed-Morteza Hosseini, Mehdi Haghighatjou, Monireh Khodadadpour, Zahra Danesh Nari, Mostafa Rezaei, Asma Salari, Seyed Mehdi Seyed-Zadeh, Abdollah Khodabakhshi Shalmazari, Negin Shafiei Bafti, Mohammad Abedi, Mostafa Fatemi-Nia, Seyed Mohammad Fahimi-Fard, Mojtaba Ghasemi, Hojjat Mobin, Ali Hossein Najafi Abrandabadi, Hamid Reza Nikbakht

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 33. Number 29. Spring and Summer 1405

