



دانشکده حقوق

فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

شماره ۳
پاییز ۱۴۰۲

صفحه آرا: مهتاب سلیمی
ویراستاران: شهرزاد حدادی - الهام وحدانی فر
طراح جلد: نگار توکل مقدم

پاییز ۱۴۰۲
قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

نشانی فصلنامه:
اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق
شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

Email: ecocolaw@sbu.ac.ir



به نام خدا
فصلنامه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری
فصلنامه علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی
با همکاری انجمن علمی حقوق اقتصادی ایران

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی
مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد
سر دبیر: عباس قاسمی حامد
مدیر داخلی: عرفان شمس
دستیار مدیر داخلی: منظر وفادار

هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

دکتر سعیدرضا ابدی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر ایرج بابایی (دانشیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر محمود یاقری (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)
دکتر میرقاسم جعفرزاده (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر مهرباب داراب‌پور (استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمد روشن (دانشیار حقوق خصوصی پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسین زارعی (دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر سیدجمال سیفی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا و دانشیار حقوق بین‌المللی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)
دکتر محمدحسن صادقی مقدم (استاد حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه تهران)
دکتر میرحسین عابدیان کلخوران (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا)
دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد (استاد حقوق خصوصی، حقوق قراردادهای و تعهدات با تمرکز با اعمال تجاری دانشگاه حضرت معصومه قم)
دکتر عباس کریمی (استاد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران)
دکتر علی مقدم ابریشمی (دانشیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی)
دکتر حمیدرضا نیکبخت فیئی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا و استاد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)

شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

الف) ضوابط کلی پذیرش مقاله

۱. نشریه‌ی حقوق اقتصادی و تجاری هر سه ماه یک‌بار به انتشار مقالات حقوقی در زمینه‌های اقتصادی و تجاری می‌پردازد.
۲. منظور از زمینه‌های حقوقی اقتصادی و تجاری موضوعات آتی است: تحلیل اقتصادی حقوق - حقوق تجارت بین‌المللی - حقوق شرکت‌ها - حقوق اسناد تجاری - حقوق ورشکستگی و تصفیه - رویه‌ها، تجارب و مسائل حقوقی در دادوستدهای فراملی - حقوق بین‌الملل خصوصی - حقوق دریایی - رویه‌های داوری بین‌المللی - حقوق حمل و نقل بین‌المللی - حقوق انرژی، نفت و گاز.
۳. ارسال و پیگیری مقالات صرفاً از طریق سامانه‌ی مجله به نشانی [/https://ecocomlaw.sbu.ac.ir](https://ecocomlaw.sbu.ac.ir) امکان‌پذیر است. از همین رو خواهشمند است از هرگونه ارسال نسخه کتبی مقاله به دفتر نشریه یا ارسال ایمیل‌های محتوی مقاله به آدرس ایمیل فصلنامه خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده‌ی نویسنده یا نویسندگان آن است.
۵. فصلنامه در پذیرش، رد و ویرایش مقالات آزاد است.
۶. نویسنده با ارائه مقاله به مجله، کلیه حقوق مادی آن را به دانشگاه شهید بهشتی (دانشکده حقوق) واگذار می‌نماید.
۷. هزینه‌ی واریزی برای داوری مقالات، پس از ارجاع به داوری قابل استرداد نخواهد بود.
۸. محدودیتی برای چاپ مقالات دانشجویان به تنهایی وجود ندارد.
۹. نوع داوری فصلنامه به صورت دوسوکور (Double-blind peer review) و حداقل دو داور می‌باشد.
۱۰. هزینه ثبت مقاله در این فصلنامه ۳۰۰۰,۰۰۰ ریال می‌باشد.
۱۱. پس از ارسال مقاله به داوری، امکان تغییر در نویسندگان وجود ندارد.

ب) شرایط محتوایی مقاله

۱. مقاله باید در حوزه‌های مرتبط با موضوع فصلنامه (حقوق اقتصادی و تجاری) به شرح بند (۲) ضوابط کلی پذیرش مقاله باشد.
۲. نوع مقالاتی که برای چاپ ارسال می‌شود باید محصول تحقیقات نویسندگان و متضمن دستاورد علمی جدید با تکیه بر مبانی پژوهشی باشد.
۳. فصلنامه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رای» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه‌ی مقاله‌ی خارجی نویسنده یا دیگران باشد.
۵. از آنجاکه زبان فصلنامه فارسی است، لازم است آیین نگارش زبان فارسی کاملاً رعایت گردیده و از به کار بردن اصطلاحات خارجی که معادل دقیق و پذیرفته‌شده به فارسی دارند خودداری شود.

پ) شرایط شکلی

- حجم مقاله مشتمل بر کلیه صفحات اعم از عنوان، چکیده‌ها، بدنه، پاورقی، نتیجه‌گیری و منابع برای هر یک از انواع مقالات به شرح آتی است: الف) مقالات بلند: حداکثر ۱۰۰۰۰ واژه؛ ب) نقد رای: حداکثر ۵۰۰۰ واژه؛ پ) نقد کتاب: حداکثر ۴۰۰۰ واژه.
- فرمت دریافتی فایل مقاله Doc یا Docx (آفیس ۲۰۰۷ یا جدیدتر) خواهد بود. نویسندگان می‌توانند از فایل فرمت شده برای تدوین مقاله استفاده کنند.
- نویسنده/نویسندگان باید هم‌زمان با بارگذاری مقاله‌ی خود نسبت به تکمیل و بارگذاری تعهدنامه و فرم تعارض منافع اقدام کنند.
- ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه‌ی موازین قانونی درخصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.
- در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان به بعد الزامی می‌باشد.
- اندازه و قلم بخش‌های مختلف مقاله به شرح جدول زیر است:

نوع فونت	اندازه	موضوع
B Mitra	Bold ۱۴	عنوان مقاله به فارسی
B Mitra	Bold ۱۱	اسامی نویسندگان به فارسی
B Mitra	<i>Italic</i> ۱۳	متن چکیده فارسی
B Mitra	Bold ۱۳	تیترهای داخل متن
B Mitra	<i>Italic</i> ۱۳	کلیدواژه فارسی
B Mitra	۱۳	متن
M Mitra	۱۴	متن عربی
B Mitra	۱۱	پانویس فارسی
Times New Roman	۱۰	پانویس انگلیسی
B Mitra	۱۰	عناوین جداول، نمودارها و شکل‌ها
B Mitra	۱۳	منابع فارسی
Times New Roman	۱۱	منابع انگلیسی
Times New Roman	Bold ۱۳	عنوان مقاله انگلیسی
Times New Roman	Bold ۱۱	اسامی نویسندگان انگلیسی
Times New Roman	Bold ۱۳	تیتر Abstract
Times New Roman	۱۱	متن چکیده انگلیسی
Times New Roman	۱۳	کلید واژه انگلیسی

۱. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

صفحه	محتویات	توضیحات و نکات ضروری
صفحه‌ی اول	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی	<ul style="list-style-type: none"> نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود. رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤل، در پاورقی صفحه‌ی اول درج خواهد شد. پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دست آورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
صفحه‌ی دوم	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	<ul style="list-style-type: none"> عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد. رتبه‌ی علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤل به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه‌ی دوم درج خواهد شد. پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده‌ی انگلیسی مقاله باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
صفحه‌ی سوم به بعد	بدنه‌ی مقاله	<ul style="list-style-type: none"> عناوین اصلی و فرعی و فصل‌بندی موضوعی باید حاوی نظم منطقی و با رعایت شماره گذاری عددی باشد؛ کلیه مطالب به استثنای مقدمه و نتیجه باید حداکثر ذیل ۵ شماره آورده شود. یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه‌شده در مقاله باشد. ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود.
صفحه‌ی آخر	فهرست منابع	<ul style="list-style-type: none"> منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های

خارجی و کتاب/ مقاله/ قوانین/ منبع الکترونیک/ پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره گذاری گردند. • کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.		
--	--	--

۲. به منظور ثبت الکترونیک مقاله، شما نیازمند دو فایل از مقاله خود هستید؛ فایل اول با مشخصات فوق تنظیم گردیده و فایل دوم فاقد نام و مشخصات نویسنده یا نویسندگان (فارسی یا انگلیسی) خواهد بود.

ت) شیوه‌نامه‌ی ارجاع دهی

۱. ارجاع دهی این نشریه براساس شیوه‌نامه‌ی شیکاگو به عمل می‌آید. جز در مواردی که در ادامه در خصوص آنها تعیین تکلیف شده، سایر موارد براساس این شیوه‌نامه به عمل می‌آیند.

۲. ارجاع دهی در این نشریه در قالب پاورقی انجام می‌شود.

۳. در نخستین بار ارجاع به یک منبع، مطابق با شیوه‌ی ذکر نام همان منبع در فهرست منابع عمل می‌شود با این تفاوت که در انتهای منبع باید صفحه / صفحات مربوطه در پاورقی ذکر شود.

۴. برای ارجاع با فاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، نام، منبع پیشین، ص.

▪ نمونه: بهمنی، محمدعلی، منبع پیشین، ص. ۸.

۱. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: نام خانوادگی، عنوان و نام نویسنده همان منبع، ص.

▪ نمونه: بهمنی، محمدعلی، همان منبع، ص. ۱۰.

۲. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، از (Op.Cit.) استفاده می‌شود.

▪ Posner, , *Op.Cit.*, P. 6.

۳. برای ارجاع بلافاصله به منبع به زبان‌های با ریشه‌ی لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (Ibid.) استفاده می‌شود.

▪ *Ibid.*, p. 7.

ث) شیوه‌ی تنظیم فهرست منابع

۱. کتاب:

▪ توضیح: نام خانوادگی، نام، عنوان کتاب، نام مترجم یا مصحح، جلد، نوبت چاپ، محل انتشار: نام ناشر، سال انتشار.

□ نمونه: سلطانی، محمد، **حقوق بازار سرمایه**، چ ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.

Posner, **Economic Analysis of Law**, Op.Cit.p.x, 2014.

* چنانچه از یک منبع چند بار استفاده شود طبق نمونه زیر ارجاع‌دهی می‌شود:

توضیح: نام خانوادگی، نام، همان منبع و شماره صفحه.

نمونه: کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، همان منبع، ۲۵۳.

۲. مقاله:

□ توضیح: نام خانوادگی، نام، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره/سال، شماره مجله، سال انتشار، صفحات شروع تا پایان.

□ نمونه: قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۱۸، ش. ۷۰، ۱۳۹۴، صص. ۵۵-۳۱.

Posner, Eric A, "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?," *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, pp. 829-880.

۳. پایان‌نامه و رساله:

□ توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان**، رساله‌ی دکتر/پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.

□ نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده‌ی حقوق، ۱۳۸۹.

Hearsey, **Christopher Michael**, **The evolution of outer space law: an economic analysis of rule formation**, Master dissertation, University of North Dakota, Space Studies department, 2015.

۴. منبع برخط:

□ توضیح: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده، «عنوان»، نام مجله (در صورت وجود)، قابل دسترسی در: <آدرس سایت قابل دسترسی> (تاریخ آخرین بازدید).

□ Imam, Patrick Amir And Kangni Kpodar, "Inclusive citizenship laws tend to foster economic development", available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam>> (last visited 28/09/2022)

در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده‌ی دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده‌ی اول به شرح زیر نوشته می‌شود:

□ امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه‌ی سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه‌ی دریایی»، فصلنامه‌ی تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ش. ۹۷، ۱۴۰۱، صص. ۱۴۲-۱۱۹.

Schaerer, Enrique, Richard Kelley and Monica Nicolescu, "Robots as animals: a framework for liability and responsibility in human-robots interactions", *The 18th IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication*, Toyama, Japan, Sept. 27-Oct. 2, 2009

فهرست مطالب

- امکان اعمال استانداردهای حمایتی در سرمایه‌گذاری‌های پورتفولیو
مهراب داراب پور- سید محمد مهدی موسوی عبدالآبادی ۱۱
- تحلیل حقوقی موانع موجود در قوانین صادرات و واردات ایران جهت عضویت دائم در سازمان
تجارت جهانی
سیدباقر میرعباسی- سید طه موسوی میرکلائی- محمد صادقی- ایمان پاک سیما..... ۴۵
- لزوم وفا به قرارداد با غیرمسلمانان (مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق ایران)
حسین سیمایی صراف ۷۷
- تحلیل اعتبار شروط الحاقی به عقد در حقوق ایران و فقه امامیه
محمد جواد ذوالقدر- مرتضی شهبازی نیا- محمد باقر پارساپور ۱۰۷
- اصول حاکم بر دادرسی مدنی الکترونیکی و چالش‌های آن
بهنام حبیبی درگاه ۱۳۷
- بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی ایران در پرتو سیاست بهینه‌سازی مصرف گاز و تأسیس نهاد
تنظیم‌گر بخشی
رسول لاهیجانبیان- فاطمه شیخی ده‌چناری ۱۶۱

امکان اعمال استانداردهای حمایتی در سرمایه‌گذاری‌های پورتفولیو

(مقاله علمی-پژوهشی)

مهراپ داراب‌پور*

سید محمد مهدی موسوی عبدالآبادی**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۸

چکیده

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ابزاری سودمند برای سرمایه‌گذاران خارجی و دولت میزبان است. حمایت قوی از سرمایه‌گذار خارجی موجب جلب سرمایه‌گذاران بیشتر و در نتیجه رشد و توسعه اقتصادی کشور میزبان می‌شود و سرمایه‌گذار خارجی نیز با افزایش سرمایه خود به سود بیشتری دست می‌یابد. استانداردهای حمایتی از سرمایه‌گذاری خارجی به‌عنوان مستمسکی برای سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌شود که در صورت نقض آنها توسط دولت میزبان، سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند به موجب آن اقدام به مطالبه غرامت نماید. در سرمایه‌گذاری پورتفولیو، با توجه به تفاوت این نوع سرمایه‌گذاری با سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، حمایت‌های به این نوع از سرمایه‌گذاری را می‌طلبند و یک دسته از استانداردهای حمایتی که در سرمایه‌گذاری مستقیم و با توجه به ویژگی‌های این نوع سرمایه‌گذاری وجود دارد، نظیر استاندارد حمایت و امنیت کامل، در سرمایه‌گذاری‌های پورتفولیو قابل اعمال نیست. پس می‌بایست درخصوص این‌گونه سرمایه‌گذاری‌ها استانداردهایی را اعمال نمود که مفید فایده و کارآمد باشد. برخی از این استانداردهای مخصوص را باید در این مقاله جست‌وجو کرد. در نظام حقوقی ایران، آیین‌نامه اجرایی سرمایه‌گذاری خارجی در بورس و بازارهای خارج بورس به‌نحو مختصری به حمایت از سرمایه‌گذار پورتفولیو پرداخته است که حمایت کافی را از سرمایه‌گذار خارجی فراهم نمی‌آورد.

کلیدواژگان:

سرمایه‌گذاری خارجی، سرمایه‌گذاری پورتفولیو، حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، استانداردهای حمایتی، اوراق بهادار.

* استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

Info@drdarabpour.ir

** دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

Mousavi.sbulaw@gmail.com



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

طی سال‌های پس از جنگ جهانی دوم، جذب و به‌کارگیری سرمایه‌گذاری خارجی یکی از اهداف مهم اقتصادی دولت‌ها بوده است. افزایش سرمایه‌گذاری خارجی در کشورها باعث رشد و توسعه اقتصادی، افزایش رفاه اجتماعی و اقتصادی دولت میزبان، کاهش نرخ بیکاری می‌گردد. سرمایه‌گذاری خارجی به دو نوع مستقیم^۱ و پورتفولیو^۲ صورت می‌گیرد. سرمایه‌گذاری مستقیم که نوع مرسوم و متداول سرمایه‌گذاری است، از طریق به‌کارگیری سرمایه‌گذاری خارجی (غالباً اموال ملموس) در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود صورت می‌پذیرد. سرمایه‌گذاری پورتفولیو از طریق خرید سهام و اوراق بهادار در بازارهای داخلی کشور میزبان توسط سرمایه‌گذار خارجی شکل می‌گیرد. امروزه با توجه به افزایش دسترسی به اینترنت و گسترش این شبکه جهانی، تغییر نحوه کار بازارهای اوراق بهادار به صورت برخط (آنلاین) و در نتیجه آن سهولت دسترسی به این بازارها و مخاطرات سرمایه‌گذاری مستقیم نظیر سلب مالکیت^۳ های مستقیم و غیرمستقیم باعث توجه سرمایه‌گذاران به سرمایه‌گذاری پورتفولیو در سال‌های اخیر شده است. آمار منتشره از سوی صندوق بین‌المللی پول بیانگر رشد تقریباً ۸۰ درصدی سرمایه‌گذاری پورتفولیو در جهان طی سال‌های ۲۰۱۵ تا ۲۰۲۱ میلادی است. در سال ۲۰۱۵ میلادی مجموع حجم سرمایه‌گذاری پورتفولیو ۵۰ میلیارد دلار بوده که این رقم در دسامبر سال ۲۰۲۱ به ۸۱ میلیارد دلار رسیده است. نکته قابل توجه در این خصوص، افزایش ۶۰ درصدی میزان سرمایه‌گذاری پورتفولیو در بازه زمانی ژوئن تا دسامبر سال ۲۰۲۰ یعنی هم‌زمان با پاندمی ویروس کرونا و قرنطینه‌های ایجاد شده و افزایش استفاده از اینترنت است.^۴ به طوری که امروز ۸۰ درصد از سرمایه‌گذاری خارجی در کره جنوبی از طریق سرمایه‌گذاری پورتفولیو و بدهی‌های خارجی و مابقی از سرمایه‌گذاری مستقیم صورت می‌گیرد.^۵

1. Foreign Direct Investment (FDI)

2. Portfolio

3. Expropriation

4. Available at <<https://data.imf.org/?sk=B981B4E3-4E58-467E-9B90-9DE0C3367363>> , last visited 2/2/2023/

5. Vivienne Bath , Luke Nottage, **Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia**, 1st ed, New York (United States) : Routledge,2011 , p213/

افزایش تمایل سرمایه‌گذاران خارجی به سرمایه‌گذاری پورتفولیو برای سرمایه‌گذاران منافع متعددی دارد. پرداخت مالیات و عوارض اندک، عدم نیاز به خرید یا اجارهٔ املاک و کارگاه، عدم استخدام نیروی انسانی و معضلات حادث بعدی در خصوص بیمه‌های تأمین اجتماعی از جمله مزایای این‌گونه سرمایه‌گذاری است. سرمایه‌گذاری پورتفولیو برای دولت‌ها نیز مزایایی دارد، مواردی نظیر تأمین منابع مالی از طریق فروش اوراق قرضهٔ دولتی، افزایش تعداد سهام و ارزش شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس، گسترش فعالیت‌های شرکت‌های پذیرفته‌شده به واسطهٔ افزایش درآمد که به رشد و توسعهٔ اقتصادی منتهی می‌گردد.

سرمایه‌گذاری خارجی به‌عنوان یکی از فعالیت‌های ریسک‌پذیر برای هر ک از طرفین یعنی دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌شود. سرمایه‌گذاری پورتفولیو به‌عنوان یکی از طرق سرمایه‌گذاری خارجی، برخلاف سرمایه‌گذاری مستقیم، با ورود تجهیزات، ماشین‌آلات و ابزار صنعتی به کشور میزبان و تأسیس کارگاه صورت نمی‌گیرد. در سرمایه‌گذاری پورتفولیو، سرمایه‌گذار خارجی با خرید سهام و یا سایر اوراق بهادار در بازارهای کشور میزبان اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کند.

سرمایه‌گذاری پورتفولیو با توجه به ماهیت فعالیت خود، خطرپذیر محسوب می‌شود. نوسانات قیمت و تغییر ارزش سهام‌ها، مداخلات دولت در حوزهٔ قوانین و مقررات، محدودیت‌های انتقال ارز از کشور میزبان توسط سرمایه‌گذار خارجی، تعیین سقف جهت تملک سهام و تعیین بازه زمانی ممنوعه فروش از مواردی است که ممکن است به‌عنوان ریسک‌های این نوع سرمایه‌گذاری محسوب گردد. همان‌طور که سرمایه‌گذاری مستقیم مورد حمایت دولت‌های میزبان است و در این خصوص استانداردهای حمایتی شکل گرفته است، سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز مستحق حمایت از سوی دولت‌های میزبان است. سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز همانند هر فعالیت اقتصادی بین‌المللی در معرض رویارویی با ریسک‌های متعددی است. در همین راستا International Country Risk Guide (ICRG) به‌عنوان یک نشریهٔ معتبر به بررسی ریسک‌های سرمایه‌گذاری در کشورهای مختلف می‌پردازد. این نشریه ۲۲ متغیر را در سه دستهٔ کلی یعنی ریسک‌های مالی، اقتصادی و سیاسی تحلیل می‌کند.^۱ ثبات نظام حقوقی، تناسب قوانین و

1. Hoti, Suhejla, The International Country Risk Guide: An Empirical Evaluation. 2003, P 2.

حمایت‌های قانونی ذیل دسته ریسک‌های سیاسی بررسی می‌گردند.^۱ این اطلاعات و مدل‌ها، قابلیت پیش‌بینی و ارزیابی را به سرمایه‌گذار خارجی می‌دهد تا اولاً وضعیت کلی و ریسک‌های موجود در کشور میزبان را بررسی نماید و ثانیاً آنها را برحسب اهمیت و تأثیری که بر نوع سرمایه‌گذاری خود دارد طبقه‌بندی نماید.^۲ افزایش حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و ایجاد بستری امن برای سرمایه‌گذاری، رابطه‌ای مستقیم با افزایش میزان سرمایه‌گذاری خارجی در آن کشور دارد. یکی از دلایل قلت سرمایه‌گذاری در کشورهای در حال توسعه، کمبود اقدامات و ضعف سیستم حمایتی دولت‌ها از سرمایه‌گذاران خارجی است.^۳

بنابراین حمایت از سرمایه‌گذار خارجی از اهمیت بسزایی برخوردار است. از آنجایی که سرمایه‌گذاران خارجی بیشتر از سرمایه‌گذاران داخلی در معرض مصادره قرار دارند و این موضوع در سرمایه‌گذاری پورتفولیو به مراتب محسوس‌تر است.^۴

درخصوص پیشینه تحقیق حاضر می‌بایست به مقاله‌ای از آقایان نیکبخت و پیری تحت عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی در سبد اوراق بهادار (پورتفولیو): رویکرد دیوان‌های داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری» که در سال ۱۳۹۶ منتشر شده است، اشاره کرد. مقاله یادشده سرمایه‌گذاری پورتفولیو را از حیث شمول یا عدم شمول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نسبت به این گونه سرمایه‌گذاری‌ها بررسی کرده است. محور اصلی مقاله مذکور ارائه مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو و بررسی صلاحیت مرکز ایکسید درخصوص رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری پورتفولیو در آن مرجع است و درخصوص موضوع اصلی مورد بحث این نوشتار، یعنی حمایت از سرمایه‌گذاری پورتفولیو، مطالبی ارائه نشده است. La porta و همکاران خود^۵ در مقاله‌ای با عنوان Law and Finance که در سال ۱۹۹۸ منتشر گردید، به بررسی آثار قوانین و

1. *Ibid* , p 4.

2. Llewellyn D. Howell, International Country Risk Guide Methodology , PRS group, p1, Available at < <https://www.prsgroup.com/wp-content/uploads/2012/11/icrgmethodology.pdf>> Last visited 7/3/2023/

3. Thapa, Chandra and Poshakwale, " Sunil S. Investor protection and foreign equity portfolio investments ". *Global Finance Journal*, 22 (2). pp 116-129.

4. Poshakwale, Sunil S. & Thapa, Chandra, 2011. "Investor protection and international equity portfolio investments," *Global Finance Journal*, Elsevier, vol. 22(2). P 3.

5. Rafael La Porta, Florencio Lopez de Silanes, Andrei Shleifer and robert w. vishny (LLSV).

همچنین تأثیر نظام‌های حقوقی مختلف بر سرمایه‌گذاران پرداخته است. در این تحقیق یکی از محورهای بررسی، آثار حمایت‌های قانونی بر سرمایه‌گذاران است، اما این نوع حمایت‌ها مورد تحلیل قرار نگرفته‌اند. نویسندگان مزبور در سال ۲۰۰۲ مقاله‌ای را تحت عنوان Investor protection and corporate valuation تحریر نمودند که در آن به تأثیر حمایت‌ها بر ارزش شرکت‌ها پرداخته و به بررسی این‌گونه حمایت‌ها پرداخته‌اند و تحقیق آنها متکی بر تحلیل اقتصادی است.

نوشتار حاضر با بررسی استانداردهای حمایتی در سرمایه‌گذاری مستقیم و تطبیق آنها با شرایط سرمایه‌گذاری پورتفولیو درصدد پاسخ به این پرسش‌ها است که آیا استانداردهای حمایتی موجود در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، درخصوص سرمایه‌گذاری‌های پورتفولیو نیز قابل اعمال است یا خیر؟ و آیا نظام حمایتی خاصی درخصوص حمایت از سرمایه‌گذاری پورتفولیو حاکم است؟ پاسخ به این سؤالات در نوشتار حاضر با بررسی معاهدات سرمایه‌گذاری، قوانین و مقررات داخلی حاکم بر سرمایه‌گذاری پورتفولیو در ایران و همچنین تحلیل ماهیت این نوع سرمایه‌گذاری ارائه می‌گردد.

در ادامه بدو به بررسی تفاوت‌های میان سرمایه‌گذاری پورتفولیو و مستقیم می‌پردازیم و در ادامه مطالب استانداردهای حمایتی از سرمایه‌گذاران خارجی و همچنین نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری پورتفولیو در ایران از منظر چگونگی فعالیت و همچنین حمایت از سرمایه‌گذاران تحلیل می‌شود.

۱. تفاوت سرمایه‌گذاری مستقیم و سرمایه‌گذاری پورتفولیو

مهم‌ترین تفاوت سرمایه‌گذاری مستقیم و پورتفولیو در موضوع سرمایه‌گذاری و یا به عبارت دیگر مصادیق سرمایه در آنها است. سرمایه در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مصادیق متعددی دارد که به استثنای برخی مصادیق نظیر حقوق متعلق به اموال فکری و دیون، غالباً جزء اموال مادی ملموس^۱ اند. در سرمایه‌گذاری مستقیم، سرمایه‌گذار خارجی در کشور میزبان حضور فعال

۱: Tangible آن دسته از اموالی را گویند که در عالم خارج وجود فیزیکی و مشهود دارد. ←

دارد، با این توضیح که سرمایه‌گذاری خارجی که غالباً از طریق یک بنگاه اقتصادی^۱ به نحو شعبه، نمایندگی یا شرکت (حقوقی یا مدنی) در کشور میزبان فعالیت می‌کند و این فعالیت حسب مورد منتهی به تولید، توزیع، ساخت، استخراج و نظایر آن می‌شود. این ویژگی در سرمایه‌گذاری پورتفولیو، خصوصاً به صورت غیرراهبردی وجود ندارد و سرمایه‌گذار صرفاً اقدام به تملک سهام شرکت و یا اوراق خریداری اوراق قرضه می‌نماید و هیچ‌گونه فعالیت فیزیکی دیگری در کشور میزبان ندارد. سرمایه‌گذاری مستقیم در راستای معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری شکل می‌گیرد و مقررات حاکم بر این نوع سرمایه‌گذاری، تحت تأثیر مضامین معاهدات است. علاوه بر معاهدات سرمایه‌گذاری، قوانین داخلی کشورهای میزبان نیز به‌عنوان یکی از منابع اصلی سرمایه‌گذاری مستقیم است. در مقابل، سرمایه‌گذاری پورتفولیو بعضاً به‌صراحت از دایره شمول معاهدات سرمایه‌گذاری خارج شده است و درخصوص اینکه آیا معاهدات سرمایه‌گذاری شامل سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز می‌شود، اختلاف وجود دارد. در نظام حقوقی ایران، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی علاوه بر آنکه تحت تأثیر معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری است، از قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی نیز اثر می‌پذیرد. سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز مشمول آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج بورس است که هیئت وزیران به استناد بند (۳) ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی در سال ۸۹ به تصویب رسانده است.^۲ موضوع دیگری که باید مد نظر قرار گیرد، عنصر مدیریت است. به عبارت دیگر، سرمایه‌گذار خارجی در شرکت علاوه بر مالکیت سهام، می‌تواند مدیریت شرکت را نیز به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم بر عهده داشته باشد. همان‌طور که در این خصوص، مرکز داوری ایکسید^۳ در پرونده Vivendi v. Argentine سرمایه‌گذاری خارجی (سهام) و سرمایه‌گذار خارجی را در صورتی

←Karius, Tim, "[Intellectual property and intangible assets: Alternative valuation and financing approaches for the knowledge economy in Luxembourg](#)", *European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV), Luxembourg*, volume 3, number 3, 2016. p 7.

و یا به تعبیر دیگری، کلیه اشیای مادی خارجی است که قابلیت نقل و انتقال را از محلی به محل دیگر دارد (کانتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، ج ۴۹، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶، ص ۶۰). به طور کلی می‌توان اموال منقول و غیرمنقول نظیر ساختمان‌ها، دستگاه‌های صنعتی و اتومبیل را اموال ملموس مادی دانست.

1. Enterprise

۲. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین الملل**، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص ۵۰۶.

3. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

مشمول ماده ۱ معاهده سرمایه‌گذاری آرژانتین و فرانسه می‌داند که سرمایه‌گذار خارجی به نحو مستقیم و یا غیرمستقیم مدیریت شرکت را بر عهده داشته باشد.^۱ سرمایه‌گذاری به صورت مالکیت اکثریت یا اقلیت سرمایه یک شرکت نیز تا زمانی که واجد عنصر مدیریت سرمایه باشد، نوعی سرمایه‌گذاری مستقیم خواهد بود و در مقابل، در صورت فقدان عنصر مدیریت، سرمایه‌گذاری صورت‌گرفته را باید پورتفولیو دانست. هرچند که ملاک مدیریت نمی‌تواند به تنهایی میان این دو نوع سرمایه‌گذاری تمایز ایجاد کند؛ زیرا ممکن است شخصی که ۱۰ درصد از سهام شرکت را دارد در مدیریت شرکت مداخله کند و این معیارها صرفاً جنبه آماری دارد و امروزه عنصر مدیریت به‌عنوان عنصر اصلی و کلیدی سرمایه‌گذاری مستقیم تلقی نمی‌شود و می‌بایست ملاک‌های دیگر را مد نظر قرار داد.^۲

هرچند دیدگاهی معتقد بر آن است که میان سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم خارجی تفاوتی مطرح نیست و هریک از این سرمایه‌گذاری‌ها شایسته حمایت می‌باشند. این نظر مبتنی بر این استدلال است که فعالیت‌های سرمایه‌گذاری خواه مستقیم یا غیرمستقیم جزو فعالیت‌های مخاطره‌آمیز محسوب می‌گردند و ریسک‌های موجود در هر دو نوع سرمایه‌گذاری ماهیتی یکسان دارند و نباید میان آنها قائل به تبعیض شد.^۲ اما دیدگاه مزبور بسیار کلی به این دو نوع سرمایه‌گذاری نگریسته و صرفاً به بیان شباهت و لزوم حمایت از آنها به عنوان فعالیت‌های مخاطره‌آمیز پرداخته است. کلیت این دیدگاه که هر دو نوع سرمایه‌گذاری مستلزم حمایت از سوی دولت میزبان می‌باشد مورد پذیرش است، اما حتی همین حمایت نیز بنا بر تفاوت‌های این سرمایه‌گذاری، متفاوت است که در قسمت‌های آتی به آن خواهیم پرداخت.

۲. شمول یا عدم شمول معاهدات سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو

معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری، در کنار قوانین راجع به تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، به‌عنوان منابع اصلی حقوق و تکالیف سرمایه‌گذاران و دولت‌های میزبان محسوب می‌شوند. این معاهدات شامل مقررات مختلفی از قبیل تعریف مفاهیم، استانداردهای

1. Vivendi v. Argentine (ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 Jul 2002, para 50.

2. Sornarajah, M, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd ed, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p 9.

حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی، حوزه‌های مجاز جهت سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار در کشور میزبان، نحوه حل و فصل اختلافات و مرجع صالح رسیدگی به این اختلافات و مسائلی مرتبط با حقوق و تکالیف طرفین است. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری با ارائه تعریفی از مفهوم سرمایه‌گذاری (اعم از مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذاری) تحت پوشش طرفین که مورد حمایت معاهده است، آغاز می‌گردد.^۱ مصادیقی همچون اموال منقول و غیرمنقول، ابزارآلات و تجهیزات صنعتی و وجوه نقد از مواردی است که در اکثر قریب به اتفاق معاهدات سرمایه‌گذاری ذکر گردیده است. در خصوص اینکه این‌گونه اموال فیزیکی و ملموس مشمول عنوان سرمایه و به تبع آن تحت حمایت معاهده سرمایه‌گذاری می‌باشند بحث و اختلافی مطرح نیست.

در بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری، سهام شرکت‌ها و همچنین سهم‌الشرکه‌ها به‌عنوان سرمایه خارجی مطرح می‌گردند. ورود به سهام به دایره شمول سرمایه خارجی، که غالباً متشکل از وجوه نقد، اموال منقول یا غیرمنقول، ماشین‌آلات صنعتی و ابزارآلات است، باعث ایجاد این پرسش گردیده است که آیا منظور از سهام به‌عنوان سرمایه خارجی، همان سرمایه‌گذاری در بازارهای اوراق بهادار و به عبارت دیگر سرمایه‌گذاری پورتفولیو است؟ در نگاه نخست این پاسخ به ذهن متبادر می‌شود که منظور از سهام همان سرمایه‌گذاری پورتفولیو است و بدین ترتیب سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز مشمول معاهدات سرمایه‌گذاری می‌گردد. این دیدگاه با ارائه تفسیری موسع از معاهدات سرمایه‌گذاری، سهام و سایر اوراق بهادار را نیز مشمول سرمایه‌گذاری می‌دانند. اما به نظر می‌رسد منظور معاهدات از سهام و اوراق بهادار، سهام شرکت‌های جوینت ونچر^۲ که به واسطه مشارکت سرمایه‌گذار خارجی و حسب مورد شخص متبوع دولت میزبان یا نهادهای وابسته به آن تشکیل می‌شود، باشد.

بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته تمایلی نسبت به گسترش دایره شمول معاهدات سرمایه‌گذاری درخصوص سرمایه‌گذاری پورتفولیو ندارند و برخلاف آنها کشورهای درحال توسعه متمایل به این گسترش در راستای جذب سرمایه‌های بیشتر و در نتیجه توسعه اقتصادی خود می‌باشند. به‌عنوان نمونه در مذاکرات دوحه سازمان تجارت جهانی، درخصوص تعریف

1. Sauvant, Karl P, Lisa E. Sachs, **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**, 1st ed, New York: Oxford Academic, 2009.

2. Joint venture (JV)

سرمایه‌گذاری خارجی و تعیین حدود آن اختلافاتی میان نمایندگان کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته رخ داد که طی آن کشورهای توسعه‌یافته مخالف تعمیم معاهدات سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو بودند.^۱ همچنین کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد)^۲ نیز صریحاً پیشنهاد کرده است که مصادیق مفهوم سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه به صورت حصری تعریف شود و ثانیاً سرمایه‌گذاری پورتفولیو در قالب سهام یا برخی اوراق بدهی نیز صریحاً از قلمرو شمول معاهدات دوجانبه مستثنی شود.^۳

درخصوص شمول یا عدم شمول معاهدات سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو، می‌بایست به صورت جداگانه به متن هر معاهده رجوع کرد. زیرا اراده دولت‌ها می‌تواند این نوع سرمایه‌گذاری را مستثنی کند یا آنکه دایره سرمایه‌گذاری مستقیم را به این سرمایه‌ها نیز تعمیم دهد. در همین راستا، در صورتی که معاهده سرمایه‌گذاری به صراحت سهام شرکت‌ها، اوراق قرضه یا سایر اوراق بهادار را به عنوان سرمایه خارجی ذکر کند یا در متن معاهده از عبارت هرگونه دارایی استفاده کند، می‌توان سرمایه‌گذاری پورتفولیو را مشمول معاهده سرمایه‌گذاری دانست. در همین راستا ذکر عبارت «هرگونه مشارکت در شرکت‌ها» را نیز به معنای شمول معاهده سرمایه‌گذاری نسبت به معاهدات سرمایه‌گذاری دانسته‌اند.^۴

به عنوان نمونه، بند الف ماده اول قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان مصوب ۱۳۸۲ سرمایه‌گذاری را به این نحو تعریف کرده است: «اصطلاح «سرمایه‌گذاری» عبارت از هر نوع دارایی از جمله موارد زیر است که به طور مستقیم یا غیرمستقیم توسط سرمایه‌گذاران یکی از طرف‌های متعاقد در قلمرو طرف متعاقد دیگر بر طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد دیگر به کار گرفته شود.» و در ادامه یکی از مصادیق سرمایه خارجی نیز طبق بند (ب) این ماده، سهام یا هر نوع مشارکت در شرکت‌ها از قبیل اوراق بهادار، اوراق قرضه، سهام سرمایه و اعتبارات ذکر گردیده است. با توجه

1. Subedi, Surya P., **International Investment Law: Reconciling Policy and Principle**, 1st ed, United states: Hart Publishing, 2008, p 48.

2. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)

۳. نیکبخت، حمیدرضا و فرهاد پیری، «سرمایه‌گذاری خارجی در سید اوراق بهادار (پورتفولیو): رویکرد دیوان‌های داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری»، نشریه بورس و اوراق بهادار، دوره دهم، شماره ۳۹، ۱۳۹۶، ص ۱۲۸.

۴. نیکبخت و پیری، منبع پیشین، ص ۱۵۷.

به عبارت «هر نوع مشارکت در شرکت‌ها» می‌توان سرمایه‌گذاری پورترفولیو را مشمول این معاهده دانست. همچنین بند (پ) ماده ۱ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و ژاپن، اوراق بهادار، اوراق قرضه، وام‌ها و سایر اقسام بدهی‌ها را نیز جزئی از سرمایه‌گذاری خارجی دانسته است. بنابراین، به صورت مطلق نمی‌توان در خصوص شمول یا عدم شمول معاهدات سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورترفولیو اظهارنظر نمود. آرای مختلفی از سوی دیوان‌های داوری صادر گردیده است که به صراحت سرمایه‌گذاری پورترفولیو را از شمول معاهدات خارج دانسته است. در مقابل نیز آرای مبنی بر شمول این نوع سرمایه‌گذاری صادر گردیده است.^۱

در قضیه Barcelona Traction دیوان داوری به صراحت سهامداران خارجی و سهام آن‌ها را تحت شمول و حمایت معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اسپانیا و بلژیک دانست. در پرونده Barcelona Traction^۲، موضوع حمایت از سهامداران خارجی در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه با گنجاندن سهام شرکت‌ها در دایره شمول اصطلاح «سرمایه‌گذاری» مطرح شد. سهامی که در چنین معاهداتی به آنها اشاره می‌شود سهام شرکتی است که قرار است به عنوان وسیله‌ای برای سرمایه‌گذاری مورد نظر عمل کند و سرمایه‌گذاری پورترفولیو نیست.^۳

با نظر به ماده ۱ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فرانسه مصوب ۱۳۸۲ که سرمایه‌گذاری را طبق قوانین و مقررات کشور میزبان مجرا می‌داند، ماده ۱ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، سرمایه خارجی را اعم از سرمایه‌های نقدی و یا غیرنقدی که توسط سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌شود، می‌داند که پس از ورود سرمایه در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود و بعد از اخذ مجوز سرمایه‌گذاری به کار گرفته می‌شود. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد، موضوع ورود سرمایه و همچنین اخذ مجوز سرمایه‌گذاری است. به عبارت دیگر، طبق قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، تا هنگامی که مجوز سرمایه‌گذاری از سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های

1. Poštová banka v Hellenic (Award, n 42) 287-8., Giovanni v Argentine (ICSID Case No ARB/07/8, Decision on Jurisdiction, 7 Nov 2014) 296.

2. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain). Available at <<https://www.icj-cij.org/case/50/judgments>>

3. M, Sunarajah, *Cit.* p 12.

اقتصادی و فنی اخذ نگردد، سرمایه‌وارده و فعالیت‌های اقتصادی مربوطه، سرمایه‌گذاری خارجی محسوب نمی‌شود.

درخصوص سرمایه‌گذاری پورترفولیو، فعالیت سرمایه‌گذاران خارجی منوط به اخذ مجوز از سازمان بورس و اوراق و بهادار است. شرایط اخذ مجوز مزبور در ماده ۴ آیین‌نامه مقرر شده است. کارکرد مجوز یادشده علاوه بر اذن انجام معامله به سرمایه‌گذار خارجی، بهره‌مندی از حمایت‌های قانونی مندرج در ماده ۱۰ آیین‌نامه است. به عبارت دیگر مجوز اصلی و قانونی در حوزه سرمایه‌گذاری پورترفولیو (در قانون ایران) مجوز مزبور در ماده ۴ آیین‌نامه است. مطابق تبصره ۳ ماده ۱۰ آیین‌نامه، در صورتی که سرمایه‌گذار خارجی (پورترفولیو) اقدام به اخذ مجوز سرمایه‌گذاری موضوع قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی نماید، از حمایت آن قانون نیز بهره‌مند می‌گردد. نکته‌ای از این تبصره مستفاد می‌گردد، امکان اخذ هم‌زمان مجوز سرمایه‌گذاری پورترفولیو و سرمایه‌گذاری مستقیم در حقوق ایران است. در این صورت نیز این سرمایه‌گذار می‌تواند از امتیازات قانون مزبور بهره‌مند شود.

به‌عنوان جمع‌بندی می‌توان چنین اظهار نمود که اگر معاهدات سرمایه‌گذاری به‌صراحت سرمایه‌گذاری پورترفولیو را از دایره شمول آن معاهده خارج نکنند و همچنین مطابق توافق طرفین، گستره سرمایه‌های خارجی وسیع باشد، سرمایه‌گذاری پورترفولیو مشمول معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی خواهد بود.

۲.۱. مستثنی شدن سرمایه‌گذاری غیرمستقیم از دایره شمول برخی معاهدات

با توجه به ماهیت و همچنین روند کار سرمایه‌گذاری پورترفولیو، عدم ثبات و تفاسیر موسع ارائه‌شده از سوی محاکم و برخی نویسندگان درخصوص شمول معاهدات سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری به‌صراحت اقدام به استثنا نمودن این‌گونه سرمایه‌گذاری‌ها از دایره شمول خود کرده‌اند. یکی از این دسته معاهدات، چارچوب موافقت‌نامه همکاری سرمایه‌گذاری در حوزه آسه آن^۱ است که در ماده ۲ به‌صراحت

1. Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)

سرمایه‌گذاری پورترفولیو را از شمول معاهده خارج کرده است.^۱ به همین صورت معاهده سرمایه‌گذاری میان دولت‌های دانمارک و لهستان نیز سرمایه‌گذاری پورترفولیو را از حوزه شمول آن معاهده خارج کرده است.^۲ همچنین ماده ۴۵ معاهده تجارت آزاد میان دول عضو تجارت آزاد اروپایی^۳ با دولت مکزیک^۴ نیز سرمایه‌گذاری خارجی را جدای از سرمایه‌گذاری پورترفولیو دانسته و مقررات معاهده را صرفاً راجع به سرمایه‌گذاری مستقیم اعمال کرده است.

گاهی اوقات نیز سرمایه‌گذار پورترفولیو به صورت غیرمستقیم از دایره شمول معاهده سرمایه‌گذاری خارج می‌گردد. ماده ۲ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اسلواکی که در سال ۱۳۹۵ تصویب و لازم‌الاجرا گردید،^۵ به بیان دایره شمول و اعمال این معاهده سرمایه‌گذاری پرداخته است. بند ۶ این ماده چنین اشعار می‌دارد:

«۶- این موافقت‌نامه درمورد سرمایه‌گذاری‌هایی اعمال می‌شود که قبل یا بعد لازم‌الاجرا شدن این موافقت‌نامه، در صورتی که قوانین و مقررات آن مقرر کند، به تصویب مقام صلاحیت‌دار دولت میزبان برسد و انجام شود. درمورد جمهوری اسلامی ایران این موافقت‌نامه تنها درمورد سرمایه‌گذاری‌هایی اعمال می‌شود که به تصویب سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی فنی ایران یا سازمانی که جایگزین آن گردد، رسیده باشد.»

این بند یکی از شروط اعمال معاهده را درخصوص سرمایه‌گذاری‌های اتباع طرفین، اخذ مجوز سرمایه‌گذاری می‌داند. طبق این بند، عدم اخذ مجوز سرمایه‌گذاری از سوی مرجع صلاحیت‌دار، یعنی سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی فنی ایران، باعث عدم حمایت معاهده از فعالیت اقتصادی طرف خارجی می‌گردد. در این بند به صراحت سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی فنی ایران به عنوان مرجع صادرکننده مجوز ذکر شده است و از آنجایی که مجوز سرمایه‌گذاری پورترفولیو، طبق شرحی که در ادامه بیان خواهد شد، از سوی سازمان بورس

1. Peter T Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law, 1st edn, Oxford (United States) : Oxford University Press , 2008 , p 148.

2. UNCTAD, **International Investment Agreements: Key Issues**, Volume 1, New York and Geneva: United nations , 2004, p 122.

3. European Free Trade Association (EFTA)

4. Free Trade Agreement between the EFTA States and Mexico (2000).

5. Available at <<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/1004700>>

و اوراق بهادار صادر می‌گردد، لذا مشمول معاهده مزبور نمی‌شود و سرمایه‌گذاری پورتفولیو به نحو غیرمستقیم از حوزه اعمال آن خارج گردیده است.

ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، سرمایه‌گذاری و حمایت از آن را صرفاً در دو حالت مجاز شمرده است: حالت اول، سرمایه‌گذاری مستقیم و حالت دوم سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی شامل انواع روش‌های ساخت، بهره‌برداری و واگذاری^۱، بیع متقابل^۲ و مشارکت مدنی خارجی. طبق این ماده، اگر سرمایه‌آورده به کشور از سوی شخص خارجی در قالب دو حالت یادشده نباشد، سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شود و از حمایت قانونی مصرح در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی منتفع نخواهد شد. حسب اعلام صریح این ماده، سرمایه‌گذاری پورتفولیو از دایره شمول مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران خارج است.

۳. استانداردهای حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی

همان‌طور که حمایت از اموال اشخاص تبعه یک کشور در قوانین سرزمینی آن کشور و بعضاً اسناد بین‌المللی مورد حمایت قرار گرفته است، اموال سرمایه‌گذاران خارجی نیز از سوی کشورهای میزبان حمایت می‌شود. حمایت از اموال سرمایه‌گذاران خارجی در قوانین داخلی، معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و اسناد بین‌المللی بیان شده است. طی سال‌های قرن هجدهم میلادی تا اواسط قرن بیستم این گونه موافقت‌نامه‌ها رایج و مرسوم بوده است. ایالات متحده آمریکا از جمله نخستین کشورهایی است که اقدام به انعقاد موافقت‌نامه‌های دوجانبه در راستای حمایت و حفاظت از اموال سرمایه‌گذاران خارجی کرده است. معاهدات موسوم به (مودت، تجارت و حمل و نقل)^۳ از این دسته اقدامات است.^۴

عموماً معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری متضمن قواعد و مقررات عام درخصوص حمایت از اموال سرمایه‌گذار خارجی‌اند. برخی از این قواعد و مقررات ریشه در حقوق بین‌الملل دارد و برخی نیز حاصل توافقات طرفین است. در مرحله بعد باید به اصول عام حقوق بین‌الملل تمسک جست

1. Build, Operate, Transfer (BOT)

2. Buyback

3. Treaties of Friendship, Commerce and Navigation (FCN)

4. Kenneth J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", *UC Davis Journal of International Law & Policy* 12, 2005, pp 94-157.

که به صورت پیش‌فرض بر روابط سرمایه‌گذار و دولت میزبان حاکم‌اند. بعضاً قوانین داخلی کشورها نیز متضمن این‌گونه قواعد و مقررات حمایتی‌اند که در ادامه به بررسی آنها خواهیم پرداخت. در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی این مقررات حمایتی، استانداردهای حمایتی نامیده می‌شوند. این استانداردها ریشه در حقوق بین‌الملل دارند و از جمله اصول عام حقوق بین‌الملل شمرده می‌شوند. استانداردهای حمایتی از آن جهت که غالباً در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کشورهای مختلف قید می‌شوند، از ضمانت‌اجراهای کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات بین‌المللی سال ۱۹۶۹ بهره می‌برند.

به نظر برخی از نویسندگان، سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیازمند حمایتی کمتر نسبت به سرمایه‌گذاری مستقیم است، زیرا این نوع سرمایه‌گذاری ثبات کمتری دارد و نباید حمایت یکسانی در خصوص آنها اعمال شود.^۱ در ادامه به بررسی چهار مورد از استانداردهای حمایتی که اهمیت بیشتری نسبت به سایرین دارند و همچنین تطبیق آنها با سرمایه‌گذاری پورتفولیو می‌پردازیم.

۳.۱. حمایت و امنیت کامل

استاندارد حمایت و امنیت کامل به طور خلاصه عبارت است از حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در برابر انواع خشونت‌ها و آسیب‌های شدید مادی، از جمله تعریض به اموال مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی. اما معنا و مفهوم این استاندارد امروزه دچار تحول شده و فراتر از حفاظت فیزیکی سرمایه‌گذاری رفته است و در واقع حمایت‌های لازم از سرمایه‌گذار را در برابر نقض حقوق او به وسیله تصویب و اعمال قوانین و مقررات کشور تضمین می‌نماید.^۲ استاندارد حمایت و امنیت کامل در رویه دیوان‌های داور لزم حمایت فیزیکی دولت میزبان از اموال سرمایه‌گذار خارجی است که در قضایای *ELSI v. Italy*^۳ و *Wena hotels v. Egypt*^۴ به طور کامل تبیین و تشریح شده است. به طور خلاصه این استاندارد حمایتی دولت میزبان را ملزم به فراهم

1 Peter T, Muchlinski, *Cit*, p.40.

۲. دالزر، رودلف، کریستوفر شوئر، سید قاسم زمانی و به آذین حبیبی، *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، چاپ چهارم، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۸، ص ۲۴۳.

3. *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy) ICJ*

4. *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4*

نمودن موجبات حفاظت فیزیکی از اموال سرمایه‌گذار می‌نماید، که این موضوع کاملاً در سرمایه‌گذاری پورتفولیو سالبه به انتفای موضوع است، زیرا سرمایه‌گذاری پورتفولیو نمود بیرونی و ملموس ندارد و امری ناملموس است و این نوع سرمایه‌گذاری متشکل از ابنیه و ابزار آلات نبوده که دولت میزبان ملزم به حفاظت فیزیکی از آن باشد. با توجه به ماهیت استاندارد حمایت و امنیت کامل، و همچنین عدم وجود اموال عینی و فیزیکی در سرمایه‌گذاری پورتفولیو، لذا اعمال این استاندارد نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو با نظر به ماهیت این سرمایه‌گذاری، امکان‌پذیر نیست.

۳.۲. رفتار منصفانه و عادلانه

یکی از استانداردهای حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی که در حقوق سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و حقوق بین‌الملل به صورت یک قاعده عرفی پدیدار گشته است و امروزه تقریباً در تمامی معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری به آن اشاره می‌گردد، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه^۱ است. با اینکه امروزه استاندارد مورد بحث به عنوان جزء لاینفک معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و به عنوان یکی از اصول حاکم بر حقوق سرمایه‌گذاری خارجی مطرح می‌گردد. به عنوان نمونه، ۶۹ مورد از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کشور هند متضمن این استاندارد است.^۲ تاکنون تعریف مدون و جامعی در خصوص آن توسط مراجع بین‌المللی یا معاهدات سرمایه‌گذاری ارائه نشده است. همچنین محتوا و دامنه آن نیز براساس رویه دولت‌ها، عرف‌های موجود و ابزارهای سنتی تفسیر و مشخص می‌شود.^۳ همین موضوع باعث ایجاد یک دایره وسیع از مفهوم این استاندارد و به تبع آن استدلال‌های متفاوت دیوان‌های داوری در این خصوص گردیده است. با توجه به وسعت دایره شمول این استاندارد، نویسندگان و دیوان‌های داوری با اتکا بر اصول حکام بر این استاندارد، یعنی اصل حسن نیت، وفای به عهد به بررسی مصادیق و تطبیق اقدامات دولت میزبان با این استاندارد می‌پردازند. لزوم شفافیت اقدامات دولت و همچنین شفافیت قوانین و مقررات

1. Fair and Equitable Treatment (FET)

2. Vivienne Bath , Luke Nottage, *Cit*, p 200.

3. Schill, Stephan W., "Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law", in: Stephan W. Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp 151-182.

مربوط به سرمایه‌گذاری، رعایت انتظارات مشروع سرمایه‌گذار^۱، ایفای تعهدات قراردادی را از جمله مصادیق استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه می‌دانند.^۲

انتظارات مشروع نیز بر مبنای همین چارچوب حقوقی شکل می‌گیرد. به عبارت دیگر، انتظارات مشروع را می‌توان توقعات سرمایه‌گذار خارجی از قوانین و مقررات و رفتارهای دولت میزبان دانست که با اتکا به آنها اقدام به وارد نمودن سرمایه خود در کشور سرمایه‌پذیر می‌کند و انتظار آن می‌رود که این قواعد و مقررات به نحو ثابتی پابرجا بمانند.

منظور از شفافیت این است که نظام حقوقی دولت میزبان برای فعالیت سرمایه‌گذار بسیار شفاف و واضح باشد و هرگونه تصمیم‌گیری دولت که بر سرمایه‌گذار تاثیر بگذارد در چارچوب این نظام حقوقی و از آن نشئت گرفته باشد.^۳ لزوم ثبات و شفافیت نظام حقوقی کشور میزبان منحصر به سرمایه‌گذاری مستقیم نیست و سرمایه‌گذار خارجی نیز در این خصوص محق است. وضع قوانین و مقررات جدید از سوی دولت میزبان در هر نوع از سرمایه‌گذاری که باعث ایجاد محدودیت‌های جدید برای سرمایه‌گذار خارجی یا تغییر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری گردد، مخالف با استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، و از سوی سرمایه‌گذار در مراجع صالح قابل احقاق حق است.

با توجه به ماهیت و مصادیق استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، برخلاف استاندارد حمایت و امنیت کامل که مختص به سرمایه‌گذاری مستقیم است، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه اختصاصی به سرمایه‌گذاری مستقیم ندارد و قابل اعمال در سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز است.

۳.۳. رفتار ملی

اصل رفتار ملی^۴ به‌عنوان یکی از اصول مسلم حقوق بین‌الملل عمومی که مورد پذیرش تمامی نظام‌های حقوقی، محاکم و دیوان‌های داوری است نیز نوعی استاندارد حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌گردد. اصل رفتار ملی مشعر بر منع تبعیض میان اتباع کشور

1. Legal Expectations

۲. عسکری، پوریا، **حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی**، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴.

۳. دالزر، شروتر، زمانی و حسینی، منبع پیشین، ص ۲۲۰.

4. National Treatment (NT)

میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است. استاندارد رفتار ملی به‌طور کلی به این معناست که رفتار دولت میزبان با سرمایه‌گذاران خارجی نامطلوب‌تر از رفتار با سرمایه‌گذاران اتباع خود نباشد؛ بنابراین هدف از درج رفتار ملی در معاهدات سرمایه‌گذاری این است که دولت میزبان متعهد شود اقداماتی که در راستای اقتدارات حاکمیتی خود انجام می‌دهد، به صورتی نباشد که باعث تمایز میان سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاران ملی گردد و سعی بر این داشته باشد تا وضعیت سرمایه‌گذاران خارجی با سرمایه‌گذاران ملی در یک سطح باشد.^۱ در بررسی نقض یا عدم نقض این استاندارد، که مبتنی بر اصل عدم تبعیض است، باید وضعیت اتباع دولت میزبان و همچنین سرمایه‌گذاران خارجی در شرایط یکسان از نظر زمانی، مکانی و حوزه سرمایه‌گذاری مد نظر قرار گیرد. استاندارد رفتار ملی در سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز قابل اعمال است؛ با این توضیح که دولت میزبان در بازارهای اوراق بهادار نباید رفتاری تبعیض‌آمیز با سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی داشته باشد یا با اعطای تسهیلات به سرمایه‌گذاران داخلی و اعمال محدودیت نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی موجبات تبعیض را فراهم آورد. در همین راستا معاهده سرمایه‌گذاری میان ژاپن و مالزی اعمال این استاندارد را نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو استثنا نموده است.^۲

۳.۴. دول کامله الوداد

استاندارد دیگری که به بررسی آن می‌پردازیم، اصل رفتار دول کامله‌الوداد^۳ است. این اصل به‌عنوان یکی از اصول پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل است که در ادبیات حقوق سرمایه‌گذاری خارجی نیز وارد شده است طبق این استاندارد، دولت میزبان باید همان‌طور که با سرمایه‌گذاران دولت ثالث رفتار می‌کند با سرمایه‌گذاران خارجی طرف قرارداد خود رفتار نماید؛ چراکه این استاندارد به منظور مبارزه با تبعیض علیه سرمایه‌گذاری خارجی به کار می‌رود.^۴ در خصوص اعمال این استاندارد در سرمایه‌گذاری مستقیم هیچ بحث و شکی وجود ندارد؛ زیرا از طرفی این

۱. انصاری مهبیاری، علیرضا و لیلا رئیسی، «استانداردهای بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، سال ۲۵، شماره ۱۹، ۱۳۹۷.

2. OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: A Companion Volume to International Investment Perspectives*, Paris : OECD Publishing, 2008, p303.

3. Most Favoured Nations (MFN)

۴. انصاری مهبیاری، علیرضا و لیلا رئیسی، همان منبع.

استاندارد در رویه قضایی تثبیت شده است و از جهتی نیز با توجه به اینکه سرمایه‌گذاری‌های مستقیم متأثر از معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری‌اند و این معاهدات غالباً متضمن شرط کامله‌الوداد هستند، به‌صورت خودکار طبق مقررات ناظر بر معاهدات بر روابط میان طرفین حاکم می‌گردد. اما در سرمایه‌گذاری پورتفولیو شرایط متفاوت است. این شرط صرفاً در صورتی قابل‌اعمال است که معاهده منعقد از سوی دولت میزبان با کشور ثالث از موضوع یکسان یا دسته مشابهی با معاهده با کشور متعاقد برخوردار باشد.^۱ بنابراین اگر معاهده‌ای درخصوص سرمایه‌گذاری پورتفولیو منعقد و در آن شرط کامله‌الوداد درج شده باشد، لذا شرایط مساعدتر آن نسبت به معاهده دیگر نیز قابل‌تسری است. در سرمایه‌گذاری پورتفولیو غالباً معاهده‌ای میان دولت‌ها منعقد نمی‌شود که با درج شرط کامله‌الوداد، سایر معاهدات نیز تحت تأثیر قرار گیرند و از طرفی نیز اعمال شرایط مطلوب نسبت به سرمایه‌گذارانی که دولت متبوع آنها معاهده‌ای با کشور میزبان دارد، نسبت به اتباع کشورهایی که از چنین شرایطی بهره‌مند نیستند، باعث ایجاد تبعیض می‌گردد. فرض نماید اتباع کشور «الف» و «ب» در یک شرکت سهامی را خریداری نموده‌اند و کشور متبوع این دو سرمایه‌گذار خارجی معاهده‌ای با کشور میزبان منعقد نموده است که طی آن سرمایه‌گذاران خارجی از حقوق و امتیازات خاصی برخوردارند. حال تبعه کشور «ج» که در همان شرکت سرمایه‌گذاری کرده است و برخلاف دول متبوع سرمایه‌گذاران «الف» و «ب»، دولت متبوع وی معاهده سرمایه‌گذاری متضمن شرط رفتار کامله‌الوداد با دولت میزبان منعقد نکرده است از شرایط و تسهیلات خاص محروم می‌شود. این امر باعث تبعیض میان سهامداران یک شرکت واحد و همچنین ایجاد تشتت میان حقوق سهامداران می‌گردد که به نظر می‌رسد این استاندارد در سرمایه‌گذاری پورتفولیو قابل‌اعمال نخواهد بود.

بنا بر مطالبی که مشروح گردید، ملاحظه می‌شود، استانداردهای حمایتی مرسوم و مورد قبول در سرمایه‌گذاری مستقیم تا حدودی که مخالف با ذات سرمایه‌گذاری پورتفولیو نباشد، در این نوع از سرمایه‌گذاری قابل‌اعمال است. به بیان دیگر، استانداردهای حمایتی که مختص سرمایه‌گذاری مستقیم بوده و از این نوع سرمایه‌گذاری نشئت گرفته است، نظیر استاندارد حمایت و امنیت کامل، نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو قابل‌اعمال نیست. اما دسته دیگر از استانداردهای

1. Jola Gjuzi, *Stabilization Clauses in International Investment Law*, 1st ed, Gewerbestrasse (Switzerland) : Springer, 2018, p 365.

حمایتی که ریشه در حقوق بین‌الملل دارند و به‌عنوان یک استاندارد منحصر به حقوق سرمایه‌گذاری خارجی مطرح نمی‌شوند، نظیر اصل رفتار ملی و همچنین رفتار منصفانه و عادلانه، در سرمایه‌گذاری پورتفولیو مجری خواهند بود.

۴. حمایت از سرمایه‌گذاری پورتفولیو

نخستین موضوعی که درخصوص حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی مطرح می‌شود، این است که این حمایت‌ها اساساً نسبت به چه موضوعاتی حکومت می‌نماید؟ در یک تقسیم‌بندی کلی این حمایت‌ها را می‌توان نسبت به حقوق سرمایه‌گذاران پورتفولیو قابل‌اعمال دانست. حقوق سرمایه‌گذاران به حقوق مستقیم و غیرمستقیم تقسیم می‌شود. حقوق مستقیم آن دسته از حقوقی هستند که مربوط به سرمایه‌گذاران به‌عنوان سهامدار یک شرکت است که بیشتر این حقوق ذیل مباحث حقوق شرکت‌ها در قوانین داخلی مطرح شده است.^۱ مواردی نظیر حق رأی، حق انتخاب اعضای هیئت‌مدیره و بازرسان، اطلاع از عملکرد شرکت و مصادیقی از این قبیل از جمله حقوق مستقیم محسوب می‌شود. این دسته از حقوق خارج از موضوع بحث این نوشتار است. اما حقوق غیرمستقیم به آن دسته از حقوق اطلاق می‌شود که لازمهٔ انتفاع کامل و مناسب سرمایه‌گذار خارجی از سرمایه و عواید خود می‌باشند. حمایت از این نوع حقوق سرمایه‌گذاران (سهامداران) موضوع بحث اصلی این تحقیق است.

آنچه از مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری پورتفولیو در حقوق ایران مستفاد می‌شود، مؤید آن است که این مقررات شامل حمایت خاصی از سرمایه‌گذار خارجی نیستند. هرچند که سایر نظام‌های حقوقی نیز وضعیت مشابهی دارند. شاید مهم‌ترین علت این موضوع مربوط به ذات سرمایه‌گذاری پورتفولیو باشد. از آنجایی که بیشتر استانداردهای حمایتی از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی ناظر بر عین اموال و همچنین حقوق مالکانه سرمایه‌گذار خارجی است و این موضوع در سرمایه‌گذاری پورتفولیو نمود کمتری داشته، لذا حمایت از سرمایه‌گذار پورتفولیو دایره‌ای مضیق‌تر دارد. در سرمایه‌گذاری پورتفولیو همانند سرمایه‌گذاری مستقیم، امکان سلب مالکیت غیرمستقیم از سوی دولت میزبان وجود دارد. وضع مقررات برای ممنوعیت خروج اصل و عواید سرمایه، منع

1. David Gaukrodger, "Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice," *OECD Working Papers on International Investment* 2014/3, OECD Publishing, 2014, p13.

اتباع کشورهای خاص از انجام دادن معاملات یا خروج بلاذلیل سهام شرکتی از بورس، که اغلب سهامداران آن اشخاص خارجی هستند، می‌تواند مصادیق سلب مالکیت از سرمایه‌گذار پورترفولیو به‌شمار آید.

در حوزه سرمایه‌گذاری پورترفولیو، با توجه به اینکه این نوع از سرمایه‌گذاری قدمت کمتری نسبت به سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی دارد و از طرفی نیز بازیگران این عرصه نسبت به سرمایه‌گذاری مستقیم تعداد کمتری دارند و لذا اختلافات حادث نیز محدودتر است، در این حوزه از سرمایه‌گذاری، برخلاف سرمایه‌گذاری مستقیم، رویه قضایی بین‌المللی قابل توجهی وجود ندارد که این امر علاوه بر کمبود اختلافات، ناشی از عدم پذیرش دعوی این نوع سرمایه‌گذاری نزد مرکز ایکسید است. بیشتر اختلافات به موجب قوانین داخلی و نزد محاکم داخلی یا هیئت‌های عالی حل‌وفصل می‌شود. این فقدان رویه قضایی خود موجب عدم تکامل مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری پورترفولیو شده است. هرچند که این معضل با توجه به رویه قضایی و عرفی غنی در خصوص استانداردهای حمایتی در سرمایه‌گذاری مستقیم وجود ندارد.

همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، یکی از ریسک‌هایی که از سوی ICRG^۱ مورد تحلیل قرار می‌گیرد، ریسک‌های سیاسی است. یکی از ارکان ریسک‌های سیاسی، علاوه بر فساد اقتصادی و اداری و نظام تشریفات اداری (بروکراسی)، وضعیت حقوقی کشور میزبان است و حمایت از سرمایه‌گذار خارجی، بر اساس معیارهای یادشده سنجیده می‌شود.^۲ طبق معیارهای ارائه‌شده از سوی ICRG امتیازات یک سرمایه‌گذاری خارجی از سه جزء تشکیل می‌گردد: جزء اول عبارت است از میانگین دوام قراردادها و درصد سلب مالکیت، جزء دوم تأخیر در پرداخت از سوی کشور میزبان و جزء آخر نیز چگونگی انتقال سود به کشور متبوع سرمایه‌گذار است.^۳ یکی از نیازمندی‌های گسترش سرمایه‌گذاری پورترفولیو و جذب سرمایه خارجی، وجود بستری مناسب برای نقل و انتقال سریع سرمایه است. با این توضیح که فعالیت در بازارهای سرمایه‌ای، به علت نوسانات قیمت، وابسته به خرید و فروش سریع و مکرر سهام است. لازمه اصلی تحقق این امر عدم وجود محدودیت در نقل و انتقال وجوه است. این محدودیت گاه به صورتی است که

1. International Country Risk Guide.

2. Poshakwale, Sunil S. & Thapa, Chandra, "Investor protection and international equity portfolio investments," *Global Finance Journal*, Elsevier, vol. 22(2), 2011. pp 116-129& 120.

3. Poshakwale, Sunil S. & Thapa, Chandra, *Ibid*, P 121.

سرمایه‌گذار در بازه‌های زمانی مختلف صرفاً مجاز به خروج میزان مشخصی سرمایه است. نظیر آنچه که در ماده ۸ آیین‌نامه مقرر گردیده است.^۱ صورت دیگری از این محدودیت‌ها، محدودیت خروج وجوه با ارز واحد است. به عبارت دیگر سرمایه‌گذار خارجی در صورت فروش سهام خود صرفاً مجاز به انتقال آن مبلغ با واحد پولی رسمی کشور میزبان است. همین موضوع می‌تواند موجب کاهش تمایل سرمایه‌گذاران خارجی برای سرمایه‌گذاری گردد و همچنین به علت نوسانات قیمت ارز، سرمایه‌گذاران ممکن است متحمل ضرر شوند.

وجود یک سیستم حساسی مطمئن و شفاف و همچنین ارائه اطلاعات بازار می‌تواند ریسک سلب مالکیت از سرمایه‌گذار را کاهش دهد.^۲ به بیان دیگر، آگاهی سرمایه‌گذار خارجی از روند بازار در بازه‌های زمانی مشابه در گذشته، میزان حجم سرمایه‌وارده و خارج شده در چارچوب‌های زمانی^۳ مختلف، ارزش کلی بازار و بیشترین و کمترین تغییرات قیمت سهام‌ها می‌تواند یک دید کلی را به سرمایه‌گذار ارائه دهد که نتیجه این سیستم شفاف حمایت از سرمایه‌گذار و در نتیجه آن افزایش سرمایه‌گذاری خارجی است.

وجود نظام حقوقی کارآمد و متناسب یکی از موضوعاتی است که می‌تواند منجر به جذب سرمایه‌گذار خارجی گردد. حتی در این خصوص بیان شده است که هماهنگی نظام حقوقی کشور میزبان با نظام حقوقی کشور متبوع سرمایه‌گذار خارجی - از منظر سیستم کامن‌لا یا رومی ژرمنی - نیز در این افزایش جذب سرمایه‌گذاری خارجی مؤثر است.^۴ تقویت سیستم حقوقی و قضایی کشور سرمایه‌پذیر از دیگر راهکارهایی است که می‌تواند باعث حمایت از سرمایه‌گذار خارجی شود. حال سؤالی که در رابطه با تقویت سیستم قضایی مطرح می‌شود آن است که این تقویت به چه صورت می‌باشد؟ نخستین گام در این مسیر وضع قوانین جامع و به‌روز در راستای حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی است. این امر مستلزم شناختی دقیق از ماهیت سرمایه‌گذاری

۱. ماده ۸- سرمایه‌گذار خارجی راهبردی پس از خرید سهام نمی‌تواند تا دو سال بدون مجوز سازمان، اصل سهام خریداری‌شده را بفروشد. فروش این‌گونه سهام مستلزم رعایت مقررات معاملات عمده سهام در بورس یا بازار خارج از بورس است.

2. Maela Giofré, "Investor Protection and Foreign Stakeholders," *CESifo Working Paper Series 3102*, CESifo, 2010. p 14.

3. Time frame

4. *Ibid*, P 14.

پورتفولیو، مسائل مناقشه‌برانگیز و استفاده از تجربیات سایر کشورها در این خصوص است. وضع قوانین خود به دو طریق می‌تواند باعث حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی گردد: در وهله نخست با وضع قوانین حمایتی از سهامداران خارجی می‌توان موجبات حمایت از آنها را فراهم آورد. صورت دیگر نیز وضع قوانین حمایتی در خصوص شرکت‌های خارجی عرضه‌شده در بورس است.^۱

گام بعدی که مؤخر بر وضع قوانین و اهم از آن است، اجرای صحیح قوانین موضوعه به وسیله نظارت بر اجرای آن و همچنین تأسیس محاکم تخصصی و به‌کارگیری قضات متخصص در این حوزه است. نتیجه این سیستم قانون‌گذاری مناسب و به‌روز، ایجاد امنیت قضایی و در نتیجه حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها و افزایش سرمایه‌گذاری خارجی در کشور میزبان است.

با توجه به برخی از معایب رسیدگی به اختلافات از جانب محاکم قضایی، نظیر عدم رسیدگی تخصصی، طولانی بودن فرایند رسیدگی و هزینه‌دادرسی زیاد، صورت دیگری که می‌تواند موجب حمایت از سرمایه‌گذار خارجی گردد، پیش‌بینی رسیدگی این اختلافات از طریق داوری به واسطه درج شرط داوری در معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری است. نتیجه این پیش‌بینی علاوه بر رسیدگی از سوی داوران متخصص، تقویت رویه قضایی، تکامل حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو آرا داوران است.

حمایت از سرمایه‌گذاری پورتفولیو صرفاً در حوزه فعالیت‌های سرمایه‌گذار می‌پذیرد و همان‌طور که سابقاً اشاره شد، حوزه فعالیت سرمایه‌گذاری نیز خرید، تملک و فروش سهام و اوراق بهادار است. علاوه بر مواردی که ذیل مبحث استانداردهای حمایتی تشریح شد، علاوه بر شفافیت و رفتار ملی مصادیقی نظیر عدم تحدید خرید و فروش سهام از سوی سرمایه‌گذار خارجی در بازه زمانی طولانی (نسبت به سرمایه‌گذار غیر راهبردی)، عدم ایجاد محدودیت‌های ارزی جهت انتقال اصل یا عواید سرمایه به کشور مبدأ سرمایه‌گذار، می‌تواند از مصادیق حمایت از سرمایه‌گذار خارجی باشد.

1. *Ibid*, P 16.

۵. سرمایه‌گذاری پورتفولیو در نظام حقوقی ایران

همان‌طور که سابقاً تشریح گردید سرمایه‌گذاری پورتفولیو ماهیت متفاوت از سرمایه‌گذاری مستقیم دارد و سامان‌دهی این ماهیت منحصر به فرد مستلزم وضع قوانین مخصوص است و تعمیم قوانین و قواعد جاری در حوزه سرمایه‌گذاری مستقیم نسبت به این نوع از سرمایه‌گذاری پاسخگوی نیازها و روابط موجود در سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیست. در نظام حقوقی ایران، سرمایه‌گذاری مستقیم مشمول قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین معاهدات دو یا چندجانبه خارجی سرمایه‌گذاری است. اما نظام حاکم بر سرمایه‌گذاری پورتفولیو در ایران نظامی خاص و متفاوت است. این نوع سرمایه‌گذاری در ایران مشمول مقررات آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس (که زین پس به اختصار آیین‌نامه نامیده می‌شود) است. آیین‌نامه مزبور در راستای بند ۳ ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران از سوی هیئت وزیران در سال ۱۳۸۹ تنظیم و تصویب گردید. دستورالعمل اجرایی این آیین‌نامه نیز به موجب ماده ۱۳ آیین‌نامه به تصویب رسیده است. آیین‌نامه متضمن تعاریف، محدودیت‌های سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار خارجی و همچنین تسهیلات اعطایی به سرمایه‌گذار خارجی است که در ادامه به بررسی برخی از آنها می‌پردازیم.

۵.۱. قانون بازار بورس و اوراق بهادار

قانون بازار بورس و اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. این قانون در ۶۰ ماده به بیان تعاریف و اصطلاحات مربوط، مقررات بازارهای اولیه و ثانویه، جرائم و مجازات‌ها، تشکیلات سازمان بورس و اوراق بهادار و نحوه حل و فصل اختلافات پرداخته است. قانون یادشده درخصوص حمایت از سرمایه‌گذاران پورتفولیو مقرره خاص و واضحی ندارد. ماده ۲ این قانون هدف از تشکیل شورای عالی بورس و سازمان بورس و اوراق بهادار را حمایت از سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی بیان می‌کند.^۱ همچنین بند ۱۱ ماده ۷ قانون نیز یکی از وظایف هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار را اتخاذ تصمیماتی در راستای

۱. در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران و با هدف سامان‌دهی، حفظ و توسعه بازار شفاف، منصفانه و کارای اوراق بهادار و به منظور نظارت بر حسن اجرای این قانون، شورا و سازمان با ترکیب، وظایف و اختیارات مندرج در این قانون تشکیل می‌شود.

حمایت از سرمایه‌گذاران می‌داند. متأسفانه قانون در خصوص حمایت از سرمایه‌گذاران چه داخلی و یا خارجی مسکوت است و مقرره‌ای در این خصوص تنظیم نکرده است.

۵.۲. آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس

همان‌طور که از عنوان آیین‌نامه و حوزه اعمال آن مستفاد می‌گردد، موضوع اصلی این آیین‌نامه سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی در بورس اوراق بهادار است و در این خصوص تعریف و تشخیص اشخاص خارجی از اهمیت بسزایی برخوردار است. بند ۶ ماده ۱ آیین‌نامه، شخص خارجی را به سه صورت تعریف کرده است: اشخاصی که تابعیت ایرانی نداشته باشند و اشخاص حقوقی که در کشوری غیر از ایران به ثبت رسیده باشند با توجه به ملاک تابعیت، خارجی محسوب می‌شوند. شق سومی که در خصوص اشخاص خارجی از سوی آیین‌نامه ارائه شده، از ملاک تابعیت شخص (حقیقی و حقوقی) عدول کرده و به اعمال ملاک تابعیت سهامداران پرداخته است. طبق این بند، اشخاص حقوقی ثبت شده در ایران که مجموع سهام اشخاص موضوع قسمت‌های (الف) و (ب) در سرمایه آن بیش از پنجاه درصد باشد، نیز خارجی محسوب می‌شوند. آنچه که باید مورد توجه قرار گیرد آن است که صرف خارجی بودن خریدار یا فروشنده سهام واجد اهمیت نیست و هنگامی که شخص خارجی سرمایه‌گذار خارجی تلقی گردد، مقررات آیین‌نامه مشمول وی خواهد شد. حسب بند ۹ ماده ۱ آیین‌نامه، شخص خارجی که مجوز معامله را از سوی سازمان بورس و اوراق بهادار اخذ نماید، به‌عنوان سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌گردد. طبق بند ۸ ماده ۱ آیین‌نامه، مجوز معامله عبارت است از مجوزی که براساس این آیین‌نامه به منظور خرید، فروش یا خرید و فروش اوراق بهادار در هر بورس یا بازار خارج از بورس از سوی سازمان به متقاضی اعطا می‌شود. به عبارت دیگر، مجوز معامله همان مجوز سرمایه‌گذاری پورتفولیو است که به اشخاص خارجی برای حضور و فعالیت در بازار اوراق بهادار اعطا می‌شود. هنگامی که سخن از سرمایه‌گذار خارجی به میان می‌آید، مراد از آن شخص خارجی است که مجوز معامله را دریافت کرده است و موضوع حقوق و تکالیف آیین‌نامه قرار می‌گیرد.

بند ۱۰ ماده ۱ آیین‌نامه نوعی دیگر از سرمایه‌گذاران خارجی را تعریف می‌کند. سرمایه‌گذار خارجی راهبردی عبارت است از سرمایه‌گذار خارجی که قصد تملک بیش از ۱۰ درصد سهام یک شرکت پذیرفته‌شده در بورس یا بازار خارج از بورس را دارد، یا پس از تملک سهام یک شرکت

پذیرفته شده در بورس یا بازار خارج از بورس یک کرسی هیئت‌مدیره آن شرکت را در اختیار بگیرد. طبق این بند اگر سرمایه‌گذار خارجی بیش از ۱۰ درصد از سهام یک شرکت پذیرفته‌شده در بورس را تملک نماید یا پس از خرید سهام یک کرسی در هیئت‌مدیره آن شرکت به وی تعلق گیرد، سرمایه‌گذار خارجی راهبردی محسوب می‌گردد.

آیین‌نامه درخصوص سرمایه‌گذاران غیرراهبردی محدودیت‌هایی اعمال کرده است. این محدودیت‌ها از دو جنبه قابل‌بررسی است: جنبه اول محدودیت‌های مربوط به کمیت سرمایه‌گذاری است. به عبارت دیگر آیین‌نامه برای جلوگیری از تسلط بیش از حد سرمایه‌گذاران خارجی بر بازار اوراق بهادار و همچنین تحت‌الشعاع قرار گرفتن مدیریت شرکت‌های داخلی به واسطه سرمایه‌گذاران خارجی، در ماده ۷ اقدام به وضع مقرراتی محدودکننده کرده است. ماده ۷ ابتدا به محدودیت بازار اوراق بهادار درخصوص میزان تملک سرمایه‌گذاران خارجی اشاره می‌کند. طبق بند اول ماده ۷ مجموع سهام تملک‌شده از سوی سرمایه‌گذاران خارجی نباید بیش از ۲۰ درصد از مجموع تمامی سهام‌های موجود در بازار باشد؛ به عبارت دیگر اگر مجموع سهام پذیرفته‌شده در بورس یک‌میلیون واحد باشد، سرمایه‌گذاران خارجی مجموعاً مجاز به تملک دویست‌هزار سهام می‌باشند و مازاد بر آن فاقد وجاهت قانونی است. محدودیت دیگری که در این ماده مقرر گردیده است، مربوط به سقف تملک سهام شرکت‌های داخلی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی است که از مجموع سهام یک شرکت صرفاً ۲۰ درصد از آن می‌تواند در اختیار سرمایه‌گذاران خارجی قرار گیرد، بند دوم ماده ۷ نیز ناظر بر محدودیت دیگری است که این محدودیت مرتبط به سرمایه‌گذاران خارجی است که به موجب آن هر سرمایه‌گذار خارجی صرفاً می‌تواند در هر شرکت به میزان ۱۰ درصد از سهام آن را خریداری نماید. طبق تبصره ۲ این ماده، در صورتی که نصاب مذکور از سوی سرمایه‌گذار غیر راهبردی نقض گردد، آن سرمایه‌گذار به سرمایه‌گذار راهبردی تبدیل می‌شود.

درخصوص سرمایه‌گذار راهبردی نیز ماده ۸ آیین‌نامه محدودیتی مقرر داشته است. طبق این ماده، سرمایه‌گذار راهبردی تا دو سال پس از خرید سهام، بدون مجوز سازمان حق فروش اصل سهام خریداری‌شده را ندارد. محدودیتی که توسط ماده ۸ مقرر گردیده است مخالف با حقوق مالکانه سهامدار و همچنین ماهیت سرمایه‌گذاری پورتفولیو است. از آنجایی که ذات این‌گونه

سرمایه‌گذاری‌ها ایجاد می‌نماید با نوسانات قیمت، سهامدار اقدام به خرید و فروش‌های متعدد و متوالی نماید، لذا محدودیت دوساله و اخذ مجوز فروش از سوی سازمان خود یک مانع عظیم برای توسعه سرمایه‌گذاری پورتفولیو محسوب می‌گردد. به منظور حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و همچنین حفظ نظم حاکم بر بازار و مدیریت سهام شرکت‌ها، این مقررہ نیازمند اصلاح است. به نظر می‌رسد کاهش مدت دوساله و همچنین اعطای آزادی بدون محدودیت زمانی جهت خرید و فروش سهام نسبت به مقداری از سرمایه (مثلاً ۵۰ درصد) می‌تواند از طرفی موجبات حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را همسو با فعالیت‌های مرسوم در این نوع بازارها فراهم آورد و هم موجب حفظ حقوق سهامداران دیگر شود.

ماده ۲ آیین‌نامه، میان سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی تفاوتی قائل نشده است و مقررات یکسانی را نسبت به هر دو سرمایه‌گذار داخلی و خارجی قابل اعمال می‌داند. قسمت اخیر ماده ۲ این چنین اشعار می‌دارد: «سایر مقررات حاکم بر معامله و فعالیت اشخاص خارجی در بورس یا بازار خارج از بورس، همان مقررات حاکم بر اشخاص ایرانی خواهد بود.» طبق این ماده، اگر حمایتی از سرمایه‌گذار داخلی در آیین‌نامه مطرح شده باشد نسبت به سرمایه‌گذار خارجی نیز اعمال می‌گردد.

ماده ۱۰ آیین‌نامه مقرراتی را که به زعم آیین‌نامه حمایتی محسوب می‌گردد، تنظیم نموده است. صدر ماده یادشده افتتاح حساب ریالی و ارزی جهت نقل و انتقال وجوه و همچنین تبدیل ارز به ریال و بالعکس را برای سرمایه‌گذاران مجاز اعلام نموده است. اذن به افتتاح حساب و تسهیل ورود و خروج جریان سرمایه جزء مقدمات ضروری سرمایه‌گذاری پورتفولیو است و نمی‌توان از آن به‌عنوان حمایت از سرمایه‌گذار پورتفولیو یاد کرد. به عبارت دیگر، سرمایه‌گذاری پورتفولیو بدون اینگونه تسهیلات عملاً امکان‌پذیر نیست و این موارد از توابع سرمایه‌گذاری است.

در قسمت دیگری از ماده ۱۰، مقررات راجع به انتقال اصل سرمایه، عایدات سرمایه‌ای و سودهای نقدی دریافتی توسط اشخاص دارای مجوز معامله، به خارج از ایران بیان شده است. طبق این ماده، بانک مرکزی مکلف شده است در صورت تک‌نرخ بودن ارز به نرخ رایج در شبکه رسمی کشور و در غیر این صورت به نرخ بازار آزاد، در اختیار سرمایه‌گذار خارجی یا سرمایه‌گذار ایرانی دارای مجوز قرار دهد. در شرایط خاص به تشخیص بانک مرکزی جمهوری

اسلامی ایران مبلغ یادشده طی یک سال و به فاصله چهار ماه و در اقساط برابر قابل پرداخت است. مهم‌ترین مقررۀ این ماده تبصرۀ دو آن است که اشعار می‌دارد: «هرگونه ممنوعیت انتقال ارز از کشور که در مقررات وضع شده یا می‌شود، شامل وجوه قابل انتقال نمی‌گردد.» در شرایطی نظیر وضعیت امروز ارز در کشور که به خاطر تحریم‌های اقتصادی منابع ارزی داخلی با محدودیت مواجه است و از طرفی نیز سیاست‌های انقباضی بانک مرکزی درخصوص خروج ارز حاکم است، این تبصره به‌عنوان یک نهاد حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌شود.

تبصره ۳ ماده ۱۰، مقرر می‌نماید: در صورتی که سرمایه‌گذار خارجی یا سرمایه‌گذار داخلی یا منشأ خارجی مجوز سرمایه‌گذاری خارجی موضوع قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی را دریافت نموده باشد، علاوه بر تسهیلات موضوع این ماده، از مزایا و تسهیلات پیش‌بینی شده در قانون یادشده از جمله تسهیلات پیش‌بینی شده برای نقل و انتقال سرمایه خود به داخل یا خارج از ایران نیز برخوردار است. تسهیلاتی که در قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و آیین‌نامه آن ذکر شده است، عبارت‌اند از اصل رفتار ملی و منع سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری خارجی. درخصوص خروج سرمایه و انتقال آن، مقرره‌ای که صیغه حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی داشته باشد، می‌توان به بند(ج) ماده ۱۷ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی اشاره کرد که به سرمایه‌گذار خارجی مجوز صادرات کالاهای خاصی را تا میزان مبلغ مورد انتقال اعطا می‌نماید. اما سایر حمایت‌های موجود در قانون و آیین‌نامه اشاره شده، راجع به سرمایه‌گذاری‌های بند (ب) ماده ۳ قانون^۱ است که با توجه به تفاوت موضوعی آنها، نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو قابل اعمال نیست. علت این امر نیز آن است که در موارد مطروحه در بند یادشده منتهی به یک کالای مادی یا خدمت می‌گردند و امکان بهره‌مندی از موضوع سرمایه‌گذاری ممکن است. اما در سرمایه‌گذاری پورتفولیو چنین ویژگی‌ای موجود نیست.

۱. ب- سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخش‌ها در چارچوب روش‌های مشارکت مدنی، بیع متقابل و ساخت، بهره‌برداری و واگذاری که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت یا بانک‌ها و یا شرکت‌های دولتی نباشد.

۵.۳. دستورالعمل اجرایی آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج

از بورس

دستورالعمل مورد بحث نیز همانند سایر دستورالعمل‌های موجود، ناظر بر نحوه اجرای آیین‌نامه و قانون است و متضمن مقررات ماهوی نیست. اما تبصره ماده ۸ دستورالعمل، علاوه بر تعمیم مقررات آیین‌نامه نسبت به سایر اوراق بهادار نظیر اوراق مشارکت، اوراق صکوک^۱، گواهی سپرده بانکی و واحدهای سرمایه‌گذاری صندوق‌ها، مقررات ماده ۱۰ آیین‌نامه را نیز در صورت اخذ مجوز ماده ۴ آیین‌نامه، در خصوص آنها مجری دانسته است. تبصره ماده ۸ این چنین اشعار می‌دارد:

«سازمان موظف است به تقاضای شخص خارجی یا شخص ایرانی دارای سرمایه با منشأ خارجی برای سرمایه‌گذاری در سایر اوراق بهادار موضوع این ماده، مجوز معامله صادر نماید. اشخاصی که به این منظور، مجوز معامله دریافت می‌کنند، مشمول تسهیلات پیش‌بینی شده در ماده ۱۰ آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی برای افتتاح حساب بانکی، نقل و انتقال ارز به داخل و خارج از ایران، تبدیل ارز به ریال و بالعکس و سایر عملیات بانکی می‌گردند.»

در خصوص ماده ۱۰ آیین‌نامه سابقاً شرح مختصری را ارائه نمودیم و از بیان مجدد خودداری می‌کنیم. تبصره ماده ۸ دستورالعمل مقرر حمایتی جدیدی را مطرح نمی‌کند و صرفاً دایره شمول مقررات حمایتی ماده ۱۰ آیین‌نامه را به سایر روش‌های سرمایه‌گذاری پورترفولیو غیر از سرمایه‌گذاری در بازار بورس و اوراق بهادار، توسعه داده است.

۱. صکوک به‌طور معمول به‌عنوان (اوراق قرضه اسلامی) یا همان ابزارهای مالی اسلامی تعریف می‌شود. صکوک اوراق بهاداری است که براساس یکی از معاملات مشروع طراحی شده است و نوعی ابزار مالی با پشتوانه ترازنامه و دارایی‌های فیزیکی است (عسگری، محمدرضا و فاطمه فرجی، «صکوک، ابزار مالی اسلامی جایگزین اوراق قرضه»، مطالعات مدیریت و حسابداری، بهار ۱۳۹۷، دوره چهارم، شماره ۱، ص ۷۹).

نتیجه‌گیری

حمایت از سرمایه‌گذار خارجی ریشه در حقوق بین‌الملل دارد. عرف متداول میان دولت‌ها و همچنین رویه قضایی دیوان‌های داوری در تکامل این استانداردها نقش مؤثری داشته است؛ به طوری که امروزه استانداردهای حمایتی یکی از موضوعاتی است که در بیشتر قریب به اتفاق معاهدات سرمایه‌گذاری قید می‌گردد. از آنجایی که حقوق سرمایه‌گذاری خارجی نیز مشتق از حقوق بین‌الملل است، لذا استانداردها با سرمایه‌گذاری خارجی همخوانی دارند و متناسب با مقتضیات و ویژگی‌های آن تکامل یافته‌اند. اما سرمایه‌گذاری پورتفولیو، بنا بر ماهیت متفاوت خود، نیازمند استانداردهای حمایتی ویژه است. موانع راجع به نقل و انتقال وجوه حاصله از فروش سهام و عواید آن به کشور سرمایه‌گذار می‌تواند به عنوان یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش‌روی سرمایه‌گذاران پورتفولیو محسوب گردد؛ نظیر محدودیت‌های اعمالی از سوی بانک مرکزی برای جلوگیری از خروج ارز. یکی دیگر از مشکلاتی که سرمایه‌گذاران خارجی در حوزه‌های مربوط به سرمایه‌گذاری پورتفولیو با آن مواجه‌اند، دخالت‌های دولت در بازار به وسیله اتخاذ تصمیم‌های دستوری یا ایجاد مانع در عرضه برخی از سهام است که می‌تواند اموال و عواید سرمایه‌گذاران را تحت تأثیر قرار دهد. عدم دسترسی سرمایه‌گذاران به اطلاعات بازار و عدم وجود شفافیت نیز از دیگر موضوعاتی است که باید مورد حمایت قرار گیرد.

برخی از استانداردهای حمایتی که در سرمایه‌گذاری مستقیم مطرح می‌شود، نظیر حمایت و امنیت کامل، دول کامله‌الوداد، در این‌گونه سرمایه‌گذاری‌ها قابل اعمال نیست و از طرفی برخی دیگر از استانداردها نظیر رفتار منصفانه و عادلانه و رفتار ملی درخصوص سرمایه‌گذاری پورتفولیو قابل اعمال است. حمایت از سرمایه‌گذاری پورتفولیو باید متناسب با ذات فعالیت‌های این سرمایه‌گذاری و همسو با لوازم آن باشد و اعمال برخی از استانداردهای موجود در سرمایه‌گذاری مستقیم، معارض با نحوه فعالیت سرمایه‌گذاری پورتفولیو است.

در نظام حقوقی ایران، حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در ذیل ماده ۱۰ آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس مقرر شده است که شامل مواردی نظیر امکان افتتاح حساب ریالی و ارزی برای سرمایه‌گذار خارجی و همچنین تبدیل ارز خارجی به ریال و بالعکس را برای وی فراهم می‌سازد. تبصره ۳ ماده مزبور را شاید بتوان به عنوان مهم‌ترین عنصر حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی در نظام حقوقی ایران دانست که به موجب آن محدودیت‌های

خروج ارز از کشور درخصوص سرمایه‌گذاران خارجی اعمال نمی‌شود. محدودیت راجع به منع انتقال اصل و سود سرمایه در بازه زمانی دوساله، فقدان وجود محاکم تخصصی برای رسیدگی به اختلافات، عدم شفافیت کافی و دسترسی به اطلاعات بازار از جمله این نواقص است که باید برای حمایت سرمایه‌گذاران، مرتفع گردد.

در حال حاضر با توجه به عدم وجود اسناد لازم‌الاجرا یا ارشادی نظیر کنوانسیون و یا دستورالعمل‌ها و همچنین فقدان عرف و رویه قضایی درخصوص حمایت از سرمایه‌گذاری پورترفولیو، ملاحظه شد که در این خصوص استانداردهای مشخص و معینی لازم است که این موارد در این حوزه وجود ندارد و حمایت از سرمایه‌گذاری پورترفولیو تاکنون تشکیل نگردیده است. با توجه به سه فعالیت اصلی سرمایه‌گذاری پورترفولیو، مواردی نظیر عدم ممنوعیت خروج اصل و عواید سرمایه به صورت ارز خارجی و همچنین عدم ایجاد مواعد زمانی برای خروج سرمایه و سود برای سرمایه‌گذار خارجی، امکان دسترسی سرمایه‌گذار به اطلاعات راجع به بازار و همچنین به‌روزرسانی قوانین و سیستم قضایی و به بیان دیگر ایجاد حمایت و امنیت قضایی می‌تواند موجبات حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را فراهم آورد. تصریح به شمول سرمایه‌گذاری پورترفولیو به‌عنوان یکی از مصادیق سرمایه‌گذاری خارجی در معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری و ارجاع اختلافات این نوع سرمایه‌گذاری به داوری نیز از پیشنهادهای این نوشتار است که از طرفی موجب تقویت رویه قضایی در این خصوص و همچنین تکامل حمایت از سرمایه‌گذاران پورترفولیو می‌گردد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. دالزر، رودلف، کریستوفر شروتر، سید قاسم، زمانی و به آذین حسینی، **اصول حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری**، چ ۴، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۹۸.
۲. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین الملل**، چ ۱۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸.
۳. عسکری، پوریا، **حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی**، چ ۳، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۹۴.
۴. کاتوزیان، ناصر، **اموال و مالکیت**، چ ۴۹، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶.

مقاله

۵. انصاری مهباری، علیرضا و لیلا رئیسی، «استانداردهای بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، سال بیست و پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۷، صص ۴۷ - ۸۸.
۶. نیکبخت، حمیدرضا و فرهاد پیری، «سرمایه‌گذاری خارجی در سید اوراق بهادار (پورتفولیو): رویکرد دیوان‌های داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری»، *نشریه بورس و اوراق بهادار*، دوره دهم، شماره ۳۹، ۱۳۹۶، صص ۱۲۵ - ۱۶۰.
۷. عسگری، محمدرضا و فاطمه فرجی، «صکوک، ابزار مالی اسلامی جایگزین اوراق قرضه»، *مطالعات مدیریت و حسابداری*، بهار ۱۳۹۷، دوره چهارم، شماره ۱، صص ۷۸ - ۸۹.

ب) منابع انگلیسی

Books

8. Bath, V., & Nottage, L (Eds.). **Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia**, (1st ed.). Routledge, 2011.
9. Jola Gjuzi, **Stabilization Clauses in International Investment Law**, 1st ed, Gewerbestrasse (Switzerland) : Springer, 2018.

10. OECD, **International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: A Companion Volume to International Investment Perspectives**, Paris: OECD Publishing, 2008.
11. Peter T Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, 1st edn, Oxford (United States): Oxford University Press , 2008.
12. Sauvant, Karl P., and Lisa E. Sachs, **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**, 1st ed, New York: Oxford Academic, 2009.
13. Subedi, Surya P, **International Investment Law: Reconciling Policy and Principle**, 1st ed, United states: Hart Publishing, 2008.
14. Sornarajah, M, **The International Law on Foreign Investment**, 3rd ed, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
15. UNCTAD, **International Investment Agreements: Key Issues**, Volume 1, New York and Geneva: United nations , 2004.

Articles

16. David Gaukrodger, "Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice", *OECD Working Papers on International Investment* 2014/3, OECD Publishing, 2014, pp. 3-75
17. Hoti, Suhejla, "*The International Country Risk Guide: An Empirical Evaluation*". 2003, pp. 539-588.
18. Kenneth J. Vandevelde, "*A Brief History of International Investment Agreements*", *UC Davis Journal of International Law & Policy* 12, 2005, pp. 157-94.
19. Llewellyn D. Howell, "International Country Risk Guide Methodology", PRS group.
20. Maela Giofré, "Investor Protection and Foreign Stakeholders", CESifo Working Paper Series 3102, CESifo, 2010, pp. 1-42.
21. Poshakwale, Sunil S. & Thapa, Chandra. "Investor protection and international equity portfolio investments", *Global Finance Journal*, Elsevier, vol. 22(2), , 2011, pp. 116-129.
22. Schill, Stephan W. "Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law", in: *Stephan W. Schill (ed), International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 151-182.

23. Thapa, Chandra and Poshakwale, Sunil S. "Investor protection and foreign equity portfolio investments", *Global Finance Journal*, 22 (2). 2011, pp. 116-129.
24. Karius, Tim, "Intellectual property and intangible assets: Alternative valuation and financing approaches for the knowledge economy in Luxembourg," *European Institute for Knowledge & Value Management (EIKV)*, Luxembourg, volume 3, number 3, 2016, pp. 1-92.

The Possibility of Applying Protecting Standards in Portfolio Investments

Mehrab DARABPOUR (Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Seyed Mohammad Mahdi MOUSAVI ABDOL ABADI (PhD Student in Oil and Gas Law, Shahid Beheshti University)

Abstract

Protection of foreign investment is a useful instrument for foreign investors and host states. Strong protection for foreign investor attracts more investors and causes economic growth and development of host state and foreign investor gains more profit by increasing his capital. Foreign investment protection standards are considered as a requirement for the foreign investor to claim compensation in case of violation by the host state. In portfolio investment, according to the differences between this type of investment and foreign direct investment, special protections are required because a collection of protective standards applying in direct investment including full protection and security standard are not applicable in portfolio investment due to its specific characteristics. Therefore, it is necessary to apply standards which are useful and efficient. Some of these specific standards are mentioned in this Article. In Iran's legal system, the Executive Directive of Foreign Investment in Stock Exchange and OTCs addresses the protection of portfolio investor in brief, which does not provide sufficient protection for foreign investor.

Keywords:

Foreign Investment, Portfolio Investment, Protection of Foreign Investment, Protective Standards, Securities

تحلیل حقوقی موانع موجود در قوانین صادرات و واردات ایران جهت عضویت دائم در سازمان تجارت جهانی

(مقاله علمی-پژوهشی)

سیدباقر میرعباسی *

سید طه موسوی میرکالائی **

محمد صادقی ***

ایمان پاک سیما ****

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۱

چکیده

سازمان تجارت جهانی اصلی‌ترین سازمان در راستای جهانی کردن اقتصاد و تجارت است. این سازمان با استفاده از ابزارهایی که در اختیار دارد کشورهای جهان را به سمت سیاست‌های خود سوق می‌دهد. یکی از چالش‌های موجود برای عضویت دائم کشورها در سازمان تجارت جهانی، عدم انطباق قوانین داخلی مرتبط با صادرات و واردات با مصوبات سازمان تجارت جهانی است. در پژوهش حاضر با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی، ضمن تجزیه و تحلیل مسائل و ابعد مختلف موضوع مورد نظر از طریق سؤالات در نظر گرفته شده و نسبت به تحلیل اطلاعات گردآوری شده از طریق مطالعات کتابخانه‌ای و اسنادی اقدام شده است. سؤال اصلی در این پژوهش عبارت است از: موانع موجود در قوانین صادرات و واردات ایران برای عضویت دائم در سازمان تجارت جهانی از منظر حقوقی کدام‌اند؟ یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که: با توجه به اینکه کشورمان ایران عضو ناظر این سازمان است. مسئله عضویت کامل ایران در این سازمان از جمله مسائلی است که طی سال‌های اخیر مطرح بوده و مطالعاتی درباره آن صورت گرفته است، در همین راستا لازم است قوانین کشورمان در زمینه صادرات و واردات با مصوبات این سازمان، مطابقت پیدا کند. این بررسی این امکان را فراهم می‌سازد تا با بررسی روش‌های از میان برداشتن این موارد، بهترین و مفیدترین روش‌ها به خدمت گرفته شود.

کلیدواژگان:

سازمان تجارت جهانی (W.T.O)، عضویت، موافقت‌نامه، موانع، قوانین صادرات و واردات.

* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
seyedbaghermirabassi@gmail.com

** استادیار، مؤسسه آموزش عالی ارشاد دماوند، تهران، ایران
s.mousavimirkalayee@mail.sbu.ac.ir

*** استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه هرمزگان، بندرعباس، ایران
mrs4272@yahoo.com

**** دانشجوی دکتری تخصصی حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قشم، قشم، ایران
kartana33@gmail.com



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت گات^۱ ۱۹۴۷ که تنها یادگار طرح پرافت‌وخیز تشکیل سازمان بین‌المللی تجارت است، با اهدافی چون ارتقا سطح زندگی مردم کشورهای عضو، فراهم آوردن امکانات اشتغال کامل، افزایش درآمدهای واقعی و سطح تقاضا، بهره‌برداری مؤثر از منابع جهانی و گسترش تولید و تجارت بین‌المللی، نزدیک به پنجاه سال عمر خود، دستاوردهای قابل توجهی در زمینه آزادسازی تجاری، کاهش تعرفه‌های گمرکی و تنظیم روابط تجاری براساس مقررات حقوقی به دست آورد.^۲

در طول عمر گات، هشت نوبت مذاکرات صورت گرفت که در دور هشتم که به دور طلایی اروگوئه معروف است و بیش از هشت سال (۱۹۸۶-۱۹۹۴) به طول انجامید، تحولات اساسی در تنظیم روابط تجاری بین‌المللی ایجاد شد و نهایتاً منجر به تشکیل سازمان جهانی تجارت گردید. تشکیل سازمان جهانی تجارت^۳ در سال ۱۹۹۵ یکی از اتفاقات مهم تجاری و اقتصادی اواخر قرن بیستم بود. الحاق به این سازمان، متعهد شدن به یک‌سری مقررات و اصولی است که در موافقت‌نامه‌های سازمان منعکس است. در موضوعات مرتبط با تجارت جهانی، سازمان جهانی تجارت و موافقت‌نامه‌های آن، نقشی شبیه به قانون اساسی در نظام‌های ملی را ایفا می‌کند. بدین معنی که همانند مجالس قانون‌گذاری که حق ندارند با وضع قوانین عادی اصول مطرح‌شده در قانون اساسی خود را نقض کنند، سیاست و تدابیر اقتصادی و تجاری یک کشور نباید در تعارض با اصول، تعهدات و مقررات سازمان جهانی تجارت باشد. بنابراین نقش سازمان جهانی تجارت ایجاد ثبات در مقررات و اصول تجارت خارجی کشورهای عضو است تا کشورها نتوانند برای نیل به اهداف کوتاه‌مدت و زودگذر خود سیاست‌هایی اتخاذ نمایند که موجب بحران اقتصادی در سطح بین‌المللی شود. سازمان جهانی تجارت مکانیزمی است که به کشورها امکان می‌دهد تا

1. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

۲. امیدبخش، اسفندیار، **سازمان جهانی تجارت: ساختار، قواعد و موافقت‌نامه‌ها (مجموعه آموزشی)**، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۵.

3. World Trade Organization WTO

ضمن پایه‌گذاری سیاست‌های اقتصادی و تجاری خود بر اساس اصول و مقررات حقوقی، به این سازمان بپیوندند.^۱

از جمله قوانین حاکم بر تجارت خارجی متعارض با برخی اصول و قوانین حاکم بر سازمان تجارت جهانی، قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های مرتبط با صادرات و واردات است.^۲ نظام تجاری ایران طی سال‌ها شاهد تحولات عمده‌ای بوده است.^۳ قوانین و مقررات مرتبط با صادرات و واردات در طول زمان تغییر کرده و گرایش سیاست‌های تجاری تا حدی به سمت آزادسازی رفته است.^۴ یارانه‌های زیادی تغییر و تحول یافتند، اما بازهم نیاز به اصلاحات در این مورد احساس می‌شود. برای ارزیابی مقایسه‌ای مقررات تجاری ایران با توافق‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی با در نظر گرفتن اصول کلی، اصل عدم تبعیض و اصل دولت کامله‌الوداد و کاهش تعرفه‌های گمرکی و تبدیل موانع غیرتعرفه‌ای به تعرفه و ممنوعیت استفاده از محدودیت‌های کمی دارای اهمیت زیادی هستند. در ادامه به بررسی موانع موجود در راه دستیابی به جریان تجارت آزاد در قوانین، مقررات و آیین‌نامه‌های مرتبط با صادرات و واردات پرداخته می‌شود.

۱. اصول و مقررات حاکم بر صادرات و واردات بر اساس WTO

۱.۱. عدم تبعیض

ماده ۱۷ موافقت‌نامه با عنوان «رفتار ملی» بیانگر اصلی است که در کنار اصل دولت کامله‌الوداد، ارکان اصل عدم تبعیض را در سازمان تجارت جهانی تشکیل می‌دهند. اصل دولت کامله‌الوداد یکی از دوپایه اصل عدم تبعیض در نظام چندجانبه است که از آن به‌عنوان سنگ بنای سیاست تجاری یاد می‌شود. این اصل که به‌طور تاریخی از آن به‌عنوان برابری خارجی یاد شده

۱. شیروی، عبدالحسین، «الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و تأثیر آن بر مقررات داخلی»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره ۵، بهار ۱۳۷۹.

۲. هاشم‌پور وزوانی، شیما و داوود داداش نژاد، *اسرار تجاری در تجارت بین‌الملل در چارچوب سازمان تجارت جهانی*، ج ۱، تهران: انتشارات کتاب آوا، ۱۳۹۶، ص ۱۷.

۳. کمیجانی، اکبر، *تحلیلی پیرامون تجربه عملی پیوستن برخی از کشورها به سازمان تجارت جهانی و آثار اقتصادی آن*، ج ۲، تهران: انتشارات سازمان تحقیقات آموزش و ترویج کشاورزی ایران، ص ۳۸.

4. Negishi T. *Developments of International Trade Theori*, Second Enhanced edition, Springer, Tokyo, 2013.

است، قدمتی بسیار بیشتر از نظام تجارت چندجانبه و قلمروی فراتر از تجارت داشته است. نظام تجارت چندجانبه در سال‌های پس از جنگ جهانی دوم در قالب موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت یا همان گات، اصل دولت کامله‌الوداد را احیا کرد و زمینه پذیرش گسترده آن را فراهم ساخت. به موجب بند ۱ ماده ۱۷ موافقت‌نامه، هر عضو در بخش‌هایی که در جدول آن ذکر شده‌اند و با رعایت قیود و شرایط مقرر در آن، رفتاری را درمورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات هر عضو دیگر در خصوص همه اقدامات مؤثر بر عرضه خدمات اتخاذ خواهد کرد که از رفتار متخذه در قبال خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه داخلی نامطلوب‌تر نباشد.

بند ۲ ماده ۱۷ گاتس از لحاظ تفاوت قائل شدن میان دو عبارت «نامطلوب‌تر» در بند ۱ همان ماده و «متفاوت» در بند ۲ حائز اهمیت است. در وهله اول به نظر می‌رسد هر تفاوتی، نوعی تبعیض بوده و نامطلوب است؛ درحالی‌که بند ۲ تأکید می‌کند که هر عضو می‌تواند با اتخاذ رفتاری رسماً مشابه یا رسماً «متفاوت» با رفتار متخذه درمورد خدمات یا عرضه‌کنندگان خدمات مشابه داخلی خود، در قبال خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات اعضای دیگر، شرایط بند ۱ را برآورده سازد. بدین ترتیب، اعضا می‌توانند میان رفتار خویش با عرضه‌کنندگان داخلی و رفتار با عرضه‌کنندگان خارجی تفاوت قائل شوند و درعین حال این تفاوت به‌گونه‌ای نباشد که شرایط را برای عرضه‌کننده خارجی نامطلوب نماید. در رفتار ملی آنچه اهمیت دارد حفظ شرایط مزیت رقابتی است به‌گونه‌ای که عرضه‌کننده خارجی بتواند در شرایط عادلانه به رقابت بپردازد، حال آنکه فضای رقابتی عادلانه لزوماً به معنای تساوی در شرایط نیست. گاه رفتار برابر، درواقع عرضه‌کننده خدمات خارجی را در موقعیت عدم مزیت رقابتی قرار می‌دهد.

۱.۲. دسترسی به بازار

دسترسی به بازار به مجموعه اقدامات و شرایط تحمیل شده از سوی دولت اطلاق می‌گردد که تحت آن شرایط، یک محصول (کالا یا خدمات) می‌تواند به‌گونه‌ای غیرتبعیض‌آمیز وارد کشور شود.^۱ در حوزه دسترسی به بازار، سه موضوع، تعرفه‌ای کردن موانع غیرتعرفه‌ای، کاهش متعادل تعرفه‌ای در یک دوره زمانی مشخص و ایجاد تضمین مناسب برای حداقل دسترسی مورد توجه

۱. طیار، فاطمه، «موافقت‌نامه موانع فنی فرا راه تجارت در WTO»، مسئول هسته کارشناسی WTO مؤسسه استاندارد، ۱۳۸۸، ص ۳.

قرار گرفته است. با این حال، نظام تعرفه برای کنترل واردات و صادرات کالاها مناسب است و در مورد خدمات قابل اعمال به نظر نمی‌رسد.

موافقت‌نامه خدمات در اصول کامله‌الوداد و رفتار ملی مقرر کرده است تا هر عضو رفتاری را در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات هر عضو دیگر در پیش خواهد گرفت که از رفتار متخذه در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه هر کشور دیگر نامطلوب‌تر نباشد و نیز هر عضو رفتاری را در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات هر عضو دیگر اتخاذ خواهد کرد که از رفتار متخذه در قبال خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات مشابه داخلی نامطلوب‌تر نباشد.^۱ موافقت‌نامه در ماده ۹۸ تحت عنوان دسترسی به بازار نیز مجدداً رفتار نامطلوب‌تر را منع نموده است. بر اساس این ماده در خصوص دسترسی به بازار از طریق روش‌های عرضه تعیین شده در ماده ۱ از قلمرو یک عضو به قلمرو عضو دیگر، در قلمرو یک عضو به مصرف‌کنندگان خدمات هر عضو دیگر، توسط عرضه‌کننده خدمت یک عضو از طریق حضور تجاری در قلمرو عضو دیگر، توسط عرضه‌کننده خدمت یک عضو از طریق حضور اشخاص حقیقی یک عضو در قلمرو هر عضو دیگر، هر عضو رفتاری را در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات اعضای دیگر در پیش خواهد گرفت که از رفتار مقرر براساس ترتیبات، محدودیت‌ها و شرایط مورد توافق و تعیین شده در جدولش، نامطلوب‌تر نباشد.

۱.۳. حمایت از تولیدات داخلی

هر چند مقررات سازمان جهانی تجارت تابع سیاست‌های تجارت آزاد است، این اجازه را به اعضا می‌دهد که از تولیدات داخلی خود در مقابل رقابت خارجی با برقراری تعرفه حمایت کنند، به شرط آنکه صرفاً از راه تعرفه‌ها باشد. اما در مقابل، آن دسته از تعرفه‌هایی که کشورها برای حمایت از تولیدات داخلی خود وضع یا حفظ می‌کنند، می‌بایست کم یا حذف گردند.^۲ در این راستا نرخ تعرفه‌ای مورد توافق در مذاکرات و دیگر تعهدات می‌بایست در جدول امتیازات ثبت شود و

۱. محتشم دولتشاهی، طهماسب، اقتصاد بین‌الملل، تجارت بین‌الملل، مالیه بین‌الملل، ج ۹، تهران: نشر پژوهش، ۱۳۸۵، ص ۵۸.

۲. عزیزی، آریا و الهه اکبری دوبرجی، حل و فصل منازعات در سازمان تجارت جهانی، ج ۱، تهران: انتشارات قانون یار، ۱۳۹۷، ص ۸۴.

براساس آن عمل نمایند. به علاوه کشورهای عضو متعهد می‌گردند، از اتخاذ سیاست‌هایی که به برخورد دوگانه کشور عضو با کالاهای ساخت داخل از یک طرف و کالاهای مشابه وارداتی از طرف دیگر منجر شود، خودداری کنند؛ مانند اینکه مالیات بر فروش کالاهای وارداتی دو برابر مالیات بر فروش کالاهای مشابه تولید داخل باشد. مطابق ماده ۳ گات ۱۹۹۴ امتیازات و مساعدت‌های منظور شده نسبت به کالاهای وارداتی نباید از امتیازات و مساعدت‌های کالاهای تولید داخل کمتر باشد؛ چراکه منجر به تبعیض می‌گردد.^۱ بنابراین سیاست‌هایی که در حمایت از تولیدات داخلی اتخاذ می‌شود و کالاهای تولید داخل را نسبت به کالاهای وارداتی در شرایط بهتری قرار می‌دهد، برخلاف مقررات سازمان تجارت جهانی است.^۲

وضع تعرفه‌های گمرکی و سود بازرگانی، از جمله راه‌های حمایت از تولیدات داخلی است که موجب می‌شود قیمت تمام‌شده کالاهای وارداتی در کشور عضو افزایش یابد که این روش از گذشته مبنای تعیین میزان حقوق گمرکی و سود بازرگانی در قوانین بوده است.

۱.۴. محدودیت‌های کمی

در مقررات گات تلاش شده است تا به منظور حصول هدف موافقت‌نامه و برپایی سازمان جهانی تجارت از ایجاد محدودیت‌های وارداتی پرهیز شود.^۳ به موجب ماده ۱۱ گات ۱۹۹۴، اعضا نباید هیچ محدودیتی را از طریق سهمیه‌بندی، مجوزهای صادراتی و وارداتی یا از طرق دیگر در مورد ورود هر محصولی از سرزمین عضو دیگر یا صدور هر محصولی که مقصد آن سرزمین عضو دیگر باشد وضع یا حفظ کنند؛ البته به جز تعرفه‌های تعیین شده و احتمالاً سایر محدودیت‌های مجاز که قبلاً مورد توافق قرار گرفته است. در اجرای سیاست تحدید واردات، محدودیت‌های وارداتی به صورت گوناگون در قانون مقررات صادرات و واردات ملاحظه می‌شود. این محدودیت‌ها به طبقه‌بندی کالاهای وارداتی و صادراتی، اخذ عوارض ویژه و تحدید ورود

۱. هراتیان نژاد، مجید و مژگان زارعی، **الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و تأثیر آن بر بورس اوراق بهادار با تأکید بر اصل رفتار ملی**، نشر شالان، چ ۱، ۱۳۹۷، ص ۱۹.

۲. فیروزی، مهدی، «الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و پیامدهای آن بر مقررات صادرات و واردات»، *فصلنامه حوزه و دانشگاه*، سال یازدهم، شماره ۴۴، ویژه‌نامه پاییز ۱۳۸۴.

3. Matsushita, Mitsuo, Thomas J Schoenbaum and Petros C Mavroidis, **World Trade Organization: Law, Practice and Policy**, 2nd edn. Oxford: Oxford University Press, 2011.

برخی کالاها، ثبت سفارش و قیمت‌گذاری کالاهای مستعمل بر پایه قیمت کالاهای مشابه نو، مربوط می‌شوند.

بند اول ماده ۱۱ گات محدودیت‌های کمی و مقداری را به‌عنوان هرگونه ممنوعیت یا محدودیت وارداتی غیر از عوارض گمرکی و سایر عوارض و هزینه‌ها دانسته است. محدودیت‌های کمی و مقداری می‌توانند در اشکال مختلف از جمله سهمیه‌بندی، مجوزهای واردات، مجوزهای صادرات، ممنوعیت واردات و محدودیت‌های صادراتی داوطلبانه اعمال شوند. در محدودیت‌های مقداری، ورود کالا به قلمرو سرزمینی بیش از مقدار تعیین‌شده ممنوع است و مجوز لازم صادر نمی‌گردد. ماده یادشده هرگونه استفاده و اعمال محدودیت‌های مقداری از سوی اعضا را چه در مورد واردات و چه در مورد صادرات ممنوع کرده است. بنگاه‌های تجاری دولتی که در ماده ۱۷ گات بدان پرداخته‌شده نیز از وضع محدودیت‌های مقداری منع گردیده‌اند. البته در این ماده، اعمال محدودیت‌های مقداری را در شرایط خاص مجاز دانسته که شامل محدودیت‌های موقتی برای جلوگیری از کمبود بحرانی مواد غذایی، محدودیت‌های موقتی برای رفع مازاد کالای داخلی تولیدشده که مستقیماً با کالای وارداتی قابل جایگزینی‌اند و محدودیت‌های اعمال‌شده برای محصولات کشاورزی و شیلات می‌باشند. علاوه بر این، شرایط استثنایی عام تشریح‌شده در گات از جمله استثنای عمومی، استثنای امنیتی، مشکلات مربوط به تراز پرداخت و اقدامات حفاظتی اضطراری که در مواد ۱۲ و ۱۸ تا ۲۱ گات درج گردیده، نیز اجازه محدودیت‌های مقداری را می‌دهند.

۲. ساختار صادرات و واردات در رژیم تجاری ایران و محدودیت‌های کلی اعمال قانون اساسی

قانون مقررات صادرات و واردات کشور به موضوع مهم حمایت مؤثر از تولید داخلی که در مورد کالاهایی که تولید داخلی آنها به مقدار نیاز کشور نیست و به‌ناچار از خارج وارد می‌گردد، توجه نموده است. ماده ۲۱ قانون گات مقرر می‌دارد که باید به نحوی سهم واردات تعیین شود که حمایت مؤثری از تولید داخلی به عمل آید.^۱ این ماده هیئت‌وزیران را موظف کرد تا به‌منظور

1. Wolfrum, Rudiger, "Article XI", in Rudiger Wolfrum Peter -Tobias Stoll and Holger P Hestermeyer (eds), Max Planck, Commentaries an World Trade law, WTO - Trade in Goods, Leiden and Boston: MartinusNijhoff Publishers, 2012.

حمایت از تولیدکنندگان داخلی و تنظیم سیاست بازرگانی کشور، ضمن رعایت حال مصرف‌کنندگان، ظرف مدت دو ماه تمهیداتی نسبت به تهیه لایحه قانونی حقوق گمرکی کالاهای وارداتی بنماید. این ماده هرچند به دلیل منقضی شدن مدت مذکور لغو شده است، قانون امور گمرکی با فاصله حدود هفده سال، در سال ۱۳۹۰ به تصویب رسید. در این قانون نیز هدف حمایت از تولیدات داخلی دنبال شده است، اما نه به صراحت قانون مقررات صادرات و واردات. از جمله بند (د) ماده ۱ این قانون که حقوق ورودی را شامل موارد ذیل می‌داند؛ حقوق گمرکی معادل چهار درصد ارزش گمرکی کالا، سود بازرگانی که توسط هیئت‌وزیران تعیین می‌گردد و وجوهی که به موجب قانون، گمرک مسئول وصول آن است. سود بازرگانی مذکور در این ماده که توسط هیئت‌وزیران تعیین می‌شود، ممکن است در برهه‌ای از زمان برای حمایت از تولیدات داخلی بسیار بالا تعیین گردد. در همین زمینه تبصره ۱ ماده ۴۱ قانون مالیات بر ارزش افزوده مقرر می‌دارد: «نرخ حقوق ورودی علاوه بر رعایت سایر قوانین و مقررات باید به نحوی تعیین گردد که: الف. در راستای حمایت مؤثر از اشتغال و کالای تولید یا ساخت داخل در برابر کالاهای وارداتی باشد. بنابراین مواد فوق به دلیر صراحت در حمایت مؤثر از تولیدات داخلی با ماده ۳ گات مغایرت دارد و باید حذف یا اصلاح گردد یا اینکه در مذاکرات ابتدایی حدود آن مورد توافق قرار بگیرد.

موانع حقوقی موجود در قانون اساسی نیز قابل تأمل است؛ از یک طرف در اصل ۷۷ قانون اساسی مقرر شده است، کلیه مقاوله‌نامه‌ها، قراردادهای و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس برسد که این موضوع شامل موافقت‌نامه‌های سازمان جهانی تجارت نیز خواهد شد.^۱ از دیگر سو بر اساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی، صلح و دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیئت‌وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد، در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد؛ موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

لازم به ذکر است، یکی از چالش‌برانگیزترین موضوعاتی که سرمایه‌گذاری خارجی با آن مواجه است، چگونگی حل و فصل اختلافات می‌باشد که علاوه بر محدودیت پیش‌بینی شده در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، در فصل

۱. عزیزی، آریا و الهه اکبری دوبرجی، منبع پیشین، ص ۸۴.

حل و فصل اختلافات، مرجع صالح را دادگاه‌های داخلی قراردادده است؛ مگر آنکه در قانون موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلاف توافق شده باشد. از آنجایی که سرمایه‌گذار خارجی به بی‌طرفی دادگاه‌ها و مراجع محلی در حل و فصل اختلافاتی که احتمالاً میان او و دولت میزبان به وجود می‌آید اطمینان ندارد و این عدم اطمینان در بیشتر موارد قابل توجیه است؛ زیرا به طور سنتی از نظر سرمایه‌گذار بهترین روش اطمینان از دادرسی منصفانه داوری در کشور بی‌طرف و در مرجعی بی‌طرف است.

در مورد موافقت‌نامه‌های جهانی تجارت، مسئله به این صورت مطرح است که در مرحله اول اختلاف میان اعضا از طریق مشورت با یکدیگر حل می‌شود^۱ و در صورتی که حل نشد، به تقاضای شاکی به مرجع بین‌المللی حل اختلاف که به منظور رسیدگی به دعاوی میان کشورهای عضو تشکیل شده است ارجاع خواهد شد و مرجع حل اختلاف حق دارد هیئت‌های رسیدگی تشکیل دهد و بر اجرای احکام و توصیه‌ها نظارت کند. بدین ترتیب در مورد حل این گونه اختلافات نیازی به دخالت مجالس قانون‌گذاری در هیچ‌یک از کشورهای عضو وجود ندارد.

از دیگر مغایرت‌های اولیه مفاد موافقت‌نامه‌های سازمان جهانی تجارت با نظام اقتصادی ایران را در اصل ۴۴ قانون اساسی می‌توان مشاهده نمود. براساس این اصل، بازرگانی خارجی دولتی است. هدف گات^۲ و سازمان جهانی تجارت کم‌رنگ کردن نقش دولت در تجارت کالاهای اساسی و هدایت اقتصاد کشورها به سمت اقتصاد غیردولتی است. اصل ۴۴ قانون اساسی، صنایع بزرگ و مادر، بازرگانی خارجی، بانک‌داری، بیمه، راه‌آهن، کشتیرانی، هواپیمایی، معادن بزرگ، سدها و ارتباطات را در اختیار دولت قرار می‌دهد. اگرچه در عمل این اصل به طور کامل رعایت نمی‌شود و بخش‌های خصوصی و شبه‌خصوصی درگیر فعالیت‌های بازرگانی خارجی‌اند؛ در حالی که مطابق اصل ۱۶ اصول و قوانین موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت در مورد دسترسی به بازار، اصل آزادسازی تجاری از جمله اصول حاکم بر گات است که در مورد پیوستن کشورها به سازمان جهانی تجارت مورد توجه قرار می‌گیرد.

1. Taunya McLarty, GATT 1994 Dispute Settlement: Sacrificing Diplomacy for Efficiency in the International Law, 3rd edn, 2010.

2. General agreement on tariff and trade

اصل ۴ قانون اساسی الزام می‌نماید که کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر آن باید بر اساس «موازن اسلامی» باشد. این اصل بر سایر اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص آن به عهده شورای نگهبان گذارده شده است. اما در بند ۴ از ماده ۱۶ موافقت‌نامه تأسیس سازمان جهانی تجارت آمده است: هر عضو ملزم به تطبیق قوانین و آیین‌نامه‌های اداری کشور خود با تعهداتش در موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت می‌نماید و ماده ۲۳ موافقت‌نامه جنبه‌های مرتبط با حقوق مالکیت معنوی، دربرگیرنده حمایت‌های تجاری برای علائم جغرافیایی مشروبات الکلی است. ماده ۲۰ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت ۱۹۴۷ موارد استثناء را بیان می‌کند که امکان تعدیل در اتخاذ سیاست‌های تجاری، تطبیق آن را با شرایط فرهنگی و ارزشی و دینی خاص کشور میسر می‌نماید. در بند الف ماده ۲۰ به اقدامات تجاری در جهت حراست اخلاقی اشاره می‌کند.

بند ۲ ماده ۱۶ موافقت‌نامه گات ۹۴ در زمینه دسترسی بازار در مورد تجارت خدمات، بیان می‌کند: از جمله اقداماتی که یک عضو نباید انجام دهد برقراری محدودیت در مورد مشارکت سرمایه‌گذاری خارجی از لحاظ حداکثر درصد سهام خارجی یا برحسب کل ارزش یکایک یا مجموع سرمایه‌گذاری خارجی است که این ماده از گات با اصل ۸۱ قانون اساسی تناقض دارد. با توجه به موارد ذکر شده می‌توان گفت قانون اساسی کشورمان با دو اصل اساسی آزادسازی تجاری و عدم تبعیض سازمان به شرح ذیل سازگار و منطبق نیست؛ لذا در این که قانون اساسی به‌عنوان شالوده قوانین و مقررات عمومی کشور است، جای تردید و گمانی وجود ندارد، لیکن اگر بنا بر رفاه و حمایت از حقوق و آزادی‌های عموم افراد جامعه باشد، مصلحت اقتضا می‌کند در این مورد حتی با توجه به سختی و موانع موجود نسبت به بازنگری قانون اساسی در جهت ایجاد مصالح و منافع عموم در اسرع زمان ممکن اقدام گردد.

۳. ناسازگاری‌های قانون صادرات و واردات با اصول سازمان تجارت جهانی

۳.۱. حمایت از تولیدات داخلی: (ماده ۶ و ۳۴)

طراحان گات و سازمان جهانی تجارت به‌خوبی می‌دانستند که نه تنها توجه صرف به آزادسازی تجارت، بلکه حتی اولویت بخشیدن به آزادسازی تجارت در اهداف آن، به‌هیچ‌وجه

نمی‌تواند نظر اکثریت کشورهای جهان را نسبت به عضویت در این نهاد جلب کند^۱ و بنابراین در جای‌جای اسناد این سازمان بر اهمیت حمایت از تولیدات داخلی همه اعضا تأکید کرده‌اند. سازمان جهانی تجارت تعرفه را به‌عنوان تنها ابزار مجاز برای حمایت از بخش‌های مختلف تولیدی شناسایی می‌کند و به دولت‌های عضو حق می‌دهد در صورت لزوم و البته به شرط جلب توافق اعضای سازمان در جریان مذاکرات، حتی بالاترین تعرفه‌ها را برای حمایت از بخش‌های خاص تولیدی خود حفظ کنند.^۲

الف) در صدر ماده ۶ همین قانون چنین آمده است: اولویت حمل کلیه کالاهای وارداتی کشور با وسایل نقلیه ایرانی است؛^۳ در صورتی که طبق اصل یک و دو مقررات گات، تجارت بین‌المللی بایستی بر اساس اصل عدم تبعیض استوار باشد و صنایع داخلی بایستی بر اساس تعرفه‌های گمرکی و نه از طریق موانع تجاری یا ممنوعیت ورود حمایت شوند.

ب) حمایت از صنایع و تولیدات داخلی به کمک ابزارهای غیرتعرفه‌ای نظیر فروختن ارز ارزان قیمت، سهمیه‌بندی ارزی و گران کردن واردات در مقابل محصولات مشابه داخلی یا تخصیص ارز به بخش‌های اولویت‌دار با مقررات گات سازگار نیست.

ج) ماده ۳۴ مقررات صادرات و واردات کشور در خصوص حمایت مؤثر از تولید داخلی که در مورد کالاهایی که تولید داخلی آنها به مقدار نیاز کشور نیست و به‌ناچار مقداری از خارج وارد می‌گردد، بیان می‌کند که باید به نحوی سهم واردات تعیین گردد که حمایت مؤثری از تولید داخلی به عمل آید که این ماده فوق در تضاد با ماده ۱۱ گات است. در ماده ۱۱ گات آمده است طرف‌های متعاقد نباید محدودیت مقداری برای ورود کالا به کشور خود وضع نمایند.

1. McCulloch, Rachel, the International Trading System and Its Future, in Mordechai E Kreinin and Michael G Plummer(eds), Oxford Handbook of International Commercial Policy, Oxford: Oxford University Press, 2012.

2. Van Damme, Isabelle, "International Economic Law : Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body", Oxford: Oxford University Press, 2009.

۳. ماده ۶- اولویت حمل کلیه کالاهای وارداتی کشور با وسایل نقلیه ایرانی است، دستورالعمل مربوط به استفاده از وسایل نقلیه خارجی اعم از دریایی، هوایی، جاده‌ها و راه‌آهن را شورای عالی هماهنگی ترابری کشوری بر اساس آیین‌نامه مصوب هیئت وزیران تهیه می‌نماید.

۳.۲. اعمال محدودیت‌های وارداتی (مواد ۲ و ۳ و ۸)

سیستم بازرگانی خارجی ایران از لحاظ حمایت از صنایع داخلی و ایجاد ممنوعیت ورود کالاهای خارجی باهدف کسب درآمد برای دولت از اهمیت وافری برخوردار است.^۱ براساس قوانین گات، تعرفه‌های گمرکی فقط به‌عنوان ابزاری قانونی برای حمایت از صنایع به شمار می‌روند. اما دولت این حمایت‌ها را بیشتر از راه دادن یارانه‌های مستقیم و غیرمستقیم، و تخصیص ارز به واحدهای دارای ارجحیت اعمال می‌دارد نه اینکه صرفاً به عوارض گمرکی تکیه کند.^۲ به‌طور کلی در سیستم تجاری - بازرگانی کشورمان ایران، به‌غیر از تعرفه گمرکی که از طرف گات مورد پذیرش است، از موانع غیرتعرفه‌ای که موردقبول سازمان نیستند هم بهره‌برداری کرده است؛ کلاً صنایع و تولیدات داخلی کشور، از راه‌های گوناگون مورد حمایت قرار می‌گیرند.^۳ در ادامه به بررسی اعمال محدودیت‌های وارداتی در چارچوب قانون صادرات و واردات پرداخته می‌شود:

الف) مطابق با ماده ۲ این قانون کالاهای صادراتی و وارداتی به سه گروه عمده تقسیم می‌شوند:^۴
 کالای مجاز: به کالایی گفته می‌شود که صدور و ورود آن با رعایت ضوابط به مجوز نیاز ندارد.
 کالای مشروط: به کالایی گفته می‌شود که صدور یا ورود آن با کسب مجوز ممکن است.
 کالای ممنوع: به کالاهایی که صدور یا ورود آن به‌موجب شرع مقدس اسلام یا به‌موجب قانون ممنوع گردیده است.

۱. بیدآباد، بیژن، «موانع غیرتعرفه‌ای در سازمان تجارت جهانی و ناهم‌سویی این موانع در بازرگانی خارجی ایران»، نشریه نامه اتاق بازرگانی، سال اول، شماره ۱، دی‌ماه ۱۳۸۶، ص ۳۴.

۲. واحد تحقیقات نشریه اقتصاد ایران، «فواید حذف موانع غیرتعرفه‌ای»، ماهنامه اقتصاد ایران، سال دهم، شماره ۱۰۴، مهرماه ۱۳۸۶، ص ۲۷.

۳. رضایی، خدیجه و علی زاهد طالبان و زهرا عباسی، مجوزها و محدودیت‌ها وارداتی و صادراتی کشور با نگاهی به الزامات و مقررات سازمان تجارت جهانی (WTO)، چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۷.

۴. دانشکده مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، مقررات مرتبط با صادرات و واردات و آیین‌نامه‌ی اجرایی به‌ضمیمه جدول‌های مقررات صادرات و واردات، ج ۱، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰، ص ۱۷.

این ماده از قانون صادرات و واردات با قوانین سازمان تجارت جهانی در خصوص دسترسی آزاد به بازار مغایر است؛ برای مثال ماده ۱۶ گات دسترسی آزاد به بازار کالاها را برای اعضا در چارچوب موافقت‌نامه‌های سازمان جهانی تجارت مجاز می‌داند.

ب) وفق تبصره ۱ آن دولت می‌تواند بنا بر مقتضیات و شرایط ویژه زمانی با رعایت قوانین مربوطه، صدور یا ورود برخی کالاها را ممنوع کند. که با قوانین گات در خصوص دسترسی آزاد به بازار اعضا (ماده ۱۶) مغایر است.

ج) مطابق با ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات مصوب ۱۳۷۳/۱/۱۴ هیئت‌وزیران هرگونه معامله تجاری با رژیم اشغالگر قدس ممنوع اعلام شده است.^۱

د) همچنین در ماده ۳۱ از قانون مذکور دولت موظف است واردات کالاهایی را که در داخل کشور به مقدار نیاز تولید می‌شود یا امکانات بالقوه تولید آنها فراهم است، در صورتی که منجر به تورم قیمت کالاهای اساسی نشود غیرمجاز اعلام نماید، در صورتی که طبق اصول گات، تجارت بین‌المللی باید بر اساس اصل عدم تبعیض استوار باشد.

ه) از نظر قوانین گات، سهمیه‌بندی در ارز و تخصیص آن برای واردات کالا بر اساس اولویت‌های ویژه و همچنین نرخ‌های ارز ترجیحی هم به‌نوعی محدودیت‌اند.

و) مفاد ماده ۳ که مبادرت به امر صادرات و واردات کالا را موقوف به داشتن کارت بازرگانی نموده یا ماده ۸ که واردکنندگان کالا را مجبور به اخذ مجوز ورود کرده از نظر گات نوعی اعمال محدودیت توسط دولت است که با اصل آزادسازی تجارت مغایرت دارد.

۳.۳. تشویق صادراتی (۱۴ و ۱۹ و ۲۰)

قانون تشویق صادرات و تولید در ۱۱ ماده در سال ۱۳۳۳ به تصویب مجلس شورای ملی رسید که برخی از مواد این قانون و اصلاحات آن با اصول و قوانین گات سازگار نیست.

الف) به‌موجب ماده ۱۹ دولت همه‌ساله وجوهی را تحت عنوان تشویق صادرات در بودجه سنواتی منظور و ... به صادرکنندگان پرداخت کند.^۲

۱. ماده ۹- هر گونه معامله تجاری با رژیم اشغالگر قدس ممنوع است.

۲. فیروزی، مهدی، منبع پیشین، ص ۱۴۰.

ب) همچنین صدور محصولات داخلی به صورت دامپینگ در قالب سیاست‌های تشویق صادرات کالاهای تولید داخلی.

ج) اعطای یارانه صادراتی دولتی به برخی از کالاهای صادراتی توسط دولت. در این ارتباط همچنین برخی از موارد قانون صادرات و واردات از جمله مواد ۳۴ و ۳۵ ناسازگاری با اصول اساسی مقررات عمومی تعرفه و تجارت (گات ۱۹۹۴) دارند که تجدیدنظر در موارد قانونی فوق پیش از عضویت در سازمان تجارت جهانی را الزامی می‌نماید.

۳.۴. ناسازگاری‌های قانون صادرات و واردات با موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی

از جمله موارد حمایتی در مقررات کشور می‌توان به یارانه‌ها اشاره کرد. مثلاً سازمان حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان وظیفه دارد، براساس مصوبات شورای اقتصاد، برای برخی ملزومات پایه‌ای و اساسی موردنیاز مردم، از قبیل گوشت قرمز، شیر و کود و سم یارانه تخصیص دهد، هرچند مابه‌التفاوت دریافت‌های سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان مالیات بر درآمد را شامل نمی‌شود.^۳

قانون صادرات و واردات ایران دارای ناسازگاری و تضادهایی با موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی است که در ادامه به بررسی این ناسازگاری‌ها می‌پردازیم:

۱. ماده ۳۴- در مورد کالاهایی که تولید داخلی آن به مقدار نیاز کشور نمی‌باشد و به ناچار کسری آن وارد می‌گردد، باید مجموع دریافتی دولت از کالاهای وارداتی مشابه به نحوی تعیین شود که حمایت مؤثری از تولیدات داخلی به عمل آید.

تبصره: اجرای مفاد این ماده در مورد کالاهای اساسی باید به نحوی انجام گیرد که ضمن حمایت از تولید داخلی موجب افزایش تورم نگردد.

۲. ماده ۳۵- با توجه به امر مهم خودکفایی در تولیدات کشاورزی و اهمیت مکانیزاسیون در افزایش محصولات کشاورزی و در نظر گرفتن اولویت ساخت ماشین‌آلات و تجهیزات کشاورزی در داخل کشور همراه با رشد و گسترش صنعت ماشین‌سازی کشور، دولت مکلف است لوايح لازم را جهت حذف تدریجی معافیت گمرکی این قبیل کالاها ظرف شش ماه تهیه و برای تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم نماید.

۳. رازینی، ابراهیم علی، بررسی موانع تعرفه‌ای و غیرتعرفه‌ای صادرات ایران در بازارهای هدف-با نگاهی به فرصت‌ها و چالش‌های پیش رو جهت جهانی‌شدن اقتصاد، چاپ دوم، تهران: موسسه انتشاراتی شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۹۱، ص ۷۵.

طبق ماده ۱ موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی، یارانه را به‌عنوان کمک مالی دولت یا مؤسسات دولتی در نظر گرفته‌اند که نقل و انتقالات مستقیم وجوه، مثل کمک‌های بلاعوض، وام و دادن سرمایه یا انتقال تعهدات مثل تضمین وام باشد. همچنین از دیگر مواردی که شامل یارانه می‌شود، می‌توان به بخشیدن مالیات‌ها و عوارض در طرح مشوق‌های مالیاتی و دادن کالا و خدمات برای صادرات اشاره کرد. براساس این بند تسهیلاتی که در قوانین ایران در نظر گرفته شده‌اند، یارانه می‌باشند.

مطابق ماده ۱۲ قانون صادرات و واردات، «واردات قبل از صادرات مواد و کالاهای مورد مصرف در تولید، تکمیل، آماده‌سازی و بسته‌بندی کالاهای صادراتی به‌صورت ورود موقت با ارائه تعهد یا سفته معتبر به گمرک، از پرداخت کلیه وجوه متعلقه به واردات، جز آنچه جنبه هزینه یا کارمزد دارد، معاف است.»

مطابق این ماده، دولت از دریافت وجوه متعلق به واردات چشم‌پوشی کرده و این امر را مشروط به استفاده شدن کالای وارداتی در صادرات کرده است، چیزی که به‌طور صریح با بند ۲ ماده ۱ موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی مغایرت دارد؛ چراکه به‌موجب بند اخیر، اگر درآمد دولت که در شرایط دیگر دریافت می‌گردید، گرفته نشود یا از آن صرف‌نظر کنند، یارانه در مفهوم موافقت‌نامه به حقیقت پیوسته است؛ چراکه با عدم پرداخت وجوه متعلق به واردات از سوی صادرکنندگان عملاً مزیتی به آنان اعطا شده است.

به‌علاوه، مفاد ماده ۱۲ قانون مقررات صادرات و واردات بر اساس ماده ۳ بند ۱ قسمت الف موافقت‌نامه، در زمره یارانه‌های ممنوع است، زیرا طبق ماده اخیرالذکر، یارانه‌هایی که در قانون یا در واقع به‌تنهایی یا به‌عنوان یکی از چند ضابطه دیگر موقوف به عملکرد صادراتی هستند، جزء یارانه‌های ممنوع قرار گرفته و مطابق بند ۳ ماده ۲ موافقت‌نامه، خاص محسوب می‌شوند که با الحاق کامل به سازمان تجارت جهانی بایستی اصلاح شوند.

ماده ۱۴ قانون صادرات و واردات: مطابق این ماده، «مابه‌التفاوت اخذشده توسط سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان و کلیه وجوه دریافتی گمرک به‌استثنای آنچه جنبه هزینه و کارمزد دارد در رابطه با کالاها، مواد، اجزا و قطعات خارجی مورد مصرف در ساخت، تکمیل و

آماده‌سازی و بسته‌بندی کالاهای صادراتی بر اساس دستورالعملی که در آیین‌نامه مشخص می‌شود به صادرکننده مسترد می‌گردد.»

ماده ۱۴ تکمیل‌کننده مفاد ماده ۱۲ است و تنها تفاوت در نحوه واردات اولیه است، بدین معنا که ماده ۱۲ آن دسته از واردات را که به قصد استفاده در کالاهای صادراتی به مصرف رسیده‌اند شامل می‌شود، درحالی‌که ماده ۱۴ شامل واردات قطعی می‌گردد که بعداً در جریان تولید کالای صادراتی به مصرف رسیده‌اند. اجتماع این دو ماده، هدف واحد حذف عوارض از داده وارداتی را که در محصول صادرشده مورد استفاده قرار گرفته‌اند، دنبال می‌کنند.

برابر بند ط ضمیمه ۱ موافقت‌نامه، «بخشودگی یا استرداد هزینه‌های وارداتی بیش از آنچه به نهاده‌های وارداتی مصرف‌شده در تولید محصول صادراتی» تعلق گرفته است، جزء یارانه صادراتی محسوب می‌شود که از دیدگاه سازمان تجارت جهانی ممنوع است.

ماده ۱۹ قانون مقررات صادرات و واردات: بر اساس این ماده، «دولت می‌تواند همه‌ساله وجوهی را تحت عنوان تشویق صادرات در بودجه سنواتی منظور و به صورت کمک سود تسهیلات پرداختی بنا به پیشنهاد وزارت بازرگانی و تصویب هیئت‌وزیران به صادرکنندگان پرداخت نماید.»

در این ماده از «کمک سود تسهیلات» سخن به میان آمده است که مقصود از آن، پرداخت قسمتی از سود وام‌هایی است که صادرکنندگان از بانک‌ها دریافت کرده‌اند. این‌گونه وجوه از مصادیق آشکار قسمت الف بند ۱ ماده ۱ موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی است که مطابق آن «عمل دولت که متضمن انتقال مستقیم وجوه (مثلاً کمک‌های بلاعوض، وام و تزریق سرمایه)، انتقالات بالقوه مستقیم وجوه یا تعهدات باشد (مثلاً تضمین وام)»، اعطای یارانه تلقی می‌گردد.

به‌علاوه، ماده ۱۹ بر اساس بند الف ماده ۳ - ۱ نیز یارانه ممنوع محسوب می‌شود. مطابق این بند، یارانه‌هایی که در قانون یا در واقع به‌تنهایی یا به‌عنوان یکی از چند ضابطه دیگر، موقوف به عملکرد صادراتی‌اند ممنوع خواهند بود. از آنجاکه وجوه مذکور در ماده ۱۹ تنها برای صادرکنندگان در نظر گرفته شده و آنها را در موقعیتی بهتر از دیگر تولیدکنندگان که محصولشان در داخل به فروش می‌رسد، قرار می‌دهد؛ لذا از مصادیق بارز یارانه‌های ممنوع بوده و در جهت همگامی با نظام سازمان تجارت جهانی باید حذف شوند.

ماده ۲۰ قانون مقررات صادرات و واردات: طبق ماده مذکور، دولت وظیفه دارد، از اول سال ۱۳۷۳ نسبت به دریافت (۱٪) از مجموع وجوه دریافتی برای حقوق گمرکی و سود بازرگانی - تجاری همه کالاهای وارداتی را علاوه بر حقوق گمرکی و سود بازرگانی مقرر به‌عنوان عوارض ویژه از واردکنندگان بخش‌های غیردولتی که به‌صورت تجاری کالا وارد می‌نمایند، دریافت و به‌حساب درآمد عمومی کشور واریز کنند. هر ساله معادل ۱۰۰٪ رقمی که از این بابت به‌حساب درآمد عمومی کشور واریز می‌شود، در قانون بودجه پیش‌بینی می‌شود تا طبق آیین‌نامه اجرایی این قانون به لحاظ تشویق و توسعه صادرات کالاهای غیرنفتی و همچنین ایجاد صندوق تضمین صادرات، آموزش و تبلیغات بازرگانی به مصرف برساند.»

هدف این ماده، توسعه و تشویق صادرات بوده و از این حیث که منبع درآمدها در آن مشخص شده است، با ماده ۱۹ تفاوت دارد. معرفی منبع مالی معادل ۱٪ سود بازرگانی و حقوق گمرکی تأثیری در ماهیت موضوع ندارد؛ چراکه دولت‌ها همواره از منابعی چون مالیات بر درآمد و فروش، مالیات غیرمستقیم و ... استفاده کرده و آن را در محل دیگری هزینه می‌کنند؛ اما موضوع قابل‌بحث این ماده آن است که محل هزینه چنین درآمدی، «تشویق و توسعه صادرات کالاهای غیرنفتی، تعیین شده است. علی‌رغم آنکه این موارد هیچ‌یک به‌خودی‌خود از موارد یارانه نیست، اما با این حرکت، دولت کمک مالی برابر بند الف ماده ۱ اعطا کرده است؛ ضمن آنکه برحسب مورد ممکن است این حرکت دولت برابر بند ب ماده ۱ در برخی موارد اعطای مزیت محسوب شود و از این حیث با موافقت‌نامه یارانه‌ها در تعارض باشد.

۴. تعهدات و مقررات مؤثر بر قواعد صادرات و واردات

۴.۱. موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی

موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی^۱ یکی از موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی در جهت رفع موانع تجارت است که در ادامه به بررسی و تحلیل این موافقت‌نامه می‌پردازیم. یکی از عوامل مهم و مؤثر در مبادله کالاهای و خصوصاً مواد غذایی موضوع کیفیت است و به همین دلیل در سازمان تجارت جهانی نیز موضوع کیفیت و استانداردها در تجارت

1. The Agreement on the Application of *Sanitary and Phytosanitary Measures* (the "SPS Agreement")

جهانی مورد توجه قرار گرفته و با تصویب موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت و موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی تلاش شده است که اصول و موازینی برای تنظیم و اجرای استانداردها و مقررات مرتبط در تجارت جهانی ارائه شود.

موضوع استانداردها برای اولین بار در دور توکیو (۱۹۷۳-۷۹) مطرح شد و به شکل توافق محدودی بین ۳۲ عضو گات تحت عنوان مجموعه مقررات مربوط به استاندارد درآمد^۱ این توافق که عمدتاً معطوف به جنبه‌های فنی استانداردها بود (البته در چارچوب آن اتخاذ اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی هم امکان‌پذیر بود)، در دور اروگوئه با تغییراتی به موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت تبدیل شد. این در حالی است که موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی اساساً در دور اروگوئه برای اولین بار و در ارتباط با موافقت‌نامه کشاورزی مطرح و تصویب شد.^۲ علت تدوین این موافقت‌نامه نیز این بود که کشورهای مذاکره‌کننده می‌ترسیدند که تصویب و اجرای موافقت‌نامه کشاورزی و در نتیجه کاهش حمایت‌ها در بخش کشاورزی باعث شود که کشورها استانداردهای مربوط به محصولات کشاورزی و مواد غذایی را چنان بالا ببرند که عملاً بازارها محدود و منافع حاصل از موافقت‌نامه کشاورزی خنثی شود.

طبق بند مذکور، اقدامات بهداشتی یا بهداشت گیاهی شامل این موارد می‌گردد: تمام قوانین، احکام، مقررات، الزامات و رویه‌ها از جمله معیارهای محصول نهایی، روش‌های فراوری و تولید، رویه‌های آزمایش، بازرسی، گواهی و تصویب، ترتیبات قرنطینه‌ای شامل الزامات مربوط به حمل‌ونقل حیوانات یا گیاهان یا الزامات مربوط به مواد لازم برای بقای آنها حین حمل‌ونقل، مقررات ناظر بر روش‌های آماری، رویه‌های نمونه‌برداری و روش‌های ارزیابی خطر، و الزامات مربوط به بسته‌بندی و برچسب‌زنی که مستقیماً به ایمنی غذایی مربوط می‌شوند.

اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی اعضا باید بر اساس اصول علمی مبتنی باشد و بدون دلایل علمی کافی حفظ نشود، مگر در مورد اقدامات موقت موضوع بند ۷ ماده ۵ (یعنی در صورت فقدان شواهد علمی کافی و بر مبنای اطلاعات مربوطه موجود از جمله اطلاعات دریافتی از سازمان‌های بین‌المللی مربوطه و همچنین اطلاعات مربوط به اقدامات بهداشتی یا بهداشت گیاهی اعمال شده توسط اعضای دیگر).

1. Agreement on Anti Dumping
2. The Results of the Uruguay Round

هرچند هماهنگ‌سازی مقررات بهداشتی و بهداشت گیاهی از طریق اتخاذ استانداردهای بین‌المللی همیشه امکان‌پذیر نیست؛ چراکه اولاً در همه حوزه‌ها، هنوز استاندارد بین‌المللی کاملی تنظیم نشده است و ثانیاً به دلیل شرایط متفاوت جغرافیایی و منطقه‌ای و همچنین تفاوت‌های تکنولوژیک بین کشورها و به همین ترتیب متفاوت بودن سلیقه‌ها نمی‌توان هماهنگ‌سازی مقررات بهداشتی و بهداشت گیاهی را حول استانداردهای بین‌المللی سامان داد. بنابراین در چنین شرایطی صادرکنندگان با استانداردهای متفاوتی در کشورهای مختلف مواجه می‌شوند که برای صادرات باید همه آنها را رعایت نمایند و همین مسئله خود می‌تواند به‌عنوان یک عامل منفی، باعث ایجاد محدودیت در تجارت شود.

۴.۲. موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت

موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت^۱ دارای ۱۵ ماده و ۳ ضمیمه است که ضمایم مزبور جزء موافقت‌نامه محسوب می‌شوند. اساس شکل‌گیری و لزوم ایجاد موافقت‌نامه موانع فنی فراروی تجارت TBT از موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت موسوم به گات در سال ۱۹۴۷ آغاز شد. در این موافقت‌نامه هرگونه اقدام ضروری برای حفظ حیات و سلامت انسان، حیوان و گیاه (ماده ۲۰) و همچنین هرگونه ممنوعیت یا محدودیت وارداتی و صادراتی که برای اجرای استانداردها یا مقررات مربوط به طبقه‌بندی، درجه‌بندی یا بازاریابی کالاها در تجارت بین‌المللی ضرورت دارند (ماده ۱۱) مجاز دانسته شده است.

وضع مقررات فنی در ایران نیز از دیرباز مورد توجه بوده است. لزوم سازگاری این قوانین و مقررات با حقوق سازمان تجارت جهانی به روند الحاق ایران به این سازمان کمک شایانی خواهد کرد. حتی اگر این سازگاری نهایتاً به الحاق نینجامد، از آنجاکه لازمه تسهیل تجارت و کاهش هزینه‌های تجارت بین‌المللی است، همچنان مثمر خواهد بود.

علاوه بر آن، در ادبیات اقتصادی، اعمال مقررات فنی و استانداردهای کیفیت واردات به دلیل سیگنال‌دهی و کاهش عدم تقارن اطلاعات به بازارها عموماً منجر به رشد صادرات می‌گردد.^۲

1. Agreement on Technical Barriers to Trade

2. Pekovic Sanja et al, "Quality standards and export activities: Do firm size and market destination matter?", *Journal of High Technology Management Research*, Vol. 27, No. 2, 2016, at 110.

طبق موافقت‌نامه موانع فنی، هدف از وضع مقررات فنی و استاندارد، نه حمایت از تولید داخلی بلکه ایجاد موانع فنی در جهت پیگیری اهداف مشروع و آن هم بدون ایجاد موانع غیرضروری برای تجارت و تبعیض است. وضع استاندارد با اتخاذ سیاستی که در بند ۱۶ از ماده ۷ مورد تأکید قرار گرفته است کاملاً مغایر با اصول موافقت‌نامه است. به عبارت بهتر، حمایت از مصرف‌کنندگان ایرانی به‌خودی‌خود متضمن اقدامات تبعیض‌آمیز نیست، اما حمایت از تولیدکننده داخلی به‌هیچ‌عنوان نمی‌تواند به‌عنوان هدفی مشروع، توجیه‌گر تبعیض باشد.

این مسئله پیشتر در مقررات گذاری سال ۱۳۹۲ نیز تکرار شده بود. ماده ۳ قانون ارتقای کیفی تولید خودرو و سایر تولیدات صنعتی داخلی مقرر می‌کند:

«به‌منظور حمایت از تولیدات صنعتی داخلی و حفظ حقوق مصرف‌کنندگان کلیه کالاهای صنعتی وارداتی به کشور باید به تأیید مؤسسه استاندارد و تحقیقات صنعتی ایران برسد؛ در غیر این صورت توزیع آنها ممنوع است...».

ملاحظه می‌گردد که مجدداً قانون‌گذار با وضع ضوابط فنی در جهت ایجاد شرایط رقابتی بهتر برای کالای ایرانی در مقایسه با کالای خارجی مشابه برآمده است. علاوه بر این، تبصره ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون اخیرالذکر، برای اینکه تولیدکنندگان داخلی خود را با شرایط مقرر در قانون و آیین‌نامه مربوطه وفق دهند، مهلتی یک‌ساله تعیین می‌کند. این در حالی است که برای واردات کالاهای خارجی چنین رویه‌ای پیش‌بینی نشده است. این موضوع مشابه پرونده ایالات متحده بنزین است که در آن وضع چنین مقرراتی علی‌رغم اهداف زیست‌محیطی آن به دلیل ایجاد تبعیض عملی و عدم رعایت اصل رفتار ملی مغایر موافقت‌نامه تعرفه عمومی و تجارت (صدر ماده ۲۰ آن موافقت‌نامه) اعلام گردید.^۱

مصادق دیگری از تبعیض را می‌توان در قانون استاندارد ۱۳۹۶ ملاحظه نمود. طبق تبصره ۲ ماده ۱۴ کیفیت مواد و کالاهای وارداتی برحسب ضرورت و اولویت و توجه به مسائل سلامت، ایمنی، بهداشتی، زیست‌محیطی و اقتصادی باید با استانداردهای ملی و یا استانداردهای معتبر و ضوابط فنی موردقبول سازمان منطبق باشد.»

1. United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline), Appellate Body Report – 1996, at 29.

در ظاهر امر به نظر می‌رسد تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون استاندارد ۱۳۹۶ نه با انگیزه حمایت از تولید داخلی، بلکه با هدف پیگیری منافع عمومی و هدفی مشروع تنظیم شده باشد، ولی در بسیاری از موارد از اعمال استانداردهای بین‌المللی نسبت به محصولات تولید داخل صرف‌نظر می‌شود؛ به نحوی که به‌طور کلی سطح پوشش و الزامات فنی استانداردهای محصولات داخلی از استانداردهای مورد اعمال بر کالاهای مشابه وارداتی کمتر است.

۴.۳. تعهدات مربوط به شفافیت

وضع مقرراتی که منجر به ایجاد موانع غیرتعرفه‌ای می‌گردد، اگر بنا باشد بدون اطلاع‌رسانی و شفافیت کافی صورت گیرد، تجارت آزاد را مختل خواهد نمود و امنیت تجاری را کاهش خواهد داد؛ چراکه تشخیص شرایط لازم برای ورود کالا به بازار کشوری دیگر برای بازرگانان دشوار خواهد شد.^۱ به همین سبب موافقت‌نامه‌های موانع فنی و اقدامات بهداشتی هر یک به موضوع انتشار مقررات تحت‌الشمول خود و ایجاد دسترسی آسان به این مقررات را مقرر داشته‌اند. طبق ماده ۲,۹ موافقت‌نامه موانع فنی در مواردی که استاندارد بین‌المللی مربوط موجود نیست یا مقرر فنی مطابق با استانداردهای بین‌المللی نمی‌باشد و وضع آن مقرر تأثیری قابل توجه بر تجارت سایر اعضا داشته باشد، می‌باید مقرر فنی موردنظر پس از تصویب طبق رویه‌ای خاص و با شفافیت مناسب، به اطلاع سایر اعضا برسد. طبق ماده ۲,۹,۲ اطلاع‌رسانی از طریق دبیرخانه سازمان تجارت جهانی انجام خواهد گرفت که به‌طور خلاصه به معرفی محصولات مشمول مقررات فنی به همراه توضیحی مختصر از هدف وضع آنها می‌پردازد. طبق ماده ۲,۱۱، کلیه اقدامات فنی وضع شده در اسرع وقت قابل دسترسی قرار گرفته یا منتشر می‌شود، به نحوی که افراد ذی‌نفع در دیگر کشورهای عضو امکان کسب اطلاع از آن را داشته باشند. نکته حائز اهمیت آن است که اطلاع‌رسانی باید در مراحل اولیه وضع مقرر فنی صورت گیرد تا نظرات سایر اعضا در خصوص آن مورد توجه قرار گیرد و اصلاحات احتمالی آسان‌تر انجام شود (ماده ۲,۹,۴)، به همین دلیل، ماده ۲,۱۲، مدت‌زمان متعارفی میان وضع تا اجرای مقرر فنی در نظر گرفته است. طبق این ماده:

۱. رحمانیان، داریوش، «قانون انحصار تجارت خارجی ایران، زمینه‌ها اهداف و پیامدها»، فصلنامه علمی پژوهشی تاریخ اسلام و ایران، دانشگاه الزهرا (س)، سال بیست و یکم، دوره جدید، شماره ۱۱، ۱۳۹۱، ص ۱۷.

«... اعضا به منظور دادن فرصت به تولیدکنندگان در کشورهای صادرکننده عضو و به‌ویژه در کشورهای در حال توسعه عضو، جهت تطبیق محصولات یا روش‌های تولید خود با الزامات کشور واردکننده عضو، فاصله‌ای معقول را میان زمان انتشار مقررات فنی و تاریخ لازم‌الاجرا شدن آن در نظر خواهند گرفت.»

در زمینه اطلاع‌رسانی و شفافیت در خصوص وضع ضوابط فنی در ایران هیچ‌گونه سازوکاری پیش‌بینی نشده است. عدم وجود اطلاع‌رسانی که در راستای ایجاد شفافیت و کارایی در وضع مقررات فنی به کار گرفته می‌شود، می‌تواند اطمینان و قابلیت پیش‌بینی را برای فعالان تجاری کاهش دهد و تجارت در ایران را با ریسک‌های متفاوتی مواجه سازد.

۴.۴. الزامات ویژه الحاق به سازمان تجارت جهانی (WTO Plus)

برخی کشورها که طبق ماده ۱۲ موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی به آن سازمان ملحق شده‌اند، ضمن تعهد به اجرای موافقت‌نامه‌های سازمان، ملزم به رعایت برخی تعهدات اضافی می‌باشند که فقط مختص به همان عضو است و از آن به WTO Plus تعبیر می‌شود.^۱ به موجب موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی، کشورها به‌طور عمده با دو دسته از تعهدات مواجه‌اند. یک دسته تعهداتی است که به‌طور همه‌جانبه و متحدالشکل درآمده و هیچ‌یک از کشورها حقی بر رزرو آن نداشته و ندارد. این دسته از تعهدات در موافقت‌نامه سازمان و سایر موافقت‌نامه‌های ضمیمه آن (گات و ضمایم آن، گنز، تریپس و DSU) مقرر شده است. دسته دیگر آن نوع تعهداتی است که اصطلاحاً تعهدات دسترسی به بازار نام گرفته‌اند و به‌طور ویژه هر کشور را به کاهش موانع فرا روی تجارت کالا و خدمات ملزم می‌نماید. این تعهدات را می‌توان در برنامه کالا و خدمات کشورها که به موافقت‌نامه گات و گنز پیوست است، سراغ گرفت.^۲ اما با آغاز روند الحاق سایر کشورها به سازمان تجارت جهانی، می‌توان گفت دسته‌ای دیگر از تعهدات نیز به این موارد اضافه شد و آن تعهداتی بود که کشورهای خواهان عضویت در پروتکل الحاقی بر عهده می‌گرفتند. تا پیش از آغاز فرایند الحاقی کشورهایی مانند چین، هند و روسیه، مفاد تعهدات

۱. شیروی، عبدالحسین، «سازمان تجارت جهانی (گات)، اهداف: مبانی و ساختار»، مجله مجتمعات آموزش عالی قم، سال اول، شماره ۴، ۱۳۷۸، ص ۱۵.

2. Julia Ya QIN, "WTO-Plus" Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System O37 *journal of World Trade* 483, at 485, 2003.

پروتکل‌های الحاقی عمدتاً تکرار مواد موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی بود که در غالب یک برنامه اقدام^۱ مورد تأیید کلیه کشورهای عضو قرار می‌گرفت. اما از آنجا که از ماده ۱۲ موافقت‌نامه سازمان تجارت جهانی، محدودیتی برای برقراری تعهدات الحاقی مقرر نشده بود،^۲ به‌مرور دایره شمول این تعهدات افزایش یافت؛ به‌طوری که کشورها تعهدات بسیاری در مقایسه با آنچه طبق موافقت‌نامه‌های WTO باید انجام می‌شد، بر عهده گرفتند. در واقع الزامات مندرج در پروتکل‌های الحاقی همانند بلیت ورود به WTO بود که در آن می‌بایست به هر کشور عضو اطمینان کافی مبنی بر رعایت تعهداتی خاص در خصوص موافقت‌نامه‌های WTO داده می‌شد. چه هر کشور در حوزه‌ای خاص در بازار کشور خواهان عضویت برای خود امتیاز قائل بود و سعی داشت تا حد امکان در خصوص آن خاطر جمع گردد.

1. Action Plan

2. 2000 nogesvea 5 O2, eg./5de/cAA/ yaoeemmO cooemmrON fhe oN nofe eehNroro aeoaefrarrfO de, 5 p. nofet(O aeoaefrarrf' hearNrtfea).

نتیجه‌گیری

در دنیایی که سازمان تجارت جهانی به‌عنوان یکی از ارکان اصلی جریان جهانی‌سازی، نقشی اساسی را در مدیریت تجارت آزاد در سطح جهان به عهده گرفته و ۱۶۴ کشور به عضویت این سازمان درآمده‌اند، عدم حضور کشورمان در این سازمان به انزوای ناخواسته و از بین رفتن قدرت تجاری و صادراتی منجر خواهد شد. بنابراین حرکت به سمت عضویت در این سازمان و مواجهه اجباری با فرصت‌ها و تهدیدات مرتبط با آن مسیری گریزناپذیر برای اقتصاد ایران به شمار می‌رود. در چنین شرایطی برنامه‌ریزی کلان دولت برای حرکت به سمت مزیت‌های موجود در کشور و شناسایی دقیق و واقع‌بینانه اقتصاد و اجرای برنامه‌های هدفمند با رویکرد مناسب که منتج به توسعه صادرات و کمک به افزایش توان رقابت‌پذیری شرکت‌های داخلی از مهم‌ترین اقداماتی است که باید در دستور کار مسئولان در سیاست‌گذاری‌های کلان اقتصادی قرار گیرد. همچنین در ایران به دلیل دسترسی به منابع ارزی حاصل از صدور نفت بخش تجارت خارجی به‌درستی و متناسب با نیازها توسعه‌نیافته و در نتیجه مشکلات گوناگونی پدید آمده است. بروز این مشکلات و کاهش درآمدهای ارزی حاصل از صدور نفت در آینده اهمیت بخش بازرگانی خارجی و حضور در بازارهای جهانی را گوشزد می‌نماید، بنابراین افزایش تولید، بالا بردن توان صادراتی و رقابتی در سطح جهان و بهره‌مندی از تسهیلات سازمان تجارت جهانی یک ضرورت مطرح است. بنابراین و در مجموع بر اساس اصول سازمان تجارت جهانی، قوانین ایران می‌بایست در بلندمدت به سمت موارد ذیل حرکت کند:

- ۱- اقتصاد دولتی باید از انحصار دولت خارج شود و با مشارکت بخش خصوصی به سمت دستیابی به سوی آزادسازی تجاری برود.
- ۲- حذف سهمیه‌ها، رانت‌ها، محدودیت‌ها، حمایت‌ها، یارانه‌ها، کاهش تعرفه‌ها و تغییر تعرفه‌ها و کاهش و نهایتاً حذف تدریجی تعرفه‌ها در راستای مقررات سازمان تجارت جهانی.
- ۳- اجرای برنامه‌ای هدفمند و اتخاذ تدابیر مناسب در سیاست‌های کلان و بخش‌های عمده اقتصادی کشور.
- ۴- بسترسازی قانونی از طریق بازنگری در برخی قوانین موردنظر مانند قانون اساسی، قوانین مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی، بیمه، بانک‌داری، گمرک، مالیات، و... و تطبیق آنها با قوانین و مقررات سازمان تجارت جهانی.

۵- مشارکت در مذاکرات سازمان تجارت جهانی از طریق مطالعات مستمر و تحقیقات دقیق اقتصادی حقوقی توسط گروه کاری متخصص.

۶- ایجاد هماهنگی بین تمامی قوانین پولی، مالی، ارزی و تجاری کشور.

۷- ایجاد تشکیلاتی به منظور سازمان‌دهی بازار صادرات و با هدف ایجاد زمینه لازم برای رشد صادرکنندگان حرفه‌ای و خبره.

با توجه به اینکه اجرای سیاست‌های سازمان تجارت جهانی برای امنیت اقتصادی و ملی کشور ایران، پیامدهای منفی به دنبال دارد، در ادامه برای کاهش این نوع پیامدها و تهدیدات، اقداماتی پیشنهاد می‌گردد:

۱- برقراری ساختار حقوقی برای تأخیر در زمان پذیرش سیاست‌های الزام‌آور از سوی سازمان تا سرحد امکان؛ چراکه موقعیت اقتصادی، سیاسی و اجتماعی کشورها با همدیگر تفاوت‌های زیادی دارد و این امکان هست که یک کشور بتواند در مدت‌زمانی کوتاه اصلاحات اقتصادی را انجام دهد و در مقابل کشوری دیگر به زمانی بیشتر نیاز داشته باشد. بنابراین، رویکرد کشور جمهوری اسلامی ایران نسبت به اصلاحات اقتصادی پیش از آنکه بر اساس منویات سازمان‌های بین‌المللی باشد، بنابراین لازم است بر مبنای موقعیت و شرایط اقتصادی، سیاسی و اجتماعی مسلط بر کشور تنظیم گردد. به دیگر سخن، انجام این‌گونه اصلاحات منجمله، ایجاد تدابیر آزادسازی جامع و کامل، بدون شتاب‌زدگی و تأثیرپذیری از اشارات سازمان تجارت جهانی انجام پذیرد و تنها امری که باید مدنظر باشد منفعت عمومی کشور جمهوری اسلامی ایران باشد.

۲- برنامه‌ریزی کارشناسی‌شده در راه انجام اصلاحات در مقررات اقتصادی؛ هرچند فرایند اصلاحات در حوزه حقوقی - اقتصادی و فاصله گرفتن از اقتصاد جهانی را می‌توان آرام‌تر کرد یا به تعویق انداخت؛ اما توجه به این امر مهم است که درنهایت اقتصاد کشور باید بتواند در عرصه جهانی حضور یافته و قدرت رقابت داشته باشد. لذا با توجه به تحولات عرصه اقتصاد جهانی، فاصله گرفتن از این فرایند نه تنها ممکن نیست، بلکه به منفعت اقتصاد کشور هم نمی‌باشد. پس لازم است که برنامه‌ریزی دقیقی صورت گیرد تا آرام‌آرام مقدمات حضور در اقتصاد جهانی فراهم گردد. قبل از هر کار، این برنامه‌ریزی می‌بایست قابلیت اجرایی داشته باشد. به دیگر سخن از آرمان‌گرایی غیرمنطقی و غیر قابل اجرا، دوری کرد.

- ۳- تلاش برای برقراری شرایط حقوقی و قانونی در راستای بهبود دادن به چارچوب تولید، مسئله‌ مبنایی کشور برای ورود به میدان اقتصاد جهانی، نارسایی جدی در سیستم تولیدی کشور است. با این حساب، برای ورود به میدان اقتصاد جهانی، باید همه اقدامات به بهسازی موقعیت عرضه در کشور و قوانین مرتبط به آن معطوف شود. خصوصاً آنکه این توجه باید بر بخش‌های تولیدات صادراتی و تولید کالاهای استراتژیک و قوانین مرتبط با آن متمرکز شود.
- ۴- مطلوبیت و بهره‌برداری از ساختار تولیدی در کشور با جذب سرمایه و تکنولوژی امکان‌پذیر است. مضاف بر آن جمهوری اسلامی ایران تحت فشار روزافزون از سوی آمریکا قرار دارد و این تحریم سدی محکم در برابر سرمایه‌گذاری در قسمت‌های مختلف اقتصادی کشور شده است. بنابراین، اقدام به صلاح این است که جمهوری اسلامی ایران آلت‌رناتیوهای دیگری را برای سرمایه‌گذاری و انتقال تکنولوژی آزموده و آنها را به کشور بخواند. این آلت‌رناتیوها می‌توانند شامل، اتحادیه اروپا، کشورهای جنوب شرقی آسیا و... باشند.
- ۵- تنظیم سازوکار قانونی، بر پایه مسائل اقتصادی برای بهینه نمودن مؤلفه‌های اقتصادی؛ چراکه با برنامه‌ریزی دقیق در این زمینه می‌توان پیش‌بینی کرد که سرمایه به کشور جاری شده و ساختار تولید قوت بگیرد؛ در این راستا این امکان فراهم می‌شود که شاخص‌هایی مثل نرخ بیکاری، تورم، فقر و شکاف طبقاتی هم جریانی رو به کاهش را تجربه کنند؛ مؤلفه‌هایی که ضروری است قبل از ایجاد سازوکار قانونی ورود به عرصه اقتصاد جهانی از دیدگاه امنیتی بهبود یابند و تنها با بهینه شدن این شاخص‌ها می‌توان گفت که شوک‌های ناشی از ورود به اقتصاد جهانی، بحران‌های اقتصادی را در جامعه به وجود نیاورند.
- ۶- تثبیت سیاست‌های اقتصادی، بالاخص سیاست‌های پولی و ارزی با مصوب نمودن قوانینی بر پایه اصول اقتصادی.
- ۷- برقراری ساختاری قانونی بر پایه برنامه‌های اقتصادی در راستای تقویت تدابیر مالی و ساختار مالیاتی دولت.
- ۸- تنظیم و برقراری سازوکار قانونی و کارشناسی شده بر مبنای مهندسی اقتصادی به‌منظور کاهش تدریجی ملاحظات دولت در اقتصاد با توجه به اجرای دقیق و منظم تدابیر خصوصی‌سازی.

- ۹- تصویب و اجرای قوانین و مقرراتی که موجبات قطع آرام‌آرام در حمایت‌های دولت از فعالیت‌های اقتصادی شود.
- ۱۰- برقراری مقرراتی، بر پایه مسائل اقتصادی (به‌استثنای فرایند آزادسازی و خصوصی‌سازی) که به ارزیابی و بررسی بخش‌ها و فعالیت‌های استراتژیک منجر گردد.
- ۱۱- ارتباط و مذاکرات پی‌درپی با سازمان‌های اقتصادی بین‌المللی جهت توجیه آنها نسبت به ضرورت اجرای تدریجی سیاست‌های تعدیل اقتصادی و مصوب نمودن موافقت‌نامه‌هایی در همین راستا.
- ۱۲- تنظیم چارچوب‌های موردنیاز برای ورود به اقتصاد جهانی، از راه تصویب قوانین و مقرراتی که مسائل اقتصادی را مدنظر داشته باشد.
- ۱۳- برقراری سیستم قانونی و حقوقی به‌منظور افزایش ارزش‌افزوده کالاهای صادراتی در چارچوب هدف کلی.
- ۱۴- ایجاد یک چارچوب حقوقی و قانونی منسجم برای اجرای واقعی و کامل اصل تفکیک قوا جهت جلوگیری از اتخاذ تصمیمات اقتصادی، توسط نهادهای غیراقتصادی برای بخش‌های اقتصادی کشور، چراکه ایجاد مسئولیت از بابت تصمیماتی که توسط این نهادها گرفته می‌شود که ممکن است منجر به نقض تعهدات سازمان تجارت جهانی شود و هزینه‌های بسیار سنگین حتی در زمینه‌های امنیتی برای کشور ایجاد کند، در صورتی که مسئولیت پاسخ‌گویی در این زمینه با نهاد مرتبط اقتصادی خواهد بود.
- ۱۵- ایجاد یک چارچوب حقوقی حمایت اجتماعی منسجم و کامل از طرف دولت در کشور به‌طوری‌که تمامی افرادی که بابت هزینه‌های عضویت ایران در سازمان تجارت جهانی متضرر می‌شوند از نظر نیازهای اصلی و اساسی زندگی روزمره، همانند هزینه‌های درمانی، خوراک، پوشاک، مسکن و رفت‌وآمد تأمین باشند؛ به‌گونه‌ای که بیکاری ناشی از تعطیلی صنایع، تعدیل نیرو و تغییر کاربری کارخانجات و کارگاه‌ها و تغییر خط تولیدها در دوره گذار از وضعیت فعلی تا تثبیت موقعیت اقتصادی در سازمان تجارت جهانی، هزینه‌ای را از بابت شورش‌های اجتماعی اقتصادی برای کشور ایجاد ننماید.
- ۱۶- انجام دادن مجموعه‌ای از اقدامات مقتضی جهت جذب و به‌کارگیری تکنولوژی‌هایی که نیاز به کارگر زیاد دارند، به‌منظور کاهش نرخ بیکاری در کشور.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امیدبخش، اسفندیار، سازمان جهانی تجارت: ساختار، قواعد و موافقت‌نامه‌ها (مجموعه آموزشی)، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۵.
۲. دانشکده مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، مقررات مرتبط با صادرات و واردات و آیین‌نامه‌ی اجرایی به‌ضمیمه جدول‌های مقررات صادرات و واردات، چ ۱، تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰.
۳. رازینی، ابراهیم علی، بررسی موانع تعرفه‌ای و غیرتعرفه‌ای صادرات ایران در بازارهای هدف-با نگاهی به فرصت‌ها و چالش‌های پیش رو جهت جهانی‌شدن اقتصاد، چ ۲، تهران: موسسه انتشاراتی شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۹۱.
۴. رضایی، خدیجه و علی زاهد طالبان و زهرا عباسی، مجوزها و محدودیت‌ها وارداتی و صادراتی کشور با نگاهی به الزامات و مقررات سازمان تجارت جهانی (WTO)، چ ۱، تهران: انتشارات موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۲.
۵. عزیزی، آریا و الهه اکبری دوبرجی، حل‌وفصل منازعات در سازمان تجارت جهانی، چ ۱، تهران: انتشارات قانون یار، ۱۳۹۷.
۶. کمیجانی، اکبر، تحلیلی پیرامون تجربه عملی پیوستن برخی از کشورها به سازمان تجارت جهانی و آثار اقتصادی آن، چ ۲، تهران: انتشارات سازمان تحقیقات آموزش و ترویج کشاورزی ایران، ۱۳۹۰.
۷. محتشم دولتشاهی، طهماسب، اقتصاد بین‌الملل، تجارت بین‌الملل، مالیه بین‌الملل، چ ۹، تهران: نشر پژوهاک، ۱۳۸۵.
۸. هاشم‌پور وزوانی، شیما و داوود داداش نژاد، اسرار تجاری در تجارت بین‌الملل در چارچوب سازمان تجارت جهانی، چ ۱، تهران: انتشارات کتاب آوا، ۱۳۹۶.

۹. هراتیان نژاد، مجید و مژگان زارعی، **الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و تأثیر آن بر بورس اوراق بهادار با تأکید بر اصل رفتار ملی**، چ ۱، نشر شالان، ۱۳۹۷.

مقاله

۱۰. بیدآباد، بیژن، «موانع غیرتعرفه‌ای در سازمان تجارت جهانی و ناهم‌سویی این موانع در بازرگانی خارجی ایران»، *نشریه نامه اتاق بازرگانی*، سال اول، شماره ۱، دی‌ماه ۱۳۸۶، صص ۱-۱۸.

۱۱. رحمانیان، داریوش، «قانون انحصار تجارت خارجی ایران، زمینه‌ها اهداف و پیامدها»، *فصلنامه علمی پژوهشی تاریخ اسلام و ایران*، دانشگاه الزهرا (س)، سال بیست و یکم، دوره جدید، شماره ۱۱، ۱۳۹۱، صص ۲۵-۵۵.

۱۲. شیروی، عبدالحسین، «سازمان تجارت جهانی (گات)، اهداف: مبانی و ساختار»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، سال اول، شماره ۴، ۱۳۷۸، صص ۷-۲۵.

۱۳. شیروی، عبدالحسین، «الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و تأثیر آن بر مقررات داخلی»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره ۵، بهار ۱۳۷۹، صص ۹۵-۱۱۴.

۱۴. طیار، فاطمه، «موافقت‌نامه موانع فنی فرا راه تجارت در WTO»، *مسئول هسته کارشناسی WTO مؤسسه استاندارد*، ۱۳۸۸، صص ۹-۱.

۱۵. فیروزی، مهدی، «الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی و پیامدهای آن بر مقررات صادرات و واردات»، *فصلنامه حوزه و دانشگاه*، سال یازدهم، شماره ۴۴، ویژه‌نامه پاییز ۱۳۸۴، صص ۱۳۱-۱۵۲.

۱۶. واحد تحقیقات نشریه اقتصاد ایران، «فواید حذف موانع غیرتعرفه‌ای»، *ماهنامه اقتصاد ایران*، سال دهم، شماره ۱۰۴، مهرماه ۱۳۸۶.

آیین‌نامه و دستورالعمل

۱۷. اساسنامه تشکیل مرکز توسعه صادرات ایران مصوب ۱۳۵۹.

۱۸. اساسنامه صندوق ضمانت صادرات ایران مصوب ۱۳۷۶.

۱۹. آیین‌نامه نحوه تشکیل و استفاده از اندوخته احتیاطی صندوق ضمانت صادرات ایران مصوب ۱۳۷۶.

۲۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸.
۲۱. قانون اصلاح قانون انحصار تجارت خارجی مصوب ۱۳۱۱.
۲۲. قانون انحصار تجارت خارجی ایران مصوب ۱۳۰۹.
۲۳. قانون تشکیل مرکز توسعه صادرات ایران مصوب ۱۳۴۸.
۲۴. قانون تشویق صادرات و تولید مصوب ۱۳۳۳.
۲۵. قانون چگونگی اداره صندوق ضمانت صادرات مصوب ۱۳۷۵.
۲۶. قانون صادرات و واردات ایران مصوب ۱۳۷۲.

ب) منابع انگلیسی

Books

27. Matsushita, Mitsuo, Thomas J Schoenbaum and Petros C Mavroidis. **World Trade Organization: Law, Practice and Policy**, 2nd edn. Oxford: Oxford University Press, 2011.
28. McCulloch, Rachel. **The International Trading System and Its Future**. in Mordechai E Kreinin and Michael G Plummer (eds). Oxford Handbook of International Commercial Policy. Oxford: Oxford University Press, 2012.
29. Negishi T. **Developments of International Trade Theori**. Second Enhanced edition. Springer, Tokyo, 2013.
30. Taunya McLarty. **GATT 1994 Dispute Settlement: Sacrificing Diplomacy for Efficiency in the International Law**. 3rd edition, 2010.
31. Van Damme, Isabelle. **International Economic Law: Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
32. Wolfrum, Rudiger. **Article XI**. in Rudiger Wolfrum Peter -Tobias Stoll and Holger P Hestermeyer (eds). Max Planck, Commentaries an World Trade law , WTO - Trade in Goods. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

Articles

33. Julia Ya QIN, “WTO-Plus Obligations and Their Implications for the World Trade Organization Legal System”, *Journal of World Trade*, 37(3), 2003, pp. 483-522.
34. Pekovic Sanja et al, “Quality standards and export activities: Do firm size and market destination matter?”, *Journal of High Technology Management Research*, Vol. 27, No. 2, 2016, pp. 110-118.

Regulations & Instructions

35. General Agreement on Tariffs and Trade of 1947 (GATT 1947).
36. General Agreement on Tariffs and Trade of 1994 (GATT 1994).
37. Agreement on Agriculture.
38. Agreement on Safeguards.
39. Agreement on Subsidies and Countervailing Measures.

Online Resources

40. United States, “Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)”, Appellate Body Report, 1996 available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm (last visited: 05/02/2024)

Legal Analysis of Existing Obstacles in Iran's Export and Import Laws for Permanent Membership in the World Trade Organization

Seyed Bagher MIR ABBASI (Associate Professor of Law, University of Tehran)

Seyed Taha MOUSAVI MIRKLAI (Assistant Professor of Law, Ershad Damavand Non-Profit Higher Education Institute)

Mohammad SADEGHI (Assistant professor of Law, Hormozgan University)

Iman PAK SIMA (PhD Student of International Law, Islamic Azad University, Qeshm Branch)

Abstract

The World Trade Organization is the main organization for globalizing the economy and trade. This organization leads the countries of the world align with its policies by using its tools. Export and import related domestic laws non-compliance with WTO's approvals, is one of the existing challenges for countries permanent membership in WTO. This research through descriptive-analytical method, while analyzing the issues and different aspects of the subject by specific questions, analyzes the information collected through library and documentary studies. The main question of the Article is: What are the existing obstacles in Iran's export and import laws for permanent membership in WTO? The research findings indicate that considering Iran's observer membership to the organization, the issue of Iran's full membership in this organization has been raised in recent years and studies have been conducted about it. Therefore, it is necessary to adopt Iran's export and import laws in compliance with WTO's approvals. This Article makes it possible to use the best and most useful methods through examining the procedures of eliminating these obstacles.

Keywords:

World Trade Organization (WTO), Membership, Agreement, Obstacles, Export and Import Laws

لزوم وفا به قرارداد با غیرمسلمانان (مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق ایران)

(مقاله علمی-پژوهشی)

حسین سیمایی صراف*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۵

چکیده

روزانه میلیون‌ها قرارداد در حوزه‌های اقتصادی، تجاری و سیاسی منعقد می‌شود که وفا به آنها نه فقط یک ارزش اخلاقی، بلکه یک ضرورت اجتماعی است. اما از طرفی تردید نیست که دین و مذهب در حوزه‌هایی از حقوق دخالت کرده و میان مسلمان و کافر تفاوت ایجاد کرده است. این تفاوت‌ها گرچه گاهی قابل تشکیک و انتقادند، به تبع فقه در حقوق موضوعه ایران انعکاس یافته‌اند. پرسش اصلی نوشتار حاضر این است که آیا تفاوت عقیدتی در اصل لزوم وفا به قراردادها نیز نفوذ کرده یا این حوزه از دخالت مذهب مصون مانده است. فقها به اتفاق، وفا به قرارداد میان مسلمان و اصناف مختلف کفار را لازم دانسته‌اند. آنان حتی وفا به قرارداد با کفار حریبی و دشمنان بالفعل را هم ضروری دانسته‌اند.

فقیهان همچنین خروج از قرارداد را فقط در موارد خاصی و با شرایط محدودی مجاز و مباح دانسته‌اند. در این نوشتار روشن می‌شود که در لزوم وفا به قرارداد با کفار فرقی نمی‌کند که موضوع قرارداد امور اقتصادی، تجاری و مدنی باشد یا امور سیاسی نظیر جنگ و صلح؛ همچنین خواهیم دید که موارد نقض قرارداد و خروج یک‌جانبه از آن بسیار محدود است و از جمله موارد نقض قرارداد که مورد توجه برخی از آیات قرآن کریم قرار گرفته است، «نقض در برابر احتمال نقض» است. این شیوه نقض که در حقوق بین‌الملل و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به رسمیت شناخته شده است، در فقه اسلامی و حقوق ایران مغفول مانده و حقوق ایران از این جهت ناکارآمد است. در نوشتار حاضر به طور ضمنی با این شیوه نقض آشنا می‌شویم و نتیجه می‌گیریم که راهیابی این مجوز به نظام حقوقی ایران ضروری است.

کلید واژگان:

وفا به قرارداد، معاهده، کافر/ غیرمسلمان، اهل کتاب، مشرکین، نقض قرارداد.

* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی

h_simaei@sbu.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

مرحله «آثار» و «اجرای تعهدات قراردادی» از مهم‌ترین و پرچالش‌ترین مراحل یک قرارداد است.^۱ در ارتباط با این مرحله، اصول و قواعد متعددی توسط نظام‌های حقوقی طراحی شده تا از مشقت اداره و تفسیر قرارداد و حل اختلافات احتمالی ناشی از آن بکاهد که «لزوم وفای به عهد» یکی از این اصول مهم است. لزوم وفای به عهد و پایبندی به تعهدات قراردادی، اقتصادی، تجاری، مدنی و سیاسی از اصول بدیهی و زیربنایی زندگی اجتماعی و از بنیادهای ضروری تجارت و اقتصاد است. اگر وفای به عهد لازم نبود میلیون‌ها پیمانی که هر روز در جهان بسته می‌شود، قابل نقض بود و از این رهگذر اختلال عظیمی در روابط حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و بین‌المللی به وجود می‌آمد؛ لذا اصل مزبور، در راستای حمایت از «اصل استحکام معاملات» در مرحله «آثار» و «اجرای قراردادها و معاملات به رسمیت شناخته شده است. اما سؤال این است، با توجه به اینکه در فقه اسلامی، دین و اعتقاد مذهبی منشأ برخی تفاوت‌های حقوقی و فقهی شده و میان کافر و مسلمان فرق گذارده شده است، آیا وفا به پیمان‌هایی که با غیرمسلمانان بسته می‌شود نیز لازم است و ادله اصل «لزوم وفای به عهد» چنین قراردادهایی را نیز شامل می‌شود؟ آیا در صورت لزوم وفا به پیمان‌ها، پایبندی مزبور، محدود به موارد رفع نیاز یا اضطرار است و می‌توان خارج از موارد نیاز و اضطرار، پیمان منعقد را یک‌جانبه نقض کرد و از آن خارج شد؟ در صورت صحت و لزوم وفا به پیمان با کافر، آیا فقط از عناوین قراردادی که در تاریخ و سیره پیامبر اکرم (ص) مسبوق به سابقه است، می‌توان استفاده کرد یا انعقاد پیمان‌های جدید هم جایز و ممکن است؟ از همه گذشته، اصولاً کافر کیست؟ با توجه به اصناف مختلفی که برای کفار بیان شده است آیا همه آنها حکم واحد دارند و با همه آنها ولو ذمی نباشند یا حربی باشند وفا به قرارداد لازم است؟

این نوشتار با مفروض گرفتن لزوم وفا به عهد، عهده‌دار پاسخ به سؤال‌های فوق است. لذا نخست می‌کوشد تا با توضیح برخی مفاهیم پایه محط نزاع و محل بحث را روشن کند. چون گاهی بین مفاهیم خلط صورت گرفته و حکم واحد به همه نسبت داده شده است. از همین رو

۱. بررسی یک قرارداد شامل شناسایی «ماهیت» و «اعتبارسنجی» آن براساس شرایط عمومی و اختصاصی صحت، بررسی «آثار» و نحوه «اجرا» یا «عدم اجرا»ی قرارداد و علت احتمالی «انحلال» روابط طرفین قرارداد است.

نخست تفاوت‌های قرارداد با معاهده و تفاوت معاهده به مفهوم فقهی با مفهوم حقوقی (حقوق بین‌الملل) بیان می‌شود تا در مرحله استناد به ادله وفا به عقد یا معاهده از خلط دلایل پیشگیری شود. مفهوم کفر و اسلام هم بیان می‌شود و اصناف کافر توضیح داده می‌شود. چون میان کفار در فقه از نظر حکمی تفاوت وجود دارد. مفهوم وفای به قرارداد و فسخ نیز توضیح داده می‌شود تا به قرینه تضاد، مفاد و قلمرو هر یک معلوم شود. در ادامه به لزوم وفا به قراردادهای منعقد با کفار می‌پردازیم و در پایان، موارد فسخ و نقض قرارداد و امکان خروج یک‌جانبه و بدون تراضی از قرارداد را بررسی می‌کنیم.

۱. تبیین موضوع

برای اینکه مسئله این تحقیق به خوبی تبیین شود، ناچاریم چند مفهوم بنیادین را در ابتدا روشن کنیم. نخست باید مفهوم معاهده روشن شود. زیرا این اصطلاح در فقه، ادبیات قرآنی، حقوق موضوعه و حقوق بین‌الملل به کاررفته و برخی آنها را یکسان پنداشته‌اند در حالی که به نظر ما آنها جز اشتراک در لفظ، مشابهت دیگری ندارند. مقایسه معاهده با عهد یا عقد و قرارداد نیز مهم است. علاوه بر این‌ها تبیین مفهوم کافر یا غیرمسلمان و انواع و اصناف آنها نیز اهمیت فوق‌العاده دارد. زیرا به لحاظ فقهی اسلام و کفر منشأ تفاوت‌های حقوقی بسیاری‌اند؛ در حالی که درباره مفهوم کافر و احکام انواع و اصناف آنها اختلاف نظر است. در ضمن به مفهوم وفای به عهد نیز به اختصار پرداخته خواهد شد.

۱.۱. مفهوم معاهده در فقه، حقوق بین‌الملل و حقوق ایران

گرچه بعضی معاهده در فقه و حقوق بین‌الملل را یکسان پنداشته‌اند، به نظر ما میان آنها جز اشتراک لفظی وحدت و شباهت دیگری وجود ندارد. برای اثبات این مدعا نخست باید معاهده در حقوق بین‌الملل را شناخت.

حقوق دانان با الهام از ماده ۲ عهدنامه وین در زمینه حقوق معاهدات مورخ ۱۹۶۹، گفته‌اند هر توافقی که بین تابعان حقوق بین‌الملل اعم از دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی منعقد شود و مشمول حقوق بین‌الملل باشد صرف‌نظر از نام و اسم آن (که عهدنامه یا معاهده، کنوانسیون، منشور، پیمان، میثاق، اساسنامه یا پروتکل و مانند آن نامیده شود) و صرف‌نظر از موضوع آن که

(استقرار صلح، برقراری روابط دیپلماتیک، تنظیم روابط بازرگانی^۱، یا تعیین حدود مرزی و مانند آنها باشد) معاهده (Treaty) نامیده می‌شود و از نیروی الزام‌آور برخوردار است.^۲ برحسب این تعریف پیمان‌هایی که با اقوام غیرمتمدن، یا قبایل بدوی بسته شده باشد، توافق‌های میان تابعان حقوق بین‌الملل و نهضت‌های آزادی‌بخش، قرارداد دولت‌ها با افراد خارجی - اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی - مثل موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری - از شمول معاهدات خارج‌اند.^۳ توافق‌های نوع اخیر می‌توانند مصداق یک قرارداد بین‌المللی^۴ باشند. لازم به ذکر است که معاهدات بردو نوع‌اند: معاهدات در حکم قانون یا قانون ساز و معاهدات در حکم قرارداد. «هر گاه منظور تحقق معامله‌ای حقوقی باشد، معاهده در حکم قرارداد است، مثل پیمان‌های اتحاد، بازرگانی، تعیین حدود مرزی و واگذاری سرزمین. اما وقتی منظور ایجاد قاعده‌ای حقوقی باشد، معاهده در حکم قانون است.»^۵

اما در فقه طرف‌های معاهده تابعان حقوق بین‌الملل نیستند، بلکه اصولاً اشخاص طرف عقد می‌باشند. مثلاً عقد استیمان، قراردادی بین یک مسلمان و یک کافر است. عقد ذمه نیز قراردادی است که ولو یک طرف آن حکومت اسلامی باشد^۶ ولی طرف دیگر حتماً یک شخص است؛ به طوری که قرارداد ذمه با شخص بالغ کافر، مکفی از قرارداد با فرزند او پس از بلوغ نیست. «و

۱. لازم به ذکر است که گرچه موضوع معاهده می‌تواند یک امر بازرگانی باشد، اما تفاوت آن با قرارداد بازرگانی این است که موضوع معاهده یک امر کلان در حد سیاست‌گذاری و تعیین خط و مشی‌های کلی است و به گفته برخی یک امر حاکمیتی است نه تصدی.

۲. نک: فلسفی، هدایت الله، **حقوق بین‌الملل معاهدات**، چاپ ششم، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۸، صص ۱۵۴ - ۱۶۰.

۳. برای تکمیل این موارد نک: همان، ص ۱۵۵ و ضیایی بیگدلی، محمدرضا، **حقوق بین‌الملل عمومی**، انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۱، ص ۸۲.

4. International agreement

۵. فلسفی، هدایت الله، منبع پیشین، صص ۱۶۱ - ۱۶۲.

۶. دولت از مفاهیم مدرن است که مؤلفه اصلی آن مردم، سرزمین و حکومت یا قدرت سیاسی است. این مفهوم در سنت اسلامی مسبوق به سابقه نیست. در سنت اسلامی روابط اشخاص تابع عقیده آنهاست. به جای دولت اسلامی و دولت بیگانه، دارالاسلام و دارالکفر وجود دارد. تابعیت تعیین‌کننده حقوق اشخاص نیست. مسلمانی حقوقی به ارمغان می‌آورد و کفر مسئولیت‌ها و روابط حقوقی خاص. پس بیگانه از نظر فقه اسلامی، عبارت است از یک کافر - خواه در دارالاسلام باشد خواه در دارالکفر - و مسلمان تحت‌الحمایه حکومت اسلامی است خواه در دارالاسلام باشد یا در دارالکفر. نک: محقق داماد، سیدمصطفی، **حقوق بین‌الملل؛ رهیافتی اسلامی**، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳، صص ۵۱ - ۵۷.

لابد فی الصبیان بعد البلوغ من العقد معهم و لا یکنفی العقد الذی مع آبائهم عنهم»^۱ همچنین جالب توجه است که موضوع معاهده در فقه همیشه استقرار صلح یا ترک مخاصمه موقت یا دائم است که به وسیله آن کفار تأمین مالی و جانی پیدا می‌کنند. بدین ترتیب اگر موضوع قراردادی که با یک غیرمسلمان بسته می‌شود، مثلاً امری تجاری و بازرگانی باشد، مصداق قرارداد (Contract) است.^۲

در جمع‌بندی این بخش می‌توان گفت در مفهوم فقهی معاهده و مفهوم آن در حقوق بین‌الملل این دو تفاوت مهم مشهود است که: اولاً طرف‌های معاهده در حقوق بین‌الملل تابعان حقوق بین‌الملل و اعضای جامعه بین‌المللی می‌باشند؛ درحالی‌که طرف‌های معاهده در فقه اسلامی مسلمان و یک دگراندیش به نام کافر است. یعنی در این معاهده عقیده مذهبی نقش تعیین‌کننده دارد، نه دولت یا سازمان بین‌المللی. از سوی دیگر موضوع معاهده در نظام حقوق بین‌الملل هر چیزی اعم از یک موضوع سیاسی، یا بازرگانی و یا پایان جنگ و استقرار صلح می‌تواند باشد؛ درحالی‌که موضوع معاهده در فقه لزوماً استقرار صلح فیما بین دو فرد یا دو گروه است. نباید گمان شود که معاهده در فقه با معاهده‌های بین‌المللی در حکم قرارداد یکسان است. چون در معاهده‌های در حکم قرارداد باز طرفین، تابعان حقوق بین‌الملل می‌باشند؛ درحالی‌که در معاهدات فقهی حداقل یک طرف آن شخص خصوصی و غیردولتی است.

در حقوق ایران نیز معاهده به همان مفهوم حقوق بین‌الملل به کار رفته است. در ماده ۹ قانون مدنی مقرر شده است: مقررات عهدی که برطبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است. در ماده ۹۷۴ قانون مدنی مقرر شده است: مقررات ... این قانون تا حدی به موقع اجرا گذارده می‌شود که مخالف عهد بین‌المللی که دولت ایران آن را امضا کرده و یا مخالف با قوانین مخصوصه نباشد.

۱. سید روح الله موسوی خمینی، **تحریر الوسيله**، ج ۲، دارالانوار، ۱۴۰۳ ق،، کتاب الحدود، مسئله ۹، ص ۴۹۹.
 ۲. به اختصار دلایل قرآنی که بر انعقاد قرارداد بین اشخاص با موضوع ترک تعرض یا استقرار صلح دلالت دارند، اشاره می‌شود. کیف یكون للمشرکین عهد عندالله وعند رسوله الاالذین عاهدتم عند المسجد الحرام (توبه، آیه ۷). الاالذین یصلون الی قوم بینکم و بینهم میثاق (نساء، آیه ۹۰) قاتلوا الذین لایؤمنون بالله و لا بالیوم الاخر... من الذین اوتواالکتاب حتی یعطوا الجزیه عن ید و هم صاغرون(توبه، آیه ۲۹). چنان‌که مشاهده می‌شود در هر سه آیه شریفه اشخاص و حداکثر اقوام به اعتبار مذهب طرف قرارداد و معاهده هستند. این آیات درباره استیمان، عقد ذمه و هدنه است.

۱.۲. مقایسه مفهوم عقد یا قرارداد با معاهده

عقد یا قرارداد با معاهده هم از نظر فقهی و هم از نظر حقوقی متفاوت است. از نظر فقهی عقد عبارت است از ایجاب و قبول و از نظر قانون مدنی ایران عبارت است از: اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد (ماده ۱۸۳ ق.م.ا). این مفهوم در ماده ۱۰ قانون مدنی و بسیاری از مواد دیگر به کار رفته است. معادل قرارداد یا عقد در زبان انگلیسی (Contract) است. طرفین قرارداد یا هر دو اشخاص خصوصی‌اند یا حداقل یکی از آنها شخص خصوصی (حقیقی یا حقوقی) است. طرف مقابل می‌تواند شخص بیگانه و خارجی باشد که در این صورت قرارداد بین‌المللی منعقد می‌شود.^۱ اما عهد یا معاهده معادلش (Treaty) است و چنان‌که در بند قبل گفتیم، عبارت است از توافقی که بین تابعان حقوق بین‌الملل منعقد شده و تابع حقوق بین‌الملل است. در حالی که قرارداد تابع حقوق قراردادهای و شرایط و تعهدات مندرج در قرارداد است. قانون مدنی در مواد ۹ و ۹۷۴ از معاهده به عهد تعبیر کرده است. از نظر فقهی به معاهدات به مفهوم فقهی و قرآنی می‌توان عقد یا قرارداد اطلاق کرد؛ به بیان دیگر معاهدات در معنای فقهی، ماهیت قراردادی دارند و تابع شرایط مندرج در آن می‌باشند. ولی در حقوق بین‌الملل نمی‌توان این دو را به جای یکدیگر به کاربرد.

گاهی بین عقد یا قرارداد و معاهده خلط صورت گرفته است؛ مثلاً شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۵۰/۶۷۰۱ مورخ ۱۳۶۲/۸/۲۶ در پاسخ به این سؤال که آیا دولت بعد از تصویب اصل داشتن رابطه با دولت خارجی در هر موردی که صلاح می‌داند می‌تواند قرارداد ببندد و موارد جزئی را مشخص کند؟ پاسخ داده است که: در قراردادهای جزئی در رابطه با قراردادهای موضوع اصل ۷۷ قانون اساسی در صورتی که خارج از محدوده اصلی باشد، باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد. شورای نگهبان در این سؤال قرارداد را معاهده تلقی کرده، در حالی که قرارداد بین‌المللی است.^۲

1. International contract

۲. نک: عنایت، سیدحسین، «تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۶، شماره ۷، ۱۳۶۵، ص ۱۱۱.

۱.۳. مفهوم «وفای به عهد و معاهده»

منظور از اصل لزوم وفای به عهد این است که عقود و پیمان‌ها را نمی‌توان یک‌جانبه و بدون جلب رضایت طرف مقابل فسخ کرد.^۱ گسستن عقد در حوزه قراردادهای تجاری و مدنی در صورتی مجاز است که یا موجبات فسخ قانونی فراهم باشد یا هر دو طرف بر انحلال و زوال آن توافق کنند. شرایط و موجبات دیگری باید فراهم باشد تا عقد منحل شود. فقیهان تصریح کرده‌اند که به تعهدات فرعی که ضمن عقد درج شده و اصطلاحاً به آن شروط ضمن عقد می‌گویند نیز مانند اصل عقد باید پایبند و ملتزم بود و نمی‌توان از اجرای آنها به‌طور یک‌جانبه طفره رفت، مگر با توافق یا در شرایطی که شارع تصریح کرده است.^۲ اما در حوزه معاهدات بین‌المللی نظام حقوقی خاصی برای خاتمه معاهدات وجود دارد.^۳ نحوه خاتمه، بطلان و فسخ معاهدات به مفهوم فقهی با نظام حقوقی معاهدات بین‌المللی قابل مقایسه نیست و باید آنها را با نظام حقوقی قراردادها مقایسه کرد.

۱.۴. مفهوم «غیر مسلمان / کافر»

اشاره به این نکته ضروری است که مفهوم اسلام، ایمان و کفر در قرآن کریم با مفهوم آن در فقه متفاوت است و در این مقال معنای فقهی مدنظر ماست. مفهومی که منشأ تفاوت‌های حقوقی بسیاری است. اسلام و کفر در ارتکاز متشرعه دو مفهوم متقابل از نوع ملکه و عدم ملکه است. اسلام عبارت است از اعتقاد یا اقرار به الوهیت، وحدانیت و نبوت. در نتیجه کافر عبارت از هر کسی

۱. بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، با تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۵، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷ ش (۱۴۱۹ ق)، صص ۱۹۹ - ۲۰۳.

۲. بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، با تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۳، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷ ش (۱۴۱۹ ق)، صص ۲۵۱ - ۲۵۳.

۳. فلسفی، هدایت الله، همان منبع، صص ۴۱۷ - ۴۴۹ و ۷۳۴ - ۷۸۴ و نیز نک: ضیایی بیگدلی، محمدرضا، همان منبع، صص ۱۱۰ - ۱۲۷.

است که معتقد به موارد فوق نیست.^۱ در مفهوم فقهی کفر تفاوتی نیست که انکار اصول دین، از روی عناد و لجاجت (جحد) باشد یا از روی جهل و شک. چنان که شیخ انصاری به این اطلاق تصریح کرده و گفته است: «إِنَّ إِنْكَارَ أُصُولِ الدِّينِ كَالْإِلَهِيَّةِ وَ الرِّسَالَةِ لَا فَرْقَ فِي تَكْفِيرِ مَنْكِرِهَا بَيْنَ مَا كَانَ لِلْجُحْدِ مَعَ الْعِلْمِ أَوْ الشَّبْهِهِ».^۲

فقیهان در این باره که آیا برای مسلمان بودن اعتقاد به اصول دین لازم است یا صرف اقرار کفایت می‌کند و در نتیجه اگر کسی به ظاهر مقرر به اصول دینی باشد ولیکن در باطن منکر و کافر باشد، اختلاف نظر دارند. سید کاظم طباطبایی یزدی معتقد است که اسلام صرف اقرار زبانی است، ولی اگر به طور قطعی بدانیم که مقرر، اعتقاد و باور قلبی^۳ به مفاد اقرار ندارد نمی‌توانیم او را مسلمان بدانیم.^۴ چون اقرار زبانی، وسیله و طریقی برای اعتقاد قلبی است و لذا در صورتی که یقین به خلاف داشته باشیم دیگر طریقی، حجیت و اعتبارش را از دست می‌دهد. اما آیت‌الله حکیم به استناد بعضی روایات، ترجیح می‌دهد که اسلام همان اقرار زبانی باشد، ولو توأم با عقیده قلبی نباشد و در تأیید نظر خود از صاحب جواهر در مبحث نجاست کافر نقل می‌کند که: «ایشان هم اسلام را صرف اقرار زبانی دانسته و کسی را که در باطن بی اعتقاد باشد باز هم مسلمان ولی منافق می‌نامد.» مرحوم حکیم روایاتی را که ارتکاب گناه، شک در عقیده و مانند آن را مستلزم کفر می‌داند حمل بر ذومرتبه بودن و مشکک بودن مفهوم کفر کرده است.^۵

۱. خمینی، سید روح الله، **کتاب الطهاره**، ج ۳، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق، صص ۳۱۴-۳۱۵. و نیز ن.ک به: غروی تبریزی، میرزا علی، **التنقیح فی شرح العروه الوثقی** (تقریرات آیت الله العظمی سید ابوالقاسم الموسی الخویی)، ج ۳، چ ۱، قم: انتشارات لطفی، ۱۴۰۷ ق، ص ۵۸.

۲. انصاری (شیخ)، مرتضی، **کتاب الطهاره**، ج ۵، چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۳۳.

۳. منظور این نیست که شخص باید یقین داشته باشد؛ بلکه «اعتقاد قلبی» ملاک است. (حکیم، سید محسن، **مستمک العروه الوثقی** (سید محمد کاظم یزدی)، ج ۲، چ ۱، قم: دار التفسیر، ۱۳۷۴ (۱۴۱۶ ق)، صص ۱۲۲-۱۲۴؛ محسنی، محمد آصف، **القواعد الاصولیه و الفقهیه فی المتمسک** (سید محسن حکیم)، چ ۱، قم: نشر پیام مهر، ۱۳۸۲، ص ۲۰۴).

۴. یکفی فی الحکم باسلام الکافر اظهاره الشهادتین و ان لم یعلم موافقه قلبه للسانہ لا مع العلم بالمخالفه (محسنی، محمد آصف، همان منبع، صص ۲۰۴ و ۲۰۵).

۵. محسنی، محمد آصف، همان منبع، صص ۲۰۴-۲۰۶؛ و نیز ن.ک به غروی تبریزی، میرزا علی، منبع پیشین، ص ۲۳۳.

۱.۵. اقسام غیرمسلمانان و احکام آنها

کفار/ غیرمسلمانان از نظر نوع عقیده و باور دینی به «اهل کتاب» و «غیر اهل کتاب/ مشرکین» و از نظر نوع رابطه سیاسی با مسلمین و وضعیت جنگی یا غیرجنگی به «ذمی، معاهد، مستأمن، مصالح و حربی» تقسیم می‌شوند. احکام هریک از این اصناف با یکدیگر متفاوت است؛ به اختصار مفهوم و حکم هر قسم بیان می‌شود.

فقیهان برحسب آیه ۱۷ سوره حج، کفار را به اهل کتاب و غیراهل کتاب/ مشرکین تقسیم کرده‌اند.^۱ اهل کتاب دسته‌ای از کفارند که به ادیان ابراهیمی شامل یهودیت، مسیحیت، مجوس (زرتشتیان) و صابئین^۲ ایمان دارند. فقیهان درباره این دسته از کفار تعبیر مهم شناسایی یا رسمیت (تقریر) را به کار برده‌اند که می‌تواند راهنمای خوبی برای فهم احکام، حقوق و مزایای دینی آنها نسبت به دیگر اصناف باشد. به تعبیر صاحب جواهر، جزیه از کسانی دریافت می‌شود که دیشان را به رسمیت می‌شناسیم و آنها عبارت از یهود و نصاری هستند. «و لاخلاف بین المسلمین فضلاً عن المومنین فی آنها توخذ ممن یقر علی دینه و هم النصاری و الیهود».^۳ ایشان همچنین تصریح کرده است که از غیر از یهود و نصاری و مجوس، جز اسلام دین دیگری پذیرفته نمی‌شود.^۴

اما اصناف کفار به اعتبار وضعیت سیاسی یا جنگی و احکام هریک، به ترتیب زیر است:

- کافر ذمی: کافر اهل کتابی است که در قلمرو حاکمیت اسلامی زندگی می‌کند و با حکومت اسلامی پیمان ذمه منعقد کرده است. به موجب این پیمان او در قبال پرداخت جزیه، از احترام مال و جان و دیگر حقوق مالی و اقتصادی برخوردار می‌شود.

۱. برای ملاحظه تقابل بین اصطلاح مشرکین و اهل کتاب و تنوع کفار به این دو نوع ن.ک به: صدر، سید محمد باقر، *بحوث فی شرح العروه الوثقی*، ج ۳، چ ۱، قم: مجمع الشهدید آیه الله الصدر العلمی، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۶۱؛ و غروی تبریزی، میرزا علی، منبع پیشین، ص ۴۴.

۲. درباره ابراهیمی بودن برخی ادیان مثل مجوس (زرتشت) و صابئین اختلاف است. نک: محقق داماد، همان منبع، ص ۵۷.

۳. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۲۱، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق، ص ۲۲۷.

۴. نجفی، محمد حسن، همان منبع، ص ۲۳۱.

- کافر مستأمن: غیرمسلمانی است که با امان گرفتن از یک مسلمان یا دولت اسلامی، وارد قلمروی اسلامی می‌گردد. مال، جان و عرض کافر مستأمن با این که فاقد پیمان ذمه است محترم است، درحالی که قبل از عقد امان، حربی محسوب می‌شود. تفاوت عمده عقد «امان» با «معاهده» آن است که در عقد امان یا استیمان، طرف کافر می‌تواند فقط یک شخص مسلمان و نه حکومت اسلامی باشد. در واقع اعطای امان توسط هر مسلمانی به هر کافر حربی جایز و نافذ است.^۱
- کافر معاهد: کافر معاهد، غیرمسلمانی است که جان و مال او از طریق «عقد مهاندنه/هدنه (آتش بس)» میان دولت اسلامی و دولت کفر احترام و مصونیت یافته است.^۲
- کافر مُصالح: کافر حربی‌ای است که به دلیلی با او عقد صلح بسته شده و فعلاً در حال جنگ با مسلمانان نیست.
- کافر حربی: درباره مفهوم کافر حربی، اختلاف نظر زیادی وجود دارد. برخی فقیهان هر کافر غیرذمی را حربی می‌شمارند. براساس این نظر، عقود ذمه، استیمان، معاهده و مانند آن است که به جان و مال غیرمسلمان، حرمت می‌دهد.^۳ والا در نبود عقود مذکور، کفار «مهدور الدم» و «غیر محترم المال»^۴ هستند و جهاد با آنان واجب است.^۱ به نظر برخی

۱. نجفی، محمد حسن، همان منبع، صص ۹۸ و ۹۹؛ و کرکی (محقق)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۳، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق، ص ۴۲۹.

۲. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، ص ۲۹۲ و صص ۳۰۰-۳۰۷. همچنین ن.ک به: هاشمی شاهرودی، سید محمود، فرهنگ فقه فارسی، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳۸۲، ص ۱۱۸.

۳. نجفی، محمد حسن، منبع پیشین، صص ۸۱ و ۲۷۷؛ و حب الله، حیدر، قواعد فقه العلقه مع الآخر الدینی، درسه فی ضوء النص الإسلامي والمسیحی (الحقوق السیاسیه تطبیقاً)، بیروت: دار روافد للطباعة والنشر والتوزیع، ۲۰۲۰ م، ص ۶۳.

۴. برای کاربرت این تعبیر ن.ک به: نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق، ص ۳۸۴؛ جواهری، سید محمد، القضا و الشهادات (تقریرات سید ابوالقاسم الموسوی الخویی)، ج ۱، چ ۱، مکتبه الامام الخویی، ۱۴۲۸ ق، ص ۸۱؛ حائری، مرتضی، کتاب الخمس، چ ۳، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ ق، ص ۶۸۷؛ تبریزی، جواد، صراط النجاه فی اجوبه الاستفتانات، ج ۷، چ ۱، قم: دار الصدیقه الشهیده (سلام الله علیها)، ۱۳۹۱ (۱۴۳۳ ق)، ص ۳۴۶؛ طباطبایی حکیم، محمد سعید، مصباح المنهاج، چ ۲، نجف: مؤسسه الحکمه ←

دیگر، فقط به کافری که بالفعل در حال جنگ با مسلمانان است کافر حربی اطلاق می‌شود و به نظر برخی دیگر از فقیهان باید میان کافر ذمی، حربی و مقاتل (که بالفعل در حال کارزار است) فرق قائل شد. هر کافر غیرذمی، حربی است، اما در صورتی که در حال جنگ نباشد، مقاتل محسوب نمی‌شود و احکام ویژه جنگی را ندارد؛ مثلاً شهید ثانی با تفکیک میان «مقاتل» و «حربی»، کفار حربی را مصداق آیه نهی از مودت کافر نمی‌داند: «لأنَّ الحربیَّ قد لا یکون مقاتلاً بالفعل، بل ممتنعاً من التزام شرائط الذمَّة، فلا یدخل فی الآیة.»^۲ محقق سبزواری میان کافری که در عقد ذمه و استیمان نیست و اشتغال به حرب با مسلمین نیز ندارد تفکیک کرده است.^۳ آخوند خراسانی صراحتاً به تفکیک مذکور اشاره کرده و بر این مبنا، احسان به کافر حربی را جایز دانسته است: «-الایه - دلیل علی جواز برّه- یعنی کافر- اذا لم یکن مقاتلاً و لو کان حربیاً.»^۴ و سید کاظم طباطبایی یزدی در نظری نسبتاً نادر، وقف بر کافر حربی را جائز می‌داند؛^۵ قاعدتاً مبنای نظر ایشان تفکیک میان محارب بالفعل - که قدر متیقن از مصداق نهی از مودت کافر مستند به ادله قرآنی و روایی است و کافر حربی به معنای غیرذمی و معاهد است.

- للثقافیة الإسلامیة، ۱۴۲۸ ق، ص ۲۸۹؛ مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهه**، ج ۱، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۵ ق، ص ۶۶؛ سیستانی، علی، **منهاج الصالحین**، ج ۱، ج ۱، قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۳۰؛ حسینی روحانی، سید محمد صادق، **فقه الصادق**، ج ۷، ج ۴، قم: نشر آیین دانش، ۱۴۳۵ ق، ص ۳۴۱؛ مدرسی، سید محمد تقی، **الاستفتائات**، ج ۲، ج ۲، بیروت: مرکز العصر، ۱۴۳۳ ق، ص ۳۹۸؛ همچنین برای عبارات مشابه رک به : بروجردی، مرتضی، **المستند فی شرح العروه الوثقی** (تقریرات سید ابوالقاسم الموسوی الخویی)، ج ۱۵، ج ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۰ ق، ص ۲۲.
۱. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۱، منبع پیشین، صص ۷۸-۸۱.
 ۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۶، ج ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۲۰.
 ۳. سبزواری (محقق)، محمد باقر، **کفایة الاحکام**، ج ۱، ج ۳، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۹۶، ص ۴۰۱.
 ۴. خراسانی (آخوند)، محمد کاظم بن حسین، **کتاب فی الوقف (رساله‌ای در وقف)**، ج ۱، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۴.
 ۵. یزدی، سید محمد کاظم، **العروه الوثقی**، ج ۲، ج ۱، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۱۴.

بالاخره در نظریه‌ای جدیدتر که ناشی از فهم دولت مدرن، روابط سیاسی و حقوق بین‌الملل است، آیت الله مکارم شیرازی معتقد است حتی بدون پیمان‌های معهود و شناخته شده‌ای که پیش‌تر از آنها نام بردیم، صرف رابطه سیاسی در چهارچوب عرف و حقوق بین‌الملل کافی است تا یک دولت غیرمسلمان، معاهد شمرده شده، جان و مال شهروندان آن محترم قلمداد شود. ایشان همچنین به قسم جدیدی از کفار معتقد است که از آنها به نام کفار بی‌طرف (الحيادی) یاد می‌کند. از نظر ایشان کفار بی‌طرف، گروهی از غیرمسلمانانند که نه پیمان دمه و نه عقد معاهده بسته‌اند و نه در حال جنگ‌اند. نوع رابطه سیاسی این گروه از کفار به اصطلاح حقوق بین‌الملل، سیاست بی‌طرفی و عدم تعهد است. جان و مال این گروه از کفار هم به استناد آیه ۸ سوره ممتحنه محترم است و به حکم آیه ۹۰ سوره نساء، باید با آنان مسالمت‌آمیز زندگی کرد.^۱

۲. ادله لزوم وفا به قرارداد با غیر مسلمان

در لزوم وفای به قرارداد فرقی بین مسلمان و غیرمسلمان نیست. وفای به عقد با غیرمسلمانان اعم از این که اهل کتاب باشند یا مشرک، عقد فیما بین مسبوق به سابقه در عصر پیامبر بوده، مانند عقد دمه، امان و معاهده یا مستحدث یا بی سابقه بوده باشد، لازم‌الوفاست.^۲ زیرا در هیچ‌یک از ادله نقلی راجع به وفای به عهد، قید و شرطی که آنها را به مسلمانان منحصر کرده باشد یا عقود را که طرف آنها کفارند را از وفای به عهد مستثنی کرده باشد، وجود ندارد. اما استدلال به لزوم وفا به پیمان‌های با کفار فقط سلبی و از باب عدم تقیید نبوده، ادله ایجابی هم وجود دارد. در آیات و روایات، هر جا که از عهد و پیمان با کفار سخن به میان آمده، تصریح به لزوم وفای به عهد و پیمان با آنان نیز شده است؛ بنابراین دلایل دو نوع‌اند: یا نسبت به دین و

۱. مکارم شیرازی، ناصر، **الفتاوی الجدیدة**، ج ۱، چ ۱، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۳۸۵، ص ۳۱۴.

۲. طباطبایی، سید محمد حسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۵، چ ۳، تهران: کانون انتشارات محمدی، ۱۳۶۳، صص ۱۵۸ و ۱۵۹. و نیز ن.ک به: نایینی، محمد حسین، **منیه الطالب**، تقریر و تصحیح توسط موسی نجفی خوانساری، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق، ص ۱۰۴، که می‌فرماید: «و لا وجه لاختصاصه بالعقود المتعارفه و المعاملات المتداوله.» و نیز ن.ک: بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، با تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۵، منبع پیشین، ص ۲۳۰، که فرموده است: «عموم و اطلاق اوفوا بالعقود شامل معاهدات میان مسلمانان و کفار نیز می‌شود.»

مذهب طرف قرارداد ساکت‌اند و در آنها هیچ قید و شرطی که لزوم وفا را منحصر به مسلمانان نماید، وجود ندارد و یا از مرام و مسلک طرف قرارداد نام برده که تصریح شده حتماً باید به پیمان منعقد شده با آنان وفا کرد و ترتیب اثر داد.

در ادامه هر دو دسته دلایل - به خصوص دلایل ایجابی - به اختصار بررسی می‌شوند:

۲.۱. کتاب

- یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود (مائده/۱)

کلمه «عقود» در این آیه شریفه جمع محلی به «الف و لام» است که از ادات و الفاظ دال بر عموم و شمول است. برحسب این آیه شریفه، به هر رابطه حقوقی که عقد اطلاق شود باید وفا کرد.^۱ عموم آیه اقتضا می‌کند که دین و مذهب در آن نقشی نداشته و عمل به پیمان‌ها و معاهدات با کفار نیز لازم است؛ هیچ تخصیصی با این اوصاف بر عموم آیه شریفه وارد نشده است؛ «و اما قوله تعالی اوفوا بالعقود يشمل... المعاهدات التي تقع بين المسلمين و غیرهم».^۲

- و اوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولاً (اسراء/ ۳۴)

به تصریح علامه طباطبایی، این آیه شریفه شامل قراردادهای فردی و اجتماعی است که بین اقوام و امت‌ها منعقد می‌شود. تأمین عدالت و عواقب نامطلوب ناشی از نقض پیمان‌های اجتماعی ایجاب می‌کند که التزام به قراردادهای اجتماعی مهم‌تر از قراردادهای فردی باشد.

- الا الذین عاهدتم من المشرکین (مائده/۵)

این آیه شریفه که بعد از فتح مکه و شکست و خواری دشمنان و در اوج قدرت و شوکت مسلمانان نازل شده است، دستور می‌دهد که اگر پیمانی با مشرکین بسته شد نباید نقض شود. یعنی وفای به عهد، مخصوص دوران ضعف و فترت نیست، حتی در دوره قدرت و شوکت هم باید به پیمان‌ها وفادار بود. به تصریح علامه طباطبایی، حرمت عهد و پیمان باید نگاه داشته شود، حتی اگر موجب ضرر و زیان شود. چون عدالت اجتماعی که با وفا به عهد حاصل می‌شود همواره مهم‌تر از نفع و ضرر شخصی است.^۳

۱. بجنوردی، سید محمد حسن، همان منبع، صص ۲۰۸ و ۲۱۱.

۲. همان منبع، ص ۲۳۰.

۳. طباطبایی، سید محمد حسین، منبع پیشین، ص ۱۶۰.

۲.۲. سنت

در روایات بسیاری وفای به عهد با غیرمسلمانان و حتی با دشمنان مورد تأکید قرار گرفته است. کتاب روایی *وسائل الشیعه* بابی گشوده است به نام «جواز اعطاء الامان و وجوب الوفاء»^۱ که نشان از اهمیت وفای به عهد با غیرمسلمانان دارد.

- عن عبدالله بن سلیمان قال سمعت ابا جعفر یقول: ما من رجل امن رجلا علی ذمه ثم قتله الا جاء یوم القیامه یحمل لواء الغدر.^۲
- إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ شَيْءٌ النَّاسُ أَشَدُّ عَلَيْهِ إِجْتِمَاعاً مَعَ تَفَرُّقِ أَهْوَائِهِمْ وَ تَشْتَّتِ أَرَائِهِمْ مِنْ تَعْظِيمِ الْوَفَاءِ بِالْعُهُودِ، وَ قَدْ لَزِمَ ذَلِكَ الْمُسْرُكُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ دُونَ الْمُسْلِمِينَ لِمَا اسْتَوْلُوا مِنْ عَوَاقِبِ الْغَدْرِ.

در میان واجبات الهی هیچ موضوعی همانند وفای به عهد در میان مردم جهان - با تمام اختلافاتی که دارند - مورد اتفاق و امری عقلایی نیست به همین جهت بت‌پرستان زمان جاهلیت نیز پیمان‌ها را در میان خود محترم می‌شمردند؛ زیرا عواقب دردناک پیمان‌شکنی را دریافته بودند.^۳

- فقال علی علیه السلام: و یحکم أبعد الرضا والميثاق والعهد نرجع؟ أليس الله تعالى قد قال: (أوفوا بالعقود) * [١/ المائدة] و قال: (أوفوا بعهد الله إذا عاهدتهم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا) * [٩١/ النحل].^۴

در شرایطی که معاویه با نیرنگ و حيله، حکمیت میان متخاصمین در جنگ جمل را به انحراف کشانید، بعضی از لشگریان امام علی(ع) خواستند که او از پیمان خارج شود. اما امام بر آنان نهیب زد که با وجود عهد و پیمان چگونه می‌توان عهدشکنی کرد. این حکایت گرچه مستقیماً به پیمان مسلمانان با کفار مربوط نیست، از این نظر که وفای به عهد با دشمن را توصیه و تأکید می‌کند، دلالتش بر مدعا قوی‌تر است.

- وَإِنْ عَقَدْتَ بَيْنَكَ وَ بَيْنَ عَدُوِّكَ عَقْدَةً - أَوْ الْبَسْتَهُ مِنْكَ ذِمَّةً - فَحُطُّ عَهْدِكَ بِالْوَفَاءِ وَارِعَ ذِمَّتِكَ بِالْأَمَانَةِ - وَاجْعَلْ نَفْسَكَ جُنَّةً دُونَ مَا أُعْطِيَتْ - فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ شَيْءٌ -

۱. حر عاملی، محمدبن حسن بن علی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۸، چ ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹ ق، ص ۶۸.

۲. همان منبع، روایت ۳.

۳. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، *تفسیر نمونه*، ج ۴، چ ۱، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱ ش، ص ۳۲۰.

۴. مجلسی، محمد باقر، *بحار الانوار*، ج ۳۴، چ ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق، ص ۵۴۴.

النَّاسُ أَشَدُّ عَلَيْهِ اجْتِمَاعاً مَعَ تَفَرُّقِ أَهْوَائِهِمْ - وَتَشْتَتِ أَرَائِهِمْ - مِنْ تَعْظِيمِ الْوَفَاءِ بِالْغُهُودِ - وَقَدْ لَزِمَ ذَلِكَ الْمُشْرِكُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ دُونَ الْمُسْلِمِينَ - لِمَا اسْتَوْبَلُوا مِنْ عَوَاقِبِ الْعَدْرِ - فَلَا تَغْدِرَنَّ بِذِمَّتِكَ وَلَا تَخِيْسَنَّ بِعَهْدِكَ - وَلَا تَخْتَلِنَّ عَدُوَّكَ - فَإِنَّهُ لَا يَجْتَرِي عَلَى اللَّهِ إِلَّا جَاهِلٌ شَقِيٌّ - وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ عَهْدَهُ وَذِمَّتَهُ أَمْنًا أَفْضَاهُ بَيْنَ الْعِبَادِ بِرَحْمَتِهِ - (نهج البلاغه، نامه ۵۳).

امام علی(ع) در این نامه خطاب به مالک اشتر می‌فرماید: هرگاه با دشمنت پیمان بستی جانت را سپر وفای به آن قرار بده و در پیمان خود خیانت و فساد و فریب راه مده. حتی مشرکان عصر جاهلیت به پیمان خود وفا می‌کردند، چون عواقب نقض عهد را تجربه کرده بودند.

۲.۳. سیره

مطابق گزارش‌هایی که از سیره پیامبر اکرم(ص) شده است، آن حضرت هیچ پیمانی را نه تنها نقض نکرده، بلکه همواره بر تداوم آن اصرار ورزیده است. یک نمونه روشن، عملکرد ایشان در ماجرای صلح حدیبیه است؛ از جمله مفاد این صلح، عدم اعطای پناهندگی به مسلمانانی بود که از مکه گریخته و به مدینه پناه می‌آوردند؛ ولیکن به عکس، مشرکان می‌توانستند به کسانی که از مدینه فرار می‌کردند پناه دهند. بر همین اساس وقتی که ابوجندل، پسر سهیل که خود نماینده قریش در مذاکرات صلح بود، از زندان مکه فرار کرده و به پیامبر پناه آورد، پیامبر بنا به درخواست سهیل در کمال غم و اندوه او را به پدرش تحویل داد. همین قصه درباره ابوبصیر، مسلمان دیگری که از اذیت و آزار قریش فرار کرده و خود را به مدینه‌النبی رسانده بود، به درخواست قریش مسترد شد.^۱

۲.۴. بنای عقلا

بنای عقلای عالم که با افوا بالعقود و مانند آن به امضای شارع نیز رسیده است، از مهم‌ترین ادله لزوم وفا به عقود و پیمان‌هاست. نقض عهد از رذایل اخلاقی به شمار می‌آید و ضد فضیلت و

۱. آبیاری، ابراهیم، مصطفی سقا و عبدالحفیظ شبلی، السیره النبویه لابن هشام، ج ۳، چ ۱، بیروت: دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق، صص ۳۳۱-۳۳۴.

شرافت محسوب می‌شود.^۱ عموم و شمول این دلیل از هر دلیل نقلی بیشتر است. چون سیاق برخی دلایل به گونه‌ای است که بعضی از انواع عقود و پیمان‌ها را در بر نمی‌گیرد؛ مثلاً «اوفوا بالعقود»، ایقاعات را در بر نمی‌گیرد یا آیه شریفه «لاتاكلوا اموالکم بینکم بالباطل»، فقط شامل عقود تملیکی می‌شود، ولی «بنای عقلا» همه عقود و پیمان‌ها اعم از معاوضی و غیرمعاوضی، تملیکی و غیرتملیکی، حتی ایقاعات و عقد بیعت و نیز معاهدات بین مسلمانان و کفار را نیز شامل می‌شود.^۲ به گفته برخی فقیهان، وقتی از بنای عقلا پس از امضای شارع، حکم شارع به لزوم عقد کشف می‌شود، این دلیل - که دلیل لئی است - مانند ادله لفظی عموم و اطلاق دارد.^۳ لذا در آن واحد چنین دلیلی در کنار سایر ادله، دلالت بر لزوم وصف عقد و لازم‌الوفا بودن مفاد آن می‌نماید.

همچنین باید افزود که از نگاه حقوق بشری که امروزه مستظهر به بنای عقلاست، شایسته نیست که حقوق افراد به دلایل مذهبی دستخوش تفاوت و تبعیض قرار گیرد. حداقل با اطمینان می‌توان گفت در حوزه قراردادهای و معاهدات هیچ دلیل شرعی که دال بر تجویز تبعیض افراد به دلایل مذهبی باشد، وجود ندارد. لذا وفای به عهد در قبال همه افراد لازم است و به اصطلاح اصولی این قاعده آبی از تخصیص و استثناست.

۲.۵. عدالت اجتماعی

به نظر علامه طباطبایی، وفای به عهد مطلقاً لازم است حتی اگر به زیان یکی از طرفین باشد؛ زیرا درغیراین صورت عدالت اجتماعی لطمه می‌بیند، درحالی که تأمین چنین عدالتی از سود

۱. بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، با تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۵، منبع پیشین، صص ۲۰۲-۲۰۳.

۲. بجنوردی، سید محمد حسن، همان منبع، ص ۲۳۰.

۳. همان منبع، ص ۲۰۷. ولا یصغی الی ما یقال بأن البناء العملى، لا عموم ولا إطلاق فیہ مثل باب الالفاظ، کی یتمسک به لرفع الشک والحکم باللزوم. وذلک من جهة أن هذا البناء بعد إمضاء الشارع له ولو من جهة عدم الردع یتکشف منه حکم الشارع بلزوم کل عقد، فیکون كما إذا ورد عام لفظی یكون له عموم وإطلاق وبهذا البیان اثبتنا الاطلاق للاجماع إذا کان معقده عنوانا من العناوین.

و زیان شخصی مهم‌تر است. وفای به عهد به نظر ایشان مقتضای فطرت انسانی و در راستای اجرای حقیقت است.^۱

به ادله فوق می‌توان «حفاظت از نظم عمومی» و «جلوگیری از اختلال در نظام‌های معاملاتی داخلی و بین‌المللی» را نیز افزود. البته این دو خود می‌توانند مبانی و پایه‌های استدلال بنای عقلا نیز باشند.

۳. مجوزهای خروج یک‌جانبه از پیمان

برحسب ادله‌ای که گذشت، وفای به عهد لازم است؛ حتی اگر به زیان احد طرفین باشد و با هیچ عذر و بهانه‌ای نقض عهد جایز نیست. حتی اگر عقد یا شرط ضمن آن از روی اضطرار و ناچاری منعقد یا درج شده باشد، در صورت رفع اضطرار نیز وفای به عقد واجب و نقض آن حرام است.^۲ مع الوصف خروج یک‌جانبه از پیمان در مواردی محدود با قیود و شروط خاص مجاز است. عناوین این موارد در قراردادهای تجاری با معاهدات سیاسی (با کفار) معمولاً تفاوت دارند.

۳.۱. موجبات فسخ

در معاملات و قراردادهای تجاری - چه با مسلمان و چه با غیرمسلمان - اختیارات، مانند اختیار تخلف شرط، اختیار غبن و اختیار عیب از موجبات فسخ یک‌جانبه عقد هستند. اما در قراردادهای نوع دوم / معاهدات (با غیرمسلمانان)، گرچه می‌توان از تخلف شرط به عنوان یکی از موجبات نقض عهد نام برد، به‌طور مشخص، نقض عهد توسط طرف مقابل یا بیم از نقض عهد از موجبات خروج یک‌جانبه از پیمان است. اکنون این دو مورد به‌طور خاص بررسی می‌شوند:

۳.۲. در صورت نقض عهد

از آیات و روایات متعدد استنباط می‌شود، در صورتی که مشرکان و کفار طرف معاهده نقض عهد کنند، طرف دیگر نیز می‌تواند مقابله به مثل کرده و پیمان را نقض کند. لیکن مستفاد از ادله و نیز تبیین فقیهان آن است که این اقدام باید متناسب و متناظر با اقدام طرف مقابل باشد و لذا

۱. طباطبایی، سید محمد حسین، منبع پیشین، صص ۱۶۰ و ۱۶۱.

۲. ن.ک به: نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۱، منبع پیشین، صص ۲۱ و ۳۰۱.

در صورتی که پیمان به لحاظ افراد، قابل تجزیه باشد و تنها بعضی نقض عهد کنند، پیمان هم در حدود و قلمرو نامبردگان نقض می‌شود و نسبت به دیگران لازم‌الوفا باقی می‌ماند.^۱ همچنین است اگر معاهده به لحاظ موضوع قابل تجزیه باشد و با نقض یک بخش، کل پیمان بی‌ارزش و نامطلوب نشود.

آیات ذیل می‌توانند دلیلی بر جواز «نقض در مقابل نقض» و «لزوم رعایت اندازه نقض» باشند:

– و ان نكثوا ايمانهم من بعد عهدهم (برائت/۱۲)

– فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم (انفال / ۶۰)

– فاعتدوا عليهم بمثل ما اعتدى عليكم (بقره/۱۹۴)

قابل توجه است که نه در فقه امامیه و نه در حقوق ایران نقض قرارداد- در حوزه معاملات و قراردادهای تجاری- مجوز نقض آن توسط طرف مقابل نیست. به نظر ما این ممنوعیت- با توضیحاتی که در بندهای بعدی می‌دهیم- قابل انتقاد است. مفاد آیات فوق که نقض را در مقابل نقض تجویز می‌کنند، عقلایی، اقتصادی و منطبق بر عدالت قراردادی است و شایسته است فقه و حقوق موضوعه ایران از این جهت به‌روز شوند.

۳.۳. در صورت بیم نقض عهد/ خیانت

آیه ۵۸ سوره مبارکه انفال چنین می‌فرماید: «و اما تخافن من قوم خيانه فانبذ اليهم على سواء ان الله لا يحب الخائنين»

مفسران و فقیهان به استناد این آیه شریفه معتقدند، در صورتی که بیم خیانت و نقض عهد از جانب کفار برود، نقض یک‌جانبه عهد جایز است. اما اجازه نقض عهد و فسخ یک‌جانبه قرارداد مشروط به مواردی است: اولاً، احتمال نقض عهد باید قوی، مستند و مبتنی بر امارات و دلایل روشن باشد و صرف حدس و گمان مجوز نقض عهد نمی‌شود. شیخ طوسی می‌فرماید: «و لا

۱. طباطبایی، سید محمد حسین، منبع پیشین، ص ۱۶۰؛ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الميسوط في فقه الإماميه، ج ۲، چ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق، ص ۵۸؛ حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، ج ۹، چ ۱، قم: موسسه آل البيت، ۱۴۱۹ق، ص ۳۷۷.

تنقض الهدنه بنفس الخوف^۱ و علامه حلی تأکید می‌کند: «لو خاف الإمام من خیانة المهادين وغدرهم بسبب أو أمانة دلته علی ذلك، جاز له نقض العهد... ولا یکنی وقوع ذلك فی قلبه حتی یكون عن أمانة تدل علی ما خافه.»^۲ صاحب جواهر توضیح می‌دهد که دلیل احتیاط در عدم نقض یک‌جانبه عهد، ضرورت لزوم وفای به عهد است.^۳ ثانیاً، فقط در معاهدات موقت مانند مهاده، بیم از نقض عهد مجوز فسخ قرارداد است و در قراردادهای دائم مانند عقد ذمه، بیم از نقض عهد مجوز فسخ قرارداد نیست؛ زیرا عقد ذمه از حقوق اهل کتاب است، درحالی‌که هدنه که با مشرکین منعقد می‌شود نه به‌خاطر ایفای حقوق مشرکین، بلکه برای حفظ مصالح مسلمین است. از سوی دیگر، احتمال ایراد ضرر از جانب اهل کتاب کمتر از مشرکین است؛ لذا به صرف احتمال نقض عهد از سوی آنان نمی‌توان قرارداد را نقض کرد.^۴ ثالثاً، هیچ فقیهی حکم به وجوب نقض قرارداد نکرده و همگی نظر به جواز نقض داده‌اند که باید با ملاحظه همه منافع و مصالح مسلمین باشد. استدلال ایشان برای حکم به جواز این است که صیغه امر (فانبد) در مقام توهّم حظر است و لذا صیغه مزبور دلالت بر وجوب ندارد. رابعاً و شاید از همه مهم‌تر اینکه، قبل از اقدام به خروج از قرارداد و فسخ آن باید به طرف مقابل اخطار داد و ابلاغ کرد که از نظر ما، شما درصدد نقض قرارداد هستید و لذا ما هم قرارداد فیما بین را فسخ می‌کنیم. آیه شریفه تصریح می‌کند: «فانبد الیهم علی سواء، یعنی؛ أعلمهم بنقض عهدهم حتی تصیر انت و هم سواء فی العلم».^۵ یعنی این نگرانی باید به طرف معاهده اعلام شود که شواهد و قراین نشان می‌دهد که آنان درصدد نقض قرارداد هستند. هدف از این اعلام آن است که دشمن غافلگیر نشود و هر دو طرف قرارداد در شرایط برابر قرار گیرند و چه بسا، طرف مقابل اثبات کند که این نگرانی به‌جا نیست و برحسب محاسبات غلط صورت گرفته است و لذا طرف

۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، منبع پیشین، صص ۵۸ و ۵۹.

۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، منبع پیشین، ص ۳۷۸.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۱، منبع پیشین، ص ۲۹۴.

۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، منبع پیشین، صص ۳۷۸ و ۳۷۹.

۵. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، همان منبع؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۱، منبع پیشین.

مقابل با ارائه تضامین و یا روش‌های اطمینان‌بخش دیگر، اعتمادسازی کند. این شرط حاکی از نهایت اخلاق‌گرایی و عدالت‌ورزی قرآن کریم در هنگامه جنگ است.

۴. انواع قراردادها، موضوعات و شروط قراردادی با غیرمسلمانان

یکی از پرسش‌های مطروحه در این نوشتار آن است که در چه حوزه‌ها و موضوعاتی و با چه عناوین حقوقی و شروطی می‌توان با غیرمسلمانان معاهده بست؟ آیا فقط با عناوین معینی که در سنت و سیره اسلامی گزارش شده است، مثل هدنه (آتش بس) و ذمه، امکان انعقاد قرارداد هست یا با عناوین دیگر نیز انعقاد قرارداد جایز است؟ در پاسخ باید گفت که نظریه بی‌اعتباری عقود غیرمعین، در حال حاضر مردود و مطرود است و فقیهان معاصر به استناد عموم و اطلاق «أوفوا بالعقود» و سایر ادله نفوذ عقد، معتقدند هر رابطه حقوقی که عرفاً عنوان عقد بر آن صادق و مشتمل بر ارکان و شرایط صحت عقد باشد، صحیح و معتبر است. مرحوم نایینی می‌فرماید: «لجاز التمسک لصحته بعموم أوفوا بالعقود و لا وجه لدعوى اختصاصه بالعقود المتعارفه و المعاملات المتداوله إلاً إرادة العهد من اللأم و هو خلاف ظاهر اللأم فى كل مقام لا سیما فى مثل هذه الأحكام»^۱

بنابراین عقود مستحدث و آنچه معاهده دوجانبه، چندجانبه، کنوانسیون و امثال آن در عرف حقوق بین‌الملل نامیده می‌شود صحیح و معتبر است.

اما در پاسخ به این مسئله که در چه موضوعات و با چه شروطی انعقاد عقد صحیح است، باید گفت که هیچ نص خاصی که موضوع یا شروط را محدود و معین کرده باشد، وجود ندارد. با ارجاع به عمومات، اصول و قواعد کلی می‌توان گفت مهم‌ترین شرط صحت عقد و صحت شرط، این است که موضوع عقد یا شروط ضمن آن نباید مخالف کتاب و سنت باشد. سایر شروطی که به‌عنوان شرایط صحت عقد یا شرایط صحت شرط در کتب فقهی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، تفاوت زیادی با عرف عقلا در سایر نظام‌های حقوقی ندارند. لذا بیش از همه تأکید بر انطباق عقد با شرع یا به تعبیر درست‌تر عدم مغایرت با شرع را به‌عنوان مهم‌ترین ملاک صحت قراردادهای بین‌المللی نام می‌بریم.

۱. نایینی، محمد حسین، منبع پیشین، ص ۱۰۴.

درباره معیارهای موافقت با شرع یا عدم مغایرت عقد با شرع در این گفتار مجال گفت‌وگو نیست.^۱ جالب است که فقیهان علاوه بر اینکه در مبحث شروط، معیارهای موافقت و مخالفت شرط با شرع را بررسی کرده‌اند، در ضمن بحث از عقود ذمه و هدنه هم از مغایرت عقد یا شروط ضمن عقد با شرع سخن گفته و حتی آثار مغایرت را نیز بررسی کرده‌اند؛ مثلاً مغایرت عقد ذمه با شرع را موجب بطلان عقد دانسته^۲ و مغایرت شروط ضمن عقد با شرع را نیز غالباً مفسد عقد عنوان کرده‌اند؛^۳ با این استدلال که عقد در مانحن فیه، ماهیتاً عهد است و شرط باعث تعلیق عقد بر شرط می‌شود؛ مانند وصیت که یک عقد تعلیقی و معلق بر فوت موصی است.^۴ درحالی که در عقود حقوق خصوصی - قراردادهای تجاری و مدنی - معمولاً درباره رابطه شرط و عقد نظریه تعلیق طرف‌داران کمتری داشته و لزوماً حکم به بطلان شرط مغایر با عقد نکرده‌اند. در عین حال که فقها به طور مبسوط درباره معیارهای مخالفت با شرع سخن گفته‌اند، اما اختلاف نظر در کبری و صغری - نظریه و مصداق - در خصوص شروط ضمن عقد/ معاهده با کفار فراوان است؛ مثلاً درباره امکان یا امتناع تظاهر به منکرات توسط کفار درحالی که نوعاً فقیهان آن را جایز نمی‌دانند، برخی احتمال صحت آن را مطرح کرده‌اند.^۵

۵. لزوم وفای به عهد با غیرمسلمانان در حقوق موضوعه ایران

در حقوق ایران به پیروی از فقه اسلامی تفاوت‌های حقوقی چندی بین مسلمان و غیرمسلمان در احکام وصیت، ارث، شهادت، قصاص و مانند آن وجود دارد، اما از نظر لزوم وفای به عهد بین مسلمان و غیرمسلمان تفاوت حقوقی و قانونی وجود ندارد. لذا همه عمومات قرآنی و حدیثی که دلالت بر لزوم وفای به عقود و عهود دارند، شامل غیرمسلمانان هم می‌شوند. از نظر حقوقی نیز می‌توان به ماده ۲۱۹ قانون مدنی به عنوان مقرر اصلی موضوعه برای لزوم وفاداری و پایبندی به عقود با غیرمسلمانان استناد کرد. همچنان که بین کافر اهل کتاب و

۱. به عنوان نمونه ن.ک به: انصاری (شیخ)، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۶، چ ۱۰، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق، ص ۲۴.

۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، منبع پیشین، ص ۵۲.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۱، منبع پیشین، ص ۳۰۰.

۴. نجفی، محمد حسن، همان منبع، ص ۲۶۸.

۵. همان منبع، ص ۳۰۱.

غیر اهل کتاب از جهت وفای به عهد فرقی نیست و به استناد اصول سیزدهم و چهاردهم قانون اساسی که مبتنی بر آیات ۸ و ۹ سوره ممتحنه می‌باشند، وفای به قراردادهای منعقد شده با هر دو گروه - اهل کتاب و غیراهل کتاب - لازم است. نیازی به ذکر نیست که برای لزوم وفای به معاهدات بین‌المللی در حقوق ایران می‌توان به مواد ۹ و ۹۷۴ قانون مدنی استناد کرد. رویه‌های حقوقی، قضایی و سیاسی دولت جمهوری اسلامی ایران در معاهدات و قراردادهای و معاهدات دوجانبه یا چندجانبه که با سایر کشورها و سازمان‌های بین‌المللی و با غیرمسلمانان در حوزه‌های تجاری، مدنی و سیاسی منعقد می‌کند، نیز حاکی از التزام به وفای به عهد و عدم تبعیض یا تفاوت بین مسلمان و غیرمسلمان است. شورای نگهبان که مرجع انطباق مصوبات مجلس با شرع است (مواد ۷۷، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ ق.ا.) هنوز هیچ معاهده بین‌المللی را به اعتبار غیرمسلمان بودن طرف معاهده رد نکرده است. قراردادهای بین‌المللی دولتی هم هیچ‌گاه به دلیل کافر بودن طرف مقابل رد نشده‌اند.

جالب است که در فقه امامیه و حقوق ایران در حوزه قراردادهای تجاری و مدنی، بیم نقض قرارداد موجب حق فسخ برای طرف مقابل نیست؛ یعنی اگر یک طرف قرارداد مطمئن باشد که طرف مقابل به قرارداد عمل نخواهد کرد، طرف دیگر باید همه تعهدات خود را سر وقت ایفا کند و به‌عنوان یکی از طرق عام، فقط می‌تواند الزام طرف مقابل را مطالبه کند یا بعد از نقض قطعی قرارداد از حقوق مترتب بر نقض قرارداد، استفاده کند. این ناترازی و عدم توازن در حقوق طرفین گاهی موجب ضررهای هنگفت و جبران‌ناپذیری برای طرف با حسن‌نیت می‌شود و بدیهی است که این نظام مسئولیت و جبران خسارت، ناکارآمد و محتاج اصلاح و به‌روزرسانی است. اما برخی از نظام‌های حقوقی و به‌طور خاص کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ این نقیصه را رفع کرده‌اند. درست به همان ترتیبی که در آیه ۵۸ سوره انفال - راجع به بیم از نقض قرارداد توسط دشمن - بررسی شد و دیدیم در صورتی که امارات و قراین کافی دلالت بر نقض قرارداد توسط طرف مقابل کنند، می‌توان قرارداد را یک‌جانبه فسخ کرد، منتها این فسخ منوط به اخطار و اعلام قبلی است تا در صورتی که طرف مقابل حسن‌نیت داشته و نگرانی ناموجه باشد، با ارائه تضامین یا روش‌های دیگر، رفع نگرانی کند و مانع فسخ یک‌جانبه شود. به موجب ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی

1. CISG, 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)

کالا: «هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. طرفی که قصد اعلام فسخ دارد چنانچه وقت اقتضا کند، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ایفای تعهدات بدهد.»^۱

1. Article 72: (1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided. (2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance. (3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

نتیجه‌گیری

فقه اسلامی با درک ضرورت وفا به قرارداد، هرگونه اختلاف دینی و عقیدتی را در این امر مهم بی‌اثر کرده و وفا به عهد و پیمان، حتی با دشمنان و کفار در حال جنگ را ضروری و لازم دانسته است. به نظر برخی فقها، وفا به قراردادهای تجاری و مدنی و همچنین التزام به معاهدات سیاسی با کفار علاوه بر لزوم وضعی، واجب تکلیفی نیز هست. فقها بیشتر به بررسی ادله لزوم وفا به عهد در قراردادهای تجاری و مدنی با کفار پرداخته‌اند؛ اما مفسرین بیشتر معاهدات ترک تعرض و مخاصمه را، که ما از آنها به‌عنوان معاهدات سیاسی یاد کردیم، مورد تحلیل و بررسی قرار داده‌اند. حقیقت آن است که مفسرین بیش از فقها به لزوم وفاداری به پیمان با کفار پرداخته‌اند که ناشی از فراوانی آیات قرآنی (مانند آیه شریفه «فما استقاموا لکم فاستقیموا لهم») در این باب است. همچنین ایشان به پیروی از آیات شریفه قرآنی، «نقض در صورت بیم نقض» را از موارد معدود و محدود مجاز خروج یک‌جانبه از قرارداد دانسته‌اند؛ موضوعی که در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز مشاهده می‌شود. این استنتاج ضمنی که از آیه ۵۸ سوره انفال به دست آمد، اهمیت کمتری از اصل ایده مقاله که راجع به وفای به عهد با کفار بود، ندارد. زیرا باعث به‌روز شدن نظام جبران خسارت در فقه اسلامی و حقوق ایران می‌شود. همان‌گونه که اشاره کردیم، از نظر ادله دینی، در وفای به عهد با کفار فرقی بین معاهدات سیاسی و معاهدات تجاری نیست؛ گرچه فقها بیشتر به معاهدات تجاری و مفسرین به معاهدات سیاسی پرداخته‌اند. لذا از ادله راجع به معاهدات جنگ و صلح که اجازه نقض در صورت بیم نقض می‌دهند، می‌توان در حوزه معاملات خصوصی هم استفاده کرد و نقض در برابر بیم نقض را - البته با تعیین حدود و شرایط دقیق - تجویز کرد و بدین وسیله عدالت قراردادی را بیشتر و بهتر تأمین و تحصیل نمود.

از این مقال دریافتیم که عهد و پیمان با کفار - حتی کفار در حال جنگ - ممنوع نیست و خروج یک‌جانبه از آن هم آسان نیست. فما استقاموا لکم فاستقیموا لهم.

فهرست منابع

قرآن کریم

نهج البلاغه

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. فلسفی، هدایت الله، **حقوق بین الملل معاهدات**، ج ۶، فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۸.
۲. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، **حقوق بین الملل عمومی**، انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۱.
۳. محقق داماد، سیدمصطفی، **حقوق بین الملل؛ رهیافتی اسلامی**، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳.
۴. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، **تفسیر نمونه**، ج ۴، چ ۱، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۱.
۵. هاشمی شاهرودی، سید محمود، **فرهنگ فقه فارسی**، ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳۸۲.

مقاله

۶. عنایت، سیدحسین، «تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران»، **مجله حقوقی بین المللی**، دوره ۶، شماره ۷، ۱۳۶۵، صص ۱۹۴-۹۹.

قوانین و مقررات

۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
۸. قانون مدنی

ب) منابع عربی

کتاب

۹. آبیاری، ابراهیم، مصطفی سقا و عبدالحفیظ شبلی، **السیرة النبویة لابن هشام**، ج ۳، چ ۱، بیروت: دار المعرفه، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. انصاری (شیخ)، مرتضی، **کتاب الطهاره**، ج ۵، چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.

۱۱. انصاری (شیخ)، مرتضی، **کتاب المکاسب**، ج ۶، چ ۱۰، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.
۱۲. بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، با تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۳، چ ۱، قم: نشر الیهادی، ۱۳۷۷ ش (۱۴۱۹ ق).
۱۳. بجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه**، با تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، ج ۵، چ ۱، قم: نشر الیهادی، ۱۳۷۷ ش (۱۴۱۹ ق).
۱۴. بروجردی، مرتضی، **المستند فی شرح العروه الوثقی** (تقریرات آیت الله العظمی سید ابوالقاسم الموسی الخویی)، ج ۱۵، چ ۱، قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. تبریزی، جواد، **صراط النجاه فی اجوبه الاستفتائات**، ج ۷، چ ۱، قم: دار الصدیقه الشهیده (سلام الله علیها)، ۱۳۹۱ ش (۱۴۳۳ ق).
۱۶. جواهری، سید محمد، **القضا و الشهادات** (تقریرات آیت الله العظمی سید ابوالقاسم الموسی الخویی)، ج ۱، چ ۳، مکتبه الامام الخویی، ۱۴۲۸ ق.
۱۷. حائری، مرتضی، **کتاب الخمس**، چ ۳، قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۸. حب الله، حیدر، **قواعد فقه العلاقه مع الآخر الدینی، دراسه فی ضوء النص الإسلامی والمسیحی (الحقوق السیاسیه تطبیقاً)**، بیروت: دار روافد للطباعه والنشر والتوزیع، ۲۰۲۰ م.
۱۹. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، **وسائل الشیعہ**، ج ۱۸، چ ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۹ ق.
۲۰. حسینی روحانی، سید محمد صادق، **فقه الصادق**، ج ۷، چ ۴، قم: نشر آیین دانش، ۱۴۳۵ ق.
۲۱. حکیم، سید محسن، **مستمسک العروه الوثقی** (سید محمد کاظم یزدی)، ج ۲، چ ۱، قم: دار التفسیر، ۱۳۷۴ ش (۱۴۱۶ ق).
۲۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، **تذکره الفقها**، ج ۹، چ ۱، قم: موسسه آل البیت، ۱۴۱۹ ق.

۲۳. خراسانی(آخوند)، محمدکاظم بن حسین، **کتاب فی الوقف (رساله‌ای در وقف)**، ج ۱، قم: جماعه المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. خمینی، سید روح الله، **کتاب الطهاره**، ج ۳، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ق.
۲۵. خمینی، سید روح الله، **تحریر الوسیله**، ج ۲، دارالانوار، ۱۴۰۳ ق.
۲۶. سبزواری (محقق)، محمد باقر، **کفایة الاحکام**، ج ۱، ج ۳، قم: جماعه المدرسين فی الحوزة العلمیه بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۹۶ ش.
۲۷. سیستانی، علی، **منهاج الصالحین**، ج ۱، ج ۱، قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۵ ق.
۲۸. صدر، سید محمد باقر، **بحوث فی شرح العروه الوثقی**، ج ۳، ج ۱، قم: مجمع الشهد آیه الله الصدر العلمی، ۱۴۰۸ ق.
۲۹. طباطبایی حکیم، محمد سعید، **مصباح المنهاج**، ج ۲، نجف: مؤسسه الحکمه للثقافیه الإسلامیه، ۱۴۲۸ ق.
۳۰. طباطبایی، سید محمد حسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ج ۵، ج ۳، تهران: کانون انتشارات محمدی، ۱۳۶۳ ش.
۳۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۲، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۲. عاملی جبعی(شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، ج ۶، ج ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. غروی تبریزی، میرزا علی، **التنقیح فی شرح العروه الوثقی** (تقریرات آیت الله العظمی سید ابوالقاسم الموسی الخوی)، ج ۳، ج ۱، قم: انتشارات لطفی، ۱۴۰۷ ق.
۳۴. کرکی (محقق)، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۳، ج ۱، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۵. مجلسی، محمد باقر، **بحار الانوار**، ج ۳۴، ج ۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.

۳۶. محسنی، محمد آصف، **القواعد الاصولیه و الفقهیه فی المتمسک** (سید محسن حکیم)، چ ۱، قم: نشر پیام مهر، ۱۳۸۲ ش.
۳۷. مدرسی، سید محمد تقی، **الاستفتائات**، ج ۲، چ ۲، بیروت: مرکز العصر، ۱۴۳۳ ق.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر، **الفتاوی الجدیده**، ج ۱، چ ۱، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۳۸۵ ش.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهه**، چ ۱، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۵ ق.
۴۰. نایینی، محمد حسین، **منیه الطالب**، تقریر و تصحیح توسط موسی نجفی خوانساری، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۴۱. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۱، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق.
۴۲. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۳، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۸ ق.
۴۳. یزدی، سید محمد کاظم، **العروه الوثقی**، ج ۲، چ ۱، قم: مکتبه الداوری، ۱۴۱۴ ق.

Pacta Sunt Servanda in Contract with Non-Muslim (A Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Iran's Law)

Hossein SIMAEI SARRAF (Associate Professor of Law, Shahid Beheshti University)

Abstract

Every day, several contracts are concluded in economic, commercial and political fields, the fulfillment and performance of which is not only a moral matter but also a social necessity. On the other hand, there is no doubt that religion has entered into some areas of law and has created differences between Muslims and non-Muslims. Although these differences can sometimes be questioned and criticized, but they have been reflected in Iran's Law according to *Fiqh* (Islamic Jurisprudence). The main question of this Article is whether this ideological difference has penetrated to the contracts or this field is free from religion interference. Islamic jurists unanimously consider it necessary to adhere to the contracts between Muslims and different sects of non-Muslims (even military enemies). Also they allow contract withdrawal only in special cases and under limited conditions. This Article shows that even the subject of the contract does not make a difference, whether it is related to economic, commercial and civil affairs or political affairs such as war and peace. Moreover it will be understood that breach of contract and unilateral withdrawal are so confined. Among the limited cases that breach of contracts would be justifiable; there is "reciprocal breach", which has been mentioned in Quran. This type of breach is recognized in international law and CISG, but not in Islamic Jurisprudence and Iranian contract law. Therefore Iran's Law is inefficient in this regard. In this Article the above mentioned breach will be recognized implicitly and it will be concluded that it might be necessary to consider "reciprocal breach" in Iranian contract law.

Keywords:

Pacta Sunt Servanda, Treaty, Non-Muslims, Ahl-e- Kitab, Polytheists, Breach of contract.

تحلیل اعتبار شروط الحاقی به عقد در حقوق ایران و فقه امامیه

(مقاله علمی-پژوهشی)

محمد جواد ذوالقدر*

مرتضی شهبازی نیا**

محمد باقر پارساپور***

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۰۴

چکیده

بحث درباره امکان و امتناع الحاق شرط جدید به عقد، مورد توجه فقها اعم از قدمای از ایشان و متأخرین بوده و همچنین توجه حقوق دانان ایرانی را نیز به خود جلب نموده است، ولی کماکان اختلاف در میان نظرات، باقی است. به نظر می‌رسد این اختلاف ریشه در اختلاف نگاه صاحب نظران به تعریف شرط و ایضاً در دید ایشان به کیفیت انشای اعتباریات است. از این رو لازم به نظر می‌رسد که پس از گردآوری آرای مهم، طبقه‌بندی نوینی از این عناوین عرضه شود تا فهم عوارض مسئله سهل‌تر و پرداخت به مسئله پژوهش، ساده‌تر گردد. بدین مناسبت، این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی منابع گردآمده از مطالعه کتابخانه‌ای آثار صاحب نظران پرداخته و پس از تشریح نظرات موافقان و مخالفان الحاق شرط به عقد و دسته‌بندی اقوال صاحب نظران از هر دو گروه، همچنین تنقیح ملاک متخذ مؤلفان درباره ضابطه ارتباط شرط و عقد، نتیجه می‌گیرد که شرط از آن رو که الزام و التزامی است که به نحو جعلی و قراردادی به عقدی مرتبط شده، می‌تواند بر عقدی که سابقاً موجود بوده است، لاحق شود و در نتیجه این الحاق، لازم‌الوفا محسوب گردد. همچنین از آن رو که شرط ماهیتی اعتباری است، دخل و تصرف در ماهیات اعتباری در اختیار خالقان آن ماهیت خواهد بود. بنابراین همان اراده‌ای که خالق ماهیت حقوقی اصلی (عقد) بوده، می‌تواند درباره لواحق به آن ماهیت (شروط الحاقی)، تصمیم بگیرد و قبض و بسط محتوای عقد را اراده کند.

کلیدواژگان:

شرط الحاقی، شرط ضمن عقد، الحاق شرط به عقد، ارتباط شرط و عقد.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)

m_zolghadr@modares.ac.ir

** دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس

shahbazinia@modares.ac.ir

*** دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس

parsapour@modares.ac.ir



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

در میان موضوعات حقوق معاملات بحث شروط ضمن عقد از مهم‌ترین مسائل بوده و فایده عملی فراوان بر بررسی آن مترتب است. ذیل این مجموعه، عنوان شرط الحاقی و قرارگرفتن آن در زمره شروط ضمن عقد، موضوع فصل چهارم از باب اول از کتاب دوم قانون مدنی و نیز شمول شرط الحاقی تحت قاعده فقهی «المومنون عند شروطهم»^۱، از بحث‌برانگیزترین عناوین فقهی و حقوقی است. در همین راستا با بررسی نظرات می‌توان دانست که اجمالاً موضع بحث بر سر دو مطلب است:

نخست: تعریفی که فقها و حقوق‌دانان از شرط ارائه می‌دهند و عوارض و لواحق آن با بحث درباره شرط می‌توان گفت که آیا بحث لحوق و ضمنیت شرط به عقد، ذاتی منطقی عقد است یا ممکن است الحاق را بر شرط عارض کرد؛ زیرا اگر قائل باشیم لحوق شرط به عقد می‌تواند عرضی باشد، لازم می‌آید تا شرط را خارج از چهارچوب عقد و بدون وابستگی به آن نیز موجودی مستقل بدانیم. اما اگر به راه اول رفته باشیم، استعمال شرط برای تراضی مذکور تا زمانی که داخل چهارچوب مرتبین به یک عقد نباشد، مجازی است.

دوم: در تبیین حدود اصل آزادی اراده و توان خلاقه اراده معاملی افراد نسبت به ماهیات جدید؛ بدان معنا که آیا می‌توان حدود اعمال حقوقی ناشی از اراده سالم افراد دارای اهلیت را محدود به اعمال حقوقی رایج در گذشته نمود؟ یا اقوی آن است که در مقام بررسی اعمال حقوقی متداول و موردنیاز جامعه، قدرت خلاقیت اراده را محدود نگردانیم و فراخی حدود تأثیر اراده را تا مرز تداخل با نظم عمومی به رسمیت بشناسیم؟

با وجود اختلاف نظر در میان فقها و حقوق‌دانان در موضوع شرط الحاقی، اما تحقیقات گذشته ناظر به بسط و شرح ادله موافقان و مخالفان قرارگیری شروط الحاقی در زمره شروط ضمن عقد نبوده و در صورت اشاره به موضوع، غالباً به صرف بیان حکم بسنده شده است. بدین جهت مهم می‌نماید که با تدقیق و بررسی نظرات فقها و حقوق‌دانان، این موضوع و دلایل تفصیلی آن بیش از پیش روشن و واضح گردد.

۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲؛ ج ۱۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵، ص ۳۹.

برای این منظور، پژوهش حاضر ابتدا در قالب یک گفتار به معنای شرط و سپس به تبیین شرط الحاقی پرداخته و پس از آن، نظرات موافقان و مخالفان الحاق شرط به عقد را بیان می‌کند. در ادامه نیز به بررسی و تبیین نظرات موافقان و مخالفان خواهد پرداخت و در نهایت اقدام به ارائه تعریف پیشنهادی و نتیجه‌گیری می‌نماید.

۱. معنای شرط و انواع آن

محققان درصدد تعریف شرط، گزاره‌های بعضاً متفاوتی ارائه داده‌اند. ما در اینجا به اختصار، برخی از تعاریف ارائه‌شده را بیان می‌کنیم تا با استفاده از این گزاره‌ها به بحث اصلی بپردازیم. اهل لغت^۱ شرط را الزام و التزام ضمن عقد بیع می‌دانند.^۲ برخی دیگر نیز آن را در معنای پیمان و عهد و نیز تعلق امری بر امر دیگر تعریف می‌کنند.^۳

«در اصطلاح فقه و قانون مدنی [شرط] معانی گوناگون دارد مانند التزام و تعهد و خیار»^۴ شیخ انصاری می‌فرماید شرط در عرف به دو معنا به کار می‌رود که یکی معنای حدیثی و دیگری جامد است.^۵ در معنای جامد، شرط آن چیزی است که از عدمش عدم شیء لازم می‌آید، ولی از وجودش وجود همان شیء لازم نمی‌شود.^۶ در برابر این عده، برخی دیگر معنای دیگری از شرط اراده می‌کنند که محل کلام ماست و در فقه و حقوق بحث بر سر این شق از معنای شرط است.

۱. برخی صاحب‌نظران اصولاً مراجعه به اهل لغت در ما نحن فیه را ناصواب دانسته و برای شرط، حقیقت عرفی قائل‌اند که البته هم ایشان در رجوع به عرف معنای الزام و التزام را از شرط مستنبط می‌دانند (محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ج ۱، چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵، ص ۶۳).

۲. فیروزآبادی، محمدین یعقوب، القاموس المحيط، ج ۲، بیروت لبنان: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۵۵۹.

۳. معین، محمد، فرهنگ فارسی (یک جلدی کامل)، چ ۱۴، تهران: انتشارات ساحل، ۱۳۸۷، ص ۵۸۵.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۲۴.

۵. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۶، چ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۱.

۶. «مایلمن من عدمه عدم الشی و لایلمن من وجوده وجود الشی»: حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۲۷۲؛ خوبی، سید محمد تقی، الشروط أو التزامات التبعية فی العقود، ج ۱، چ ۳، قم: یاران، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۲۳.

این گروه شرط را در معنای حدی، مطلق الزام و التزام می‌دانند.^۱ البته در مقابل، برخی دیگر این معنا را نقد کرده و خلاف آن تقریر می‌کنند و شرط را به معنای یک الزام می‌دانند که به واسطه ارتباط آن، با لازم دیگر (= عقد) [در عالم اعتبار] به وجود می‌آید.^۲ با تفصیلی که گذشت، مسامحتاً و در مقام جمع‌بندی، تعریفی که به سبب شهرت در میان معاصران پرکاربرد است و به همین دلیل در فقه و قانون مدنی برای تبیین الزامات و التزامات ضمن عقد یا به عبارت دیگر شروط ضمن عقد، به کار رفته، چنین است که شرط به معنای الزام و التزامی است که در ارتباط با عقدی پا به عرصه وجود نهاده است.

۲. تعریف شرط الحاقی^۳

شرط ضمن عقد به اعتبار ترتیب زمان انشای آن نسبت به ایجاب و قبول، به سه قسم منقسم می‌گردد: اگر شرط پیش از ایجاب و قبول مورد توافق طرفین قرار گرفته باشد، شرط تبانی نامیده می‌شود (موضوع ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی) و هرگاه شرط از نظر زمانی بین ایجاب و قبول واقع شده باشد، شرط ضمن عقد به معنای خاص و اگر پس از آن باشد، شرط الحاقی یا شرط «پس از عقد» خوانده می‌شود.

بعضی از نویسندگان حقوقی شرط الحاقی را توافقی بر سر تعهدات عقدی که سابقاً منعقد شده می‌دانند که در قالب انشایی پس از عقد، به آن ملحق می‌شود.^۴ این شرط الحاقی می‌تواند

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین.

۲. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، منبع پیشین، ص ۲۷۳.

۳. گرچه پژوهش حاضر درصدد تطبیق با منابع خارجی نیست و حدود فحص خود را در فقه امامیه و حقوق ایران محدود می‌داند، لازم به ذکر است که در حقوق تطبیقی از این عنوان با عناوینی مانند *Supplementary Conditions* و *addendum* یاد می‌شود و در اعتبار آن تردیدی وجود ندارد. در این رابطه نک: *Herdianto, Suhadi Rizki and Zudan Arief Fakrulloh (2022), "Addendum to Contracts Legal Perspective Agreements in Indonesia" Proceedings of the 2nd International Conference on Law, Social Science, Economics, and Education, ICLSSEE 2022, 16 April 2022, Semarang, Indonesia; DOI: 10.4108/eai.16-4-2022.2320080.*

همچنین برای مشاهده مصادیق پذیرش این موضوع و صدور حکم بر اساس آن، به این آرای دادگاه تجدیدنظر مریلند ایالات متحده آمریکا نک:

(*Cochran v. Norkunas, 2007 & Myers v. Kayhoe et al, 2006*)

۴. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، همان منبع، ص ۲۹۸؛ شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، ج ۷، تهران: مجد، ۱۳۹۷، ص ۴۳.

ناظر به کاهش یا افزایش تعهدات قراردادی مانند ثمن و مضمن، تغییر در اجل قراردادی، تغییر در حدود مسئولیت طرفین یا حتی اضافه کردن تعهدی جدید به تعهدات سابق عقد باشد.

۳. الحاق شرط به عقد، موافقین و مخالفین

اگر عقد را همکاری دو یا چند اراده در ایجاد یک ماهیت حقوقی تعریف کنیم،^۱ محصول این همکاری، مدلول یا محتوای عقد است. در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران که متخذ از فقه است، درباره امکان و عدم امکان الحاق شرط به عقد و نیز جواز تغییر در مدلول عقد منعقد شده اختلاف نظر بسیاری دیده می‌شود.

عده‌ای گفته‌اند که می‌توان پس از انعقاد عقد، از طریق شروط در محتوا و مدلول عقد تصرف نمود و برخی نیز با این نظر به مخالفت برخاسته‌اند. ظاهراً این گونه به نظر می‌رسد که ماده نزع، اختلاف در دلالت یا عدم دلالت لفظ شرط نسبت به شروط واقع شده در پیش یا پس از عقد است. چون مشهور قائل است که در لزوم وفا به شرط، به حدیث نبوی و روایت مستفیضه (بلکه حتی متواتره) بین فریقین «المؤمنون عند شروطهم» استناد می‌شود؛ در همین راستا برخی از نویسندگان مطلق شرط را مشمول این حدیث نبوی می‌بینند و برخی دیگر شروط خارج از عقد را از شمول آن خارج می‌دانند.^۲ بدیهی است که مبحث الحاق به عقد نسبت به الحاق شرط به عقد دارای رابطه عموم و خصوص مطلق است^۳ و همان‌طور که دیده می‌شود لازم به تأکید نیست که مقاله حاضر درصدد بررسی مطلق الحاق شرط به عقد است.

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، ج ۱۳، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۴۶.
 ۲. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۵؛ موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، ج ۲، ج ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۷۷؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا)، ج ۱، ج ۴، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۲۶۵؛ تاج آبادی، حسین، شروط صحیح در فقه امامیه، ج ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۱۲۶.
 ۳. علوی قزوینی، سید علی و جعفر رضانی، «ماهیت و آثار شروط الحاقی»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰.

این مناقشه هم میان فقها و هم میان حقوق‌دانان وجود دارد.^۱ در بین فقها برخی مدعی وجود اجماع درباره عدم لزوم وفا به آن شرط هستند^۲ و در مقابل ایشان، مرحوم سید یزدی این ادعا را بلا وجه می‌داند.^۳ در دیگر سو، در بین حقوق‌دانان نیز برخی شرط را بر سه قسم، شامل شروط قبل العقد و حین العقد و بعد العقد می‌دانند^۴ و برخی دیگر شروط الحاقی را مشمول ادله وجوب وفا به شرط نمی‌دانند و نتیجتاً از عداد شروط لازم‌الوفا خارج می‌بینند.^۵ برخی از نویسندگان ریشه ادله لزوم شروط الحاقی را در سنت فقهی و حقوقی می‌دانند و با استناد به استثنای خاص از نص آیه ۲۴ سوره نساء،^۶ نفوذ این شرط (شرط الحاقی) را مبتنی بر قواعد^۷ و بدین ترتیب اعمال اصلاح در عقد (بعد از انعقاد آن) را امری موافق ضوابط عامه تعهدات در حقوق اسلامی عنوان می‌کنند. از سوی دیگر عده‌ای نسبت به الزام‌آور بودن این تعهد تشکیک کرده، توافق بعد از نکاح را شرط الزام‌آور نمی‌دانند^۸ و به تبع، امکان ضابطه‌سازی از آن و تسری به احکام سایر عقود را

۱. برخی، اساس اختلاف‌نظر و طرح این مبحث (بحث الحاق به عقد (به طور عام) و شروط الحاقی (به طور خاص)) را در میان فقها، مربوط به بحث حیل ربا می‌دانند (علوی قزوینی، سید علی و جعفر رضائی، «ماهیت و آثار شروط الحاقی»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰). بدین معنا که بایستی این نکته را در آن چهارچوب تحلیل نماییم؛ اما گویا این ریشه‌شناسی برای سهولت تنقیح مناط به دست داده شده است. یعنی اگر صاحب‌نظری با حیل ربا مخالفتی دارد، با این مسئله هم همان معاملت را خواهد نمود و اگر بر صحت آن بحث قائل است، دیگر سوی این میدان خواهد ایستاد. اما به نظر می‌رسد در میان حقوق‌دانان (نک به: بیگدلی، سعید، **تعدیل قرارداد**، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۲، ص ۲۶۵)، فواید دیگری از جمله بحث تعدیل قرارداد (خاصه در قراردادهای پیچیده) بر آن مبحث مترتب است.

۲. انصاری، مرتضی، همان منبع، ص ۵۶؛ طباطبایی کربلایی، سید علی، **ریاض المسائل** (طبعه قدیمه)، ج ۲، قم: موسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام لاحیا التراث، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۱۱۶.

۳. یزدی طباطبایی، محمد کاظم، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۱۱۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **اساس در قوانین مدنی: المدونه**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۸۲.

۵. شهیدی، مهدی، **شروط ضمن عقد**، منبع پیشین، ص ۴۳.

۶. «[...]فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فریضه و لا جناح علیکم فیما تراضیتن به من بعد الفریضه[...]

(نساء، ۲۴).

۷. محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، همان منبع، ص ۲۹۸؛ یوسف أبو حمیده، عبد الحافظ، عبد الله أبو یحیی، علی، «تعدیل الالتزام فی عقد البیع درسه مقارنه بین الفقه الاسلامی والقانون المدنی الاردنی»، دراسات (علوم الشریعه والقانون)، شماره ۳، ۲۰۱۶ م.

۸. سبحانی تبریزی، جعفر، **دراسات موجزه فی الخیارات و الشروط**، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ه.ق، ص ۱۶۰؛ شیروی، عبدالحسین، **حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و قرزندادن)**، ج ۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص ۸۳.

منتفی اعلام می‌دارند. از این رو مناسب‌تر می‌نماید که به تفصیل ادله مخالفان و موافقان الحاق شرط به عقد بیان و به بررسی آن‌ها پرداخته شود.

۳.۱. مخالفتین امکان الحاق شرط به عقد و ادله ایشان^۱

بعد از فحص و تتبع به نظر می‌رسد که مخالفان الحاق شرط به عقد، از میان فقها و حقوق دانان، قدر متیقن با دو دلیل در مخالفت با اعتبار شرط الحاقی استدلال کرده‌اند که ذیلاً به تفصیل بیان می‌شود:

۳.۱.۱. اتمام عقد پس از اتصال قبول به ایجاب

در فقه و به تبع آن در حقوق، برخی از صاحب‌نظران قائل به لفظی بودن عقد هستند. برخی از احناف را اعتقاد بر این است که «العقد کلام» یعنی عقد لفظ است و چون از دهان خارج شد، معدوم می‌شود و الحاق به معدوم هم ممکن نیست.^۲ البته رگه‌های این مسئله در میان فقهای امامیه هم کمابیش دیده می‌شود. مانند تعریف محقق حلی از عقد [بیع] که جنس عقد را لفظ می‌دانند.^۳ حال آنکه در میان معاصران امامیه و بعض متأخرین ایشان، عقد به یک ماهیت اعتباری تعبیر شده و نه به لفظ.^۴ قائلین به این نظر، اصالت را با درج شرط ضمن عقد و از نظر زمانی، درج آن بین ایجاب و قبول می‌دانند.^۱

۱ برای مشاهده صورت دیگر این تقسیم نک: علوی قزوینی، سید علی و محمد حسین و کیلی مقدم، «بازنگری در مفاد قرارداد»، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹. لازم به ذکر است که ایده این تقسیم‌بندی از منبع ذکر شده اتخاذ شده است؛ ولی بعد از بررسی منابع، نتیجه تقسیم‌بندی از نظر نویسندگان پژوهش حاضر، از حیث آرایش نتایج و محتوای آن، با آنچه در آن منبع آمده، متفاوت بود؛ در نتیجه، در صورت دیگر ارائه شد.

۲. به نقل از جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *سیستم شناسی در علم حقوق*، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۶۴

۳. «العقد هو اللفظ الدال علی نقل الملك من مالک إلى آخر بعوض معلوم» حلی، جعفر ابن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق، ص ۷؛ العاملی، زین الدین (الشهید الفانی)، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج ۲، ج ۱۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق، ص ۱۸۴.

۴. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، *موسوعه الشهید الأول الجزء الهادی عشر (الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه للشیخ بهاء الدین العاملی رحمه الله)*، ج ۱۱، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیه، ۱۴۳۰ ه.ق، ص ۱۷۱؛ ←

البته این دلیل از دلایل مخالفان، دو نتیجه به دنبال دارد که در قالب دو بند طرح و بررسی خواهد شد:

۳.۱.۱.۱. اشتراط درج شرط در متن عقد^۲

مشهور حقوق دانان و فقهای امامیه، امکان خلق ماهیت و تجلی و ظهور اراده متعاملین را تنها در قالب عقد می‌دانند که آن هم با ایجاب شروع و با قبول، خاتمه می‌یابد. این عقیده، شرط پیش از عقد و شرط پس از عقد را از نظر اعتبار در یک سو نشانده و هر دو را از حیث لزوم وفا در

→ خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، ج ۱، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، ص ۷؛ شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات**، منبع پیشین، ص ۳۸.

۱. خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۴۲؛ آل کاشف الغطاء، علی، **شرح خيارات الممعه**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۸۱، ص ۲۱۲؛ بهایی، محمدبن حسین، **جامع عباسی (رساله عملیه شیخ بهایی با حواشی هشت فقیه عالی مقام)**، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶، ص ۴۹۹.

همچنین نک: حاشیه حسینی ملایری تویسرکانی بر کتاب "جامع عباسی: رساله عملیه شیخ بهایی با حواشی هشت فقیه عالی مقام": «هرگاه شرط را در بیع نکرده باشد بلکه بعد از بیع یا قبل از آن کرده باشد و عقد بیع به شرط خیار واقع شده باشد اختیار فسخ ندارد و [...]» (همان منبع).

۲. به بیان برخی اساتید، مرحوم شیخ انصاری احتمالاً نخستین کسی است که با پرداختن به «شروط» در قالب یک فصل مستقل، شان بحث شروط را از حد یک قاعده فقهی به یک نظریه عمومی ارتقا داده (محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، همان منبع، ص ۵۱) و به سبب همین اتوریته، علاوه بر محتوای نظریات شیخ، شکل و شیوه ایشان در پرداخت به مباحث هم در نویسندگان بعدی مؤثر افتاده است؛ به نحوی که اغلب محشین و شارحین مکاسب بر تقسیم‌بندی شیخ انصاری وفادار مانده‌اند (نک: یزدی طباطبایی، محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، همان منبع، ص ۱۱۷؛ شهیدی تبریزی، میرفتاح، **هدایه الطالب الی اسرار مکاسب**، ج ۳، قم: دارالکتاب، بی‌تا، ص ۵۷۶؛ تبریزی، جواد، **ارشاد الطالب فی شرح مکاسب**، قم: دار الصدیقه الشهیده (س)، ۱۳۸۹، ص ۱۱۸؛ اصفهانی، محمد حسین، **حاشیه مکاسب**، ج ۵، قم: ذوی القربی، ۱۴۲۷ ه.ق، ص ۱۶۹؛ نجفی خوانساری، موسی بن محمد، **منیه الطالب فی شرح مکاسب (تقریرات میرزا محمد حسن نایینی)**، ج ۳، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۴۰ ه.ق، ص ۲۳۱، بلکه سایر نویسندگان که در مقام شرح مکاسب نبوده‌اند نیز از آن متأثر شده و جملگی در پرداخت به مباحث شروط از ترتیب شیخ پیروی کرده‌اند. به همین سبب اکثر ادبیات فقهی پیرامون این موضوع در شرط هشتم از شروط صحت شرط (التزام به شرط در متن عقد) یافت می‌شود (برای مشاهده نمونه شیوه‌ای دگر و طرحی نو در این خصوص، نک: محقق داماد، سید مصطفی، **نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی**، همان منبع، ص ۲۹۷).

مضان تردید قرار می‌دهد.^۱ درباره این قول دلایل مختلفی دیده می‌شود که در ادامه به آنها پرداخته خواهد شد.

شیخ انصاری درباره عدم لزوم وفا به این شروط ادعای شهرت فتوایی دارند.^۲ یکی از نویسندگان، فرد منع‌کننده این اجماع ادعایی را «کم تجربه در تفقه» می‌خواند و احتمال می‌دهد که عدم لزوم این شروط به حد ضرورت فقهی بالغ شده باشد.^۳

برخی دیگر بر مدعای عدم ورود شرط قبل و بعد از عقد در ایجاب و قبول، ادعای قطع در میان فقهای امامیه را ذکر کرده‌اند.^۴ بر همین سبیل، شهید اول هر شرطی را که پیش یا پس از عقد درج گردد واجد اثر نمی‌دانند.^۵ بعضی دیگر نویسندگان در راستای شرطیت یادشده، شرط لاحق را مشمول ادله وجوب وفا نمی‌دانند^۶ یا چنین بیان می‌کنند که از اقسام شرط، شرط غیر مذکور در متن عقد می‌باشد که تنها تعهد و التزام از جانب یکی از طرفین به طرف دیگر است و این همان مراد از شروط ابتدایی است که شبهه‌ای در عدم افاده لزوم نسبت به آنها نیست^۷ یا نویسندگان دیگر افزون بر ادعای شهرت، ذکر کرده‌اند که درباره عدم اعتبار شروطی که قبل یا بعد از عقد می‌آیند ظاهراً [قول] خلافی مشاهده نمی‌شود.^۸

گفته شد که در نظر مخالفان از حیث عدم ذکر شرط در عقد، شرط بنایی و شرط الحاقی موقعیت مشابهی دارند و حتی توافق بر سر الزاماتی تحت عنوان شرط بنایی را مفید الزام‌آور بودن آن نمی‌دانند و بر لزوم وفای به آن شروط تردید دارند. شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید که

۱. مصطفوی، سید محمد کاظم، منبع پیشین.

۲. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۴.

۳. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، منبع پیشین، ص ۲۷۹.

۴ «قد قطع الأصحاب بأنَّ الشرط انما يعتد به و يلزم الوفاء به إذا وقع بين الإيجاب و القبول ليكون من جملة العقد اللازم، فلو تقدم على العقد أو تأخر عنه لم يقع معتداً به، لأنه - و الحال هذه - لا يكون محسوباً من جملة العقد.» (عاملی، محمد بن علی، **نهایه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام**، ج ۱، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ ه. ق. ص ۲۴۶).

۵. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، موسوعه الشهید الأول الجزء الخامس عشر (القواعد والفوائد، وحاشیه القواعد للشیخ بهاء الدین العاملی رحمه الله)، ج ۱۵، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیه، ۱۴۳۰ ه. ق. ص ۲۵۹.

۶. موسوی بجنوردی، محمد، منبع پیشین، ص ۴۹۵.

۷. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص ۲۳۲.

۸. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **رسائل المیرزا القمی**، ج ۲، چ ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۵، ص ۹۴۲.

ظاهر از کلمات اکثر فقها این است که شرطی که در متن عقد ذکر نشده الزام‌آور نیست و احکام شرط بر آن بار نمی‌شود ولو عقد بر آن بنا شده باشد^۱ و صرف بنا یک عقد بر یک شرط [که در متن عقد ذکر نشده باشد و در میان ایجاب و قبول از آن ذکری به میان نیامده باشد] مفید ارتباط شرط و عقد- و ایجاد رابطه ظرف و مظروف- نمی‌باشد.^۲

در میان حقوق‌دانان نیز مرحوم دکتر امامی ضمن دادن اعتبار به «داخل عقد بودن» شرط، رابطه شرط و عقد را از نوع تقييد و وابستگی- که منبع این تقييد، اشتراط است- می‌داند و معتقدند: «بستگی دو تعهد به هم فقط در صورتی است که یکی ضمن دیگری درج شود، والا هرگاه قبل یا پس از عقد تعهد شود هر یک از آن دو تعهد مستقل می‌باشند و به دیگری نیز بستگی پیدا نخواهند کرد».^۳ همان‌طور که پیش‌تر نیز گفته شد، به نظر می‌رسد برخی از این صاحب نظران چون پایان عقد به ایجاب و قبول را امری مسلم می‌دانند، به واسطه عدم امکان تغییر در امور خاتمه‌یافته، تغییر در مدلول عقدی را که به ایجاب و قبول محقق شده است نیز ممکن تلقی نمی‌کنند^۴ و بر همین اساس بر این باورند که اصولاً شرط الحاقی، اعتبار شرط را فاقد است و نمی‌تواند مدلول آن عقد را تغییر دهد.^۵

۳.۱.۱.۲. مناقشه در ماهیت

برخی از صاحب نظران از پایان یافتن عقد به ایجاب و قبول، نتیجه دیگری گرفته‌اند. بدین شرح که ماهیت درج شرط بعد العقد را اقاله و ایجاد تعهد جدید یا قدر متیقن، تبدیل تعهد می‌دانند و بیان می‌کنند، در صورتی که توافق بعدی در ارکان عقد تغییر اساسی ایجاد کند، مانند

۱. «الظاهر من کلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغيرالمذکور فی متن العقد، و عدم إجراء أحكام الشرط علیه و إن وقع العقد مبنياً علیه» انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۵.

۲. مدنی کاشانی، رضا، تعلیقه شریفه علی بحث الخيارات و الشروط من کتاب المتاجر، قم: مکتبه آیه الله العظمی المدنی، ۱۴۰۹، ص ۲۵۳؛ تبریزی، جواد، منبع پیشین، ص ۱۲۰؛ شهابی خراسانی، محمود، قواعد فقه (خلاصه تقریر درس)، چ ۵، تهران: نشر دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، ص ۷۵.

۳. امامی، میر سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۴۰، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۴۰۱، ص ۳۲۴.

۴. این نظر در آرای محاکم نیز ظهور و بروز داشته است؛ بدین تفصیل که شرط لاحق را بدین سبب که از انشاء عقد اصلی فاصله داشته و نسبت به آن مؤخر محسوب می‌گردد، فاقد اثر و غیر لازم‌الاجرا دانسته‌اند (دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۳۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۳/۴/۳۱).

۵. برای مشاهده مشروح نظرات این دسته نک: علوی قزوینی و وکیلی مقدم، منبع پیشین.

آنکه عوض را تغییر دهد، مسئله از بحث شروط خارج و با توجه به نوع و میزان تغییر باید به مباحث اقاله و تبدیل تعهد مراجعه نمود.^۱ این نظر، یکی از توالی قول به اتمام عقد و انسداد راه تغییر در مدلول آن است؛ با این تفاوت که با دادن اعتبار مضاعف به ماهیت تراضی اولیه طرفین - با عنایت به شدت تأثیر توافق لاحق در حقوق و تکالیف قراردادی طرفین و میزان توجه طرفین به این تراضی - درصدد شناسایی ماهیت آن، در غیر از بحث شروط، است که نتیجتاً ماهیت آن را اقاله یا تبدیل تعهد می‌داند.

۳.۱.۲. جزئیات شرط نسبت به ثمن و امتناع الحاق

در بیان اصناف نظریه‌ها راجع به ارتباط عقد و شرط، عده‌ای بر آن اند که براساس قاعده «للشروط قسط من الثمن»^۲، شرط، جزئی از احد عوضین است. به همین علت و نیز با توجه به اینکه با خاتمه انعقاد عقد، تکلیف عوضین نهایی شده تلقی می‌شود، اساساً الحاق شرط را ممکن نمی‌دانند. این احتمال را اساس بر آن است که چون قراردادهای سنتی مجانی - مثل هبه و عاریه - لازم‌الوفا نیستند، پس مطلق تعهدات مجانی لازم‌الوفا نیستند. پس اگر یک تعهد در چهارچوب عقد معاوضی نیاید و به منزله احد عوضین نشود تا از مجانی بودن برهد، لازم‌الوفا نیست.^۳

۳.۲. موافقین الحاق شرط به عقد و ادله ایشان

در باب موافقت با الحاق شرط به عقد هم بایستی ابتدائاً موضع بحث روشن گردد. از مباحثی که در کتب فقهی و حقوقی مطرح می‌شود این چنین برمی‌آید که صاحبان تألیف، شروطی را که بلافاصله پس از عقد (پس از سپری شدن زمان ناچیز) به آن ملحق می‌شوند، در ذیل عنوان شروط ضمن عقد می‌دانند و دلیل هم آن است که فاصله زمانی‌ای که عرفاً معتنا نباشد مؤثر در مقام نیست و می‌توان آن را نیز ضمن عقد (به معنای خاص) شمرد. ولی موضع دقیق مبحث ما آنجا است که متعاملین قصد دارند الزام و التزامی را پس از سپری شدن زمان بالنسبه مدیدی از صدور قبول و اتمام «انعقاد عقد» به آن ملحق نمایند.

۱. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۵۲۲.

۲. «أن للشروط قسطاً من الثمن، فإنه قد يزيد باعتبارها وقد ينقص» مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۲۹۸.

۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین.

همان‌طور که در میان مخالفان دیده شد، موافقت با الحاق نیز منحصر در متقدمین یا متأخرین نیست و از هر دو جمعیت در هر دو نحله وجود دارند.^۱ در نتیجه موافقت با این مطلب امر نوپیدا و نوظهوری نیست و سابقه قابل‌قبولی در میان صاحب‌نظران دارد. تاجایی که در میان موافقان الحاق نیز فقهای طراز اول متقدم مانند قاضی ابن البراج طرابلسی هم دیده می‌شود.^۲

در اینجا به خلاف آنچه که درباره مخالفان گذشت، موافقان را بر اساس نوع شروطی که از نظر ایشان قابلیت الحاق به عقد را دارد، طبقه‌بندی می‌نماییم و به بیان نظراتشان خواهیم پرداخت. با این توضیح که دسته‌ای از صاحب‌نظران پذیرش لزوم شرط الحاقی را صرفاً شامل شروط مرتبط با عقد یا به بیان دیگر «شروط مصحح ماهیت سابق»، می‌دانند و برخی دیگر مطلق توافق بعدی را در ساختمان عقد مؤثر می‌دانند که مفصلاً خواهد آمد.

۳.۲.۱. قول به الحاق شروط مرتبط با محتوای عقد

این دسته از صاحب‌نظران وجود ارتباط ماهوی میان شرط و عقد را برای الحاق به عقد سابق لازم می‌دانند و چنین می‌پندارند که ما مجاز هستیم با تکیه بر عنصر تراضی، تعهدی را به تعهدات عقدی که سابقاً واقع شده ملحق کنیم، مشروط به اینکه تعهد جدید مرتبط با موضوع عقد سابق باشد. مثل شیوه اجرای تعهد یا زمان و مکان تسلیم موضوع قرارداد و یا اصلاح اجل قراردادی و غیره.

نظر ایشان بر آن است که اساساً برای اینکه شرط، «شرط ضمن عقد» تلقی شود بایستی با عقد مرتبط باشد والا تابع مقررات شروط ابتدایی است؛^۳ خواه شرط در عقد- شرط ضمن عقد به معنای خاص- باشد یا غیر آن، مثل الحاقی یا بنایی. بنابراین ملاک ارتباط شرط و عقد ارتباط ماهوی اعلان می‌شود. تا حدی که بتوان گفت تعهد جدید، «همان عقد سابق» را تغییر داده است.

۱. یکی از فقها در احصای موافقین و مخالفین بیان می‌کنند: «کان سیدنا الأستاذ العالم الكوه كمرى من المصرین على لزوم ذكر الشروط فى العقد، و فى الوقت نفسه نحن نرى المخالفه من النراقى فى عوانده و السيد الطباطبائى فى تعليقه و الشهيدي فى حاشيته» (سبحانى تبریزی، جعفر، **المختار فى احكام الخيار**، قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ه.ق. ص ۴۹۵).

۲. ابن البراج، عبدالعزیز بن نحریر، **جواهر الفقه**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق. ص ۵۴.

۳. خوئی، سید محمد تقی، **الشروط أو التزامات التبعية فى العقود**، منبع پیشین، ص ۱۶۹.

در همین راستا برخی از اساتید شمول شروط الحاقی تحت عنوان شروط ضمن عقد را- مشابه حقوق مصر- با استناد به فقه اسلامی موجه می‌دانند، ولی در بیان حیطة این الحاقات صرفاً به شروطی که ماهیت سابق و توافق گذشته را اصلاح می‌کند، بسنده می‌کنند.^۱

دکتر کاتوزیان نیز با قائل شدن تفاوت میان شروط مربوط به عقد و غیرمرتبط به آن، ضمن پذیرش الحاق، چنین بیان می‌کنند که شرط بعدی غیرمرتبط نمی‌تواند مدلول عقد سابق را تغییر دهد، کما آنکه «نمی‌توان شرط وکالت [غیرمرتبط] را [به نحو الحاقی] ضمن عقد نکاح سابق آورد و به آن ملحق نمود.»^۲

۳.۲.۲. قول به الحاق مطلق شرط، به عقد

دسته دیگر از نویسندگان، مطلق ارتباط عقد و شرط (ارتباط اعتباری و جعلی) را برای اطلاق عنوان شرط ضمن‌العقد و به تبع، لزوم وفای به آن، کافی می‌دانند. «تعریف اهل لغت ناظر بر غلبه قرارگیری شروط در ضمن عقد [خصوصاً عقد بیع؛ در تعریف قاموس] است، ولی ادله شروط شامل مطلق شرط (ولو غیر مرتبط با عقد) می‌شود.»^۳

در تبیین این قسم از شروط، باید به عنصری تحت عنوان «اراده معاملی» توجه ویژه کرد. «ملاک در حقوق ما اراده باطنی متعاقبین می‌باشد و تلاقی اراده و قصد مشترک آنان سازنده عقد است؛ لذا در صورتی که متعاملین شرط بعدی را ملحق به عقد قبلی نمایند، در این صورت شاید بتوان گفت با توجه به قدرت اراده‌های مشترک در انعقاد عقود در واقع شرط بعدی چیزی به قرارداد قبلی افزوده است و براساس اصل حاکمیت اراده، هم قرارداد قبلی و هم شرط ملحق شده لازم‌الوفا هستند»^۴ پس «طرفین می‌توانند پس از خاتمه عقد به آن شرطی ملحق نمایند و به این وسیله در مدلول عقد توسعه و تضییق ایجاد نمایند.»^۵ البته که احترام به اراده آزاد معاملی

۱. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۵۳.

۲. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۱۰، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۱۸.

۳. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۵۲.

۴. عابدیان، میرحسین، شروط باطل و تاثیر آن در عقود، چ ۱، تهران: ققنوس، ۱۳۷۹، ص ۲۵.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، منبع پیشین، ص ۸۲.

افراد در میان فقها هم دیده می‌شود.^۱ چه اینکه استدلال می‌گردد عموم اخبار اقتضای لزوم وفای به این شروط را دارد و هرکس مدعی منع آن است، آوردن دلیل بر این مدعا بر عهده اوست.^۲ در واقع موضع این گروه از فقها آن است که «هر شرطی که معصیت یا موجب جهالت در احد عوضین نباشد صحیح است.»^۳

۳. نقد و نظر

۳.۱. نقد بر پایه اصول حقوقی

با امعان نظر دقیق به آثار موجود می‌توان گفت موافقان به الحاق در یک رکن مهم مشترک‌اند و آن برداشت معنای لفظی و اصطلاحی خاص از لفظ شرط است. در کلام برخی از ایشان، شرط به معنای «ایجاد ارتباط» است^۴ و با این تفصیل معتقدند هر آنچه شرط ضمن العقد است، به عقد مرتبط می‌باشد.^۵ با اتکا به این معیار، به‌طور واضح معلوم می‌گردد آنچه سبب اختلاف میان دو گروه شده و باعث گشته است برخی الحاق شرط به عقد سابق را پذیرفته و برخی دیگر رد کرده‌اند، در تفسیر کیفیت و حدود و ثغور این ارتباط است. ارتباط مذکور، در کلام قائلین به آن سه تفسیر دارد: ۱- ارتباط زمانی ۲- ارتباط ماهوی ۳- ارتباط اعتباری (جعلی یا قراردادی).^۶

۱. علوی قزوینی، سید علی و جعفر رضائی، منبع پیشین.

۲. «... [یلم العقد بنفس الإيجاب والقبول، لأن الأصل جواز هذا الشرط، و لا مانع يمنع منه، و عموم الأخبار يتناوله و من ادعى المنع فعليه الدليل]» (ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، **جواهر الفقه**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۵۴).

۳. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، **جامع الشتات**، ج ۳، تهران: کیهان، ۱۳۷۱، ص ۴۴۰.

۴. خوبی، سید ابوالقاسم، به نقل از: خوبی، سید محمد تقی، منبع پیشین، ص ۲۹.

۵. این تبعیت و ارتباط اعتباری شرط و عقد را، که به عنوان یکی از تفاسیر ارتباط در لحوق توافق بعدی به عقد قبلی ذکر خواهد شد، یکی از نویسندگان چنین توجیه می‌کند: «یکون "الشرط" له معنی متیقناً؛ و هو المعنی الالزامی فی ضمن معنی آخر، سواء كان متقدماً أو متأخراً أو فی الأثناء [...] أنه لا فرق حسب التدقیق بین ذکر الشروط قبل العقد، أو فی الأثناء، أو بعده» (خمینی، سید مصطفی، **کتاب الخيارات**، ج ۴، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۱۳۴).

۶. نک: علوی قزوینی و وکیلی مقدم، منبع پیشین.

دسته اول (قول به ارتباط زمانی میان شرط و عقد) منطقاً الحاق شرط را نمی‌پذیرند؛ زیرا در بیان ایشان عقد با ایجاب آغاز و با قبول خاتمه می‌یابد. قائلین این گروه حتی توطی و تبانی بر شرط را قبل از عقد، کافی برای الزام‌آور بودن آن نمی‌دانند و فی‌الواقع معنای بناکردن عقد بر شرط (تبانی بر شرط) و ضابطه ضمن عقد تلقی شدن و به تبع، لازم‌الوفا بودن را ارتباط و تقارن زمانی بین انعقاد عقد و درج شرط می‌بینند.^۱

در باب دو قول بعدی که به بررسی ارتباط شرط و عقد از باب ارتباط ماهوی و ارتباط اعتباری می‌پردازند، عنصر محوری «مدلول عقد» است. مدلول عقد همان محتوای ایجاب و قبول است^۲ که طرفین با همکاری مشترک اراده‌های معاملی آن را به صورت ماهیتی مستقل خلق و انشا نموده‌اند. به بیان دیگر مدلول عقد همان محتوای ایجاب و قبول است که به حسب انواع عقود متفاوت بوده و تابع تراضی طرفین است مگر آنچه که شرع منع کرده باشد.^۳ بعد از این توضیحات بایستی به بررسی نظرات مخالفان و موافقان پرداخته شود که گفتارهای آتی بدان اختصاص یافته‌اند.

۳.۱.۱. نقد و بررسی نظرات مخالفان الحاق شرط به عقد

بر اساس خاتمه عقد پس از اتصال قبول به ایجاب، فرصت درج محتوا ضمن یک عقد، تا قبل از اتصال قبولی به ایجاب است. به بیان دیگر، متعامل فقط در این بازه می‌تواند اراده خود را برای خلق ماهیات حقوقی ابراز کند، والا مجرای اعمال اصل آزادی اراده‌ها، با درج قبولی بسته می‌شود و اصلاح عقد سابق برای متعامل جز به انحلال عقد مذکور و انعقاد عقد جدید ممکن نخواهد بود. این در حالی است که پس از پایان فرایند انعقاد، عقد در معنای محصولی همچنان باقی است و به عنوان مخلوق اراده به حیات اعتباری خود ادامه می‌دهد. به عبارت آخری می‌توان گفت انعقاد

۱. «و المقصود من الشروط الابتدائية هناك الشروط التي لم تكن في ضمن العقد [...] فقال: - إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعا - إلى أن قال: - أن الخارج عن عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنياً عليه. و ذلك لعدم تحقق العلقه بين الشرط و بين العقد في صورة عدم التقارن الزماني بينهما، و ها هو المتفاهم عند العرف و المتيقن من السيره العقلانيه.» (مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهيه معنی و مدرکا و موردا)، منبع پیشین، ص ۲۲۶).

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، و سیط در ترمینولوژی حقوق، منبع پیشین، ص ۶۳۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، منبع پیشین، ص ۷۸.

عقد خاتمه یافته، ولی عمر عقد تمام نشده است، مگر اینکه دلیل دیگری مبنی بر اتمام عمر عقد حادث شده باشد. معتبر دانستن موجود اعتباری که انشای آن خاتمه یافته و منشأ آن هنوز پابرجاست، شواهد زیادی در حقوق ما دارد. چه اینکه عقد پس از انعقاد و حتی ایفای تعهدات به عنوان موجودی اعتباری ولو پس از تلف عوضین، هنوز قابل اقاله است (ماده ۲۸۶ ق.م.ا).

حال چگونه است همان اراده‌هایی که محصول را خلق کرده‌اند، نمی‌توانند به تعهدات قراردادی خود بیفزایند یا از آن بکاهند؟ این سیاق تفسیری علاوه بر اینکه استحکام قراردادها را تحت الشعاع قرار داده و آن را متزلزل می‌کند، آزادی اراده را بلاوجه تحدید می‌نماید و باعث ورود هزینه‌های بیشتر به طرفین عقد می‌شود که با مبانی تحلیل اقتصادی حقوق، تنافی دارد. زیرا اگر ما بپذیریم خالقان این تعهد موجود نمی‌توانند در آن دخل و تصرف کنند، در پاره‌ای موارد که قصد تغییر در محتوا وجود دارد، چه بسا ناگزیر خواهند بود عقد را منهدم و قراردادی جدید انشا کنند که این مورد در بسیاری موارد سبب ورود هزینه‌های گزاف مربوط به تشریفات قانونی انعقاد و انحلال عقود است. در بسا موارد اثبات مسائل این‌چنینی منجر به طرح دعوا می‌شود که نه از حیث حقوقی و نه از نظر اقتصادی مطلوب نیست و هم برای محاکم، خلق مشغله می‌نماید.

از نتایج نظر مخالفان، شرطیت درج شرط در متن عقد بود که در نتیجه اگر شرط متعلق به بازه زمانی قبل از اتصال قبول به ایجاب نباشد، لازم‌الوفا نیست. حتی از قول شیخ انصاری آمد که ادعای اجماع در این باره نموده بودند.^۱ البته این قول مصون از تعرض نمانده و دیگران ثبوت شهرت فتوایی یا حتی اجماع را برای این مسئله محل اشکال بلکه امتناع می‌دانند.^۲

نتیجه دیگر، مناقشه در ماهیت و اقاله پنداشتن این شروط بود. این نظر البته محل تأمل است. اگر درج شرط جدید، اقاله یا تبدیل تعهد نسبت به عقد سابق و تشکیل عقد جدید، متشکل از شرط ضمن عقد جدید و محتویات سابق عقد اقاله شده باشد؛ چگونه است که توافقی نسبت به عوضین جمع (عوض عقد سابق و عوض شرط جدید) صورت نمی‌گیرد؟ و اگر احیاناً توافقی جانبی در عقد سابق موجود بوده باشد، مثل محل تسلیم مبیع، سکوت در هنگام تشکیل عقد جدید ادعایی، تکلیف این‌گونه توافقات را ناواضح باقی می‌گذارد. بنا بر اصل، اگر طرفین نسبت به

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۵۶.

۲. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۰؛ یزدی طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، منبع پیشین، ص ۱۱۷.

محل تسلیم یا موعد آن سکوت کنند، محل و زمان وقوع عقد ملاک عمل خواهد بود. (۳۷۵ ق.م.) حال اگر ما درج شرط الحاقی را ترکیب اقاله و انعقاد بدانیم سکوت طرفین نسبت به این دو نکته -درهنگام اندراج ضمن عقد- چه نتایجی به همراه دارد؟ یا اگر مبیع مال مشاع غیرمنقول بوده و بایع و مشتری قصد درج شرط جدید در بیع سابق داشته باشند، تکلیف حق شفعه که باری برای شریک مال مشاع به وجود آمده و به سبب عدم اخذ او از بین رفته، چگونه خواهد شد؟ قائلین به این نظر (اقاله بودن درج شرط بعدی و اعتقاد بر تشکیل عقد جدید) باید قائل بر به وجود آمدن حق شفعه‌ای تازه باشند.

به فرض اینکه در عقد پیش از اقاله ادعایی، شرطی ضمن العقد (به معنای خاص) موجود بوده و مشروطه از آن صرف‌نظر کرده باشد، اگر قائل باشیم عقد جدید را تمام عوضین عقد سابق به علاوه مدلول شرط جدید، تشکیل می‌دهند، لازم می‌آید بپذیریم شرط مشارالیه مجدداً در عقد وارد شود.

اشکال دیگر آن که اگر قائل به وقوع اقاله و انعقاد عقد جدید باشیم، لازم می‌آید که بپذیریم خيارات خاصی مجدداً ایجاد شوند. مثلاً با اضافه کردن یک شرط جدید به عقد بیع سابق، در مجلس الحاق شرط به عقد -که به عقیده این صاحب‌نظران مجلس اقاله و ایجاد مجدد است- بایستی مجدداً خيار مجلس ایجاد شود و احیاناً در صورت حیوان بودن عوضین، خيار حیوان مجدداً تشکیل گردد.

توالی این نظر چندان پذیرفتنی نیستند. از طرفی این برداشت با طبیعت برخی عقود همخوانی ندارد. مثلاً الحاق شرط به عقد نکاح یا ضمان را چگونه می‌توان با تبدیل تعهد و اقاله توجیه نمود؟ حال آنکه در عقود مثل نکاح، از جانب شارع برای انحلال شرایط ویژه‌ای در نظر گرفته شده که تحلیل حقوق‌دانان و فقها به طریق بالا در عقد مذکور حاوی نتایج خلاف اخلاق حسنه است. قول به جزئیات شرط نسبت به ثمن نیز، مخالفانی دارد که اقوال مخالفین آن با قاعده ذکر شده از نظر محتوایی متناقض می‌نماید. دیگرانی از صاحبان تألیف، از قاعده‌ای یاد نموده‌اند که تنافی اساسی با این قاعده دارد. من جمله «الشروط لا یقابل بها شیء من القیمه»^۱ و «قد عرفت أن

۱. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لإحیاء التراث، ۱۴۱۴ق، ص ۴۲۴.

الشرط من حیث هو شرطاً لا یقسط علیه الثمن عند انکشاف التخلّف علی المشهور»^۱. به نظر می‌رسد این دلیل (جزئیت شرط نسبت به ثمن) برای مخالفت با الحاق شرط به عقد - که قائلین کمی هم دارد - علاوه بر عدم شهرت، از مبانی نظری استواری نیز برخوردار نباشد.

۳.۱.۱.۱. نظری درباره بررسی مفهومی «الحاق شرط به عقد»

گفتیم که احناف و برخی از فقهای امامیه عقد را لفظ می‌پندارند و به علت آنکه لفظ پس از ادا معدوم می‌شود، الحاق به آن را ناممکن می‌دانند. شهید ثانی در نقد این مطلب می‌فرماید در تعریف عقد اولی است که جنس را ایجاب و قبول بدانیم، زیرا ایجاب و قبول جنس قریب و لفظاً، جنس بعید عقد می‌باشند.^۲ این نظر که در قانون مدنی به درستی مورد پذیرش قرار گرفته (ماده ۱۹۱ ق.م.) بیان می‌کند که این اراده‌های خلافت متعاملین است که عقد را می‌سازد و الفاظ فقط محمل این اراده‌ها هستند و اگر اراده انشایی متعاملین در هر قالبی اعلان شود مورد پذیرش است (ماده ۱۹۲ ق.م.).

با اندکی تأمل در مطالعه نظرات مخالفین الحاق دانسته می‌شود که نقطه اشتراک ایشان، بحث بر سر خاتمه عقد است. یعنی هر سه دلیلی که در این نوشتار برای مخالفت احصا شد، بر خاتمه عقد و نتایج مستفاد از آن اتکا دارند. یعنی با وجود اینکه نویسندگان مخالف الحاق، اعم از فقها و حقوق دانان، قائل به این هستند که برخورد تام اراده‌های انشایی است که عقد را می‌سازد؛ ولی بعد از این قضیه موجب، قائل‌اند که عقد خاتمه یافته است و الحاق به آن ممکن نیست. درحالی‌که آن چیزی که خاتمه یافته «انعقاد عقد» است و نه «عقد». به عبارت دیگر عقد به معنای مصدری اتمام یافته، ولی عقد به معنای محصولی هنوز پا برجاست. از آنجا که «عقد محصول انشای طرفین و انشا به معنای ایجاد و خلق در جهان اعتبار می‌باشد»^۳ عقد به عنوان یک مفهوم اعتباری ولو بعد از خاتمه انعقاد و ایفای تعهدات، موجود و معتبر است. این مسئله، آشکارا در استدلال منطقی ایشان نقص وارد می‌کند. چه اینکه عقد مخلوق اراده و حاصل اعتبار

۱. انصاری، مرتضی، منبع پیشین، ص ۸۱.

۲. العاملی، زین‌الدین (الشهید الثانی)، *الروضه البهیه فی شرح اللعنه الدمشقیه*، ج ۲، چ ۱۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق، ص ۱۸۳.

۳. کاتوزیان، امیر ناصر، *دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، چ ۱۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۹۳.

فرد است (صغری قضیه) و هر مخلوق اعتباری قابل تغییر در اعتباریاتی، توسط خالق آن است (کبری قضیه). پس نتیجه آن می‌شود که عقد به‌عنوان یک مخلوق اعتباری، قابل تغییر-قابل کم و زیاد شدن تعهدات طرفین یا اضافه شدن تعهدی جدید و غیره- توسط خالق آن است یا به عبارت دیگر تصرف در مدلول عقد، حتی کاستن و افزودن بر قیمت یا مبیع، پس از خاتمه عقد [=خاتمه انعقاد عقد]، از راه «حط و زیاده» متصور است.^۱

۳.۱.۲. نقد و بررسی نظرات قائلین به امکان الحاق شرط به عقد

«معاملات و عقود از سنخ ماهیات تبعیدی نیستند، بلکه اموری هستند که عقلاً برای اداره جامعه و برپایی نظم امورشان آنها را وضع کرده‌اند و شارع نیز تأیید کرده، پس معامله‌های رایج میان مردم صحیح اند مگر اینکه شارع نهی کرده باشد»؛^۲ «این مسئله سبب می‌شود که همواره معاملات جدیدی که در طول زمان پیدا می‌شود و نهی از آن به وسیله عمومات نداریم از تأیید دینی برخوردار باشد»^۳ فارغ از تأیید دینی، به نظر می‌رسد که اقتضائات تقنینی و همچنین بنیان‌های تفسیر قوانین و از همه مهم‌تر حکومت اراده در حوزه حقوق خصوصی و به‌طور مشخص در زمینه عقود و معاملات نیز ایجاب می‌کنند که هر نهاد و بر ساخت جدیدی را که نهی عقلی، شرعی و یا قانونی بر آن متصور نیست، صحیح بدانیم.

برای این نهاد حقوقی، منافی به نظر می‌رسد که پذیرش اعتبار آن، هم برای عقد و هم متعاقد نافع می‌نماید. برای مثال اگر دو طرف عقد بخواهند تعهدی را به عقد سابق الحاق کنند و منظورشان این باشد که این تعهد از «لزوم» عقد سابق بهره بگیرد، یا طرفین بخواهند بقا یا عدم بقای مدلول تراضی جدید را متکی و متصل به «بقا یا عدم بقای عقد سابق» نمایند یا اینکه از «تضمینات عقد سابق» برای توثیق تعهد جدید بهره ببرند، یا اینکه عقد سابق از حیث اقامتگاه قراردادی یا تقدم زمانی بر امری خارجی، دارای مزیتی است که طرفین می‌خواهند دعاوی احتمالی ناشی از تعهد جدید هم تابع آن باشد و از مزیت تقدم بر امر خاصی بهره‌مند شوند و یا طرفین، دعاوی در جریانی دارند و قصد دارند با الحاق تعهد جدید به عقد سابق دعاوی احتمالی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **اساس در قوانین مدنی: المدونه**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۷۸.

۲. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، منبع پیشین، ص ۶۱.

۳. رفیع پور، سید محمد مهدی، **کاوش‌های فقهی**، ج ۲، ج ۱، قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۹، ص ۱۱۲.

ناشی از این تعهد را هم از حیث وحدت منشأ در دادگاهی که دعاوی سابق مطرح است، طرح نمایند یا اینکه عقد سابق از حیث صلاحیت محلی درمورد رسیدگی به دعاوی ناشی از آن، واجد محاسنی است که طرفین ترجیح می‌دهند تعهد لاحق هم از آن مناسبت بهره‌مند گردد.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، برخی نویسندگان در تفسیر رابطه میان شرط و عقد، معیار دوگانه‌ای را اتخاذ کرده‌اند؛ بدین معنا که ایشان شرط غیرمرتبط با عقد را در صورتی که در ضمن عقد (بین ایجاب و قبول) بیاید، لازم‌الوفا می‌دانند.^۱ یعنی درباره شرطی که در میان ایجاب و قبول طرح می‌شوند، از ملاک ارتباط زمانی بهره گرفته‌اند و هر شرطی را -ولو ماهیتاً با عقد ارتباط نداشته باشد- لازم‌الوفا می‌دانند. ولیکن در خصوص شروط بعد از عقد، ملاک ارتباط ماهوی را معتبر شمرده‌اند و شروط بعدالعقدی را لازم‌الوفا می‌دانند که با عقد مشروط ماهیتاً مرتبط باشند. در این خصوص ممکن است ایراد شود سنخ شروط حین العقد و بعد العقد با هم تفاوت دارد و این تفاوت، تشتت معیارها را موجه می‌سازد. به همین دلیل است که بایستی نوع ارتباطی که برای ایجاد علاقه و ارتباط بین شرط و عقد معتبر می‌باشد -به‌طور منقح- روشن و اعلام شود تا دادرس از یک سو و نیز متعامل آگاه از سوی دیگر، در موارد مبتلابه از تحیر خارج گردند.

مقاومت در برابر پذیرش اعتبار این نوآوری، هم از طرفی منافع متعامل را در خطر می‌اندازد و هم آزادی اراده او را سلب می‌کند. چه اینکه حاکمیت قانون ایجاب می‌کند اراده سالم و آزاد متعامل، اگر مخالفت اساسی و بنیادین با قانون نداشته باشد مورد حمایت مقنن قرار بگیرد. با این تفاسیل به نظر می‌رسد که ملاک سوم، یعنی ارتباط قراردادی یا جعلی ما را قادر خواهد ساخت با بار کردن احکام شرط بر هر شرط ماهیتاً مرتبط یا غیرمرتبطی که متعامل با اراده سالم و حسن‌نیت قراردادی در ذیل عقد مشخصی می‌آورد -چه این اشتراط در هنگام انعقاد عقد باشد، چه قبل یا پس از آن- مورد حمایت قرار دهیم و نیز بر استحکام قرارداد پایه بیافزاییم.

۳.۲. نقد بر پایه موازین لفظی: بازاندیشی در شرط و معنای آن

با تمام اقوالی که ذکر شد، به نظر می‌رسد فروبستگی کار، به تلقی لفظی ناصواب قائلین به قول مخالف است؛ پس گره‌گشایی از آن نیز باید تاب پاسخگویی به استشکالات لفظی مقدر را

۱. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۱۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص ۱۱۸.

داشته باشد. بر همین بنیاد، برای این مهم باید مجدداً در اجزای معنای شرط تأمل صورت گیرد و نباید به مکتوبات سابق از محصولات اسلاف اکتفا کرد؛ زیرا هر زمان با نو شدن موضوعات و نوآندیشی در حکم‌ها، ابواب جدیدی بر ارباب تعلم مفتوح می‌گردد که بسا تعلیمات پیشینی جواب‌گوی آن پرسش‌های نوپیدا نباشد.

در همین راستا مقدمتاً باید دانست درباره‌ی ماهیت رابطه‌ی شرط و عقد، مطالب و مباحث زیادی مطرح شده است^۱ که در بحث برای تعریف شرط مدخلیت ندارد؛ زیرا همین که شرط در بستر یک رابطه‌ی حقوقی به‌عنوان مظروف، فرع، جزئی از ثمن و غیره مطرح شود، برای بحث موجود کافی می‌نماید و زیاده در این مقال نمی‌گنجد و خود می‌تواند موضوع تحقیقی مستقل باشد. از آنجا که هم در عرف اهل معاملات (عرف عام) و هم در عرف حقوقی (عرف خاص) قدر متیقن آن است که از لفظ شرط معنای التزام و تعهد فهم می‌شود، در اول نظر، می‌توان گفت عنصری که بتواند در مقام تبیین شرط در مرتبه‌ای بایستد که باقی عوارض لاحق، بر آن هسته‌ی اصلی وارد آیند و آن را در موقعیت‌های مختلف نشانند، همانا التزام است.^۲ در همین راستا برای جداسازی این الزام و التزام از سایر انواع و اصنافش (عقد و نذر و غیره)، از تعاریفی که از شرط در معنای ربط و ارتباط ارائه داده اند، بهره می‌جویم.^۳ زیرا اگر شرط را الزام و التزامی بدانیم که طرفین عقد آن را با اراده‌ی آزاد، به عقدی مرتبط ساخته‌اند، یا به عبارت دیگر اگر شرط را الزام و التزام مرتبط با عقد بیرون از آن تعریف کنیم، اقسام دیگر الزام و التزام که قبلاً ذکر شد از آن خارج می‌شوند و تمام اقسام شرط مصطلح اعم از ضمنی و مصرح و نیز شرط فعل و نتیجه و صفت و همچنین شروط قبل العقد (تبانی) و حین العقد (شرط ضمن عقد به معنای خاص) و بعد العقد (الحاقی) را در خود جمع می‌کند.

در اینجا لازم به تشریح است که از میان سه کیفیت ایجاد رابطه میان شرط و عقد، همگی از یک پایه برخوردار نیستند. بدین معنا که گونه‌ی سوم یا ارتباط جعلی و قراردادی، تا حدود زیادی

۱. نک: عابدیان، میرحسین، منبع پیشین، ص ۲۹؛ محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و

تعهدات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۳۳۹.

۲. برای دیدن نتیجه مشابه رک: خمینی، سید مصطفی، منبع پیشین، ص ۵.

۳. خویی، محمد تقی، منبع پیشین، ص ۲۹؛ محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و تعهدات در

حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۶۳؛ خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۵، ص ۳۰۹.

هم‌پوشانی با دو قسم دیگر دارد. با این توضیح که اگر رابطه بین شرط و عقد براساس اقتران زمانی تشکیل شود یا اگر براساس رابطه ماهوی و محتوایی باشد، می‌توان مصادیق این هر دو را با قسم سوم توجیه نمود؛ چراکه برای نمونه درج شرط در ضمن عقد براساس اقتران زمانی، خود ناشی از جعل و قرارداد و خواست متعاقدین است و مخالفتی با آن ندارد. همچنین ایجاد رابطه بین شرط و عقد بر اساس ضابطه محتوایی (ماهوی) نیز در ذیل ارتباط جعلی می‌گنجد. به عبارتی قسم سوم بر دو قسم دیگر نوعی اشمال و برتری دارد که آنها را در بر می‌گیرد و این دربرگرفتن خود نشانه از آن است که بر سایرین از اقران خود غالب است.

اما ممکن است اینجا در باب شروط ابتدایی اشکال شود. وقتی ما ضابطه ارتباط بین شرط و عقد را رابطه جعلی و قراردادی دانستیم، قهراً مراد ما از شروط ابتدایی، الزام و التزامی خواهد شد که مستقل از عقد انشا می‌شود. زیرا طبق تعریف مختار، چون این شروط، مظروف رابطه حقوقی خاصی قرار نمی‌گیرند و حتی ارتباط قراردادی هم با عقد خارجی ندارند (مثل شرط الحاقی)، از تعریف آن خارج می‌شوند. (همچنین است اطلاق واژه شرط بر نذر، عهد و خیار و غیره، در برخی از روایات^۱). البته ناگفته پیداست که براساس ضابطه اقتران زمانی، هر شرطی که در قالب ایجاب و قبول نیامده باشد، شرط ابتدایی خواهد بود. حال آنکه ما براساس معیار اتخاذشده، با تضییق گستره، فقط شرطی را که به هیچ نحو با عقد مرتبط نباشد، ابتدایی و استعمال شرط بر آن را استعمال مجازی می‌دانیم.^۲

بنابراین تعبیر شرط به مطلق الزام و التزام و در نتیجه آن لازم‌الوفا دانستن شروط ابتدایی (به همان معنای مدنظر فقیهان) و عدم دخالت مفهوم ربط و تبعیت شرط از عقد، در رابطه شرط و عقد،^۳ نوآوری فقه‌های دوران‌دیشی بوده که این نیاز را به درستی درک کرده و در اعصار ماضی به دنبال آزادسازی حقیقی اراده معاملی، در قالب اصل آزادی اراده بوده‌اند. زیرا این فقیهان با اندکی مسامحه آن ماهیتی را که در عالم حقوق در قالب ماده ۱۰ ق.م. انشا می‌شود، شرط ابتدایی

۱. در این باره نک. به: انصاری، منبع پیشین، ص ۱۲ و همچنین نک: محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، منبع پیشین، ص ۳۶.

۲. برخی که شرط را به معنای مطلق ربط در نظر می‌گیرند، شرط ابتدایی را لازم‌الوفا می‌دانند (برای مشاهده موارد، رک. به: تاج آبادی، حسین، منبع پیشین، ص ۲۳۲).

۳. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و تعهدات در حقوق اسلامی، منبع پیشین، ص ۶۴.

می‌دانند.^۱ حال آنکه در حیطة حقوق با وجود ماده مذکور نیاز به چنین ابداع و ابتکاری نیست و ما بدو برای تجری اصل آزادی اراده محتاج دخل و تصرف در تعریف شرط نیستیم. در حقیقت تلاش گروه دوم از صاحب‌نظران و این نوشته آن است که اراده محترم افراد، توان خلق آزادانه ماهیات و نقش‌آفرینی در عالم اعتبار را داشته باشد. درحالی‌که به‌خوبی آشکار است که در حقوق مدنی ایران، نفس اصل آزادی اراده با وضع ماده ۱۰ ق.م. توسط مقنن پذیرفته شده است. برای همین مهم می‌نماید که نویسندگان برآن شوند تا این امکان را با خالص‌سازی مفهوم شرط و آزادسازی آن از قیود اضافی به نحوی فراهم کنند که هرگاه یک اراده سالم معاملی، قصد معامله در چهارچوب عقود معین را داشت؛ بتواند اراده خود را ولو پس از فراغت از انعقاد، به آن عقد گره بزند و از مزایای آن بهره بجوید. بدین جهت ما به الزام و التزامی که خارج از عقد باشد اطلاق شرط نمی‌کنیم؛ زیرا در حقوق امروزی، مطلق تعهد مجرد از عقد، طبق ماده ۱۰ ق.م بدون لزوم اطلاق شرط به آن، مشروع و لازم‌الوفا است. با این تفسیر که شرط الحاقی را تابع احکام شرط ضمن عقد می‌داند، تمام آنچه که به‌موجب قانون یا قرارداد از عقد به شرط و یا بالعکس تسری می‌یابد، در فرض وجود شرط الحاقی در کنار قرارداد اصلی نیز جاری است. بنابراین وقتی که قائل هستیم، شرط الحاقی جزئی از عقد سابق می‌شود، طبیعی است که باید قائل بود؛ مثلاً در فرض اقاله عقد (پس از الحاق شرط به آن) مقوله اقاله و احکام آن، شامل مفاد شرط الحاقی نیز می‌شود و یا اگر در قرارداد اصلی، شیوه خاص حل اختلاف تعیین شده باشد و طرفین پس از انعقاد قرارداد اصلی، شرطی را به آن ملحق نمایند، باید پذیرفت که اختلافات ناشی از مفاد شرط الحاقی نیز از حیث حل اختلاف، تابع طریق قراردادی پیش‌بینی شده است؛ الا اینکه منع قراردادی یا قانونی در میان باشد. مانند اینکه محتوای شرط الحاقی از موارد داورى‌ناپذیر بوده یا طرفین به موجب قرارداد، تسری طریق حل و فصل اختلاف به شرط الحاقی را ممنوع کرده باشند.

۱. مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا)، منبع پیشین، ص ۲۶۶؛ نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منبع پیشین، ص ۲۳۲.

نتیجه‌گیری

با غور در منابع موجود و فحص در میان اقوال و بعد از طبقه‌بندی نظرات قائلین مختلف، که شرح آن گذشت، به نظر می‌رسد قول به عدم الحاق شرط به عقد، تکیه و وثیقه بر مبنای نظری متکی بر نص ندارد و غالباً صاحب‌نظران براساس نتیجه‌گیری انتزاعی بر مبنای تز فکری و قواعد تحلیلیشان این نتیجه را تئوریزه کرده‌اند. از سوی دیگر، اگر این نظر مورد پذیرش واقع گردد، توالی فاسد نظری رخ می‌نماید که با قواعد نظری مختلفی که در این حوزه مطرح است، ناهمخوان خواهد بود. به همین دلیل به نظر می‌رسد اگر این تحلیل که مانع اعمال آزادانه اراده افراد می‌گردد، جای خود را به تحلیل دیگری بدهد که در عمل نتایج بهتر و حوزه فراخ‌تری برای قراردادهای و متعاملین فراهم می‌کند و نیز مجال بیشتری برای آزادی اراده به وجود می‌آورد، مناسب‌تر می‌نماید.

پژوهش حاضر نشان داد که از میان تعاریف مختلف شرط، تعریف شرط متکی بر عنصر ارتباط با عقد، اولاً انطباق بیشتری با مبانی داشته و ثانیاً در مسائل خاصی که در این حوزه مطرح می‌شود، نتیجه عملی مناسب‌تری به ارمغان خواهد آورد. از میان اقوال موجود درباره تفسیر کیفیت این رابطه نیز رابطه جعلی و قراردادی منطقی‌تر می‌نماید که در عمل با موازین و مسلمات حوزه حقوق قراردادهای هماهنگی بیشتری داشته و اشکالات نظری درمورد مسائلی چون شرط الحاقی را سهل‌تر حل می‌نمایند. از سوی دیگر، پذیرش نظراتی مبتنی بر منطبق حقوقی - و نه تقلید از آرای صاحب‌نظران متقدم - فتح بابی خواهد بود برای آنکه سایر تحلیل‌هایی که اتکا به نصوص و نیز منطبق حقوقی ندارند و از طرف دیگر جوابگوی نیازهای امروز حوزه قراردادهای نیستند، کنار گذاشته شده و نظراتی که براساس نیازهای محاکم (و سایر مخاطبان قانون) می‌باشند و درعین حال پای در قواعد و منابع حقوق ایران دارند، و به وجه عملگرایانه‌تری پاسخگوی مسائل هستند، بر صدر نشینند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. امامی، میر سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۱، چ ۴۰، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۴۰۱.
۲. بهایی، محمد بن حسین، **جامع عباسی (رساله عملیه شیخ بهایی با حواشی هشت فقیه عالی مقام)**، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۶.
۳. بیگدلی، سعید، **تعدیل قرارداد**، چ ۵، تهران: نشر میزان.
۴. تاج آبادی، حسین، **شروط صحیح در فقه امامیه**، چ ۱، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **وسیط در ترمینولوژی حقوق**، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۸.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **اساس در قوانین مدنی: المدونه**، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **سیستم شناسی در علم حقوق**، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۶.
۸. رفیع پور، سید محمد مهدی، **کاوش‌های فقهی**، چ ۲، چ ۱، قم: انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۹.
۹. شهبازی خراسانی، محمود، **قواعد فقه (خلاصه تقریر درس)**، چ ۵، تهران: نشر دانشگاه تهران، ۱۳۹۰.
۱۰. شهبازی، محمد حسین، **مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی**، چ ۲، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۱. شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی: تشکیل قراردادها و تعهدات**، چ ۱، چ ۱۳، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۱۲. شهیدی، مهدی، **شروط ضمن عقد**، چ ۷، تهران: مجد، ۱۳۹۷.
۱۳. شیروی، عبدالحسین، **حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و قرزندادن)**، چ ۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸.
۱۴. عابدیان، میرحسین، **شروط باطل و تاثیر آن در عقود**، چ ۱، تهران: ققنوس، ۱۳۷۹.

۱۵. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ ۱۰، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۶. کاتوزیان، امیر ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چ ۱۳، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۹۵.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی ۲، چ ۱۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ج ۱، چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۵.
۱۹. معین، محمد، فرهنگ فارسی (یک جلدی کامل)، چ ۱۴، تهران: انتشارات ساحل، ۱۳۸۷.

مقاله

۲۳. علوی قزوینی، سید علی و محمد حسین و کیلی مقدم، «بازنگری در مفاد قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، شماره ۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، صص ۱۶۱-۱۳۳.
۲۴. علوی قزوینی، سید علی و جعفر رضانی، «ماهیت و آثار شروط الحاقی»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۷، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰، صص ۱۰۲۴-۹۹۷.

آرای قضایی

۲۵. دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۴۳۹ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران مورخ ۱۳۹۳/۴/۳۱.

ب) منابع عربی

کتاب

۲۶. آل کاشف الغطاء، علی، شرح خيارات اللعنه، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۸۱.
۲۷. ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، جواهر الفقه، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ه.ق.
۲۸. اصفهانی، محمد حسین، حاشیه المکاسب، ج ۵، قم: ذوی القربی، ۱۴۲۷ ه.ق.
۲۹. العاملی، زین الدین (الشهید الثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، ج ۲، چ ۱۳، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق.

۳۰. انصاری، مرتضی، **المکاسب**، ج ۶، چ ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ه.ق.
۳۱. بجنوردی، حسن، **القواعد الفقهیه**، ج ۳، چ ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷.
۳۲. تبریزی، جواد، **ارشاد الطالب فی شرح المکاسب**، قم: دار الصدیقه الشهیده (س)، ۱۳۸۹.
۳۳. حلی، جعفر ابن حسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ه.ق.
۳۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، **العناوین**، ج ۲، چ ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳۵. خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، ج ۵، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۳۶. خمینی، سید روح الله، **کتاب البیع**، ج ۱، چ ۴، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲.
۳۷. خمینی، سید مصطفی، **کتاب الخیارات**، ج ۴، چ ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ه.ق.
۳۸. خویی، سید ابوالقاسم، **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۳۹. خویی، سید محمد تقی، **الشروط او التزامات التبعية فی العقود**، ج ۱، چ ۳، قم: یاران، ۱۴۱۵ ه.ق.
۴۰. سبحانی تبریزی، جعفر، **دراسات موجزه فی الخیارات و الشروط**، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳ ه.ق.
۴۱. سبحانی تبریزی، جعفر، **المختار فی احکام الخیار**، قم: موسسه الامام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ه.ق.
۴۲. شهیدی تبریزی، میرفتاح، **هدایه الطالب الی اسرار المکاسب**، ج ۳، قم: دارالکتاب، بی تا.
۴۳. طباطبایی کربلایی، سید علی، **ریاض المسائل (طبعه القدیمه)**، ج ۲، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیا التراث، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴۴. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، **موسوعه الشهید الأول الجزء الهادی عشر (الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه للشیخ بهاء الدین العاملی رحمه الله)**، ج ۱، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیه، ۱۴۳۰ ه.ق.

۴۵. عاملی، بها الدین (الشهید الاول)، موسوعه الشهيد الأول الجزء الخامس عشر (القواعد والفوائد، وحاشیه القواعد للشيخ بهاء الدين العاملي رحمه الله)، ج ۱۵، قم: مرکز العلوم والثقافه الإسلامیّه، ۱۴۳۰ هـ.ق.
۴۶. عاملی، محمدین علی، نهاییه المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، ج ۱، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۴۷. فیروزآبادی، محمدین یعقوب، القاموس المحيط، ج ۲، بیروت لبنان: دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ هـ.ق.
۴۸. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، رسائل الميرزا القمی، ج ۲، ج ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۵.
۴۹. قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، ج ۳، تهران: کیهان، ۱۳۷۱.
۵۰. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیا التراث، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۵۱. مدنی کاشانی، رضا، تعلیقه شریفه علی بحث الخيارات و الشروط من کتاب المتاجر، قم: مکتبه آیه الله العظمی المدنی.
۵۲. مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد (مائه قاعده فقهیه معنی و مدرکا و موردا)، ج ۱، ج ۴، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۵۳. موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، ج ۲، ج ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
۵۴. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی شرح المکاسب (تقریرات میرزا محمد حسن نایینی)، ج ۳، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۴۰ هـ.ق.
۵۵. یزدی طباطبایی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۲، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ هـ.ق.

مقاله

۵۶. یوسف أبو حمیده، عبد الحافظ، علی عبد الله أبو یحیی، «تعدیل الالتزام فی عقد البیع دراسه مقارنه بین الفقه الاسلامی والقانون المدنی الاردنی»، دراسات (علوم الشریعه والقانون)، شماره ۳، ۲۰۱۶ م.

ج) منابع انگلیسی

Article

57. Herdianto, Suhadi Rizki and Zudan Arief Fakrulloh (2022), “Addendum to Contracts Legal Perspective Agreements in Indonesia” *Proceedings of the 2nd International Conference on Law, Social Science, Economics, and Education*, ICLSSEE 2022, 16 April 2022, pp. 1-5.

Judicial opinions

58. **Rebecca COCHRAN, et al. v. Eileen W. NORKUNAS. No. 43, Sept. Term, 2006. Court of Appeals of Maryland. March 20, 2007.**
59. Steven C. MYERS, et al. v. Douglas KAYHOE, et al. No. 35, September Term, 2005. Court of Appeals of Maryland. February 9, 2006.

The Analysis of Validity of Supplementary Conditions (addendum) to the Contract, in Iranian Law and Imāmiyya Fiqh

Mohammad Javad ZOLGHADR (PhD Student in Private Law, Tarbiat Modares University)

Morteza SHAHBAZINIA (Associate Professor of Law, Tarbiat Modares University)

Mohammad Bagher PARSAPOUR (Associate Professor of Law, Tarbiat Modares University)

Abstract

The issue of possibility of adding a supplementary condition to the contract has been considered by jurists from the ancients to the later ones, as well as Iranian lawyers. However, disagreement exists. It seems that this is rooted in the differences between experts' opinions regarding the condition and the quality of this credential creation. Therefore, it is necessary to collect important ideas to introduce a new classification of these topics to reach a better understanding of the issue. Accordingly, this Article, using a descriptive-analytical method, examines the sources collected from studying the opinions of the supporters and opponents of adding a condition to the contract then categorizes the opinions of the experts from both groups and also expresses the criteria adopted by the authors about the connection between condition and contract. So, it is concluded that since the condition is an obligation linked to a contract, it can be added to a previously existing contract and as a result of this addition, it is considered binding. Also, since the condition is a credential nature, any interference in this creature is in the authority of the parties. Thus, those concluding the main contract are entitled to decide about supplementary conditions and contract scope.

Keywords:

Supplementary Conditions, Conditions, Addition of Condition to the Contract, Relation between Condition and Contract.

اصول حاکم بر دادرسی مدنی الکترونیکی و چالش‌های آن

(مقاله علمی-پژوهشی)

بهنام حبیبی درگاه*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۱۵

چکیده

یکی از متغیرهای با اهمیت در ارزیابی کیفی سیستم عدالت، مقوله سرعت در ساختار سیستم و جریان رسیدگی مدنی است. دادگستری سریع موجب چابک‌سازی، پویایی، ایجاد فضای اعتماد و بازدهی اجتماعی می‌شود. دادرسی الکترونیکی جلوه‌ای ممتاز از مدیریت قضایی نوین به حساب می‌آید که باعث دگرذیسی در روش دسترسی و دادرسی شده است. تعادل در فرصت‌های دادرسی، تسریع در دسترسی به عدالت، تشریفات زدایی حداکثری و ذخیره زمانی را باید از آثار اجتماعی دادرسی الکترونیکی یاد کرد. با وجود این، همواره چالش‌هایی وجود دارد که دادرسی الکترونیکی را تهدید می‌کند. از جمله این چالش‌ها را می‌توان چالش فنی و چالش فرهنگی یاد کرد. واضح است که زیربنای فنی در توسعه دادگستری الکترونیکی و نرخ سواد الکترونیکی، تا اندازه زیادی، بر این چالش‌ها فائق خواهد آمد. اصول حاکم بر دادرسی الکترونیکی را نیز می‌توان اصل اعتبار، اصل توافقی بودن و اصل بی‌طرفی فنی یا حق بر نسخه کاغذی برشمرد. این اصول به موازای دیجیتالی نمودن سیستم قضایی، دارای پشتوانه قانونی و کارکرد اجرایی هستند. در نوشتار کنونی ابتدا به مفهوم دادرسی الکترونیکی اشاره و در ادامه به چالش‌ها و اصول بنیادین در این زمینه پرداخته خواهد شد.

کلید واژگان:

دادرسی مجازی، عدالت الکترونیکی، دادرسی نوین، مدیریت قضایی نوین، فناوری ارتباطات و اطلاعات.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کرج

drhabibi1361@yahoo.com



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

یکی از جلوه‌های دادگستری نوین و کارآمد، عبارت از دستیابی به دادرسی سریع^۱ است. دادرسی سریع نیز متضمن مجموعه تضمین‌های تقنینی و اجرایی به‌منظور کنترل زمان دادرسی از طریق انتخاب نوع نظام دادرسی و بویژه روش‌های جریان دادرسی، تعریف شده است.^۲ اصل دسترسی سریع که در زمره اصول راهبردی حاکم بر عدالت آیینی تلقی می‌گردد، در مقام سرعت‌دادن به گام‌های عدالت و در بردارنده اصل استانداردسازی زمان دادرسی بر پایه رهیافت‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات^۳ است.^۴

مکتب حقوق دادرسی کارکردگرا، استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات را منشعب از سیاست‌گذاری اقتصاد به‌منظور رونق کارکردهای نوین نهادهای قضایی قلمداد کرده و کارآمدسازی دادگستری را نتیجه آن می‌داند.^۵ همین مکتب عوامل تضمین سرعت در دادرسی را کنترل قضایی بر جریان دادرسی،^۶ متناسب‌سازی عمل قضایی با زمان آن^۷ و جلوگیری از تأخیر ناروا^۸

1. Access to Accelerate Justice

2. Rhee, Van, **The Law Delays: Essays on Undue Delay in Civil Litigation**, Antwerp and Oxford, 2007, p.213.

3. Information and Communication Technology (ICT)

۴. دادرسی سریع را باید از دادرسی فوری تمیز داد. در دادرسی فوری، بنا به ملاحظه شرایطی، عنصر فوریت بر عنصر دقت در دادرسی، تفوق دارد. به عنوان مثال نهاد دستور موقت یا نهاد تأمین خواسته در آیین دادرسی مدنی (موضوع مواد ۳۱۰ و ۱۰۸) بر بنیان مفهوم اخیر از دادرسی استوارند. در صورتی که منظور از اصل دسترسی سریع به دادگستری، مفهوم کمی (حداقل سرعت) توأم با مفهوم کیفی از دادرسی (حداکثر دقت) را در نظر دارد. نقش تحلیل‌های اقتصادی در یافت نقطه تعادل (Equilibrium Point) بین دو مفهوم برشمرده است. پر واضح است که دادرسی با تأخیر، به همان اندازه دادرسی بی‌دقت، موجب فروکاستن کیفیت دادرسی و دادگستری می‌گردد. شاهد مثال موضع‌گیری اخیر را باید اصل ۷ از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی و بند ۳ از ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی جستجو کرد.

5. Guy, Canivet, " Du principe d'efficience en droit judiciaire privé ", *Dalloz*, Paris, 2000, p221.

6. Judicial Control of The Civil Process

7. Proportionality

8. Avoidance of Undue Delay

بانک جهانی در گزارش سالانه خود از محیط کسب و کار کشورها، اعلام نموده است که زمان مصرف‌شده نسبت به هر دعوا در کشور ایران بین سال‌های ۲۰۰۸ تا ۲۰۱۰، ۵۲۰ روز بوده که این زمان طی سال‌های ۲۰۱۱ و ۲۰۱۲ به ۵۰۵ روز، کاهش یافته است. (برگرفته از ضمیمه هفتگی روزنامه همشهری با عنوان حقوق، به شماره ۱۶۷، ۱۳۹۱/۸/۹، ص ۱۴). همین گزارش نشان‌دهنده نقش رایانه در مهار دادرسی مطول و جریان‌سازی عنصر پویایی ←

شمرده است.^۱ برخی از دادرسی‌دانان^۲ نیز با تأثیرپذیری از نظریهٔ تکنوگرایی آیینی، بهره‌گیری از فناوری اطلاعات و ارتباطات را دارای اهمیتی شایان در فرایند بهبود مدیریت دادگستری^۳ ارزیابی کرده‌اند و ابزار برشمرده را عاملی در گشایش فرصت‌های جدید^۴ می‌دانند.^۵ برخی دیگر^۶ نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات را شاخصی پویا در اندازه‌گیری کیفیت دادرسی استدلال نموده و افزایش مشروعیت دادرسی را به همراه کفایت‌پذیری خدمات قضایی^۷ نتیجه گرفته‌اند. گروهی نیز با در نظر گرفتن کارکردهای فناوری اطلاعات و ارتباطات، اقدام به احصای آنها نموده و کارکردهایی همچون دسترسی به خدمات قضایی الکترونیکی، امکان دادرسی برخط، استفاده از بایگانی الکترونیکی، تبادل الکترونیکی اسناد دادرسی و ... را در کنار کارکردهای کلان فناوری یادشده، نام برده‌اند.^۸ عده‌ای نیز با طرح نظریه دادگستری باز،^۹ عدالت الکترونیکی^{۱۰} را حاصل فناوری اطلاعات و ارتباطات می‌دانند که هم شکل دادرسی^{۱۱} و هم ابزارهای دادرسی را تحت‌الشعاع

→ در دادرسی‌های مدنی و کیفری است. لازم به یادآوری است که یکی از معیارهای سنجش فساد اداری نیز، از نقطه نظر سازمان آبودزمان، میزان تراکم پرونده‌های قضایی مطروحه در دادگستری هر کشور است.

1. Neil, Andrew, *Fundamental Principles of Civil Procedure*, FURTALEZA, N.17, V.17, 2012, p 28.

2. Proceduralists

دکترین حقوقی یا در ارتباط با امور ماهوی اقدام به ارائهٔ نظریه‌های حقوقی می‌نمایند و یا در رابطه با امور شکلی و آیینی به گروه نخست ماهوی‌دان و به رسته دوم دادرسی‌دان اطلاق می‌گردد.

3. Improve The Administration of Justice

4. New Opportunities

5. B. Loveday, 'Address to EGPA Conference, Cape Sounion, Greece', in M. Fabri et al. (eds.), *The Challenge of Change for Judicial Systems*, 2000, p 23.

6. M. Fabri, "Judicial Electronic Data Interchange in Europe: Applications, Policies and Trends", *Management and Information Technology*, 2003, p.2.

7. Helping The Judiciaries to Provide *Adequate Service*

8. Velicogna, Marco, "Justice Systems and ICT", *Utrecht Law Review*, 2007, p.129.

9. Open Justice Theory

10. E- Justice

امروزه سخن از دنیای ای‌ها (E) است. بدین معنی که فضای مجازی (Electronic) بخش غالب و غیر قابل انکار زندگی شده است. فلذا طبیعی است که آیین دادرسی نیز دچار تحول اساسی گردد. رسیدگی مجازی باعث حذف رسیدگی کاغذی شده است. حتی گام از این فراتر رفته و برگزاری جلسه دادرسی نیز بعضاً رویکردی الکترونیکی و برخط به خود گرفته است.

۱۱. نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات ممکن است موثر در شکل دادرسی نیز باشد که بدان دادرسی مجازی (برخط) (Online Dispute Resolution) نیز گویند. این نوع دادرسی بر مبنای روش دادرسی، آن را به دادرسی سنتی (کاغذی) و دادرسی مجازی (نوین/برخط) یا دادرسی رایانه‌ای تقسیم می‌نماید.

خود قرار داده است.^۱

در حقوق ایران و در سند راهبرد و اهداف برنامه پنج‌ساله قوه قضائیه (۱۳۹۴ - ۱۳۹۰)، توسعه عدالت الکترونیکی و توسعه خدمات الکترونیکی مورد توجه قرار گرفته است.^۲ بند «ی» از سند اخیرالتوصیف مقرر می‌دارد که به‌منظور توسعه عدالت الکترونیکی، اهداف زیر باید در سند چشم‌انداز قضایی مورد توجه قرار گیرد:

۱- هوشمندسازی و کارآمدسازی نظام قضایی مبتنی بر به‌کارگیری فناوری اطلاعات و ارتباطات؛

۲- توسعه آمادگی سازمانی در بهره‌گیری از فناوری‌های نوین کاربردی؛

۳- توسعه خدمات الکترونیکی؛

۴- توسعه زیرساخت‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات.

در همین سند و در بند «ق» از آن به ارتقای سطح امنیت شبکه‌های الکترونیکی و بانک‌های اطلاعاتی نیز اشاره شده است. بند «ح» از ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه نیز مشعر بر استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات به‌منظور دستیابی به سرعت و کارآمدی در ارائه خدمات حقوقی است.^۳ در راستای توجه به مقرره‌های اخیر و پیرو سیاست‌های کلی قضایی ابلاغی،^۴

1. Schultz, Thomas, *Theoretical Considerations About The Future of ODR*, 2003, p.3, at: <http://www.online-adr.org>

۲. قبل از سند فوق‌الذکر، دستورالعمل توسعه کاربری فناوری اطلاعات و ارتباطات در دستگاه قضایی و استقرار نرم‌افزار مدیریت پرونده قضایی در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۳ به تصویب ریاست محترم وقت قوه قضائیه رسید. این دستورالعمل که در راستای اجرایی نمودن بند الف ماده ۱۳۱ قانون برنامه پنجم توسعه تنظیم و ابلاغ شده بود، دارای اهدافی از جمله ۱- افزایش سرعت، دقت، صحت و شفافیت فرایند دادرسی؛ ۲- ایجاد بانک اطلاعات پرونده‌های قضایی؛ ۳- ایجاد شناسنامه قضایی افراد؛ ۴- کاستن از مراسله‌ها و مکاتبه‌های کاغذی؛ ۵- صرفه‌جویی در هزینه‌ها و ... بود.

۳. بند «ک» از ماده ۲۱۱ نیز قوه قضائیه را مکلف می‌کند تا اقدام به طراحی سامانه الکترونیکی کاهش زمان دادرسی نماید. البته تکلیف بر بایگانی الکترونیکی پرونده‌های قضایی (بند ۳ از قسمت ح ماده ۲۱۱)، لزوم نشر آرای قضایی به صورت برخط (بند ۴ از قسمت د ماده ۲۱۱)، لزوم ثبت الکترونیکی اسناد از طریق حد نگاری رقمی (تبصره بند ۲ از قسمت ح ماده ۲۱۱) و تکالیف متعدد دیگر، در راستای نفوذ فناوری اطلاعات و ارتباطات در حوزه‌های سخت‌افزاری و نرم‌افزاری دستگاه قضایی‌اند.

۴. در *سیاست‌های کلی قضایی* ابلاغ شده توسط مقام رهبری (۱۳۸۸/۹/۱) و مشخصاً در بند ۱ به اصلاح ساختار نظام قضایی کشور در جهت تضمین عدالت و تأمین حقوق فردی و اجتماعی همراه با سرعت و دقت اشاره ←

آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیک قضایی (مصوب ۱۳۹۱/۰۳/۲۲) به تصویب ریاست محترم قوه قضائیه رسید. طی مفاد آیین‌نامه مزبور، دفاتر خدمات قضایی و درگاه خدمات قضایی به منظور رفع اطلاع دادرسی و تسریع در دادرسی ایجاد گردید. مواد ۱۱۴ لغایت ۱۱۷ از قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه نیز به ظرفیت فضای الکترونیکی در ساختار سیستم قضایی و ارکان تابعه تأکید فراوان نموده است.

در حقوق تطبیقی نیز باید به قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه اشاره داشت. در باب بیست‌ویکم از دفتر نخست کد آیین دادرسی مدنی فرانسه، با عنوان *تبادل اطلاعات الکترونیکی*^۱ و طی بندهای هشت‌گانه ماده ۷۴۸، تلاش شده است تا از امتیازهای فناوری اطلاعات و ارتباطات استفاده گردد. تصویب‌نامه شماره ۳۶۶ (مصوب سال ۲۰۱۲) در راستای عطف توجه به مواد ۶۵۱ لغایت ۶۹۴، ابلاغ الکترونیکی را موازی با ابلاغ‌های کاغذی، در حوزه قضایی فرانسه و ابلاغ‌های بین‌المللی اوراق قضایی، مورد شناسایی و تقنین قرار داده است.^۲ ماده ۷۴۸ - ۱ مقرر می‌دارد که تمامی ابلاغ‌ها، آگهی‌ها، گزارش‌ها و صورت‌مجلس‌های دادرسی را می‌توان از طریق الکترونیکی ارسال، دریافت یا مبادله نمود. مفاد ماده مشعر بر آن است که شیوه انتقال و مبادله الکترونیکی نباید محل با حقوق مکتسبه اصحاب دعوا باشد. از سوی دیگر، مفاد ماده ۷۸۸ - ۲ حاوی اصلی است که به موجب آن، شرط تبادل الکترونیکی اوراق قضایی، منوط به رضایت اصحاب دعوا است. بر همین مبنا می‌توان دو اصل را از بطن مواد فوق‌الذکر استخراج نمود. اصل توافقی بودن و اصل حق بر نسخه کاغذی جریان دادرسی مقرر مشابیه با حقوق دادرسی فرانسه را می‌توان در آیین دادرسی مدنی فراملی به‌دست آورد. به موجب بند ۷ از اصل ۵ اصول آیین

→ شده است. همچنین در *سیاست‌های کلی نظام اداری* (۱۳۸۹/۰۱/۳۱) و طی بندهای ۲۶ گانه به توسعه نظام اداری و مدیریت بهینه خدمات عمومی اشاره شده است. به عنوان مثال، می‌توان از بندهای ۱۰ لغایت ۱۵ و همچنین بندهای ۱۷، ۱۸ و ۲۵ یاد کرد که طی آنها چابک‌سازی و متناسب‌سازی تشکیلات اداری، منطقی‌نمودن و انعطاف‌پذیری، توسعه نظام اداری الکترونیک، شفاف‌سازی و آگاهی‌بخشی از طرقی همچون دسترسی آسان و ضابطه‌مند به اطلاعات صحیح، یکپارچه‌سازی اطلاعات و روزآمد نمودن آن و... جملگی در جهت مدیریت کارآمد خدمات عمومی و اجتماعی هستند. برای مطالعه بیشتر رک: به قربان وند، علی، **قواعد حقوق تجارت الکترونیک**، معاونت آموزش دادگستری استان تهران: انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۹

1. la communication par voie électronique

2. décret n 2012-366, 15 Mars 2012.

دادرسی مدنی، «طرفین می‌توانند به استناد اجازه دادگاه یا قرارداد منعقد شده، از شیوه ارتباطی سریع نظیر بهره‌گیری از ابزارهای از راه دور متمتع گردند»^۱.
در مقاله حاضر، ضمن مفهوم‌شناسی دادرسی مجازی، اهداف و چالش‌های آن واریسی خواهند شد. در ادامه نیز اصول حاکم بر دادرسی مجازی و جلوه‌های ناشی از آن مورد بررسی تطبیقی قرار خواهند گرفت.

۱.۱. مفهوم نظام دادرسی الکترونیکی

دادگستری مجازی یا الکترونیک^۲ به موازای اقتصاد نوین،^۳ به‌ویژه اقتصاد نهادگرایی نوین و همچنین نظریه‌های نوین در مدیریت سازمان‌ها^۴ مطرح شده است. شاخه‌ای از فناوری که با استفاده از سخت‌افزار، نرم‌افزار، شبکه‌افزار، فعالیت بر داده‌ها و پردازش آنها به دنبال دستیابی، ذخیره‌سازی، کنترل و تبادل اطلاعات است.^۵ در تعریفی دیگر آمده است که دریافت، گردآوری، ذخیره‌سازی، پردازش، بازیابی، انتقال محلی و مدیریت داده‌ها و اطلاعات قضایی در سیستم‌های رایانه‌ای را دادگستری مجازی گویند.^۶ تعریف سوم از دادگستری مجازی، آن را مشعر بر

1. 5. Due Notice and Right to be heard. 5.7): The Parties May ,By Agreement and With Approval of The Court,Employ expedited means of communications,such as telecommunication.

ماده ۱ از قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال آمریکا نیز سه اصل تحقق عدالت، اصل سرعت و اصل ارزان بودن دادرسی را جزء اهداف خود بیان می‌نماید.

Rule 1 – Scope and Purpose. These rules govern procedure in all civil actions They should be construed and administered to secure the just, speedy and inexpensive.....

2. Electronic Justice (E-Justice

3. New Economic

4. New Public Management Theory

5. Velicogna,Marco,op.cit,p.134.

بند الف از ماده ۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۰۶) در تعریف واژه

اطلاعات، اشعار می‌دارد: هر نوع داده که در اسناد مندرج باشد یا به صورت نرم‌افزاری ذخیره گردیده و یا با هر وسیله دیگری ضبط شده باشد. لازم به توضیح است که اطلاعات قضایی، در مفهوم عام، ممکن است دربرگیرنده اطلاعات عمومی قضایی یا اطلاعات خصوصی و شخصی بازیگران دادرسی باشد.

6. Velicogna,Marco, "Use of Information and Communication Technologies (ICT) in European Judicial Systems", *European Commision for The Efficiency of Justice*, 2011, p.64, at: <http://www.coe.int>

دگرگونی سازمان قضایی از وضعیت موجود در حداقل یکی از حوزه‌های ساختار، نیروی انسانی، قواعد و خصمشی‌ها، وظایف و عملکردها و رسیدن به وضعیت مطلوب قلمداد کرده است.^۱

بر مبنای تعاریف اشاره‌شده، دادگستری مجازی را باید در دو حوزه اطلاعات سازمان قضایی و ارتباطات سازمان قضایی مد نظر قرار داد. حوزه اطلاعات سازمان قضایی^۲ در مقام گردآوری، ذخیره‌سازی و پردازش صحیح و بهنگام داده‌های قضایی و اطلاعات دادرسی است. لکن حوزه ارتباطات سازمان قضایی انعکاس‌دهنده تبادل داده‌های قضایی^۳ است. همچنین استنباط از مفهوم کارکردی دادگستری مجازی نشان می‌دهد که باید در عرصه خدمات‌رسانی قضایی کارآمد و سریع، سه نوع تغییر را اعمال نمود. تغییر توسعه‌ای،^۴ تغییر انتقالی^۵ و تغییر دگرگون‌ساز.^۶ تغییر توسعه‌ای در نهادهای قضایی ارتباط مستقیم با بسترهای فنی و بسترهای حقوقی و ساختاری دارد.^۷ بسترهای فنی متوجه پهنای باند رایانه‌ای و شاخص‌های توسعه و آمادگی الکترونیکی مصرف‌کنندگان خدمات قضایی است. در همین راستا وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات به استناد بند الف از ماده ۴۶ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، مکلف شده است تا پایان سال دوم برنامه، توانمندی فناوری‌های رایانه‌ای را به حدی برساند که دربرگیرنده بهره‌مندی شصت درصد

۱. صراف‌زاده، اصغر، **فناوری اطلاعات در سازمان (مفاهیم و کاربردها)**، انتشارات میر، ۱۳۸۸، ص ۴۱.

بند و ماده ۲ از **قانون تجارت الکترونیک ایران** (مصوب ۱۳۸۲) در تعریف سیستم رایانه‌ای، آن را هر نوع دستگاه یا مجموعه‌ای از دستگاه‌های متصل سخت‌افزاری- نرم‌افزاری قلمداد می‌کند که از طریق اجرای برنامه‌های پردازش خودکار داده پیام عمل می‌کند. بند ۳ نیز سیستم اطلاعاتی (System Information) را عبارت از سیستمی برای تولید (اصل‌سازی)، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش داده پیام می‌داند.

۲. بند ۱ از قسمت ح ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، قوه قضائیه را مکلف می‌کند تا اقدام به **راه‌اندازی مرکز ملی داده‌های قوه قضائیه** نماید. البته همین تفکر الکترونیکی‌شدن تمامیت خدمات عمومی را می‌توان از فحوا و مضمون بند ب ماده ۱۷۷، راجع به ایجاد بانک اطلاعات جامع موقوفات، بند الف ماده ۹۰، در خصوص اطلاعات جامع مشتریان بانکی جهت رتبه‌بندی و اعتبارسنجی آنها، بند ۱ قسمت و ماده ۴۶ در رابطه با ایجاد پایگاه اطلاعات حقوقی املاک و شرکت‌ها، بند د از ماده ۴۶ مشعر بر ایجاد پایگاه اطلاعات هویتی اشخاص و اموری از این دست، رصد نموده و فهم کرد.

3. Judicial Data Interchange

4. Development Change

5. Transitional Change

6. Transformational Change

7. Dan, W. Kenneth, "The Judiciary and Economic Development", *The Law School, The University of Chicago*, 2006, p.342, at: http://www.ssrn/abstract_id/89203.

از خانوارهای ایرانی باشد. بسترهای حقوقی نیز باید به موازات توجه به ذخیره‌سازی زمانی^۱ و تسهیل در دسترسی به خدمات قضایی الکترونیکی^۲، اعتباردهی و اصالت‌بخشی به اطلاعات قضایی و دادرسی در جریان رسیدگی باشد. تغییر انتقالی را عبارت از تغییر در هنجارها و آیین‌های رسیدگی^۳ دانسته‌اند.^۴ به‌عنوان مثال، تغییر فرهنگ تشریفات مادی به تشریفات رایانه‌ای در نظام عدالت آیینی یا تشکیل جلسه‌های دادرسی به صورت برخط نظیر ویدئو کنفرانس‌ها را می‌توان جلوه‌ای از تغییرهای انتقالی در قواعد و مناسبات حقوقی نام برد. تغییر دگرگون‌ساز نیز مدیریت سیستم ارتباطات و اطلاعات (فاوا) را از نظر شیوه‌های طراحی و کاربست آن، با توجه به سازمان قضایی، مد نظر قرار می‌دهد.^۵ طراحی سامانه الکترونیکی پرونده‌ها^۶ را می‌توان مهم‌ترین آورده تغییر دگرگون‌ساز در رابطه با سازمان قضاوتی احتجاج نمود. در هر حال، نظام دادرسی الکترونیکی را باید عبارت از کاربست و اعتباربخشی فنی در تمام اقدامات قضایی به‌شمار آورد که هم شامل زیربناهای فنی و هم کنش‌های قضایی در بستر الکترونیکی می‌گردد.

۱.۲. چالش‌های نظام دادرسی الکترونیکی

شمارش امتیازهایی همچون آهنگ شتابان و فرصت در سیستم‌های فناوری اطلاعات و ارتباطات و ایجاد دنیای مجازی موجب شده است تا چالش‌های آن در سایه قرار گیرد. لکن اغماض از چالش‌های فناوری فاوا نیز دارای کراهت است. در بند کنونی، چالش‌های فنی و فرهنگی فناوری فاوا، با تکیه بر مختصات دادرسی مدنی، مورد توجه قرار خواهد گرفت.

۱.۳. چالش‌های فنی

پدیده اقتصاد نوین متکی بر صنعت فناوری اطلاعات و ارتباطات^۷ است. به همین دلیل است که به اقتصاد نوین، اقتصاد دانش‌محور، اقتصاد دیجیتال، اقتصاد شبکه‌ای، اقتصاد مجازی یا

1. Reducing The Length of Judicial Proceeding
 2. The Availability of Web Services
 3. The Change of Norms and Procedures
 4. Reidenberg, Joel, "Technology and Internet Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, 2005, p. 1952.
 5. *Ibid.*
 6. Case Management System (CMS)
 ۷. فراز پایانی بند الف از ماده ۴۶ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، سهم صنعت فاوا در تولید ناخالص ملی را تا پایان سال آخر برنامه، دو (۲) درصد پیش‌بینی می‌کند.

اقتصاد الکترونیکی نیز گفته می‌شود.^۱ توانمندسازی فرایند اطلاعاتی و ارتباطی نیز وابسته به فناوری‌هایی نظیر رایانه، میکرو الکترونیک و ارتباطات از راه دور است. فلذا فناوری اطلاعات شامل ذخیره، پردازش و توزیع اطلاعاتی می‌گردد که با استفاده از ترکیب رایانه و ارتباطات از راه دور میسر و عملی می‌گردد.^۲ روشن است که ایجاد بسترهای زیرساخت فناوری فاوا،^۳ به سبب پیچیده‌بودن و گران‌بودن یک سو و تأمین امنیت شبکه فاوا به دلیل پیش‌بینی و پیشگیری از تهدیدهای رایانه‌ای از سوی دیگر، سیستم فناوری اطلاعات و ارتباطات را به چالش می‌کشد.^۴

در زمینه تأمین زیرساخت‌های شبکه فناوری فاوا باید به شبکه گسترده^۵ و شبکه داخلی^۶ اشاره داشت. این شبکه‌ها را باید در سه مقطع تجهیز، نگهداشت و توسعه آنها در هر دو بُعد سخت‌افزاری و نرم‌افزاری تحت نظر داشت.^۷ در همین راستا، سند قانونی پشتوانه‌ای را می‌توان سیاست‌های کلی نظام اداری (ابلاغی ۱۳۸۹/۰۱/۳۱) مثال آورد. بند ۱۵ از این سیاست‌ها، در راستای تضمین مفاد بند ۱۱ آن،^۸ مقرر می‌دارد که نظام اداری باید دارای بنیان «کارآمدسازی و هماهنگی ساختارها، شیوه‌های نظارت و کنترل با ملاحظه ظرفیت‌های مردمی و تعبیه سامانه‌های خودکنترلی و خودپالا» باشد. در قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه و در فراز نخست

1. Pohjola, M., "Technology Dissemination and Economic Growth", *Journal of Applied Econometrics*, 2002, p. 211.

لازم به یادآوری است که اقتصاد دانش‌محور اقتصاد است که از جنبه‌های مبتنی بر سرمایه‌های فیزیکی در حال تغییر به سوی اقتصادی است که به دانایی و دانش متکی است. (کمپجانی، اکبر و محمود محمودزاده، «نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات در رشد اقتصادی ایران»، فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی، ۱۳۹۰، شماره ۲۹، ص ۱۱).

2. *Ibid.*

3. PKI

۴. چالش دیگر فناوری فاوا را یک‌سویه بودن ارتباط باید دانست. به عبارت روشن‌تر، کاربران خدمات قضایی صرفاً پیامک‌ها، اختاریه‌ها و سایر دستورهای سیستم عدالت مدنی را دریافت کرده و حتی در خصوص دعاوی چک که به موجب آیین‌نامه ارائه خدمات قضایی الکترونیکی، طرح آن به صورت الکترونیکی - از طریق دفاتر خدمات قضایی یا درگاه خدمات قضایی - اجباری شده است، شیوه ارتباط، عموماً یک‌سویه و یک‌طرفه است. لذا اگر چه شاید در آینده این ارتباط دو سویه گردد، در حال حاضر یک‌سویه بودن ارتباط، از چالش‌های فنی فناوری فاوا به حساب می‌آید.

5. WAN

6. LAN

۷. آمارها نشان می‌دهند که هزینه تجهیز پروژه دادگاه الکترونیک در ایران حدود ۱۴۰ میلیارد ریال برآورد شده است. (نقل از لطفی، میثم، «دادگستری الکترونیک»، ماهنامه تحلیل‌گران عصر اطلاعات، ۱۳۸۸، صص ۱۳ به بعد).

۸. بند ۱۱ از سیاست‌های کلی نظام اداری: توسعه نظام اداری الکترونیک و خدمت‌رسانی آسان، سریع و سهل‌الوصول.

از بند الف ماده ۴۶، قانون گذار، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات را مکلف نموده است تا نسبت به ایجاد و توسعه شبکه‌های ملی اطلاعات^۱ و مراکز داده داخلی و پایدار با پهنای باند مناسب با رعایت موازین شرعی و امنیتی کشور، اقدام کند و با استفاده از توان ظرفیت بخش‌های عمومی غیردولتی، خصوصی و تعاونی، امکان دسترسی پر سرعت مبتنی بر توافق‌نامه سطح خدمات را باید فراهم نماید.

علاوه بر گران بودن تأمین ارکان سخت‌افزاری و نرم‌افزاری در صنعت فناوری ارتباطات و اطلاعات، باید به چالش امنیت انفورماتیک اشاره نمود. امنیت شبکه داده‌های قضایی را باید در دو حالت تصور نمود. نخست امنیت شبکه در برابر درز اطلاعات و دوم جلوگیری از هک‌های رایانه‌ای.^۲ اگرچه که تضمین امنیت برشمرده در حیطه حقوق کیفری قرار گرفته و قانون جرایم رایانه‌ای^۳ نیز برای مقابله با جرایم سایبری پیش‌بینی شده است، لکن حساسیت اطلاعات و دستیابی با سوءنیت به حریم خصوصی افراد، چالشی است که به موازات پیشرفت فناوری وجود دارد. البته تا اندازه‌ای می‌توان از طرقی همچون اصلت‌سنجی هویتی^۴ و کنترل تراکنش‌های الکترونیکی دادگاه‌ها یا تهیه نرم‌افزار حاوی کدهای رهگیری، از درز اطلاعات قضایی و دادرسی‌ای که جنبه خصوصی و محرمانگی دارند، جلوگیری به عمل آورد. به‌منظور حل مشکل

۱. وفق تبصره ۲ از بند ط ماده ۴۶ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، شبکه ملی اطلاعات (IP) کشور، شبکه‌ای مبتنی بر قرارداد اینترنت به همراه سوئیچ‌ها و مسیریاب‌ها و مراکز داده‌ای است؛ به صورتی که درخواست‌های دسترسی داخلی و اخذ اطلاعاتی که در مراکز داده داخلی نگهداری می‌شوند، به‌هیچ وجه از طریق خارج کشور مسیریابی نشود و امکان ایجاد شبکه‌های اینترنت و خصوصی و امن داخلی در آن فراهم شود.

۲. امنیت کنش‌های قضایی مثل ارسال لایحه از طریق نشانی الکترونیکی (ایمیل) یا دسترسی به سامانه سیستم مدیریت پرونده (CMS) از اهمیت شایان برخوردار است و هکرها می‌توانند با نفوذ خود موجب اختلال اقدامات، پیگیری‌ها و اطلاعات قضایی را به‌وجود آورند. راه‌حل کنترل هکرها می‌تواند ارتقای ضریب امنیت قضایی و ایجاد بدل کاغذی برای تمامی کنش‌های قضایی را برشمرد.

۳. **قانون جرایم رایانه‌ای ایران**، مصوب ۱۳۸۷/۰۸/۲۷ اقدام به جرم‌انگاری برخی از اقدام‌های مخل امنیت شبکه اینترنتی نموده است. از جمله مصادیق جرم‌انگاری شده را نمونه‌وار می‌توان دسترسی غیرمجاز، شنود غیرمجاز، تخریب داده‌ها یا سیستم‌های مخابراتی و جز آن نام برد.

۴. اصلت‌سنجی هویتی از طریق نام کاربری و گذرواژه قابل اطمینان انجام می‌گیرد.

کرم‌های اختلال‌کننده شبکه‌ای نیز به‌کارگیری فناوری‌های نوین، روزآمدسازی آنها و رهیافت مهندسی مجدد،^۱ پیشنهاد شده است.^۲

۱.۴. چالش‌های فرهنگی

جولیا ارنل^۳ در کتاب *دادرسی رایانه‌ای*^۴ به‌دسترسی اشاره نموده است که چالش فناوری فاوا پیش از آنکه فنی و مادی باشد، فرهنگی است. لذا فرهنگ الکترونیکی افراد جامعه و بازیگران دادرسی، مقدمه ضروری در توسعه فناوری‌های ارتباطات و اطلاعات است. در کنار چالش فرهنگی باید به چالش‌های دیگر مرتبط با فرهنگ و اقتصاد کاربران نیز اشاره داشت که عبارت از دسترسی به اینترنت و دسترسی به رایانه است. شریل جکسون^۵ نیز در مقاله «چالش‌های نوین دادرسی در دنیای مجازی»^۶ عدم دسترسی به رایانه یا عدم دسترسی به اینترنت را نقض اصل برابری آیینی اصحاب دعوا^۷ برآورد می‌نماید. همو بر آن است که سواد فناوری به موازای گسترش مویرگی ارکان فاوا باید افزایش یابد. بنابراین تنها زمانی می‌توان از بهره‌مندی و بازدهی فناوری فاوا در عرصه شبکه خدمات قضایی سخن به میان آورد که سواد فناوری کاربران اینترنتی خدمات قضایی از توازن حداقلی برخوردار باشد.^۸

۱. رهیافت مهندسی مجدد، برخلاف رهیافت عمل‌گرایانه، از طریق مقررات‌گذاری و تنظیم قواعد رایانه‌ای شکل می‌گیرد. در ایران کمیسیون موسوم به کمیسیون تنظیم مقررات ارتباطات، می‌تواند نقشی مستقیم در این زمینه ایفا نماید.

2. Hervé, Croze, *Le Progres Technique De la Procedure Civile*, Texte révisé d'une conférence prononcée devant la Cour de cassation le 2 octobre 2008.,p.213.

3. Julia Hornle

4. Hornle, Julia, op.cit, p.34.

5. Sheryl Jackson

6. Jackson, Sheryl, "New Challenges for Litigation in The Electronic Age", *Deakin Law Review*, Vol. 12, No. 1, p. 84.

۷. برابری آیینی بازیگران دادرسی در اصل سوم از اصول آیین دادرسی مدنی فراملی و در چهار بند مورد ذکر و تبیین قرار گرفته است. بند نخست از اصل سوم به دنبال پذیرش اصل بنیادین فرصت آیینی برابر است و بند چهارم نیز وجه سلبی اصل دسترسی آیینی برابر و متعارف را مد نظر قرار دارد. بند سوم نیز برخلاف ماده ۱۴۴ از قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (۱۳۷۹)، امتیازهای برابر آیینی را فارغ از تابعیت بازیگران دادرسی، گوشزد می‌نماید.

8. *Ibid.*

برخی دیگر به منظور پوشش نقائص برشمرده، معتقد به دو اصل تعطیل‌ناپذیری خدمات قضایی و تفکیک کاربران حرفه‌ای خدمات قضایی از کاربران غیرحرفه‌ای هستند.^۱ اصل تعطیل‌ناپذیری سیستم عدالت مدنی باید در فرایند مکانیزه‌شدن خدمات قضایی مورد لحاظ قرار گیرد. بر همین مبنا **اولاً** تأخیر در برگزاری جلسه دادرسی یا تجدید آن، به دلیل اختلال شبکه خدمات قضایی باید مورد پیش‌بینی قرار گیرد و رخداد آن به حداقل برسد. **ثانیاً** پیرو خطمشی اخیر، باید حداقل نسخه‌ای کاغذی از فرایند رسیدگی‌ها و سایر خدمات قضایی تهیه گردد. شاید بتوان مفاد بند ۳ از قسمت ح ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه را مستندی نافذ و صائب در این خصوص ذکر کرد. به موجب بند اخیر، قوه قضائیه به شرطی می‌تواند نسخه‌های کاغذی پرونده‌های مختومه قضایی را به اسناد الکترونیکی تبدیل و سپس نسخه‌های کاغذی را امحا نماید که حداقل ۳۰ سال از مدت بایگانی پرونده‌های مزبور سپری شده باشد. بنابراین انتخاب راه‌حل بینابین، به تناسب فرهنگ مجازی کاربران اینترنتی، ضمن سامان‌دادن کارآمد به خدمات قضایی و جلوگیری از تعطیلی آن، موجب استقرار تکلیف بر عهده کاربران حرفه‌ای خدمات قضایی، از جمله دادرس (ان)، وکلای دادگستری و کارشناسان دادگستری، گردیده و در انتها، منجر به عدالت الکترونیکی نیز می‌شود.

۲. اصول حاکم بر دادرسی الکترونیکی

دادرسی مجازی همگام با پیشرفت فناوری فاوا موجب توسعه‌مندی در حقوق دادرسی مدنی گردیده است. تأثیرپذیری قواعد حقوقی، چه در حوزه حقوق ماهوی و چه در حوزه حقوق آیینی، در سطح بین‌المللی و حقوق تطبیقی مشهود است. شاید به همین دلیل باشد که حقوق دادرسی مدنی را به دادرسی سنتی و دادرسی نوین (الکترونیکی) تقسیم می‌نمایند.^۲ با تتبع در متون حقوقی تطبیقی و پژوهش‌های به‌عمل‌آمده، سه اصل بنیان قانونی اعتبار داده‌های الکترونیکی، اصل توافقی‌بودن آنها و اصل حق بر نسخه کاغذی دادرسی را باید مورد شمارش و واکاوی قرار داد.

1. Louis, Jean, "L'émergence d'une culture judiciaire européenne Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen", Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 13 décembre 2009, 16054/04-JAI 559, p 54.

2. Frederique Ferrand, Serge Guinchard, "Procédure civile ; droit interne et droit de l'Union européenne", 31e édition "Dalloz, Paris, 2012, p 1040.

دادرسی سنتی مبتنی بر رفتارهای عینی و بروکراسی کاغذی است. لکن دادرسی نوین یا الکترونیکی بر پایه کنش‌های غیرحضور، ارتباط‌های مجازی و حتی ادله اثبات الکترونیکی استوار است.

۲.۱. اصل اعتبار

اصل اعتبار انعکاس‌دهنده دو فضای معین است. اعتبار مفاد داده‌های الکترونیکی دادرسی و اعتبار تبادل اطلاعات دادرسی بین بازیگران دادرسی است. درخصوص اعتبار مفاد داده‌های الکترونیکی و در حقوق ایران، اینگونه داده‌ها مورد توجه و تقنین قرار گرفته‌اند. شاهد مثال را باید بند ب از ماده ۴۸ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه بیان داشت. به موجب این بند، سند الکترونیکی در حکم سند کاغذی است؛^۱ مشروط بر آنکه اصالت صدور و تمامیت آن محرز باشد. ماده ۶ از قانون تجارت الکترونیک ایران نیز سابق بر این و عطف به بند الف از ماده ۲ در خصوص تعریف داده پیام^۲ اشعار می‌دارد که «هر گاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، داده پیام در حکم نوشته است». بنابراین داده پیام با هرگونه مضمونی که داشته باشد، از قبیل امضای الکترونیکی، سند الکترونیکی و جز آن، دارای اعتبار و صحت استنادی است.^۳ مفاد ماده ۱-۷۴۸ از دفتر نخست آیین دادرسی مدنی فرانسه، بند a از ماده ۱۳۰ آیین دادرسی مدنی کشور آلمان^۴ (۲۰۰۵)، قاعده ۳۴ از قواعد آیین دادرسی فدرال آمریکا^۵ (اصلاحی ۲۰۱۰)، بند ۳-۵ و

۱. ماده ۶۵ از لایحه آیین دادرسی تجاری نیز سند را اعم از سند مکتوب یا الکترونیکی معرفی نموده است. جالب اینکه در تبصره ماده ۵۹ از همین لایحه، اشاره شده است که اگر مستند دعوی تجاری، سند الکترونیکی باشد ... نیازی به تأدیه تأمین یا تضمین خسارات احتمالی نیست.

۲. بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک ایران (مصوب ۱۳۸۲): داده پیام (Data Message) هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسائل الکترونیکی، نوری و یا فناوری‌های جدید اطلاعات تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود. سند الکترونیکی نیز در محیط مجازی تولید گردیده و ممضی به امضای الکترونیکی یا دیجیتال است. برای مطالعه مستوفی ببینید: قربان وند، پیشین، ص ۴۳؛ السان، مصطفی، **حقوق تجارت الکترونیک**، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۶.

۳. باید اذعان نمود فرقی نمی‌کند که داده پیام الکترونیکی از طریق ارتباط مجازی بسته (از قبیل تبادل الکترونیکی داده‌ها) یا ارتباط مجازی باز (مثل اتاق گفتگوی مجازی، نامه الکترونیکی یا وب سایت) صورت گیرد. در این خصوص ببینید: حبیب زاده، طاهر، **حقوق فناوری اطلاعات؛ مقدمه‌ای بر حقوق تجارت الکترونیک**، ج

۱، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۷۷.

4. **Electronic Document:** (3) An electronic document shall be deemed submitted as soon as the court office designated as the recipient has recorded it.

5. Rule 34: (A) any designated documents or electronically stored information—including writings, drawings, graphs, charts, photographs, sound recordings, images, and other data or data compilations—stored in any medium from which information can be obtained either directly or, if necessary, after translation by the responding party into a reasonably usable form.

بند ۴-۳۱ از قانون آیین دادرسی مدنی انگلستان^۱ (۱۹۹۸)، همچنین سیاق بند ۱ از اصل ۱۴ و بند ۱ از اصل ۵ اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، جملگی حاوی اعتبار اسناد الکترونیکی و سایر داده‌های قابل استنادند.

لکن اعتبار تبادل الکترونیکی اسناد قضایی^۲ و مستندات دادرسی، وجه دیگر اصل اعتبار است. تبادل الکترونیکی اسناد قضایی را قانون‌گذار ایران در بند ط از ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه، موجب توسعه دسترسی به عدالت قضایی معرفی نموده و در همین زمینه اشکال مختلف تبادل نیز در بند ج از ماده ۴۸، نمونه‌وار، بیان شده است. تبادل اطلاعات عبارت از انتقال داده‌های ذخیره‌شده بین دو شخص (حقیقی یا حقوقی) با ابزارهای مجازی و از طریق سیستم رایانه‌ای است. در بند b از ماده ۲ قانون نمونه تجارت الکترونیک^۳ نیز تبادل الکترونیکی داده‌ها، عبارت از انتقال داده‌ها از یک سیستم به سیستم رایانه‌ای دیگر با استفاده از استانداردهای توافق‌شده برای سازمان‌دهی اطلاعات، تعریف شده است.

درخصوص اعتبار تبادل اطلاعات باید بین دو حوزه سیستم عدالت مدنی و حوزه دادرسی قائل به تفکیک بود. سیستم عدالت مدنی، به‌منظور تسریع در ارائه خدمات قضایی و بهسازی مدیریت نهاد قضایی^۴، نیازمند ایجاد سامانه‌های الکترونیکی از قبیل سامانه اتوماسیون اداری یا سامانه‌های تبادل بین - سازمانی^۵ است. اینک استعمال وضعیت ثبتی ملکی در دعوی الزام به تنظیم سند رسمی، به‌جای اعمال شیوه سنتی، از طریق استعمال الکترونیکی صورت گیرد یا اینکه استعمال هویت متهم پرونده‌ای، از محل ذخیره داده‌های هویتی اشخاص و به صورت برخط صورت گیرد و یا اموری از این دست، جملگی بازتاب نقش ابزارهای الکترونیکی در کارآمدی

1. “document” means anything in which information of any description is recorded; and “copy”, in relation to a document, means anything onto which information recorded in the document has been copied, by whatever means and whether directly or indirectly.

2. Electronic data interchange (EDI)

3. The Model Law on Electronic Commerce (MLEC), 1996-1998, at: <http://www.uncitral.org/>

4. Administration of Justice

5. Inter - Organizational System (IOS)

۶ ایجاد پایگاه اطلاعات هویتی (بند د ماده ۴۶ از برنامه پنجم توسعه)، استقرار پایگاه اطلاعات حقوقی املاک از طریق طرح حدنگاری (بند ۱ قسمت و ماده ۴۶)، الکترونیکی نمودن کلیه نقل و انتقال املاک (بند ۲ از قسمت و ماده ۴۶)، لزوم استعمال‌های قضایی الکترونیکی (قسمت م ماده ۲۱۱) و لزوم بایگانی الکترونیکی قضایی (بند ۳ از قسمت ح ماده ۲۱۱) را می‌توان نمونه‌های اصل مدیریت تغییر در دادگستری از وضع سنتی به وضع الکترونیکی دانست.

سیستم عدالت مدنی است.^۱ بنابراین امتیاز تبادل الکترونیکی اطلاعات ذخیره‌شده قضایی در بین سازمان‌های قضایی و سایر سازمان‌ها، موجب سامان‌یافتگی دادگستری، افزایش عقلانیت قضایی، درونی‌کردن هزینه‌های منفی دادرسی و در نتیجه تحقق دموکراسی قضایی و گفتمان محور می‌شود. لکن تبادل اطلاعات دادرسی، به لحاظ حفظ حریم خصوصی اصحاب دعوا از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است.^۲ به منظور اعتباربخشی به فرایند تبادل اطلاعات دادرسی، به‌فراخور گستردگی پهنای باند اینترنتی و روزآمدن‌موندن تأمین امنیت شبکه‌های الکترونیکی، قانون‌گذاران بسیاری از کشورها، از جمله ایران و فرانسه،^۳ به پیش‌بینی سیستم شناسایی هویت بازیگران دادرسی،^۴ با توجه به شماره بایگانی الکترونیکی پرونده‌ها، امضای الکترونیکی و ایجاد سیستم کد رهگیری پرونده‌ها اقدام نموده‌اند. البته خط‌مشی‌های غیرمستقیم نیز، از جمله یک‌سویه‌بودن تبادل اطلاعات از مرجع قضایی به کاربران و انتقال اسناد و مدارک پرونده قضایی از کاربران به سیستم قضایی با واسطهٔ دفاتر خدمات قضایی - که تحت کنترل سیستم عدالت مدنی است - و مهم‌تر از همه بنیان توافقی‌بودن به‌کارگیری شیوه‌های تبادل اطلاعات خصوصی دادرسی تا حدود زیادی اصالت و اعتبار تبادل اطلاعات را تأیید می‌نماید.

۲.۲. اصل توافقی بودن

اصل توافقی بودن پذیرش تبادل الکترونیکی اطلاعات، به‌عنوان یکی از اصول حاکم بر مدیریت دادخواهی^۵ محسوب می‌گردد. اصل لزوم انتخاب شیوهٔ ارتباطی سریع و از راه دور، در

۱. آثار دادگاه الکترونیکی به طور مبسوط در تالیف زیر گنجانده شده است:

Guinchard, Serge, "Procédure civile: droit interne et droit communautaire", *Dalloz français*, 29 ed, 2008.

۲. مهم‌ترین تهدیدهای شمارش‌شده در زمینه فناوری فاوا را عبارت از امنیت و اعتماد دانسته‌اند. هرچند که هر چقدر میزان امنیت شبکه اینترنتی افزایش یابد، اعتماد کاربران نیز فزونی می‌یابد. امروزه سخن از وفاداری الکترونیکی (E - Loyalty) در عرصه‌گاه تجارت بین‌الملل است. ن. ک:

D. L. Shapiro, B. H. Sheppard and L. Cheraskin, "Business on a Handshake", *The Negotiation Journal*, 8 (4), 1992, P.367.

3. Guinchard, Serge, "Procédure civile : droit interne et droit communautaire", *op. cit.*, p.802.

۴. بند ۶ از ماده ۷۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: جهت تضمین امنیت و محرمانگی مستندات و اطلاعات دادرسی که از طریق شیوه تبادل الکترونیکی مبادله می‌گردند و به منظور شناسایی هویت اصحاب دعوا، ذخیره اطلاعات ارسالی یا دریافتی و نیز تعیین تاریخ آنها، وزارت دادگستری مکلف است تا طی دستورالعمل مربوطه، جریان فنی فناوری فاوا را تحت کنترل داشته باشد.

۵. Principles of Litigation Management از جمله اصول اقتصادی حاکم بر مدیریت دادرسی را اصل تخصیص کارآمد منابع قضایی (Allocation Sufficient Resources)، اصل مشارکت (Co - Operate)، اصل ←

اصل قراردادگرایی دادرسی در پرتو نظریه تکثرگرایی دادرسی نیز ریشه دارد.^۱ جلوه‌ای از دادرسی قراردادی که در آن به منظور اداره بهتر جریان دادرسی، شیوه‌ای مبتنی بر مشارکت متقابل برگزیده می‌شود. روشی که رفتار دادرسی را به سوی عقلانیت افزایشی و تضمین مختصات نهادهای دادرسی پیش می‌برد. در حقوق دادرسی مدنی انگلستان، اقدام به پیش‌بینی توافق‌نامه‌های تبادل اطلاعات عرفاً مؤثر^۲ و پیشگیری از اقدامات غیرمناسب و هزینه‌ساز^۳ شده است.^۴ از سوی دیگر و در مرحله اقامه دعوا، شیوه استماع پیش از دادرسی،^۵ به‌عنوان یکی از فنون دادرسی مدنی به‌منظور بازنگری در محتویات پرونده^۶ و آماده‌سازی پرونده^۷ پیش‌بینی شده است. اسلوب توافق‌نامه‌های دادرسی و اسلوب آماده‌سازی پرونده هر دو در راستای دخالت‌دادن اراده طرفین و پی‌ریزی مشارکتی اساس دادرسی است. تبادل اطلاعات دادرسی، به‌عنوان یکی از جلوه‌های توافق‌های قبلی^۸ یا بعدی^۹ دادرسی، مبتنی بر توافق اصحاب دعوا است. در همین راستا بند ۲ از ماده ۷۴۸ از آیین دادرسی مدنی فرانسه مشعر بر اصل لزوم توافقی بودن تبادل الکترونیکی است. به موجب این بند، «به غیر از موارد الزامی در ابلاغ الکترونیکی اوراق قضایی، اصحاب دعوا باید به‌طور صریح، در خصوص مصادیق بند ۱ ماده ۷۴۸^{۱۰} جهت استفاده از شیوه ارتباطی الکترونیکی، رضایت دهند». بنابراین حقوق دادرسی مدنی فرانسه به اعتبار سه شرط

→ پذیرش و بکارگیری توافق‌نامه‌های استاندارد (Adopt Standard Protocols) و اصل استفاده کارآمد از فناوری فاوا در راستای دادگستری الکترونیک (Use Technology Effectively for E- Justice)، شمارش نموده‌اند.

Cadiet,Loïc, "Case management judiciaire et déformalisation de la procédure", *op.cit*, p.138.

1. Hiez,David," Le système juridique à l'ère de la contractualisation", *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*,2008, p.53.

2. Stimulation of Exchange of Information

3. Avoidance of Disproportionate Steps and Expense

4. Visscher,Louis,"A Law and Economics View on Harmonisation of Procedural Law", in Van,Rhee,*op.cit*,p.87&Neil, Andrew, *op.cit*,p.64

5. Pre – Trial Hearing

6. Pre – Trial Review

7. Case Management Conference (CMC)

8. Ex – Ante Agreement of Trial

9. Ex – Post Agreement of Trial

۱۰. به موجب بند ۱ از ماده ۷۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه: ارسال، دریافت و ابلاغ هر گونه اسناد دادرسی، اخطاریه‌ها، آگهی‌ها، دعوت‌نامه‌ها، صورت‌مجلس‌ها و یا هر نوع رونوشت‌های قضایی‌ای را که برابر با اصل شده‌اند، می‌توان از طریق شیوه ارتباطی الکترونیکی تبادل نمود. استخدام این شیوه به موازای حفظ اقتضای مقررات سنتی تبادل اطلاعات محسوب می‌شود.

لزوم توافق، لزوم توافق صریح و لزوم حفظ اقتضای شیوه‌های سنتی تبادل اطلاعات، با احتیاط و ضمن توجه به امتیازهای فناوری فاوا در مدیریت دادرسی، اقدام به پذیرش ورود فناوری در راستای سازمان‌دهی بهتر جریان دادرسی شده است.^۱

نگرش قانون‌گذار فرانسوی در راستای مبنای هماهنگی بین‌المللی حقوق آیینی ارزیابی می‌گردد.^۲ در همین خصوص باید به اصول آیین دادرسی مدنی فراملی نظر افکند. بند ۱ از اصل ۵ اصول مزبور، اشعار بر ابلاغ اوراق دادرسی از طریق ابزارهایی است که به‌طور متعارف، مؤثر است.^۳ پیرو بند اخیر و در بند ۷ از اصل ۵، بر امکان به‌کارگیری وسایل ارتباطی سریع اشاره شده است.^۴ در بند فوق‌التوصیف آمده است که اصحاب دعوا به استناد قرارداد و با اجازه دادگاه می‌توانند از شیوه‌های ارتباطی سریع از قبیل تبادل الکترونیکی، استفاده نمایند.

در حقوق دادرسی ایران صریحاً به اصل تبادل الکترونیکی اطلاعات دادرسی و به تعاقب آن، لزوم توافقی بودن شیوه تبادل ذکر شده، اشاره‌ای نگردیده است. لکن با تکیه بر مقتضای امر ابلاغ اوراق قضایی و به استناد مفهوم درک‌شده از مادتين ۷۸ و ۸۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب ۱۳۷۹)، همچنین به استناد ماده ۳۳ از قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (مصوب ۱۳۵۸)، اولاً می‌توان به طریقیقت داشتن ابلاغ اوراق قضایی با محوریت لزوم آگاهی اصحاب دعوا نظر داشت. ثانیاً اصل مشارکت و همکاری اصحاب دعوا، به‌عنوان یکی از اصول راهبردی دادرسی مدنی،^۵ ایجاب می‌نماید تا با تکیه بر بنای عقلای حقوق دادرسی و

۱. یکی از دادرسی‌دانان در مقاله‌ای تحت عنوان **دادرسی‌های طراحی شده** (Designer Trials)، مبنای انتخاب دادرسی و یا شیوه‌های ارتباطی، آن را برگرفته از **اصل آزادی قرارداد دادرسی** (Freedom of Contract) (Trials) احتجاج می‌نمایند.

Thornburg, Elizabeth, "Designer Trials", *Journal of Dispute Resolution*, Vol.1, 2006, p 182.

2. Frédérique, Ferrand, "The French Approach to The Globalisation and Harmonisation of Civil Procedure", in: Van, Rhee, *op. cit*, p 335.

3. 5. Due Notice and Right to Be Heard. 5.1. at the commencement of a proceeding, notice, provided by means that *are reasonably likely to be effective*.

4. 5.7: the parties may, by agreement and with approval of the court, employ expedited *means of communications, such as telecommunication*.

۵. در بند ۲ از اصل ۱۱ اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، مشارکت اصحاب دعوا در جریان دادرسی، به‌عنوان تکلیف آنها در تمثیت جریان دادرسی لحاظ شده است. در خصوص اصل همکاری طرفین دادرسی ن.ک:

Loïc, Cadiet, "Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law", *Ritsumeikan Law Review*, No.28, 2011, p 349.

هكذا تمایل قوانین توسعه ایران بر افزایش سهم فناوری فاوا در خدمات دولتی و قضایی،^۱ قائل بر پذیرش انتخاب شیوه تبادل الکترونیکی مکاتبات، مستندات و اطلاعات دادرسی گردید. از سوی دیگر، ملاحظه فرم دادخواست‌هایی که از سوی دادگستری جمهوری اسلامی ایران (تحت شماره ۲/۱۳۹۶/۱/۲۲۰۱/۲۴ اداره کل تشکیلات و برنامه‌ریزی) در اختیار مصرف‌کنندگان خدمات قضایی قرار می‌گیرد، حاوی دو عبارت در ذیل آن است. عبارت نخست با عنوان "توجه ۱" مقرر می‌دارد: «در صورتی که خواهان تمایل داشته باشد اوراق قضایی به صورت پست الکترونیکی یا از طریق تلفن یا نامبر به وی ابلاغ شود، در پایان شرح دادخواست، با ذکر دقیق شماره‌های مربوط اعلام نماید تا ابلاغ هرچه سریع‌تر صورت گیرد». عبارت برشمرده جلوه بارز و قابل مثال اصل توافقی بودن استفاده از ابزارهای الکترونیکی برای بازیگران دادرسی در ایران است. فلذا نه تنها ابلاغ اوراق قضایی، ابلاغ وضعیت پرونده و سایر اطلاعات دادرسی را می‌توان به شیوه الکترونیکی استعلام نمود، بلکه با فرض وقوف به چالش‌های فنی فاوا و بسترسازی‌های لازم، بر مبنای توافق اصحاب دعوا - و البته در موارد اجبار قانونی - می‌توان از شیوه مذکور استفاده نمود. در همین زمینه باید به آیین‌نامه ارائه خدمات الکترونیکی قضایی (۱۳۹۱) اشاره نمود. به موجب ماده ۱ از این آیین‌نامه «اشخاص حقیقی یا حقوقی جهت طرح و پیگیری دعاوی و شکایات و سایر امور قضایی، از طریق دفاتر خدمات قضایی یا درگاه خدمات قضایی و با استفاده از سامانه‌های الکترونیکی و مخابراتی استفاده نمایند».

۲.۳. اصل بی‌طرفی فنی و حق بر نسخه کاغذی

اصل بی‌طرفی فنی^۲ بیانگر آن است که ایجاد ارتباط الکترونیکی یا تمایل به تبادل اطلاعات دادرسی و یا قراردادهای راجع به دادرسی، نیازمند استفاده از روش، فن یا وسیله الکترونیکی

۱. فارغ از مصادیق فراوان اشاره شده به فناوری فاوا در زمینه بهبود خدمات اداری و قضایی - به ویژه مواد ۴۶، ۲۱۱ و ۲۱۱- در قانون برنامه پنج‌ساله توسعه، سابق بر آن و در قانون برنامه چهارم، نیز - طی فصل یازدهم؛ با عنوان توسعه امور قضایی و مشخصاً ذیل ماده ۱۳۰، به استقرار نظام قضایی سریع، دقیق، بالسویه، در دسترس، ارزان، قابل پیش‌بینی، منصفانه و قاطع تأکید شده است.

2. Technological Neutrality

خاصی نیست.^۱ بند ۱ از ماده ۹ کنوانسیون نمونه ارتباطات الکترونیکی آنسیترال نیز مقرر می‌دارد که هیچ ماده‌ای در این کنوانسیون مقرر نمی‌دارد که ارتباط یا قرارداد باید به شکل خاصی ایجاد شده یا مدلل شود.^۲ بنابراین اصل بی‌طرفی فنی، بسان اصل رضائی بودن قراردادهای الگویی خاص از تبادل اطلاعات دادرسی را لازم نمی‌داند. باید اعتراف نمود که اصل برشمرده از سوی بازیگران دادرسی یا قانون‌گذار می‌تواند محدود و بر روی یک یا چند روش معین از ارتباط‌های الکترونیکی تأکید شود. بند ۲ از ماده ۹ کنوانسیون نیز در همین رابطه اشعار می‌دارد، در مواردی که ارتباط یا قرارداد باید به صورت کتبی باشد یا آثار فقدان کتبی بودن را مقرر می‌دارد، آن شرط به وسیله ارتباط الکترونیکی محقق می‌شود؛ مشروط بر اینکه اطلاعات مندرج در آن، قابل دسترسی و امکان استفاده در صورت مراجعه بعدی فراهم باشد. از منطوق صریح بند ۱ ماده ۷۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه که انتقال اسناد دادرسی را بدون اشاره به شیوه‌ای خاص از طریق ابزارهای الکترونیکی پیش‌بینی کرده است و همچنین بند ۷ از اصل ۵ اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، می‌توان به اصل بی‌طرفی فنی در بکارگیری ابزارهای مختلف الکترونیکی دست یافت.

اصل مربوط به حق بر نسخه کاغذی نیز متضمن اصل الکترونیکی نمودن تدریجی دادگستری از یک سو و اصل حفظ امتیازهای دادرسی سنتی، از سوی دیگر است.^۳ بند ۵ از ماده ۷۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه، دربردارنده این اصل است. به موجب بند یادشده، استفاده از شیوه ارتباط از راه دور مانعی برای اصحاب دعوا در اخذ رونوشت کاغذی (تأیید شده) نیست. اگرچه مفاد بند اخیر راجع به امکان اخذ رونوشت اسناد الکترونیکی در جریان دادرسی است، می‌توان نظر به توافقی بودن استفاده از وسایل راه دور و نظر بر اصل بی‌طرفی فنی، بنا به تنقیح مناسبت، رویکرد مقرر بالا را شامل تمامیت جریان دادرسی تلقی نمود.^۴

1. Kah Wei, Chong & Chao Suling, Joyce, "United Nations Convention on The Use of Electronic Communications in International Contracts – A New Global Standard", *Singapore Academy of Law Journal*, No. 18, 2006, p. 159.

2. Article 9 (1) : nothing in this convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form.

3. El Sheshtawy, Hassan, "E- mail as Evidence", 2011, p. 13, at: <http://www.ssrn.com/abstract=1533107>.

۴. به منظور مطالعه مستوفی در این زمینه و در حقوق فرانسه کتاب *ژرار کوئسه*، اثر مفیدی تلقی می‌گردد: Couchez, Gérard, "Procédure civile", 16^e Éd, 2010, p. 312.

نتیجه‌گیری

سنتز حقوق و اقتصاد دادرسی موجب شده است تا انتظار از نظام دادرسی مدنی رو به افزایش باشد. لازمهٔ ترسیم نقش اجتماعی برای دادرسی، افزایش عقلانیت در مدیریت قضایی و استخدام فناوری فاوا در روش دادرسی است. توجه به وجههٔ اجتماعی دادرسی و تأثیر آن در افزایش رفاه اجتماعی از زمرهٔ اهداف برشمردن برای الکترونیکی‌نمودن حوزهٔ نظام و جریان دادرسی است. از جمله امتیازهای دادرسی الکترونیکی، ذخیرهٔ زمانی، تسریع در دسترسی به عدالت، ارتقای کیفیت دادرسی، تشریفات‌زدایی حداکثری دادرسی و توفیق دستیابی به عدالت الکترونیکی است. از رهگذر دادرسی الکترونیکی می‌توان به اهداف اجتماعی دادرسی از جمله اشتغال‌زایی، توسعه‌گرایی و افزایش رفاه اجتماعی دست یازید. در حوزهٔ اهداف خصوصی دادرسی نیز ارتقای رضایت بازیگران دادرسی از طریق مهار اطالۀ دادرسی و فراهم‌آوردن فرصت آیینی – الکترونیکی برابر از نتایج دادرسی الکترونیکی است. در کنار امتیازاتی که وجود دارد، چالش‌های فنی و فرهنگی نیز این عرصه را تهدید می‌کند. قانون‌گذار ایران بسان قانون‌گذار کشور فرانسه، انگلستان و آمریکا همگام با اسناد فراملی در حیطة آیین دادرسی مدنی، اهتمام بر الکترونیکی‌شدن نظام و جریان رسیدگی دارد و اصولی همچون اصل اعتبار کنش‌های الکترونیکی، اصل حق بر نسخه کاغذی و اصل اولویت توافق هم‌راستا با سایر اصول حاکم بر دادرسی الکترونیکی را مورد تأیید و تأکید قرار داده است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. حبیب‌زاده، طاهر، **حقوق فناوری اطلاعات: مقدمه ای بر حقوق تجارت الکترونیک**، ج ۱، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۲. السان، مصطفی، **حقوق تجارت الکترونیک**، چ ۴، انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
۳. صراف‌زاده، اصغر، **فناوری اطلاعات در سازمان (مفاهیم و کاربردها)**، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۸.
۴. قربان‌وند، علی، **قواعد حقوق تجارت الکترونیک**، معاونت آموزش دادگستری استان تهران، انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۸۹.

مقاله

۵. کمیجانی، اکبر و محمود محمود زاده، «نقش فناوری اطلاعات و ارتباطات در رشد اقتصادی ایران»، *فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی*، شماره ۲۹، ۱۳۹۰، صص ۱۰۷-۷۵.
۶. لطفی، میثم، «دادگستری الکترونیک»، *ماهنامه تحلیلگران عصر اطلاعات*، ۱۳۸۸.

ب) منابع انگلیسی

Books

7. Hornle, Julia, **Cross – Border Internet Dispute Resolution**, Cambridge University Press, 2009.
8. Rhee, Van, **The Law Delays: Essays on Undue Delay in Civil Litigation**, Antwerp and Oxford, 2007.
9. Schultz, Thomas, **Theoretical Considerations about the Future of ODR**, 2003.

Articles

10. D. L. Shapiro, B. H. Sheppard and L. Cheraskin, "Business on a Handshake", *The Negotiation Journal*, 8 (4), 199, pp. 365-377.

11. Fabri, Marco, "Judicial Electronic Data Interchange in Europe: Applications, Policies and Trends", *Management and Information Technology*, 2003.
12. Hornle, Julia, "Online Dispute Resolution", *International Review of Law Computer & Technology*, Vol.17, No.1, 2003.
13. Jackson, Sheryl, "New Challenges for Litigation in The Electronic Age", *Deakin Law Review*, Vol.12, No.1, 2007.
14. Kah Wei, Chong & Chao Suling, Joyce, "United Nations Convention on The Use of Electronic Communications in International Contracts – A New Global Standard", *Singapore Academy of Law Journal*, No.18, 2006.
15. Neil H, Andrew, "Fundamental Principles of Civil Procedure: Order out of Chaos", General MUN, *FURTALEZA*, N.17, V.17, 2009, pp. 9-22.
16. Pohjola, M., "Technology Dissemination and Economic Growth", *Journal of Applied Econometrics*, 2002.
17. Reidenberg, Joel, "Technology and Internet Jurisdiction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.158, 2005.
18. Thornburg, Elizabeth, "Designer Trials", *Journal of Dispute Resolution*, Vol.1, 2006.
19. Velicogna, Marco, "Justice Systems and ICT", *Utrecht Law Review*, 2007.
20. Velicogna, Marco, "Use of Information and Communication Technologies (ICT) in European Judicial Systems", *European Commission for The Efficiency of Justice*, 2011.

Online Resources

21. Dan, W. Kenneth, "The Judiciary and Economic Development", The Law School, The University of Chicago, 2006, pp. 1-41. Available at: http://www.ssrn/abstract_id/892030, (last visited 06/02/2024).
22. Velicogna, Marco, "Use of Information and Communication Technologies (ICT) in European Judicial Systems", European Commission for The Efficiency of Justice, 2011, pp. 1-26. Available At: <http://www.coe.int>, (last visited 06/02/2024)

ج) منابع فرانسوی

Livres

23. Couchez, Gérard, "Procédure civile", 16^e Éd, 2011.

24. Frederique Ferrand, Serge Guinchard, " **Procédure civile ; droit interne et droit de l'Union européenne** ", 31e édition "Dalloz, Paris, 2012.
25. Guinchard, Serge, " **Procédure civile: droit interne et droit communautaire** ", Dalloz français, 29 ed, 2008.
26. Guy, Canivet, **Du principe d'efficience en droit judiciaire privé**, Dalloz, Paris, 2000
27. Louis, Jean, " **L'émergence d'une culture judiciaire européenne Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen** ", Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 13 décembre, 16054/04-JAI 559, 2009.

Des Articles

28. Cadet, Loïc, "Case management judiciaire et déformalisation de la procédure", *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008.
29. Cadet, Loïc, "Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Law", *Ritsumeikan Law Review*, No.28, 2011.
30. Hiez, David, "Le système juridique à l'ère de la contractualisation", *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, 2008.

Conférences

31. Hervé, Croze, "Le Progres Technique De la Procédure Civile", Texte révisé d'une conférence prononcée devant la Cour de cassation le 2 octobre, 2008.

Principles Governing Electronic Civil Procedure and Its Challenges

Behnam HABIBI DARGAH (Assistant Professor of Law, Islamic Azad University, Karaj Branch)

Abstract

One of the important variables in the qualitative evaluation of the justice system is the speed in the structure of the system and the process of civil proceeding. Rapid justice causes agility, dynamism, trust atmosphere establishment and social efficiency. Electronic proceeding is an excellent example of modern judicial administration which has transformed the method of access to justice and proceeding. Equilibrium in proceeding opportunities, accelerated access to justice, maximized de-formalization of proceeding and time saving should be counted as social effects of electronic proceeding. However, there are always challenges that threaten electronic proceeding. Among these challenges, technical and cultural ones are mentionable. It is obvious that technical infrastructures in developing electronic proceeding and electronic knowledge rate will almost overcome these challenges. Principles governing electronic proceeding include the principle of validity, the principle of agreement and the principle of technical neutrality or the right to a paper copy. These principles, along with the digitization of the judicial system, have legal support and executive functionality. This Article addresses the concept of electronic proceeding and then considers the fundamental challenges and principles in this regard.

Keywords:

Virtual Proceeding, Electronic Justice, New Hearing, Modern Judicial Administration, Communication and Information Technology

بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی ایران در پرتو سیاست بهینه‌سازی مصرف گاز و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی

(مقاله علمی-پژوهشی)

رسول لاهیجانیان*

فاطمه شیخی ده‌چناری**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۲

چکیده

آمارهای حاضر نشان از نابرابری در عرضه و تقاضای گاز طبیعی است. مسئله این است که چه نوع سیاست اتخاذی بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی را تأمین خواهد نمود؟ یافته‌های نویسندگان حاکی از این است که اعمال سیاست‌های کلان مرتبط با بهینه‌سازی گاز و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی در بازار گاز، کمک شایانی به بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی خواهد نمود. مستند بر آیین‌نامه ایجاد بازار بهینه انرژی و محیط زیست، گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی صادر و منتشر می‌شود. این گواهی‌ها اوراق بهاداری‌اند که نشان‌دهنده حق مالکیت بر مقدار مشخصی از میزان انرژی صرفه‌جویی شده است و در بازار مبادله می‌گردد. در عین حال، تحت کنترل نهاد تنظیم‌گر بخشی در بازار گاز، عدم تعادل موجود مابین عرضه و تقاضا، برطرف شده و بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی محقق می‌گردد. از دیگر اثرات مستقیم تأسیس این نهاد، مقابله با انحصار در بازار، تشخیص مصادیق رویه‌های ضد رقابتی و تصویب دستورالعمل‌های ناظر بر تنظیم قیمت بازار و مقدار کالا است. از این رو لازم است تا بازار توسط نهاد تنظیم‌گر بخش گاز کنترل گردد. این مقاله اساساً به دنبال ارائه سیاستی است تا بتوان به واسطه اعمال آن در صنعت زمینه بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی را فراهم نمود. از این رو، تلاش شده است تا علاوه بر مقررات موجود، نهاد تنظیم‌گر، ویژگی‌های آن و اساسنامه تأسیس این نهاد در بخش گاز مورد بررسی قرار گیرد و با هدف نیل به بهره‌وری بهینه، تأسیس این نهاد در بازار گاز ایران ضرورت یابد.

کلید واژگان:

گاز طبیعی، بهره‌وری بهینه، گواهی‌های صرفه‌جویی، نهاد تنظیم‌گر بخشی، اساسنامه نهاد تنظیم‌گر.

* دانش‌آموخته دکتری مدیریت استراتژیک نفت و گاز، مؤسسه پژوهش در مدیریت و برنامه‌ریزی انرژی، دانشگاه تهران
Rasoullahijanian@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)
Sheikhi.Fatemeh202@gmail.com



Copyright: © 2023 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

آمارهای به‌دست‌آمده حاکی از عدم تعادل مابین عرضه و تقاضای گاز طبیعی است. از این‌رو، باید به دنبال سیاست بهینه‌ای بود تا تعادل مابین این دو شاخصه مهم اقتصادی برقرار شود و بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی محقق گردد. همواره سیاست‌های نابه‌جا در صنعت گاز ایران، بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی را با مشکل مواجه کرده است. به‌ویژه اینکه کشور در تأمین داخلی گاز طبیعی، به‌ویژه در فصول سرد سال نیز با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو بوده است. بنابراین اعمال سیاست‌های بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی در کشور از بسیار ضرورت دارد. در راستای رفع ناترازی گاز و با هدف بازگرداندن تعادل ما بین عرضه و تقاضای گاز طبیعی، باید در سیاست بهره‌وری موجود بازنگری نمود. پیشنهادی که در این تحقیق ارائه شده است، بهینه‌سازی مصرف گاز طبیعی و تأسیس نهاد تنظیم‌گر در بخش گاز است.

براساس آیین‌نامه ایجاد بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط زیست، گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی صادر و منتشر می‌گردد. این گواهی‌ها اوراق بهاداری‌اند که نشان‌دهنده حق مالکیت بر مقدار مشخصی از میزان انرژی صرفه‌جویی‌شده از یک حامل انرژی است و توسط نهادهای تخصصی و فنی بهینه‌سازی انرژی و محیط زیست با تأیید کمیسیون صرفه‌جویی انرژی صادر شده و در بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط زیست قابل معامله است. همچنین بند (ک) تبصره ۱ قانون بودجه ۱۴۰۰، وزارت نفت را ملزم به فراهم نمودن زیرساخت‌های فیزیکی و نرم‌افزاری لازم به منظور عرضه و انجام معامله حداکثر ده میلیارد متر مکعب گاز در بورس انرژی در سال ۱۴۰۰ از طریق شرکت‌های تابعه دانسته است. تبصره ۳ ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده واحده قانون بودجه ۱۴۰۰، شرکت ملی گاز را مجاز به عرضه گاز طبیعی در قالب معاملات بازار فیزیکی به‌صورت منظم و مستمر و یا قراردادهای بازار مشتقه طبق مقررات بورس و با رعایت مفاد تبصره (۱) این ماده دانسته است. متعاقباً ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی بند (ک) تبصره ۱ ماده واحده، به عرضه‌کنندگان واجد صلاحیت اجازه می‌دهد تا گاز طبیعی صرفه‌جویی‌شده ناشی از منابع گازهای بازیافتی از مشعل واحدهای عملیاتی یا گاز صرفه‌جویی‌شده را در قالب گواهی‌های صرفه‌جویی در بازار بهینه‌سازی مصرف انرژی و طرح‌های بهینه‌سازی مصرف انرژی موضوع ماده (۱۲) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر را در بورس انرژی عرضه نمایند.

رسالت صدور و انتشار اوراق صرفه‌جویی، بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی است که به واسطه تخصیص و فروش گاز طبیعی ناشی از صرفه‌جویی در بازار انجام می‌پذیرد. علاوه بر مقابله با انحصارات موجود در بازار گاز، تسهیل ورود رقابت به بازار و تشخیص مصادیق روبه‌های ضد رقابتی توسط نهاد تنظیم‌گر، برقراری تعادل در بازار گاز، رفع ناترازی موجود، تعیین قیمت کالا و مقدار آن در بازار از جمله مهم‌ترین وظایف این نهاد است. بنابراین ضروری است نهاد تنظیم‌گر هرچه سریع‌تر در صنعت گاز کشور تأسیس شود و بازار گاز به واسطه حضور نهاد تنظیم‌گر کنترل گردد. علی‌رغم اهمیتی که رقابت و ورود آن در عرصه اقتصاد بازار دارد، برخی از بازارها رقابت‌ناپذیر است. بازارهای رقابت‌ناپذیر دارای سیاست رقابتی متفاوت از سیاست رقابت در بازارهای رقابت‌پذیرند. سیاست رقابتی موجود در این بازارها، اعمال نهاد اقتصاد دستوری و تنظیم‌گر بخشی است که به‌عنوان جایگزین رقابت در بازار گاز به منصفه ظهور می‌رسد.

تاکنون مطالعه‌ای به موضوع بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی در پرتو بهینه‌سازی انرژی و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی اختصاص نیافته است. مقالات خارجی مورد استناد در این مقاله به مبحث اقتصاد دستوری و تنظیم‌گری بخشی در صنعت گاز پرداخته‌اند و منابع فارسی نیز تصدی‌گری در بخش انرژی و سازوکار بازار را مورد نقد و تحلیل قرار داده‌اند. همچنین با توجه به دستورالعمل و آیین‌نامه‌های موجود، بهینه‌سازی مصرف گاز طبیعی مورد بررسی قرار گرفته شده است. این مقاله درصدد ارائه راه‌حل و سیاستی است که زمینه تحقق بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی و نیل به اهداف صادراتی را مهیا گرداند. از این‌رو بهینه‌سازی از گاز طبیعی و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی به‌عنوان سیاست‌های پیشنهادی ارائه می‌شود که هر یک به صورت جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد. ضمن شرح سیاست حقوقی بهینه‌سازی انرژی (اوراق صرفه‌جویی انرژی) ویژگی‌های نهاد تنظیم‌گر و موانع موجود بر سر راه تأسیس آن بحث می‌شود و نهایتاً اساسنامه نهاد تنظیم‌گر بخش گاز نقد می‌گردد.

شایان ذکر است اساسنامه مذکور توسط فدراسیون صنعت نفت ایران به شورای رقابت و وزارت نفت ارائه شده است و در آن مقرر شده که نهاد تنظیم‌گر ترکیبی از شورای بخشی و نهاد تنظیم‌گر باشد. فدراسیون همچنین پیشنهاد نموده است که اساسنامه در دولت تصویب گردد. از این‌رو طی لایحه‌ای با عنوان «لایحه تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخش برق»، از مجلس خواسته

شده است که اختیار تصویب اساسنامه این نهاد به دولت واگذار گردد. اساسنامه فوق‌الذکر در جلسه شماره ۴۷۴ مورخ ۱۴۰۰/۰۵/۱۸ در شورای رقابت به تصویب رسیده است و امید است هر چه سریع‌تر بند مقرر در مورد پیشنهاد تصویب اساسنامه در مجلس به تصویب برسد و با تصویب اساسنامه نهاد تنظیم‌گر بخش گاز در هیئت‌وزرا، نهاد تنظیم‌گر تأسیس و آغاز به فعالیت نماید.

۲. ساختار حقوقی بهینه‌سازی مصرف گاز طبیعی

از مهم‌ترین معضلات در صنعت گاز طبیعی، عدم هماهنگی مابین عرضه و تقاضای گاز در دو سطح داخلی^۱ و بین‌المللی^۲ گاز طبیعی است. تاکنون سیاست‌های بهینه‌سازی مصرف گاز طبیعی در بخش‌های مختلف اعمال شده تا بدین وسیله مصرف کنترل گردد. اما علاوه بر سلب فرصت‌های صادراتی بی‌شمار، حتی پاسخگوی رشد تقاضای داخلی نبوده است. سیاست‌های اعمال‌شده در صنعت، نشان از ضعف در بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی است. به منظور برطرف نمودن این ناکارایی، باید سیاست‌های جدیدی را جایگزین سیاست‌های قبلی نمود. سیاست پیشنهادشده و ساختار حقوقی حاضر در بخش انرژی که به بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی کمک شایانی می‌نماید، بحث بهینه‌سازی انرژی است که به واسطه اعمال قوانین لازم‌الاجرا در صنعت انجام خواهد پذیرفت.

در راستای وظایف مصرح در ماده (۵) قانون اصلاح الگوی مصرف انرژی^۳ و ماده ۱۲ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور^۴ آیین‌نامه ایجاد بازار بهینه‌سازی انرژی و

۱. برای مشاهده میزان تقاضا و عرضه داخلی گاز طبیعی سند تراز تولید و مصرف گاز طبیعی در کشور بر اساس گزینه‌های بهینه‌سازی، وزارت نفت، مهرماه ۱۳۹۹ رجوع شود.

۲. برای مشاهده میزان تقاضا و عرضه گاز طبیعی به GECF, GLOBAL GAS OUTLOOK 2050, 2023 و برای مشاهده مصرف ماهانه گاز طبیعی در سال ۲۰۲۳، به منبع U.S Energy Information Administration, Monthly Energy Review, 2023 رجوع شود.

۳. ماده ۵ - سیاست‌گذاری در بخش انرژی کشور از جمله انرژی‌های نو و بهینه‌سازی تولید و مصرف انواع حامل‌های انرژی فقط برعهده شورای عالی انرژی است.

۴. ماده ۱۲ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور: به کلیه وزارتخانه‌ها به ویژه نفت و نیرو و شرکت‌های تابعه و وابسته به آنها و سازمان‌ها و مؤسسات دولتی و کلیه دارندگان عنوان و ردیف در قوانین بودجه کل کشور اجازه داده می‌شود...

دولت مکلف است: ←

محیط‌زیست تصویب گردید.^۱ ماده ۲ آیین‌نامه مقرر می‌دارد: برای استفاده از سازوکار بازار انرژی ایران و گسترش فعالیت بخش خصوصی^۲ در حوزه بهینه‌سازی انرژی و محیط‌زیست مقرر گردید، «بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط‌زیست» به منظور انجام معاملات گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی در چارچوب قوانین و مقررات حاکم بر بورس و بر اساس آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۲ ایجاد شود. گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی بر اساس این آیین‌نامه، اوراق بهاداری‌اند که نشان‌دهنده حق مالکیت بر مقدار مشخصی از میزان انرژی صرفه‌جویی شده از یک حامل انرژی براساس گزارش امکان‌سنجی (توجیه فنی، اقتصادی، مالی و زیست‌محیطی) طرح صرفه‌جویی انرژی در یک دوره زمانی مشخص بوده، توسط نهادهای تخصصی و فنی بهینه‌سازی انرژی و محیط‌زیست با تأیید کمیسیون صرفه‌جویی انرژی صادر شده و در بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط‌زیست قابل معامله‌اند.

در این طرح دو نوع اوراق گواهی صرفه‌جویی انرژی طراحی، منتشر و به فروش رسانده می‌شود؛ اوراق گواهی صرفه‌جویی محقق شده و گواهی صرفه‌جویی تأمین مالی. در بازار گواهی صرفه‌جویی محقق شده، شرکت‌ها، افراد و یا نهادها به میزان انرژی صرفه‌جویی شده، اوراق

→ الف- اصل و سود سرمایه‌گذاری و حقوق دولتی و عوارض قانونی و سایر هزینه‌های متعلقه یا منافع اقدام موضوع این ماده را به آنان پرداخت نماید.

ب- طرح‌های بهینه‌سازی مصرف انرژی در بخش‌های مختلف از جمله صنعت با اولویت صنایع انرژی بر و حمل و نقل عمومی و ریلی درون و برون‌شهری و ساختمان، توسعه استفاده از انرژی‌های تجدیدپذیر، گسترش استفاده از گاز طبیعی فشرده یا مایع یا گاز مایع شده با اولویت شهرهای بزرگ و مسیر راه‌های اصلی بین شهری، تولید و یا جایگزین کردن خودروهای کم‌مصرف و یا برقی با خودروهای پرمصرف و فرسوده و کاهش هزینه‌های حمل بار و مسافر و کاهش دموژ (خسارت تأخیر) کشتی‌ها و طرح‌های حمل و نقل ریلی، جاده‌ای، دریایی، هوایی اعم از زیرساخت‌ها و وسایل حمل و نقل، طرح‌هایی که به کاهش گازهای گلخانه‌ای منجر می‌شود، ماشین‌آلات و واحدهای تولیدی بخش کشاورزی.

۱. اسناد بالادستی موجود و ساختار حقوقی حاضر در بازار و بورس انرژی کشور بر افزایش ظرفیت تولید، بهینه‌سازی مصرف گاز طبیعی و ذخیره‌سازی آن تأکید دارد. اسنادی همچون سیاست‌های کلی نظام در بخش انرژی، سیاست‌های اقتصاد مقاومتی، سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه، سند ملی راهبردی انرژی کشور مورخ ۱۳۹۷، قانون اصلاح الگوی مصرف انرژی به شماره ۱۷۷۰ مورخ ۱۳۹۸ و ...

۲. به منظور رفع ناترازی انرژی، بند (ب) ماده ۴۴ لایحه برنامه هفتم توسعه تحت عنوان تولید و دیپلماسی انرژی، وزارت نفت را مجاز به افزایش ظرفیت ذخیره‌سازی گاز طبیعی معادل (۵٪) مصرف سالانه گاز طبیعی کشور از طریق شرکت‌های تابعه ذی‌ربط و حتی‌الامکان با جلب مشارکت بخش خصوصی دانسته است.

گواهی صرفه‌جویی دریافت می‌دارند که می‌توانند در بورس انرژی به فروش رسانند. در برابر این اوراق نوعی از ابزار تأمین مالی نیز در نظر گرفته می‌شود. بر این اساس، شخصی که قصد داشته تکنولوژی جدیدی را به منظور صرفه‌جویی در مصرف انرژی پیاده‌سازی نماید، می‌تواند برای تأمین مالی آن طرح اوراق گواهی صرفه‌جویی انرژی تعلق گرفته را تا سقف مبلغ صرفه‌جویی شده در بازار منتشر و منابع حاصل از آن را در آن طرح سرمایه‌گذاری کند.^۱

اوراق گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی در دنیا به‌عنوان مشوق افزایش بهره‌وری، بازدهی و کاهش مصرف سوخت به کار گرفته می‌شود و نهایتاً بهینه‌سازی مصرف انرژی و کاهش شدت انرژی را به دنبال خواهد داشت. در سیاست‌های زیست محیطی، اوراق گواهی صرفه‌جویی، به‌عنوان گواهی‌های سفید نیز شناخته می‌شود. گواهی‌های سفید^۲ از جمله اسنادی است که مبتنی بر حق مصرف انرژی بوده و بیانگر کاهش مقدار مشخصی از میزان مصرف انرژی است.^۳ در بیشتر بازارهای مالی توسعه‌یافته دنیا، این اوراق قابل معامله است که بازار ثانویه نیز دارند. در اروپا، چندین کشور طرح سفید را اجرا کرده و برخی دیگر به طور جدی در حال بررسی آن هستند. انگلستان در سال ۲۰۰۲، ایتالیا در سال ۲۰۰۵، فرانسه و دانمارک در سال ۲۰۰۶ میلادی صدور اوراق گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی را به‌طور گسترده آغاز کرده‌اند.^۴

از دیگر ابزارهای حقوقی جدید، نیاز به راه‌اندازی معاملات گازی در بورس انرژی است. بند (ک) تبصره ۱ قانون بودجه ۱۴۰۰ مقرر می‌دارد: در راستای تجاری‌سازی و افزایش سهم بخش خصوصی در حوزه انرژی، وزارت نفت مکلف است از طریق شرکت‌های تابعه ذی‌ربط، زیرساخت‌های فیزیکی و نرم‌افزاری لازم را در جهت عرضه و انجام معامله حداکثر ده میلیارد متر مکعب گاز در بورس انرژی در سال ۱۴۰۰ فراهم کند. تبصره ۳ ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده واحده قانون بودجه، شرکت ملی گاز را مجاز به عرضه گاز طبیعی در قالب معاملات بازار فیزیکی به‌صورت منظم و مستمر و یا قراردادهای بازار مشتقه طبق مقررات بورس و با رعایت مفاد تبصره

۱. اقتصاد آنلاین، تصویب دستورالعمل انتشار گواهی صرفه‌جویی انرژی / سپردن برق به بورس، خاموشی‌ها را کاهش می‌دهد؟، ۸ تیرماه ۱۴۰۱.

2. White Certificates

۳. اقتصاد آنلاین، همان منبع.

۴. سندیکای صنعت برق ایران، مدیریت مصرف و تأمین مالی با ابزار گواهی صرفه‌جویی انرژی، ۲۱ خرداد ماه ۱۴۰۱.

(۱) این ماده دانسته است. متعاقباً ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی بند (ک) تبصره ۱ ماده واحده، به عرضه‌کنندگانی که صلاحیت آنها از نظر حرفه‌ای و مالی به تأیید شرکت و بورس می‌رسد، اجازه می‌دهد تا گاز طبیعی را که از یکی از منابع گازهای بازیافتی از مشعل واحدهای عملیاتی و یا گاز صرفه‌جویی شده در قالب گواهی‌های صرفه‌جویی در بازار بهینه‌سازی مصرف انرژی و طرح‌های بهینه‌سازی مصرف انرژی موضوع ماده (۱۲) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر تأمین می‌نمایند، در بورس انرژی عرضه کنند.^۱

رسالت اصلی صدور و انتشار اوراق گواهی صرفه‌جویی، نیل به بهینه‌سازی از گاز طبیعی از طریق فروش این اوراق در بازار گاز است. همچنین انجام وظایف وزارت نفت نسبت به فراهم نمودن زیرساخت‌های فیزیکی و نرم‌افزاری لازم و یا عرضه و انجام معاملات فیزیکی و بازار مشتقه توسط شرکت ملی گاز به واسطه حضور نهاد تنظیم‌گر بخش در بازار و کنترل بازار به توسط آن است. بنابراین ضروری است تا نهاد تنظیم‌گر در بازار تأسیس یابد و بازار را کنترل نماید. همچنین حضور این نهاد در بورس انرژی، تعادل را مابین دو شاخصه اقتصادی عرضه و تقاضای گاز طبیعی باز خواهد گرداند. از این رو حضور این نهاد تأثیر مستقیمی بر تحقق موضوع بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی خواهد داشت. با توجه به اهمیت حضور این نهاد در بازار گاز، بخش بعد از مقاله حاضر به امکان تأسیس این نهاد در صنعت، ویژگی‌های آن و اساسنامه پیشنهادی تأسیس نهاد تنظیم‌گر خواهد پرداخت. شایان ذکر است اساسنامه تأسیس این نهاد به شورای رقابت و وزارت نفت ارائه شده و در جلسه شماره ۴۷۴ شورای رقابت مورخ ۱۴۰۰/۰۵/۱۸ به تصویب رسیده است. امید است با تصویب آن در وزارت نفت، مستقل از دولت ایجاد و شروع به فعالیت نماید.

۱. شایان ذکر است راه‌اندازی بازار کربن در بورس انرژی و معاملات «برق سبز» از دیگر راهکارهای بهره‌وری انرژی و تأمین مالی توسعه نیروگاه‌های تجدیدپذیر است. تفاوت نظام قیمت‌گذاری برق نیروگاه‌های تجدیدپذیر و حرارتی و همچنین ظرفیت اندک نیروگاه‌های تجدیدپذیر در مقایسه با برق تولیدی کشور، دو مورد از چالش‌های بازار برق است. از این رو دو راهکار در بورس انرژی در این راستا ارائه گردید: اول اینکه یک نیروگاه مجازی طراحی شود. یعنی مجموعه‌ای از نیروگاه‌ها تجمیع شده و به عنوان یک نیروگاه عرضه‌کننده در بورس انرژی ظهور یابد. دوم، صدور گواهی‌های تجدیدپذیر (REC) است. (خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، معاملات «برق سبز» در بورس انرژی آغاز می‌شود، ۱۲ بهمن ۱۴۰۱).

۳. ساختار سیاستی نهاد تنظیم‌گر بخش گاز

یکی از مهم‌ترین موضوعات کلاسیک و اصلی در سیاست‌گذاری عمومی، رابطه بین دولت و بخش انرژی است. در راستای بهبود شرایط حکمرانی انرژی، کشورهای مختلف دو رویکرد را برگزیده‌اند: رویکرد اول، تغییرات شکلی و ساختاری را راه‌حل لازم برای کل مشکلات حکمرانی انرژی می‌پندارد. در برابر، رویکرد دوم ایجاد تغییرات لازم به صورت یکپارچه و عمیق را در بخش‌های مختلف ساختارها، برنامه‌ها، اهداف، کارکردها و ابزارهای سیاستی لازم می‌داند. گروه انرژی، رویکرد دوم را برگزیده است. بر این اساس، تدوین سیاست‌های ایجابی لازم‌الاجرا در فضای حکمرانی کشور محوریت اساسی تعیین وظایف حوزه انرژی است. نهاد تنظیم‌گر از نهادهای سیاسی بسیار مهم است که نقش ویژه‌ای را در فضای حکمرانی در کشور ایفا می‌نماید. شناخت این نهاد و ویژگی‌های مهم آن، مستلزم بررسی امکان حضور و فعالیت آن در صنعت گاز است. در این قسمت از مقاله، به امکان پیش‌بینی نهاد تنظیم‌گر بخشی در صنعت گاز پرداخته می‌شود. ضمن شرح موانع موجود بر سر راه تأسیس نهاد تنظیم‌گر، اساسنامه تأسیس این نهاد که توسط فدراسیون صنعت نفت ایران به شورای رقابت و وزارت نفت پیشنهاد شده است، بررسی می‌شود.

۳.۱. بازارهای رقابت‌ناپذیر، اقتصاد دستوری و نهاد تنظیم‌گر بخشی

علی‌رغم نقش ویژه و گسترده رقابت در عرصه اقتصاد بازار، برخی بازارها رقابت‌ناپذیر است. به‌ناچار به دلیل برخی ویژگی‌ها همچون انحصار طبیعی و ممنوعیت از شکست بازار، رقابتی نمودن در این بازارها با مشکل جدی روبه‌رو می‌گردد.^۱ «سیاست رقابتی» در بازارهای رقابت‌ناپذیر متفاوت از سیاست رقابت در بازارهای انحصاری است. از این رو در صورت حضور انحصار طبیعی^۲، اقتصاد دستوری و نهاد تنظیم‌گری بخشی به‌عنوان جایگزین رقابت در بازار ظهور می‌یابد.

در سال‌های بعد از جنگ جهانی دوم، دولت‌ها پا به عرصه اقتصاد نهاد، تصدی بخش انرژی را بر عهده گرفتند. آنان با این توجیه اقدام به تصدی‌گری بخش انرژی نمودند که سازو کار بازار آزاد در «تخصیص بهینه منابع» و «ایجاد حداکثر رفاه» دارای نواقصی است. بنابراین در قالب

1. Harker, Michel, Haviid, Morten, **Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information, World Competition**, Volume 31, Issue 2, 2008, p 2.

۲. انحصار طبیعی (Natural Monopoly)، وضعیتی است که یک شرکت با توجه به مقتضیات شبکه تمامی یا بخشی از تقاضاهای خرید متقاضیان را فراهم می‌کند و امکان فعالیت چند نفر وجود نخواهد داشت.

اقتصاد بسته و گاهی به صورت سلطه «انحصار طبیعی»، این امر انجام پذیرفت. اما در دو دهه اخیر در دیدگاه‌ها و ساختارهای اقتصادی، تغییرات عمده‌ای به وجود آمده است. دلیل این امر، ارتباط آن با بحث «ارائه خدمات عمومی به مصرف‌کننده» و «منافع عمومی» است. این مهم از یک طرف دخالت دولت‌ها را توجیه می‌نماید و از سوی دیگر توجیه‌گر ایجاد بستر رقابت به دلیل منافع عمومی است. بر این اساس، کشورها به حقوق رقابت در بازار انرژی در بستر یک الگوی «رقابت همراه با اقتصاد دستوری» روی آوردند.^۱

از دیرباز میان مکاتب مختلف اقتصادی پیرامون حوزه مداخله اقتصادی دولت اختلاف نظر وجود داشته است.^۲ در نظر نهادگرایان، زندگی اقتصادی به وسیله نهادهای اقتصادی و نه قوانین اقتصادی تنظیم می‌گردد؛ چراکه اقتصاد با سیاست، جامعه‌شناسی، حقوق، عادات و سنن، ایدئولوژی و سایر جنبه‌های اعتقاد و تجربه بشر در ارتباط است. نهادگرایان بر تخصیص منابع توسط نظام بازار و توزیع عادلانه درآمد باور ندارند. در نظر آنان ضروری است که کنترل‌های دسته‌جمعی توسط دولت انجام پذیرد. در این دیدگاه دولت ملزم است سازوکارهای لازم را به منظور ایجاد بستر مناسب برای فعالیت سایر بخش‌ها فراهم کند تا بدین وسیله فضای فعالیت بخش خصوصی تسهیل گردد.^۳

استدلال حاضر بر این مبناست که صنعت گاز از مصادیق انحصار طبیعی است. از ویژگی‌های صنایع دارای انحصار، «صرفه‌جویی در هزینه‌های تولید انبوه»^۴، «کاهش هزینه کل محصول» و «کاهش هزینه‌های جانبی» است. در برخی از صنایع این تصور وجود دارد که ایجاد «کارایی اقتصادی»^۵ یا حداقل هزینه تولید، در پرتو انحصاری بودن صنعت انجام خواهد پذیرفت. فعالیت‌ها باید به صورت انحصاری انجام شود و صنعت به صورت انحصاری اداره گردد. در غیراین صورت ماحصل واگذاری فعالیت به تعدادی زیادی بنگاه‌های کوچک و ورود آنها به

۱. ابراهیمی، سید نصرالله و جعفری محمود چالشتی، منبع پیشین، صص ۳۶۲-۳۶۳

۲. حسینی، سید شمس الدین و افسانه شفیعی، «تعامل دولت و بازار و رویکرد تنظیم در اقتصاد ایران؛ تأملی در سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، شماره ۴۳، پاییز ۱۳۸۶، ص ۳۲.

۳. حسینی، سید شمس الدین و افسانه شفیعی، همان منبع، صص ۴۳-۴۴.

4. Economic of Scale

۵. در خصوص کارایی اقتصادی، نظریات متفاوتی وجود دارد. اما آنچه از اغلب نظریات برداشت می‌شود، چیزی است که باعث به حداکثر رساندن ثروت می‌گردد.

بازار، چیزی نخواهد بود جز ناکارآمدی عملکرد آنان. اما استفاده از ظرفیت بخش خصوصی و غیردولتی در ساختار شبکه انتقال یا توزیع محصولات انرژی، از امکان‌سنجی اقتصادی برخوردار است.^۱ بنابراین امکان ورود رقابت در بخش‌هایی از صنعت وجود خواهد داشت.^۲ ویژگی شبکه‌ای در بخشی از یک صنعت، اشاره به خاصیت شبکه‌ای^۳ آن بخش دارد. به‌عنوان مثال، در صنایع برق و گاز بخشی از صنعت به شبکه انتقال و توزیع و متشکل از شرکت‌های مختلف اختصاص می‌یابد. خطوط انتقال و توزیع جزء بخش‌های رقابت‌ناپذیر است و تحت کنترل ابزار تنظیم‌گری بخشی قرار می‌گیرد. در مقابل بخش‌های رقابت‌پذیر تولید و خرده‌فروشی گاز از طریق ابزار حقوق رقابت مورد تنظیم‌گری قرار می‌گیرند.^۴

جدول ۱. تفکیک بخش‌های رقابت‌پذیر و رقابت‌ناپذیر در صنایع گاز و برق

صنعت	بخش رقابت‌ناپذیر	بخش رقابت‌پذیر
برق	انتقال برق فشار قوی، توزیع محلی	تولید انرژی، خرده‌فروشی، بازاریابی و فروش
گاز	انتقال گاز فشار قوی، توزیع محلی	تولید، ذخیره، خرده‌فروشی

به دلیل شبکه‌ای بودن صنعت گاز، انحصار طبیعی در آن وجود دارد. این ویژگی به تنهایی، زمینه‌ساز شکست بازار می‌شود. بنابراین واگذاری این صنعت به بخش خصوصی باعث ایجاد رفتارهای ضد رقابتی، نظیر سوءاستفاده از وضعیت مسلط و انحصار خصوصی می‌گردد. تجربیات کشورهای پیشرو مانند ایالات متحده آمریکا و انگلستان حاکی از این است که نهادهای

۱. از جمله مهم‌ترین عواملی که سبب شده است تا پیوند عمیق میان بخش خصوصی و صنعت نفت و گاز شکل نگیرد، این است که نمایندگان بخش خصوصی یا در فرایند تصمیم‌گیری حضور ندارند و یا از امکان ارائه نظرات خویش در فرایند تصمیم‌سازی برخوردار نیستند. در کشورهای موفق تنظیم‌گری همچون آمریکا، تنظیم‌گر در فرایند تصمیم‌گیری و در حین تدوین مقررات، موظف است نظرات بخش خصوصی را جویا شود و توضیحات و توجیحات لازم را در قبول یا رد نظرات ارائه‌شده بیان نماید. همچنین در صورت عدم رضایت بخش خصوصی در مراحل تدوین قوانین، راهکارهای قانونی برای حل موضوع پیش‌بینی شده است (اندیشکده حکمرانی انرژی و منابع ایران، چالش‌های ایجاد نظام تنظیم‌گری در بازار گاز ایران و راهکارهای پیشنهادی، تیرماه ۱۳۹۷، صص ۳۷-۳۸).

۲. ابراهیمی، سید نصرالله و محمود جعفری چالشری، منبع پیشین، صص ۳۶۵-۳۶۶.

3. duplication

۴. عظیم‌زاده آرانی، محمد، «جایگاه تنظیم‌گری در فرایند خصوصی‌سازی صنعت گاز، مطالعه موردی: بازار گاز ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، دوره ۸، شماره ۲۹، ۱۳۹۷، صص ۲۳۰-۲۳۳.

تنظیم‌گر، نقش بسزایی در رفع این مشکلات ایفا می‌نمایند.^۱ جدول زیر ویژگی بازار رقابت‌پذیر و ابزار تنظیم‌گری در بازارهای رقابت‌ناپذیر را نشان می‌دهد:

جدول ۲. تفاوت‌های حقوق رقابت و تنظیم‌گری بخشی

بازارهای رقابت‌ناپذیر: تنظیم‌گری بخشی	بازارهای رقابت‌پذیر: حقوق رقابت	ابزار تنظیم‌گری ویژگی‌ها
جایگزین رقابت	تسهیل رقابت	کارکرد
پسینی	پیشینی	نوع مداخله
مستمر و بلندمدت	موردی و کوتاه‌مدت	مدت زمان

اعمال برنامه موفق آزادسازی، مستلزم وجود «نهاد تنظیم‌گر» یا «متصدی شبکه» است. به‌عنوان مثال، در آمریکا «کمیسیون تجارت فدرال» وظیفه نظارت بر رعایت حقوق مصرف‌کننده و حقوق رقابت را عهده‌دار است. در برابر، «کمیسیون تسهیلات عمومی» در آمریکا، نرخ‌های مصرف‌کنندگان برق را تعیین می‌نماید. در قانون ۱۹۳۵ «انرژی فدرال» ایالات متحد آمریکا، «عاملان نظارتی» بر قیمت محصولات برق و گاز نظارت می‌نمایند.^۲ تنظیم‌گری بین عرضه و تقاضا تعادل ایجاد می‌کند. در برابر با ایجاد شرایط مساوی برای فعالان حوزه انرژی، رقابت را در بین آنان مهیا می‌نماید. تنظیم‌گری پیچیده، رقابت را محدود می‌کند و تأثیر منفی خود را بر بهره‌وری خواهد نهاد. در برابر، مقررات منعطف از انحصار بازارهای سرمایه‌جویی می‌نماید و منجر به انعقاد معاملات در سلامت کامل خواهد شد.

۳.۲. موانع تأسیس نهاد تنظیم‌گر در صنعت گاز

در بخش انرژی ایران، مسائل متفاوت و درهم‌تنیده‌ای وجود دارد؛ از قبیل وابستگی اقتصاد ایران به درآمدهای نفتی، یارانه انرژی، عدم تولید صیانتی از میادین نفت و گاز و... اما اگر به‌صورت یکپارچه و در قالب یک مجموعه واحد به آن نگرسته شود، مشکلات ساختاری و

۱. اندیشکده حکمرانی انرژی و منابع ایران، چالش‌های ایجاد نظام تنظیم‌گری در بازار گاز ایران و راهکارهای پیشنهادی، تیرماه ۱۳۹۷، صص ۸-۹.

۲. ابراهیمی، سید نصرالله و محمود جعفری چالستری، منبع پیشین، ص ۳۷۳.

حکمرانی انرژی کشور را بازنمایی می‌کند. حکمرانی^۱ انرژی به معنای مداخله حاکمیت در اهداف، سیاست‌ها، بازیگران، نهادها و روابط بین آنان در بخش انرژی برای کسب منفعت عمومی است. چهار عنصر اصلی حکمرانی شامل پارادایم سیاسی، اهداف سیاستی، نهادهای سیاستی و ابزارهای سیاسی است. نهادهای سیاستی بخش انرژی دارای یکی از چهار نقش سیاست‌گذاری، تنظیم‌گری^۲، تسهیل‌گری و تصدی‌گری‌اند. ریشه مشکلات حکمرانی ایران در تداخل حکمرانی و تصدی‌گری، وابستگی بودجه دولت‌ها به درآمدهای حاصل از انرژی، نبود سیاست و نهاد تنظیم‌گر کارآمد و... است.^۳ نهاد تنظیم‌گر باعث ایجاد حکمرانی خوب^۴ و واحد در هر بخش اقتصادی می‌گردد.^۵ حکمرانی مطلوب دارای شش شاخصه مهم مشروعیت، شفافیت، مسئولیت، حاکمیت قانون، پاسخگویی و

۱. حکمرانی از منظر بانک جهانی، کمیته همکاری‌های توسعه، سازمان همکاری‌های اقتصادی و توسعه، برنامه توسعه سازمان ملل متحد و مؤسسات و سازمان‌های بین‌المللی توسعه، «سیستم پیچیده‌ای از تعاملات بین ساختارها، سنت‌ها، کارکردها (مسئولیت‌ها) و فرایندها (عملکردها) می‌باشد که به وسیله سه ارزش کلیدی یعنی پاسخگوئی، شفافیت و مشارکت مشخص می‌شود.»

۲. نهاد تنظیم‌گر باعث ایجاد حکمرانی خوب و واحد در هر بخش اقتصادی می‌گردد. تنظیم مقررات، نظارت و بازرسی از حسن اجرای مقررات و اعمال تشویق‌های مؤثر برای ورود فعالان اقتصادی در آن بخش از اختیارات نهاد تنظیم‌گر است. نهادهای نیرومند در عین مدیریت بهینه خود، می‌توانند با ناکارایی نهادی در اقتصاد کشور زمینه‌ساز رانت‌جویی، خودکامگی و رشد اقتصادی کمتر شوند (شیروی، عبدالحسین و فرشید فرحناکیان، «ابعاد حقوقی تنظیم‌گری مناسب در حکمرانی خوب صنعت نفت ایران»، *مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۶، شماره ۲، مهر ۱۳۹۹، صص ۳۵۷-۳۵۸).

۳. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، نظام تنظیم‌گری صنعت نفت و گاز ایران: ۱. ضرورت تنظیم‌گری، آذرماه ۱۳۹۸، صص ۲-۳. لازم به ذکر است طبق بند (الف) ماده ۴۳ لایحه برنامه هفتم توسعه، وزارتخانه‌های نفت و نیرو مکلف به اقدام نسبت به تفکیک وظایف حاکمیتی و تصدی‌گری در ساختار اداری و سازمانی ستادی، شرکت‌ها و سازمان‌های زیرمجموعه خود هستند.

۴. یونسکو در سال ۲۰۰۲، حکمرانی مطلوب را به معنای سازوکارها، فرایندها و نهادهایی دانسته است که منجر به تأمین منافع قانونی و مدنی شهروندان، گروه‌ها و نهادها می‌گردد (محمودی، امیر و علیرضا آرش پور، «حکمرانی مطلوب؛ سازوکار ایجاد توانمندی در تحقق توسعه»، *فصلنامه علمی پژوهشی سیاست جهانی*، دوره ۶، شماره ۴، اسفند ۱۳۹۶). سازمان بین‌المللی انرژی نیز در سال ۲۰۰۹، حکمرانی را به‌عنوان موضوعی حیاتی برای اجرای سیاست‌ها و برنامه‌های بهره‌وری انرژی معرفی نمود (شهبازی، کیومرث، صمد حکمتی فرید و هادی رضایی، «بررسی تأثیر اندازه دولت و حکمرانی خوب بر شدت مصرف انرژی: مطالعه موردی کشورهای عضو اوپک»، *فصلنامه علمی پژوهشی نظریه‌های کاربردی اقتصاد*، دوره ۲، شماره ۴، اسفند ۱۳۹۴، صص ۲۵).

۵. شیروی، عبدالحسین و فرشید فرحناکیان، «ابعاد حقوقی تنظیم‌گری مناسب در حکمرانی خوب صنعت نفت ایران»، *مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۶، شماره ۲، مهر ۱۳۹۹، صص ۳۵۷-۳۵۸.

اثر بخشی است که در نتیجه همکاری و مشارکت مطلوب دولت، نهادهای سیاسی و اقتصادی و به‌ویژه جامعه حاصل می‌گردد.^۱ نهاد تنظیم‌گر ورود رقابت را به بازار تسهیل و با تنظیم بازار بر فعالیت بخش خصوصی نظارت و فعالیت آنان را کنترل می‌کند. بدین وسیله مشارکت بین دولت، نهادهای سیاسی و جامعه حاصل می‌شود.

ضرورت وجود نهاد تنظیم‌گر با رویکرد شکست بازار نیز قابل توجیه است. در ادبیات علمی اقتصاد، ضرورت تأسیس نهاد تنظیم‌گر ناشی از نظریه شکست بازار است. شکست بازار در صنعت، مصادیق متفاوتی دارد. انحصار یکی از مصادیق شکست بازار است که در تأسیس نهاد تنظیم‌گر نقش ویژه‌ای دارد.^۲ ورود دولت به سیاست‌گذاری، به معنای عدم انجام فعالیت‌های انحصاری است. در صورتی که تنظیم‌گری صرفاً بر عهده دولت باشد، ممکن است تحت‌تأثیر شرایط سیاسی یا منافع شرکت‌های دولتی قرار گیرد. بنابراین به‌سمتی که کمتر مشوق فعالیت‌های خصوصی است، سوق پیدا می‌کند. جهت‌گیری نهاد با استقلال از دولت و بخش خصوصی، می‌تواند تنظیم‌گری را انجام دهد. این نهاد باید مستقل باشد؛ نقش بی‌طرفانه‌ای را ایفا نکند و دارای ابزارهای لازم برای اعمال تنظیماتی که خود مقرر می‌نماید، باشد. به‌صورت کلی نیازی به حضور دولت در این نهادها نیست؛ مگر برای اعمال سیاست‌های خاص و حمایت از مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان.^۳

بهترین معیار تدوین نهاد تنظیم‌گر، استقلال نهاد است. استقلال مهم‌ترین رکن یک نهاد تنظیم‌گر است. استقلال نظر و عمل بیشتر، حاکی از آمادگی بیشتر نهاد است.^۴ نهاد تنظیم‌گر باید مستقل باشد و بتواند نقش بی‌طرفانه‌ای را ایفا نماید. همچنین ابزارهای لازم برای اعمال تنظیمات مقرر شده توسط خود را در اختیار داشته باشد تا به تکامل برسد. این در حالی است که نهاد رگولاتوری عملیاتی شده است، اما همانند نهادهای رگولاتوری سراسر دنیا استقلال ندارد؛ استقلال رأی از ملزومات ادامه فعالیت یک نهاد تنظیم‌گر است. نهاد تنظیم‌گر باید نفوذناپذیر، توصیه‌ناپذیر و عالم (حقوقی، قضایی، فنی و مالی) باشد.^۵

1. Keping, Yu, **Governance and Good Governance: A New Framework for Political Analysis**, Springer Publication, 2018, pp 5-6.

۲. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، منبع پیشین، ص ۶.

۳. همان منبع، صص ۶-۹.

۴. فدراسیون صنعت نفت، نهاد رگولاتوری در صنعت نفت، گاز و پتروشیمی، بهمن ماه ۱۳۹۸، ص ۱۴.

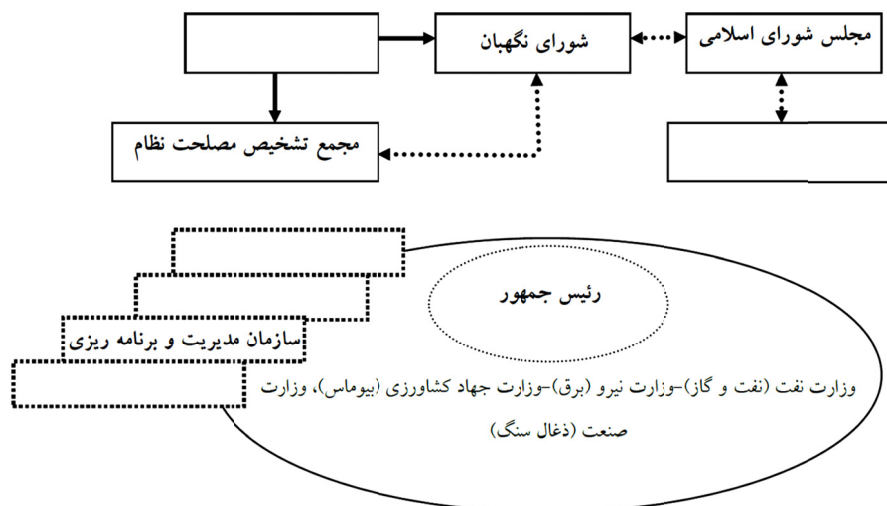
۵. همان منبع، صص ۶-۷.

استقلال مالی و به‌ویژه سیاسی یکی از مهم‌ترین ارکان یک نهاد تنظیم‌گر بخش است. استقلال مالی به این معناست که نحوه تأمین منابع مالی به گونه‌ای باشد که اعضای نهاد تنظیم‌گر به هیچ‌وجه به سازمان یا سیستم خاصی وابستگی نداشته باشند. به عنوان مثال، کمیسیون فدرال تنظیم‌گری انرژی، به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر انرژی در آمریکا، از نظر مالی خودکفا بوده و از طریق شارژ و تعرفه سالیانه که توسط صنایع مشمول مقررات پرداخت می‌گردد، تأمین مالی می‌شود. در برابر، استقلال سیاسی، به جدایی مسئولین نهادهای تنظیم‌گر از عرصه سیاست اشاره دارد. این بدان معناست که در فرایند تصمیم‌گیری این نهادها، سیاست و دخالت‌های دولت هیچ نقشی ندارد و نهاد مستقل از دولت به تصویب قوانین مربوط به فعالیت خود است. به‌عنوان مثال، در آمریکا نهاد تنظیم‌گر از آزادی عمل مورد نیاز خود برخوردار است و قوانین، اختیارات ویژه‌ای به آنها اعطا می‌کند. هرچند کمیسیون فدرال تنظیم‌گری انرژی در آمریکا، یک مؤسسه تنظیم‌گری مستقل در داخل وزارت انرژی ایالات متحده است، رئیس‌جمهور و کنگره نمی‌توانند تصمیمات آن را به‌طور معمول، بازنگری کنند. بلکه تصمیمات فقط توسط دادگاه فدرال قابل بررسی و بازبینی است. به عبارت دیگر، هرچند در آمریکا اعضای کمیسیون، منصوب و تأییدشده از سوی مجلس سنا هستند، پیش‌بینی قانون بر این مناسبت که اولاً اعضای انتصابی، دوره خدمتی بیش از دوره چهارساله ریاست‌جمهوری داشته باشند؛ ثانیاً با وجود حق انتصاب برای رئیس‌جمهور، انتخاب همه اعضای نهاد از یک حزب، از رئیس‌جمهور سلب شده است. بنابراین وجود نظام دوحزبی در آمریکا و طبعاً تقسیم قدرت در بین این دو حزب، استقلال بسیاری را به این نهاد اعطا کرده است.^۱

به رغم سیستم حاکمیتی مستقل در کشورهای توسعه‌یافته نظیر آمریکا و نروژ در قالب نهاد تنظیم‌گر، در ایران، نبود دستگاه متمرکز حاکمیتی بر بخش انرژی، از محوری‌ترین چالش‌های موجود در بخش انرژی است. بر این بخش همانند بسیاری از بخش‌ها و صنایع دیگر، سازمان‌ها و مراکز متعددی نظارت می‌نمایند. از این رو باعث شده است هر کدام، هر ساله اعتبار و بودجه جداگانه‌ای را به خود تخصیص دهند. این امر در بخش انرژی، منجر به ایجاد سه چالش اساسی در صنعت شده است؛ ۱- ناهماهنگی در سیاست‌گذاری؛ ۲- کندی تصمیم‌گیری و ۳- عدم اصلاح

۱. اندیشکده حکمرانی انرژی و منابع ایران، منبع پیشین، صص ۲۴-۳۲.

و به‌روزآمد شدن قوانین کشور در سطح کلان.^۱ نمودار زیر سازمان‌ها و نهادهای درگیر در بخش انرژی کشور و فرایند اصلی تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی را در آنها نشان می‌دهد:



نمودار ۱: ساختار و فرایند تصمیم‌گیری در بخش انرژی کشور

بی‌توجهی نسبت به تنظیم‌گری در فرایند تجدید ساختار از موانع مهم موجود است.^۲ این در حالی است که تنظیم‌گری کلیدی‌ترین جزء فرایند تجدید ساختار^۳ می‌باشد.^۴

۱. همان منبع، صص ۱۱-۱۲.

۲. موانع مهم دیگر شامل عدم تطابق ابزارهای تنظیم‌گری حقوق رقابت و تنظیم‌گری بخشی با ساختار انحصار دولتی حاکم بر این بخش، ابهام در روابط سازمانی شرکت ملی گاز ایران با وزارت نفت و شرکت ملی نفت ایران، نظارت ضعیف دولت بر واحدهای مورد واگذاری و واگذار شده، حضور کم‌رنگ تشکل‌ها و نهادهای مدنی تخصصی در فرایند تصمیم‌گیری و عدم پیوند میان بخش خصوصی و صنعت نفت و گاز.

۳. در ایران، قوانین و مصوبه‌های مختلفی در تجدید ساختار شرکت ملی گاز تدوین شده است که اهم آنها به ترتیب زمان شامل: قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم قانون اساسی، مصوب مجلس شورای اسلامی، ابلاغ‌شده در تاریخ ۱۲ / ۵ / ۱۳۸۷؛ تصویب‌نامه هیئت وزیران در تاریخ ۶ مرداد ۱۳۸۸؛ تصویب‌نامه هیئت واگذاری در تاریخ ۱۳ مهر ۱۳۸۹ و صورت‌جلسه وزارت نفت با سازمان خصوصی‌سازی در مورد نحوه واگذاری شرکت‌های تابعه شرکت ملی گاز ایران در تاریخ ۲۰ مهر ۱۳۸۹ و لایحه برنامه هفتم توسعه.

۴. همان منبع، صص ۱۳-۱۴.

شورای رقابت از دیگر موانع موجود بر سر راه تأسیس نهاد تنظیم‌گر است. شورای رقابت نهاد جدیدی است که موجب ایجاد کشمکش‌های حقوقی بیشتری در تشکیل این نهاد شده است.^۱ شورای رقابت در تجربه کشورهای دیگر وجود ندارد. آنچه در تجربه آنها مشاهده می‌شود، این است که این نهاد به صورت بخشی مستقل از دولت است. محول نمودن انجام این وظیفه بر شورای رقابت، باعث ایجاد تضاد منافع میان شورای رقابت و دولت خواهد شد. وظیفه نهاد تنظیم‌گر باید بر عهده دولت و وزارتخانه سپرده شود. سپردن این وظیفه بر عهده وزارتخانه، مانع ایجاد بروکراسی بیشتر در دولت می‌گردد. از سوی دیگر، بدنه تخصصی شورای رقابت، جنبه عمومی دارد و نمی‌تواند در بخش تنظیم‌گر، بازوی تخصصی داشته باشد. از این رو شورای بخشی را ایجاد نموده است. آنچه در دیدگاه قانون‌گذار در مورد شورای رقابت مطرح بوده است، موضوعات مرتبط با کسب و کار، رفع رفتارهای غیررقابتی و نظارت بر فعالیتهای فعالان اقتصادی است. این در حالی است که نهاد تنظیم‌گر به دنبال تنظیم یک سری از مقررات و دستورالعمل‌ها برای فعالان بخش است. به همین دلیل وضع قانونی جامع و مانع برای تنظیم‌گری بخش پس از ۱۰ سال از تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ناکام مانده است. البته همکاری نزدیک مابین شورای رقابت و نهاد تنظیم‌گر بخشی، در آن بخش از وظایف مربوط به محیط کسب و کار و فعالیتهای غیرانحصاری رخ خواهد داد. این نقطه تعامل مابین نهاد تنظیم‌گر بخشی و شورای رقابت است. در حال حاضر با توجه به طرح این موضوع در دولت، در صورتی که دولت لایحه به مجلس ارسال نماید و مستقل از شورای رقابت، اختیار تصویب اساسنامه و تأسیس این نهاد را از مجلس بگیرد، کوتاه‌ترین راه ممکن را برای ایجاد این نهاد طی نموده است.

۱. (فصل نهم قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی):

ماده ۵۳- برای نیل به اهداف این فصل شورایی تحت عنوان «شورای رقابت» تشکیل می‌شود. ترکیب و شرایط انتخاب اعضای شورا به شرح زیر است...

- (قانون اصلاحی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی): ماده ۵۹- شورای رقابت مکلف است در حوزه کالاها و خدماتی که بازار آنها به تشخیص این شورا مصداق انحصار بوده و نیازمند تأسیس نهاد مستقل (تنظیم‌گر) است، پیشنهاد تأسیس و اساسنامه نهاد (تنظیم‌گر بخشی) را به هیئت وزیران ارسال نماید.

موانع دیگر، انحصارطلب‌های دولت می‌باشند. در واقع خروج از چارچوب فکری شکل گرفته شده در حاکمیت کشور از دیگر موانع موجود بر سر راه تأسیس این نهاد است. چارچوب فکری معمولاً این‌گونه است که حکومت به تنهایی مرجع سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری است. انتقال از این چارچوب فکری به چارچوبی که در آن نهادی اجتماعی وظیفه سیاست‌گذاری و یا تصمیم‌گیری را در صنعت ایفا نماید، یکی از مهم‌ترین موانع موجود است تا هنگام عدم پذیرش این چارچوب فکری جدیدی، چارچوب بلا تغییر همچنان پابرجاست و دولت تصمیم‌گیر نهایی در مسائل مختلف اقتصادی خواهد بود.^۱

۳.۳. اساسنامه نهاد تنظیم‌گر بخش صنعت گاز

به موجب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و ماده (۵۹) قانون اصلاحی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و ماده (۱۳) قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱^۲، فدراسیون صنعت نفت ایران، تشکیل نهاد تنظیم‌گر را در شورای رقابت مطرح نمود. حضور این نهاد در سه بخش ضروری به نظر می‌رسید: ۱- بخش نیرو، ۲- بخش ارتباطات و فناوری اطلاعات، ۳- بخش گاز. در بخش ارتباطات به دلیل وجود قانون قبلی، سطحی از توافقات مابین شورای رقابت و وزارت ارتباطات حاصل گردید. اما در بخش برق و گاز، براساس مکاتبات، وزارتخانه‌های مربوطه پیشنهادهای خود را به شورای رقابت ارسال کردند. شورا در سال ۱۳۹۶ این دو پیشنهاد را برای تصویب به دولت فرستاد. اما در دولت به دلیل وجود قانونی مبنی بر منع اتخاذ تصمیمات قضائی و تنبیهی در شرکت‌های تحت تنظیم، به تصویب نرسید. متعاقباً مشکل به مجلس منعکس و قانون اصلاح گردید. بر این اساس، نهادها توانایی اعمال اختیارات لازم با حضور دو قاضی قوه قضائیه را خواهند داشت. پیش‌نویس اساسنامه نهاد تنظیم‌گر بخش نفت، گاز و پتروشیمی با نظرات فعالان بخش، تنظیم گردید و به شورای رقابت و وزارت نفت ارائه شد که

۱. فدراسیون صنعت نفت ایران، منبع پیشین، ۱۳۹۸، صص ۱۰-۱۵.

۲. ماده ۱۳- وزارت نفت مکلف است به منظور تدوین و تنظیم مقررات لازم و بهبود فضای کسب و کار در صنعت نفت و گاز و صنایع مرتبط و وابسته و ایجاد زمینه رقابت سالم و شفاف بین فعالان اقتصادی این بخش و جلوگیری از انحصار، سازوکار لازم را با مشارکت شورای رقابت موضوع ماده (۵۳) قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و اصلاحیه‌های بعدی آن به تصویب هیئت وزیران برساند.

به تنظیم‌گری در بخش گاز نیز کمک ویژه‌ای می‌نماید. در این اساسنامه، ترکیبی برای شورای بخشی رقابت و نهاد تنظیم‌گر مقرر شده که در آن افرادی با نظرات دولت، تشکل‌های فعال بخش و کارشناسان باتجربه در بخش‌های مختلف حضور دارند. فدراسیون صنعت نفت ایران به دولت پیشنهاد کرده است که نهاد تنظیم‌گر در بخش پایین دست گاز ایجاد گردد و اختیار تأسیس و تصویب این اساسنامه به دولت واگذار گردد. اما با توجه منع قانونی دولت در تصویب اساسنامه تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی، طی لایحه‌ای ارسالی به مجلس با عنوان «لایحه تأسیس نهاد مستقل تنظیم‌گر بخش برق» مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۱۱، خواسته شده است که اختیار تصویب این اساسنامه به دولت واگذار گردد. تبصره بند ۳ ماده واحده این لایحه مقرر نموده است که اساسنامه نهاد تنظیم‌گر سایر بخش‌ها و محل استقرار دبیرخانه آنها به پیشنهاد شورای رقابت به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. اساسنامه نهاد تنظیم‌گر بخش صنعت نفت، گاز و پتروشیمی و صنایع وابسته برای طی مراحل قانونی در جلسه مورخ ۴۷۴ شورای رقابت مورخ ۱۴۰۰/۰۵/۱۸ به تصویب رسید و برای درج در روزنامه رسمی به مدیرعامل و رئیس هیئت‌مدیره شرکت روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران ابلاغ گردید.^۱

در این اساسنامه، ضمن تعریفی از اصلاحات و واژگان مندرج، ترکیب اعضای نهاد و مقام انتخاب‌کننده شرح داده شده است. تلاش شده است تا صاحب‌نظران فنی، اقتصادی و حقوقی از بخش‌های مختلف در ترکیب اعضای این نهاد حضور داشته باشد. تشخیص مصادیق رویه‌های ضد رقابتی، تنظیم قیمت بازار و شرایط دسترسی به بازار کالاها و خدمات انحصاری، بازرسی و تصویب دستورالعمل ناظر بر فعالیت تنظیم قیمت بازار، مقدار و شرایط دسترسی تشخیص مصادیق رویه‌های ضد رقابتی موضوع فعالیت تجاری کلیه اشخاص حقوقی تحت تنظیم و مجوزهای کسب و کار از مهم‌ترین وظایف این نهاد تنظیم‌گر است. نکته مهم این است که به موجب مفاد جزء (۲) بند (الف) ماده (۵۹) قانون^۲، کلیه اختیارات و وظایف نهاد مطرح در این ماده، از شورا، وزارت نفت و کلیه سازمان‌ها و شرکت‌ها و واحدهای تابعه و سایر دستگاه‌ها و نهادها سلب می‌شود. علاوه بر تعیین محل دبیرخانه و پشتیبانی نهاد و ساختار و تشکیلات و آیین‌نامه

۱. مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۲۱، شماره ۸۸۰-۰۰-۱۰-

۲. طبق بند (۱-۱) ماده ۱ اساسنامه، منظور از قانون، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی- مصوب ۱۳۸۶- و اصلاحات بعدی آن است.

مالی و معاملاتی و استخدامی، به استقلال مالی به عنوان مهمترین رکن یک نهاد تنظیم‌گر در اساسنامه اشاره شده است. ماده ۶ مقرر می‌دارد، تأمین و پرداخت هزینه‌های (جاری و سرمایه‌ای) مربوط به نهاد به موجب عوارض موضوع جزء (۱) بند (پ) ماده (۵۹) قانون به مأخذ دو تا سه ده هزارم درآمد عملیاتی سالانه خواهد بود که توسط هیئت وزیران تعیین می‌گردد. این مبلغ به‌عنوان درآمد اختصاصی به حساب بانکی تمرکز وجوه مربوط به نام خزانه‌داری کل کشور توسط اشخاص حقوقی تحت تنظیم پرداخت می‌گردد. اعتبار از محل درآمد اختصاصی موضوع این ماده که همه‌ساله میزان آن در قوانین بودجه سنوات تعیین می‌شود، با رعایت قوانین و مقررات قانونی مربوط توسط مرکز ملی رقابت از خزانه‌داری کل کشور دریافت و قابل اختصاص و مصرف خواهد بود. نهاد موظف به ارسال کلیه تصمیمات و مصوبات خود به شورای رقابت است و در صورت مغایرت قانونی مصوبات نهاد با قانون و یا مصوبات شورا به صلاح‌دید شورا، مراتب ظرف ۱۵ روز کاری به منظور اعمال و اصلاح به نهاد ابلاغ می‌گردد. درغیراین‌صورت تصمیمات نهاد، لازم‌الاجرا هستند. مرجع تشخیص و حل و فصل مغایرت شورا است. نهاد موظف به فراهم نمودن دسترسی عموم به ضوابط، آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مرتبط با بخش و انعکاس مصوبات لازم‌الاجرای خود به‌طور روزآمد در پایگاه اطلاع‌رسانی نهاد است. کلیه مقررات فعلی نهاد هنگام عدم تغییر و یا لغو به قوت خود باقی است و کلیه اشخاص حقوقی تحت تنظیم، ملزم به رعایت مصوبات و دستورالعمل‌های نهاد می‌باشند. نکته مهم این است که تخلف از مصوبات و دستورالعمل‌های مذکور به تشخیص نهاد، مصداق رویه ضدرقابتی موضوع ماده (۴۵) قانون است. این اساسنامه مشتمل بر ۱۱ ماده و ۹ تبصره در جلسه ۴۷۴ شورای رقابت مورخ ۱۳۰۰/۰۵/۱۸ به تصویب رسید.

نتیجه‌گیری

در سال‌های اخیر مابین عرضه و تقاضای گاز طبیعی تعادل وجود ندارد. ضرورتاً باید سیاست‌هایی پیش‌بینی و اجرا گردد که تعادل را مابین این دو شاخصه مهم اقتصادی بازگرداند. یکی از مهم‌ترین چالش‌های صنعت گاز طبیعی، بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی است. در کشور ایران مخازن گازی عظیمی وجود دارد. اما همواره با عدم تعادل عرضه و تقاضای گاز طبیعی مواجه بوده است. این موضوع باعث اهمیت روزافزون مسئله بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی در کشور شده است. در طی سال‌های اخیر، سیاست‌هایی به ذخیره‌سازی گاز و استفاده بهینه از آن اختصاص یافته است. اما کارگشا نبوده و همچنان تأمین گاز مورد نیاز داخلی با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو بوده است. به‌ویژه اینکه در کسب جایگاه بین‌المللی و واقعی خود در صادرات گاز ناکام مانده است. پیشنهادی که در مقاله حاضر ارائه گردید، بازنگری در ساختار سیاست موجود از طریق اعمال سیاست‌های بهینه‌سازی مصرف گاز طبیعی و تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخشی در بازار گاز است.

قوانین مهم و امری کشور بر اصلاح الگوی مصرف و بهینه‌سازی مصرف انرژی توجه دارد. قوانینی همچون قانون اصلاح الگوی مصرف و قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور که براساس آن آیین‌نامه ایجاد بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط زیست تصویب شد. براساس ماده ۲ آیین‌نامه، بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط زیست به منظور انجام معاملات گواهی‌های صرفه‌جویی انرژی ایجاد می‌شود. گواهی‌های صرفه‌جویی اوراق بهاداری هستند که نشان‌دهنده حق مالکیت بر مقدار مشخصی از میزان انرژی صرفه‌جویی شده از یک حامل انرژی بوده و در بازار بهینه‌سازی انرژی و محیط زیست قابل معامله‌اند. در این طرح دو نوع اوراق گواهی صرفه‌جویی محقق شده و گواهی صرفه‌جویی تأمین مالی به فروش می‌رسد. گواهی‌های سفید^۱ از جمله اسنادی است که در دنیا به‌عنوان مشوق افزایش بهره‌وری به کار گرفته می‌شود و بیانگر کاهش مقدار مشخصی از میزان مصرف انرژی است. همچنین ابزار دیگر، نیاز به راه‌اندازی معاملات گازی در بورس انرژی بر اساس بند (ک) تبصره ۱ قانون بودجه ۱۴۰۰ است. بر این اساس، وزارت نفت مکلف به فراهم نمودن زیرساخت‌های فیزیکی و نرم‌افزاری لازم از طریق

1. White Certificates

شرکت‌های تابعه ذی‌ربط و در جهت عرضه و انجام دادن معامله حداکثر ده‌میلیارد متر مکعب در بورس انرژی است. تبصره ۳ ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده واحده قانون بودجه، شرکت ملی گاز را مجاز به عرضه گاز طبیعی در قالب معاملات بازار فیزیکی به صورت منظم و مستمر یا قراردادهای بازار مشتقه طبق مقررات بورس و با رعایت مفاد تبصره (۱) این ماده دانسته است. و متعاقباً ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی بند (ک) تبصره ۱ ماده واحده، به عرضه‌کنندگان واجد صلاحیت، اجازه عرضه گاز صرفه‌جویی‌شده ناشی از منابع گازهای بازیافتی از مشعل واحدهای عملیاتی و یا گاز صرفه‌جویی‌شده در قالب گواهی‌های صرفه‌جویی در بازار بهینه‌سازی مصرف انرژی و طرح‌های بهینه‌سازی مصرف انرژی موضوع ماده (۱۲) قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر را در بورس می‌دهد. صدور و انتشار اوراق بهادار صرفه‌جویی در راستای نیل به هدف بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی است که در بازار گاز انجام خواهد پذیرفت. همچنین اعمال هر یک از قوانین مرتبط با اصلاح الگوی مصرف انرژی و قوانین بودجه در پرتو بازاری رو به رشد بروز خواهد یافت که توسط یک نهاد تنظیم‌گر کنترل شود. از اثرات مستقیم تأسیس نهاد تنظیم‌گر مستقل در بازار، تسهیل شرایط ورود رقابت در بازار، مقابله با انحصارات موجود در بازار، رفع ناترازی گاز و دسترسی به بازارهای انحصاری و کالاهای موجود در آن است. از این رو در راستای نیل به هدف بهینه‌سازی گاز طبیعی و بهره‌وری بهینه از آن، تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخش گاز ضرورت می‌یابد.

صنعت گاز از جمله صنایع انحصاری و در عین حال شبکه‌ای است. ویژگی شبکه‌ای در صنعت گاز، به معنای مجموعه‌ای از شبکه‌های متصل به هم است که در اختیار یک تولیدکننده قرار می‌گیرد. علی‌رغم انحصاری بودن صنعت گاز، امکان ورود رقابت در بخش‌هایی از این صنعت وجود دارد. این امر که از خاصیت شبکه‌ای صنعت ناشی می‌شود، ورود رقابت را در بخش‌هایی از صنعت تسهیل می‌نماید. از این رو، بخش‌های رقابت‌ناپذیر در صنعت، تحت کنترل ابزار تنظیم‌گری بخشی و بخش‌های رقابت‌پذیر تولید و خرده‌فروشی گاز نیز از طریق ابزار حقوق رقابت مورد تنظیم‌گری قرار می‌گیرند.

این مقاله اساساً به دنبال ارائه راه‌حلی است تا بتوان به واسطه اعمال آن به بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی دست یافت. پیشنهادی که ارائه گردیده است، بازنگری در سیاست‌های کلان موجود از طریق اعمال ابزارهای حقوقی بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی و تأسیس نهاد تنظیم‌گر در بازار

گاز می‌باشد. از این رو تلاش شده است تا علاوه بر تحلیل ابزارهای حقوقی بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی در پرتو قوانین اصلاح الگوی مصرف انرژی و قانون بودجه ۱۴۰۰ و دستورالعمل اجرایی آن، به ضرورت تأسیس نهاد تنظیم‌گر در بخش گاز پرداخته شود. ضمن تشریح اسناد حقوقی موجود مبتنی بر اصلاح الگوی مصرف انرژی و قانون بودجه ۱۴۰۰ و دستورالعمل اجرایی آن، به نهاد تنظیم‌گر بخش گاز، ویژگی‌های نهاد و موانع موجود بر سر راه تأسیس این نهاد اشاره شده است. موانع بسیاری در جهت تأسیس این نهاد وجود دارد. استقلال نهاد، مهم‌ترین رکن یک نهاد تنظیم‌گر است. حال اینکه، نبود استقلال و قالب و چارچوب فکری از پیش تعیین شده مبنی بر حاکمیت کشور در بخش‌های مهم کشور، از مهم‌ترین موانع موجود است که در این مقاله درباره آن بحث شده است. از مهم‌ترین بخش‌های تأسیس یک نهاد تنظیم‌گر، اساسنامه تأسیس نهاد است. از این رو، اساسنامه تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخش گاز نیز مورد نقد قرار گرفته شده است. این اساسنامه با تلاش فدراسیون صنعت نفت ایران و با رعایت قوانین موجود همچون قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و ماده (۵۹) قانون اصلاحی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و ماده (۱۳) قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۱۳۹۱، به شورای رقابت و وزارت نفت ارائه شده است. فدراسیون ترکیبی از شورای بخشی و نهاد تنظیم‌گر را ایجاد و پیشنهاد کرده است که اساسنامه در دولت تصویب شود تا نهاد از استقلال کافی برخوردار باشد. بر این اساس، دولت پیش‌نویس لایحه‌ای با عنوان «تأسیس نهاد مستقل تنظیم‌گر بخش برق» را به مجلس ارائه داد. بر اساس تبصره بند ۳ ماده واحده لایحه، اساسنامه نهاد تنظیم‌گر سایر بخش‌ها و محل استقرار آنها به پیشنهاد شورای رقابت به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. این لایحه در دولت قبل به مجلس ارائه گردید و امید است هرچه سریع‌تر تصویب شود و با اجازه تصویب اساسنامه این نهاد توسط هیئت وزراء، نهاد تأسیس شود و آغاز به فعالیت نماید.

آنچه واضح است اینکه تاکنون دولت به مدیریت عرضه گاز دولتی اقدام نموده است؛ اما سیاست‌های موجود کارگشا نبوده و همچنان بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی محقق نشده است. در حال حاضر شبکه‌های مختلف تولید، توزیع و خرده‌فروشی گاز ایران به صورت انحصاری تحت تسلط شرکت ملی گاز انجام می‌پذیرد؛ اما با توجه به اهمیت حضور نهاد تنظیم‌گر بخش گاز در

بازار، شرایط برای نیل به هدف بهره‌وری بهینه از گاز طبیعی مهیا و محقق می‌شود. از این رو اقدامات ذیل باید سیاست‌گذاری گردد:

- ۱- ایجاد زیرساخت و مقررات و سامانه‌های مورد نیاز به منظور تأسیس نهاد تنظیم‌گر بخش گاز.
- ۲- فراهم نمودن بسترهای لازم به منظور انتشار و فروش اوراق صرفه‌جویی انرژی در بازار گاز.
- ۳- تأسیس بازار اختصاصی گاز طبیعی.
- ۴- تصویب قوانین و دستورالعمل‌های لازم‌الاجرا به منظور واگذاری بخش‌های رقابت‌پذیر به بخش خصوصی.
- ۵- رفع انحصارات دولتی و طبیعی و ترویج خصوصی‌سازی.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

مقاله

۱. ابراهیمی، سید نصرالله و محمود، جعفری چالشتری، «تحلیل حقوقی انحصار و رقابت در بازار انرژی، با تأکید بر صنایع گاز و برق؛ چالش‌ها و فرصت‌ها»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۵، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۴، صص ۳۶۱-۳۷۸.
۲. اندیشکده حکمرانی انرژی و منابع ایران، چالش‌های ایجاد نظام تنظیم‌گری در بازار گاز ایران و راهکارهای پیشنهادی، تیرماه ۱۳۹۷.
۳. حسینی، سید شمس‌الدین و افسانه شفیعی، «تعامل دولت و بازار و رویکرد تنظیم در اقتصاد ایران؛ تأملی در سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی»، *فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی*، شماره ۴۳، پاییز ۱۳۸۶، صص ۶۰-۲۵.
۴. شیروی، عبدالحسین و فرشید فرحناکیان، «ابعاد حقوقی تنظیم‌گری مناسب در حکمرانی خوب صنعت نفت ایران»، *مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۶، شماره ۲، مهر ۱۳۹۹، صص ۳۸۲-۳۵۷.
۵. شهبازی، کیومرث، صمد حکمتی فرید و هادی رضایی، «بررسی تاثیر اندازه دولت و حکمرانی خوب بر شدت مصرف انرژی: مطالعه موردی کشورهای عضو اوپک»، *فصلنامه علمی پژوهشی نظریه‌های کاربردی اقتصاد*، دوره ۲، شماره ۴، اسفند ۱۳۹۴، صص ۴۸-۲۳.
۶. عظیم زاده آرانی، محمد، «جایگاه تنظیم‌گری در فرایند خصوصی سازی صنعت گاز، مطالعه موردی: بازار گاز ایران»، *فصلنامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی*، دوره ۸، شماره ۲۹، ۱۳۹۷، صص ۲۴۷-۲۲۵.
۷. فدراسیون صنعت نفت، نهاد رگولاتوری در صنعت نفت، گاز و پتروشیمی، بهمن ماه ۱۳۹۸.
۸. محمودی، امیر و علیرضا، آرش پور، «حکمرانی مطلوب؛ سازوکار ایجاد توانمندی در تحقق توسعه»، *فصلنامه علمی پژوهشی سیاست جهانی*، دوره ۶، شماره ۴، اسفند ۱۳۹۶، صص ۲۳۶-۲۱۳.

۹. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، نظام تنظیم‌گری صنعت نفت و گاز ایران: ۱. ضرورت تنظیم‌گری، آذرماه ۱۳۹۸.
۱۰. وزارت نفت، «سند تراز تولید مصرف گاز طبیعی در کشور بر اساس گزینه‌های بهینه‌سازی»، وزارت نفت، مهرماه ۱۳۹۹.

منبع برخط

۱۱. اقتصاد آنلاین، تصویب دستورالعمل انتشار گواهی صرفه‌جویی انرژی / سپردن برق به بورس، خاموشی‌ها را کاهش می‌دهد؟، ۸ تیرماه ۱۴۰۱.
۱۲. خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران، معاملات "برق سبز" در بورس انرژی آغاز می‌شود، مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۱۲.
۱۳. سندیکای صنعت برق ایران، مدیریت مصرف و تأمین مالی با ابزار گواهی صرفه‌جویی انرژی، مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۲۱.
۱۴. صورت جلسه وزارت نفت با سازمان خصوصی‌سازی در مورد نحوه واگذاری شرکت‌های تابعه، مورخ ۱۳۸۹/۰۷/۲۰.

قوانین و آیین‌نامه‌ها

۱۵. آیین‌نامه اجرایی بند (ک) تبصره ۱ ماده واحده قانون بودجه سال ۱۴۰۰ کل کشور.
۱۶. آیین‌نامه بازار بهینه انرژی و محیط زیست.
۱۷. تصویب نامه هیئت وزیران مورخ ۶ مرداد ۱۳۸۸.
۱۸. تصویب نامه هیئت واگذاری مورخ ۱۳ مهر ۱۳۸۹.
۱۹. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.
۲۰. قانون اصلاح قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.
۲۱. قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.
۲۲. قانون بودجه ۱۴۰۰.
۲۳. قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور.
۲۴. لایحه برنامه هفتم توسعه (۱۴۰۶-۱۴۰۲).

ب) منابع انگلیسی

Articles

25. GECF, GLOBAL GAS OUTLOOK 2050, 2023.
26. Keping, Yu, Governance and Good Governance: A New Framework for Political Analysis, *Fudan Journal of the Humanities and Social Science*, Springer Publication, 2018, pp. 1-8.
27. Harker, Michel, Haviid, Morten, Competition Law Enforcement and Incentives for Revelation of Private Information, *World Competition*, Volume 31, Issue 2, 2008, pp. 279-298.

Efficient Productivity of Iran's Natural Gas Regarding Gas Consumption Optimization Policy and Establishment of the Sector Regulatory Institution

Rasoul LAHIJANIAN (PhD in Strategic Oil and Gas Management,
University of Tehran)

Fatemeh SHEIKHI DEHCENARI (PhD Student in Oil and Gas Law,
Shahid Beheshti University)

Abstract

Current statistics indicate the inequality of natural gas supply and demand. The question is which adopted policy will provide efficient productivity of natural gas? Scholars' findings indicate that applying macro policies related to gas optimization and establishing a sector regulatory institution in the gas market will greatly contribute to the optimal efficiency of natural gas. Referring to the Establishment of Optimal Energy Market and Environment Regulation, energy saving certificate is issued. These certificates are securities entailing the right to own a certain amount of saved energy that are traded in the market. At the same time, under the control of the sector regulator in gas market, the existing imbalance between supply and demand is resolved and efficient productivity of natural gas is achieved. Among other direct effects of the establishment of this institution are dealing with monopoly in the market, identifying examples of anti-competitive practices and approval of directives regulating the market price and goods amount. Therefore it is required to control the market through gas sector regulator. This Article seeks to present a policy for the industry to provide efficient productivity in natural gas. In order to achieve efficient productivity and establishing this regulator in Iran's gas market and in addition to the existing regulations, the regulator institution, its qualifications and article of association in gas sector are studied.

Keywords:

Natural Gas, Efficient Productivity, Saving Certificates, Sector Regulator Institution, Article of Association of the Regulator Institution

Contents:

The Possibility of Applying Protecting Standards in Portfolio Investments

Mehrab Darabpour - Seyed Mohammad Mahdi Mousavi Abdolabadi44

Legal Analysis of Existing Obstacles in Iran's Export and Import Laws for Permanent Membership in the World Trade Organization

Seyed Bagher Mir Abbasi - Seyed Taha Mousavi Mirklai -Mohammad Sadeghi- Iman Paksima 76

(A Comparative Study in Islamic Jurisprudence and Iran's Law)

Hossein Simaei Sarraf 105

The Analysis of Validity of Supplementary Conditions (addendum) to the Contract, in Iranian Law and Imāmiyya Fiqh

Mohammad Javad Zolghadr - Morteza Shahbazinia - Mohammad Bagher Parsapour 136

Principles Governing Electronic Civil Procedure and Its Challenges

Behnam Habibi Dargah 160

Efficient Productivity of Iran's Natural Gas Regarding Gas Consumption Optimization Policy and Establishment of the Sector Regulatory Institution

Rasoul Lahijanian - Fatemeh Sheikhi Dehchenari..... 187

Economic and Commercial Law Research Quarterly

Scientific Quarterly of the Law Faculty
in Cooperation with

Iran Scientific Association of Economic Law

Published by: Shahid Beheshti University

Director in Charge & Editor in Chief: A. GHASEMI
HAMED

Executive Director: E. SHAMS

Editorial Board

*Mehrab DARABPOUR, Mohammad Hasan SADEGHI MOGHADAM,
Ebrahim ABDIPOUR FARD, Abbas KARIMI, Hamid Reza
NIKBAKHT FINI, Saeed Reza ABADI, Iraj BABAEI, Mahmoud
BAGHERI, Mirghasem JAFARZADE, Mohammad ROSHAN,
Mohammad Hossein ZAREIE, Seyed Jamal SEYFI, Mir Hossein
ABEDIAN KALKHOR, Ali MOGHADAM ABRISHAMI*

N.3

2024