



دانشکده حقوق

# پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

پاییز ۱۴۰۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

---

صفحه آرا: مهتاب سلیمی

ویراستاران: شهرزاد حدادی - الهام وحدانی فر

طراح جلد: نگار توکل مقدم

پاییز ۱۴۰۴

قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

---

نشانی نشریه:

تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

E-mail: [ecocolaw@sbu.ac.ir](mailto:ecocolaw@sbu.ac.ir)



پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری  
دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی  
با همکاری انجمن علمی حقوق اقتصادی ایران

صاحب امتیاز: دانشگاه شهید بهشتی  
مدیر مسئول: عباس قاسمی حامد  
سردبیر: عباس قاسمی حامد  
مدیر داخلی: حسنا حاج‌نجفی  
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 میرقاسم جعفرزاده (دانشیار حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر همایون حبیبی (دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)  
دکتر محمد روشن (دانشیار حقوق خصوصی، پژوهشکده خانواده، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر محمدحسین زارعی (دانشیار حقوق عمومی و اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر سیدجمال سیفی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)  
دکتر عباس شیرینی ورنامخواستی (دانشیار حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)  
دکتر عباس طوسی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)  
دکتر ابراهیم عبدی‌پور فرد (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه حضرت معصومه قم)  
دکتر عباس کریمی (استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران)  
دکتر علی مقدم ابریشمی (دانشیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی)  
دکتر حمیدرضا نیکبخت فینی (عضو دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا، استاد حقوق تجارت بین‌الملل و حقوق مالکیت فکری و فضای مجازی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

## شیوه‌نامه نگارش و ارسال مقاله

### الف) ضوابط کلی

۱. نشریه 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 سامانه مجله به نشانی <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 آن خودداری شود.
۴. مسئولیت صحت مطالب و منابع مندرج در مقاله برعهده نویسنده یا نویسندگان آن است.
۵. نشریه 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. هزینه واریزی برای داوری مقالات، پس از ارجاع به داوری قابل‌استرداد نخواهد بود.
۸. نوع داوری نشریه به صورت دوسوکور (Double-blind peer review) و حداقل دو داور می‌باشد.
۹. پس از ارسال مقاله به داوری، امکان تغییر در نویسندگان وجود ندارد.

### ب) شرایط محتوایی مقاله

۱. مقاله باید در حوزه‌های مرتبط با موضوع نشریه (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. نشریه پذیرای مقالات در سه قالب «مقالات پژوهشی»، «نقد رأی» و «نقد کتاب» است.
۴. مقاله نباید قبلاً در مجلات داخل کشور چاپ شده و یا هم‌زمان به نشریه داخلی دیگری ارسال شده یا ترجمه مقاله خارجی نویسنده یا دیگران باشد.
۵. از آنجاکه زبان نشریه 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

۱. 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 ۸۰۰۰ واژه؛ ب) نقد رأی: 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 مقاله خود نسبت به تکمیل و بارگذاری [تعهدنامه و فرم تعارض منافع](#) اقدام کنند.
۲. ارسال مقاله به معنای رعایت کلیه موازین قانونی درخصوص مالکیت فکری آثار و اخلاق حرفه‌ای پژوهش از سوی نویسندگان است.

۳. در هنگام ثبت مقالات دارای بیش از یک نویسنده، ارسال فایل حاوی اسکن تأییدیه سایر نویسندگان الزامی می‌باشد.

۴. اندازه و قلم بخش‌های مختلف مقاله به شرح جدول زیر است:

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

۵. مقاله بایستی مشتمل بر قسمت‌های ذیل باشد :

| صفحه     | محتویات                                    | توضیحات و نکات ضروری                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----------|--------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| صفحه اول | عنوان، چکیده و کلمات کلیدی فارسی           | <ul style="list-style-type: none"> <li>نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود.</li> <li>رتبه علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول، در پاورقی صفحه اول درج خواهد شد.</li> <li>پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده فارسی مقاله می‌بایست پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دست آورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.</li> <li>حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.</li> </ul> |
|          | عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی | <ul style="list-style-type: none"> <li>عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد.</li> <li>رتبه علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه دوم درج خواهد شد.</li> <li>پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده انگلیسی مقاله</li> </ul>                                                                                                                                                   |

شش

|                    |             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                    |             | باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید.<br>• حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| صفحه سوم<br>به بعد | بدنه مقاله  | • 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.<br>• یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد.<br>• ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری 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. |
|                    | فهرست منابع | • منابع می‌بایست به تفکیک نوع منبع (فارسی/زبان‌های خارجی و کتاب/مقاله/قوانین/منبع الکترونیک/پرونده‌ها) درج شده و به صورت اعداد متوالی شماره‌گذاری گردند.<br>• کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.                                                                                                                                                                                                                                                                 |

۶. 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) شیوه‌نامه ارجاع‌دهی

۱. ارجاع‌دهی این نشریه براساس شیوه‌نامه شیکاگو به عمل می‌آید. جز در مواردی که در ادامه درخصوص آن‌ها تعیین تکلیف شده، سایر موارد براساس این شیوه‌نامه به عمل می‌آیند.
۲. ارجاع‌دهی در این نشریه در قالب پاورقی انجام می‌شود.
۳. در نخستین بار ارجاع به یک منبع، مطابق با شیوه 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.
۵. برای ارجاع بلافاصله به منبع فارسی که سابقاً بدان ارجاع شده است، به روش آتی عمل می‌شود: همان منبع، ص. ....
- نمونه: همان منبع، ص. ۱۰.
۶. برای ارجاع با فاصله به منبع به زبان‌های با ریشه لاتین که سابقاً بدان ارجاع داده شده است، از (Op. Cit.) استفاده می‌شود.
- Posner, Richard, Op. Cit., P. 6.
۷. برای ارجاع بلافاصله به منبع به زبان‌های با ریشه لاتین که سابقاً بدان ارجاع شده است، از (Ibid.) استفاده می‌شود.
- Ibid., p. 7.

#### ث) شیوه تنظیم فهرست منابع

۱. کتاب:

#### هفت

- 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**، ج ۴، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶.
- Posner, Richard A, **Economic Analysis of Law**, United States: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

## 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»، *فصلنامه 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. پایان نامه و رساله:

- توضیح: نام خانوادگی، نام، **عنوان**، رساله دکتری/ پایان نامه کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.
- نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده 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> \(last visited 28/09/2022\)](https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2019/03/citizenship-and-economic-development-imam)
- در هر مورد از موارد فوق، هرگاه بیش از یک نویسنده برای اثری وجود داشته باشد، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم و نویسندگان بعدی، پس از نام نویسنده اول به شرح زیر نوشته می‌شود:

- امینی، منصور و مجتبی محمدی، «رابطه سببیت بین افشای اطلاعات و انعقاد قرارداد بیمه دریایی»، *فصلنامه 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.



به نام خداوند جان و خرد

سامان یافتن بهینه روابط اقتصادی، از رهگذر پیوندی خردمندانه و حرفه‌ای میان حقوق و اقتصاد میسر خواهد بود. یکی از عوامل مهم موفقیت سیاست‌های اقتصادی، جانمایی آن در چارچوب‌های حقوقی کارآمد است. توجه به اصول و عوامل اقتصادی نیز برای وضع قواعد حقوقی سنجیده در حوزه فعالیت‌های اقتصادی و اجرای قوانین مرتبط با آن لازم است. رشته «حقوق اقتصادی» از درون این ارتباط مبتنی بر ضرورت‌های اجتماعی سر برآورده و شکل گرفته است. حقوق اقتصادی بانگ‌رشی میان‌رشته‌ای و کاربردی و با تمایل به وضع قواعد آمرانه، با نظم عمومی ارتباطی نزدیک داشته و قواعد آن در بسیاری از موارد دارای اوصاف حقوق عمومی است. از سوی دیگر، حقوق اقتصادی برای ایجاد تعادل در روابط اقتصادی از قواعد حقوق خصوصی و ابتکارات بخش خصوصی نیز تاثیر می‌پذیرد. در کنار این رشته کاربردی، حقوق تجاری همچنان به عنوان یکی از ستون‌های سستی و در عین حال پویای حقوق خصوصی، نقشی محوری در سامان‌دهی فعالیت‌های حرفه‌ای بازرگانان، نظم دهی رفتار بنگاه‌ها و معاملات بازرگانی ایفا می‌نماید.

«نشریه پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری»، تعالی مطالعات حقوق اقتصادی و تجاری را همزمان در دستور کار دارد. این مجله با وفاداری به رسالت خطیر علمی خویش، امروز گام در دوره‌ای تازه از فعالیت‌های پژوهشی نهاده است؛ دوره‌ای که در آن، گسترش افق‌های علمی، برگزاری نشست‌های تخصصی با حضور استادان و پژوهشگران برجسته و انتشار پژوهش‌های نوآورانه و کاربردی، مورد توجه است. نمایه‌شدن این نشریه در پایگاه بین‌المللی EBSCO که گواه ارتقای کیفیت علمی و روش‌شناختی نشریه است، زمینه‌ساز معرفی گسترده‌تر دستاوردهای علمی کشور و گشودن باب گفت‌وگو با جامعه جهانی در این حوزه خواهد بود.

در پرتو این تحولات فرخنده، نشریه بر آن است تا با استمرار انتشار مقالات اصیل و حمایت از پژوهش‌های میان‌رشته‌ای و کاربردی، نقش خود را در پیشبرد دانش حقوق اقتصادی و تجاری در کشور، به‌گونه‌ای مؤثر و ماندگار ایفا نماید. اکنون که به یاری پروردگار، یازدهمین شماره پیاپی نشریه، به‌هنگام در فصل پاییز منتشر می‌شود، شایسته است از تلاش‌های دلسوزانه اعضای محترم هیأت تحریریه، همراهی ارزشمند مسئولان اجرایی نشریه، دقت نظر داوران ارجمند و متخصص و حمایت‌های مرکز نشر آثار علمی دانشگاه شهید بهشتی قدردانی نمود. سپاس ویژه، شایسته نویسندگان فرهیخته و خوش‌ذوقی است که با قلم توانمند و اندیشه‌های ژرف خود، جانمایه این مجله را تشکیل می‌دهند. امید آنکه، این مسیر مشترک، به غنای هرچه بیشتر ادبیات حقوقی ایران عزیز مدد رساند و بنیانی استوار برای رویارویی سنجیده با مسائل پیچیده اقتصادی و تجاری فراهم آورد.

عباس قاسمی حامد

(سردبیر مجله پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری)

تهران - پاییز ۱۴۰۴

## فهرست مطالب

### ماهیت حقوقی بانک مرکزی در نظام حقوقی ایران

ولی رستمی - مصطفی قدسی - احمد رضا حبیبی بآبادی ..... ۱۱

### ارزیابی کارآمدی تشکیل اراده جمعی در حقوق خصوصی ایران با استفاده از نظریه هزینه‌های مبادله

حسین سیمایی صراف - سید مهدی حسینی مدرس - سید امیر احسان میری ..... ۴۱

### مالیات جهانی: مفهوم و ارزیابی

سعید رضا ابدی - محمد مهدی شیرازی ..... ۷۵

### شناسایی قواعد تعارض قوانین در باب قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه

محمد فرجی - محمود باقری ..... ۱۰۳

### مطالعه تطبیقی ماهیت پیام مطمئن شورای رقابت

مائده کریمی قه‌دیریجانی - عبدالله رجبی ..... ۱۳۱

### افشای اسناد در داوری بین‌المللی

سامان محمدیان - فاطمه زین‌الدینی ..... ۱۶۹

### تحول گفتمان مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی: از تعهد اخلاقی به الزام قانونی در پرتو واکاوی حق و نفع

هادی صالحی - ندا کردونی ..... ۱۹۷

### تألؤ حقوق بین‌الملل اقتصادی بر سه ابزار جنگ تجاری: تأملی بر تقابل چین و آمریکا

نوید زمانه قدیم ..... ۲۲۷

## ماهیت حقوقی بانک مرکزی در نظام حقوقی ایران

ولی رستمی\*  
مصطفی قدسی\*\*  
احمد رضا حبیبی بآبادی\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۰

### چکیده

ماهیت حقوقی نهادهای اداری در ایران یکی از مسائل پیچیده و مبهم در نظام اداری است که به خصوص در سالیان اخیر این معضل تشدید شده است. ماهیت حقوقی بانک مرکزی به عنوان یکی از بزرگ‌ترین و مهم‌ترین نهادهای نظام اداری و اقتصادی کشور یکی از چالش‌های نظام اداری در تعامل با این نهاد است. به طوری که علی‌رغم تغییر چندباره قانون حاکم بر آن، موضع شفافیت توسط قانونگذار گرفته نشده است و به نوعی این ابهام تعمیدی تلقی می‌شود. شاید به همین دلیل و همچنین ضعف شدید ادبیات حقوقی در این زمینه، پژوهش مستقلی درخصوص تبیین ماهیت حقوقی بانک مرکزی صورت نگرفته و کمتر کسی ورود به این موضوع پرابهام و چندوجهی را برای بررسی انتخاب کرده است. باین حال، پاسخ به این پرسش که «با توجه به نظام حقوقی ایران، ماهیت حقوقی بانک مرکزی چیست؟» خصوصاً برای ورود به اصلاح ساختار نظارت بر شبکه بانکی و حکمرانی پولی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد که برای ورود به بحث اصلاح ساختار بانک مرکزی و همچنین تقویت استقلال این نهاد از دولت، کلیدی و غیرقابل چشم‌پوشی است و منجر به حل آثار مترتب بر آن می‌شود. در پژوهش حاضر، ضمن بررسی قوانین و مقررات موضوعه در کنار رویه تقنینی، اجرایی و قضایی و گذری بر فضای سیاسی حاکم بر این موضوع با تحلیل منابع حقوقی گردآوری شده بیان شد که مستفاد از قوانین و ساختار حقوقی حاکم بر بانک مرکزی، ماهیت حقوقی بانک مرکزی «شرکت دولتی» است.

### کلید واژگان:

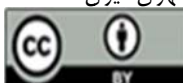
استقلال حقوقی، بانک مرکزی، شرکت دولتی، ماهیت حقوقی، مؤسسه دولتی.

\* استاد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

\*\* کارشناس ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

mostafa.qodsi@gmail.com

\*\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.



Copyright: ©2024 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

تاریخچه بانک و بانکداری گستره زیادی از تاریخ را شامل می‌شود. بانکداری مدرن با تفاوت‌های اساسی با بانکداری گذشته، تحول بسیار زیادی را در حوزه پولی و مالی ایجاد کرد؛ به‌طوری‌که تا سالیان زیادی، تجارت، اقتصاد و بازار به بانک‌ها وابسته شده و این بانک‌ها بودند که نقش اصلی اقتصادی را در کشورها ایفا می‌کردند. به همین دلیل دولت‌ها برای کنترل قدرت بانک‌ها و در نهایت کنترل پول، اعم از خلق پول یا گردش پول، به تأسیس یک بانک دارای اختیارات و تکالیف حاکمیتی اقدام کردند که به بانک مرکزی معروف شد. بانک مرکزی یک نهاد شناخته‌شده مالی است که اکنون و با گستره نظام بانکداری در همه کشورها وجود دارد و بی‌شک از مهم‌ترین ارکان یک حاکمیت است.

اولین بانک مرکزی جهان، بانک مرکزی سوئد،<sup>۱</sup> در سال ۱۶۶۸ تأسیس شد و به‌عنوان نخستین بانک مرکزی مدرن شناخته می‌شود. پس از آن، بانک انگلستان در سال ۱۶۹۴ تأسیس شد که نقش مهمی در تأمین مالی دولت و نظارت بر سیستم پولی کشور داشت. این نهاد در نظام حقوقی ایران از سال ۱۳۳۹، ۳۵ سال پس از تشکیل اولین بانک در کشور به‌موجب قانون بانکی و پولی مصوب خردادماه همان سال تأسیس شد. در بیان دلایل تأسیس این نهاد، بحث تنظیم و اجرای سیاست پولی و اعتباری براساس سیاست کلی اقتصادی کشور به‌عنوان اصلی‌ترین دلیل بیان شده است.

اهم وظایف بانک مرکزی به‌واسطه قانون بانکی و پولی عبارت‌اند از: انتشار اسکناس و سکه‌های فلزی رایج، نظارت بر بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری، تنظیم مقررات مربوط به معاملات ارزی، تعهد یا تضمین پرداخت‌های ارزی، نظارت بر معاملات ارزی، نظارت و تنظیم مقررات بر معاملات طلا، نظارت و تنظیم مقررات بر صدور و ورود پول رایج ایران. این وظایف نشان از آن دارد که ورود نیافتن مستقیم دولت تا پیش از این، منجر به ایجاد مشکلاتی در نظارت بر چاپ و گردش پول، تأسیس و فعالیت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و همچنین معاملات

---

1. Riksbank

ارز و طلا شده است و اعطای چنین اختیاراتی به بانک مرکزی امکان آن را ایجاد می‌کند تا در مواقع لزوم، با استفاده از ابزارهای پولی، ثبات اقتصادی را حفظ و از نوسانات شدید جلوگیری کند. در نظام حقوق اداری ایران و به‌خصوص بعد از انقلاب اسلامی و تغییرات اساسی نهادهای اداری کشور، شخصیت‌های متعدد اداری ایجاد شده‌اند که این مسئله در کنار ابهام در تعاریف هر کدام منجر به تشتت در شناخت آنها شده است. ماهیت حقوقی نهادهای مختلف از لحاظ چگونگی اداره، ساختار بودجه‌ریزی، نظارت، مدیریت اموال، دامنه اختیارات و تکالیف قانونی و همچنین گستره حاکمیت قوانین بر آنها تأثیرگذار است و به همین دلیل، شناخت صحیح از ماهیت حقوقی یک نهاد در نحوه تعامل آن تأثیر بسیار زیادی دارد.

ماهیت حقوقی بانک مرکزی از جمله مواردی است که از همان ابتدا تصریح نشده و در قوانین موجود دارای ابهام است. اهمیت تعیین ماهیت حقوقی بانک مرکزی از آن جهت است که بیان هر نوع شخصیت حقوقی برای این نهاد مترتب آثار حقوقی بر آن خواهد بود. در زمینه استقلال بانک مرکزی پژوهش‌های متعددی صورت گرفته که مهم‌ترین آن مقاله‌ای است با عنوان «تحلیل حقوقی و اقتصادی استقلال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران»<sup>۱</sup> که به تحلیل استقلال بانک مرکزی و مبانی و آثار مترتب بر آن پرداخته است. افزون بر آن در مقاله‌ای تحت عنوان «بانک مرکزی: شرکت تجاری مستقل یا رکن حاکمیتی (با تأکید بر رأی ۳۰ مارس ۲۰۲۳ دیوان بین‌المللی دادگستری)»<sup>۲</sup> به موضوع حاکمیتی یا غیرحاکمیتی بودن بانک مرکزی پرداخته است. خلاصه پژوهش‌های صورت گرفته آن است که هیچ‌یک مستقلاً ماهیت حقوقی بانک مرکزی را مورد واکاوی و مذاقه حقوقی قرار نداده‌اند.

بنابراین پژوهش حاضر که با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به پردازش اطلاعات جمع‌آوری شده از منابع کتابخانه‌ای و متون حقوقی پرداخته است، به این پرسش پاسخ می‌دهد

۱. السان، مصطفی و زریب نگین تاجی، «تحلیل حقوقی و اقتصادی استقلال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، د ۲۹، ش ۲۱، ۱۴۰۱، صص ۵۰-۸۴.

۲. علیرضا مشهدی زاده و امیرحسین قدرت نماشبه‌ستری، «بانک مرکزی: شرکت تجاری مستقل یا رکن حاکمیتی (با تأکید بر رأی ۳۰ مارس ۲۰۲۳ دیوان بین‌المللی دادگستری)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د ۴۱، ش ۷۳ (بهار)، ۱۴۰۳، صص ۳۱-۴۴.

که «با توجه به نظام حقوقی ایران، ماهیت حقوقی بانک مرکزی چیست؟». بر همین اساس در ادامه دیدگاه‌های مختلف درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱. استقلال بانک مرکزی

همان‌طور که بیان شد، از همان ابتدا ماهیت حقوقی بانک مرکزی در قوانین مربوطه تصریح نشده است و دارای ابهام بوده است؛ به‌طوری‌که این ابهام در تعامل دولت با این نهاد به‌وضوح وجود دارد و این مسئله در بحث استقلال بانک مرکزی نیز بروز پیدا کرده است. استقلال بانک مرکزی دارای دو بعد مختلف استقلال از دولت در عین انجام عملیات بانکداری مرکزی برای دولت و استقلال از شبکه بانکی به‌معنای کنترل تعارض منافع و کیفیت اعمال نظارت و سیاست در بانک‌هاست. در این زمینه دو دیدگاه عمده وجود دارد: دیدگاه اول اعتقادی به استقلال بانک مرکزی ندارد و معتقد است وظیفه بانک مرکزی اجرای سیاست‌های دولت و در همین راستا انتشار اسکناس و کنترل نقدینگی است؛ دیدگاه دوم وظیفه بانک مرکزی را نه پیروی از سیاست‌های تکلیفی دولت، بلکه تنها حفظ ارزش پول ملی می‌داند که نباید تورم را ابزاری در دست سایر متغیرهای کلان مانند تولید و اشتغال کند.<sup>۱</sup>

در ایران بعد از هر بار تغییر روند درجه استقلال بانک مرکزی از بدو تأسیس تاکنون، اقتصاد با جهش تورمی مواجه بوده است. برای مثال، بعد از تصویب قانون پولی بانکی سرعت رشد حجم پول به‌دلیل تبعیت بانک از مقام برنامه و بودجه، چند برابر شده است. در این بین، قوانینی مثل لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها مصوب ۱۳۵۸/۷/۳ ریاست مجمع عمومی بانک‌های دولتی را به وزیر اقتصاد و دارایی واگذار کرده است. با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، سیاستگذاری پولی و ارزی در اختیار دولت قرار می‌گیرد و ضربه مهلک دیگری بر پیکره استقلال بانک مرکزی وارد می‌شود. آغاز برنامه‌های توسعه در سال ۱۳۶۸ و برنامه‌های توسعه مبتنی بر تورم، سومین دورانی است که بانک مرکزی با همراهی دولت، استقلال خود را پایمال نموده است. در سال ۱۳۸۶ به دنبال برنامه چهارم توسعه، افزایش حجم پول روند صعودی جدی به خود گرفت که در

۱. جعفری صمیمی، احمد و کاوه درخشانی درآبی، «استقلال بانک مرکزی در ایران: تحلیل نظری و تجربی»، فصلنامه پژوهش‌های پولی-بانکی، د ۸، ش ۲۴، ۱۳۹۴، ص ۱۸۸.

بحران اقتصادی دهه نود ایران، آثار مشهودی دارد.<sup>۱</sup> بعد از تجربه تلخ اقتصادی در دهه ۱۳۹۰ شمسی و افزایش نرخ ارز و سقوط ارزش پول ملی، یکی از عوامل این اتفاق دخالت دولت در بانک مرکزی و عدم استقلال آن عنوان شد تا در نهایت بتوان استقلال را در قالب یک قانون و در سال ۱۴۰۲ به تصویب برساند.

البته ممکن است مطرح شود با توجه به ساختار بانک مرکزی در مجمع عمومی که رئیس‌جمهور و وزرا از اعضای آن‌اند و همچنین عزل و نصب رئیس کل بانک مرکزی توسط رئیس‌جمهور که به نسبت رابطه‌ای که با سیاست‌های دولت دارد (همسو یا مخالف)، ممکن است به ثبات یا تزلزل این جایگاه بینجامد،<sup>۲</sup> حاکی از وابسته بودن و کنترل دولت بر بانک مرکزی است. اما باید بیان داشت که وابسته دانستن بانک مرکزی به دولت، حتی در امور بانکی، امکان توقیف اموال بانک مرکزی را در قبال بدهی‌های دولت فراهم می‌آورد.<sup>۳</sup> این استدلال قابل خدشه است؛ زیرا در یک تقسیم‌بندی اموال را می‌توان به اموال خصوصی، عمومی و دولتی تقسیم کرد و در تقسیم‌بندی دیگر، اموال به دو دسته خصوصی و عمومی تقسیم می‌شوند که به دلیل تبیین مقصود صرفاً به تعریف اموال دولتی و عمومی پرداخته می‌شود:

الف) اموال عمومی اموالی‌اند که متعلق به عموم اعضای جامعه بوده و به گونه مستقیم در دسترس مردم قرار دارند، ولی بهره‌برداری مردم از آنها تابع نظامات ویژه قانونی و دولتی است.<sup>۴</sup> به تعبیر دیگر، «اموال عمومی اموالی است که برخلاف اموال خصوصی متعلق به منفعت عمومی و شخصیت حقوقی عمومی باشد»<sup>۵</sup> و دولت در راستای مصالح و منافع مردم در این اموال تصرف، و ضوابط استفاده دیگران از این اموال را تعیین می‌کند.

۱. همان منبع، صص ۱۸۲-۱۸۸.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد، حامد نیکونهاد، و حسین آئینه نگینی، «معضل انتخاب رئیس کل بانک مرکزی در نظام حقوق اساسی ایران؛ سرگذشت و چشم‌انداز»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، د ۲، ش ۶، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶.

۳. آقایی، رحمان، ربیعا اسکینی، و نجادعلی الماسی، «بررسی تطبیقی استقلال بانک مرکزی در حقوق ایران و آمریکا»، دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی، د ۶ ش ۲، ۱۳۹۸، ص ۲۵۸.

۴. منصوریان، مصطفی و حسینعلی سعدی، «بازشناسی فقهی - حقوقی مالکیت عمومی از مالکیت دولتی با تأکید بر اصل ۴۴ قانون اساسی»، فصلنامه علمی - پژوهشی حکومت اسلامی، د ۲۲، ش ۳، ص ۱۲۳.

۵. عبداللهی، حسین، «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، د ۲۱، ش ۶۳، ۱۳۹۸، ص ۶۵.

ب) اموال دولتی نیز اموالی‌اند که به‌طور مستقیم در دسترس عموم قرار ندارند و دولت خود به عنوان یک شخصیت حقوقی، دارای حق تولیت است؛ یعنی دولت در اداره این اموال صرفاً با موانع قانونی کمتری مواجه است.<sup>۱</sup> در هر صورت، مصالح عموم را باید در رابطه با این اموال در نظر بگیرد. با نگاهی به اصل چهل و چهارم قانون اساسی مالکیت به خصوصی و تعاونی و دولتی تقسیم شده است.

به تصریح صدر این اصل، بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر و نظایر اینها به‌صورت «مالکیت عمومی» و در اختیار دولت است و به نظر می‌رسد به عنوانی دیگر از مالکیت، یعنی مالکیت عمومی، اشاره شده است. اما با بررسی مشروح مذاکرات مربوط به این اصل که تفکیکی بین اموال دولتی و عمومی قائل نشده است و اصل چهل و پنجم قانون اساسی که با اشاره به انفال و ثروت‌های عمومی و ذکر برخی از مصادیق، آن‌ها را «در اختیار حکومت اسلامی» دانسته است، به نظر می‌آید که اموال یا خصوصی‌اند یا عمومی و اموال دولتی نیز داخل در اموال عمومی است. اموال عمومی هر آنچه مالک خصوصی نداشته باشد، شامل می‌شود و مدیریت آن برعهده دولت است تا براساس مصلحت عمومی به حفظ و اداره آن بپردازد. بنابر توضیحات بالا، در صورت استقلال بانک مرکزی نیز اموال آن در قبال بدهی‌های دولت قابل توقیف است.

همچنین با تدقیق در سیستم غیرمتمرکز دولتی می‌توان عدم تمرکز بانک مرکزی را به‌عنوان عدم تمرکز فنی دانست که یکی از اقسام سیستم عدم تمرکز اداری است و در تعریف عبارت است از: واگذاری اختیار تصمیم‌گیری و استقلال یک سازمان برای اداره برخی امور تخصصی که بتواند به دور از تأثیرات سیاسی یا نفوذ اداری به کار بپردازد و تابع سیاست‌های دولت نباشد. لذا در ساختار سعی می‌شود آن سازمان دارای یک هیئت‌مدیره مستقل و منتخب از درون خود باشد یا حداقل برای مدتی توسط دولت مرکزی انتخاب شود و عمل کند. این قبیل مؤسسات را، که از شخصیت حقوقی و آزادی عمل لازم برخوردارند، در اصطلاح «مؤسسه عمومی» می‌نامند.<sup>۲</sup>

۱. منصوریان، مصطفی و حسینعلی سعدی، منبع پیشین، ص ۱۲۳.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری** (ویراست ۴)، ج ۳، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۹، ص ۷۶.



در قوانین موضوعه تعریفی از مؤسسات عمومی وجود نداشته و صرفاً انواع مؤسسات عمومی مانند مؤسسات دولتی و یا شرکت‌های دولتی تعریف شده‌اند. اما در کل می‌توان گفت که مؤسسات عمومی سازمان‌هایی‌اند که دارای شخصیت حقوقی، و به موجب قانون عهده‌دار یک یا چند امر عمومی‌اند.<sup>۱</sup> گفتنی است، طبق بند «د» قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸، مؤسسات عمومی، سازمان‌ها و نهادهای وابسته به حکومت به معنای عام کلمه شامل تمام ارکان و اجزای آن، که در مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران آمده، تعریف شده است. مؤسسات عمومی اقسام مختلفی دارند، اما قدر متیقن همه مؤسسات دولتی، شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی را شامل می‌شود. بر همین اساس، در ادامه دیدگاه‌های مختلف درخصوص ماهیت حقوقی بانک مرکزی بررسی می‌شود.

## ۲. بانک مرکزی به مثابه مؤسسه دولتی

مطابق ماده (۲) قانون مدیریت خدمات کشوری، مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که برعهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی است انجام می‌دهد. همچنین تعاریف مشابهی با همین مفهوم در ماده (۳) قانون محاسبات عمومی<sup>۲</sup> و بند «ث» ماده (۱) قانون استخدام کشوری<sup>۳</sup> آمده؛ اما جامع‌ترین تعریف در ماده فوق ذکر شده است. فصل سوم قانون بانکی و پولی که اختصاص به بانک مرکزی دارد، از آن به عنوان مؤسسه‌ای مستقل نام برده که با هدف حفظ ارزش پول و تنظیم اعتبارات شکل گرفته است و حق انحصاری انتشار اسکناس و پول فلزی را در اختیار دارد. این ماده بدان معناست که مؤسسه‌ای مستقل از دولت متکفل امر عمومی و دارای انحصار در ارائه خدمات عمومی است که خود به عنوان مؤلفه مهمی به منظور

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری جلد اول شامل مباحث حقوق اداری ۱ و ۲**، چ ۲۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۱۳۴.

۲. مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه‌گانه اداره می‌شود و عنوان وزارتخانه ندارد.

تبصره: نهاد ریاست جمهوری که زیر نظر ریاست جمهوری اداره می‌گردد، از نظر این قانون مؤسسه دولتی شناخته می‌شود.

۳. مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد، و به وسیله دولت اداره می‌شود.

شناخت ماهیت حقوقی این نهاد است. با انطباق این دو ماده بر یکدیگر، بانک مرکزی به واسطه اینکه دارای سازمانی مشخص است که به موجب قانون خاص ایجاد شده و به تصریح قانون مؤسس خود مؤسسه‌ای مستقل است که وظیفه حفظ ارزش پول و تنظیم اعتبارات را که برعهده قوه مجریه است انجام می‌دهد، دارای انطباق کامل با این ماده است. به همین دلیل می‌توان گفت این دو ماده به لحاظ بیان معیارها با یکدیگر تطابق دارند.

بر همین اساس، ممکن است مطرح شود که با توجه به اینکه بند «د» ماده (۱۰) قانون پولی و بانکی کشور نسخ شده است و حکم مشابه در قانون مصوب ۱۴۰۲ بانک مرکزی وجود ندارد، به نظر می‌رسد بانک مرکزی از شمول دستگاه‌های مستلزم ذکر نام خارج شده است و مشمول قوانین عمومی موضوع مؤسسات و شرکت‌های دولتی خواهد شد؛ لیکن وفق ماده (۲۱) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور<sup>۱</sup> و بند «الف» ماده (۵۵) قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران<sup>۲</sup> «مؤسسه دولتی» مستقل است که طبق مصوبات هیئت عالی با توجه به عدم نسخ جزء «۱» بند «الف» ماده (۱۸) قانون پولی و بانکی کشور<sup>۳</sup> اداره خواهد شد.

همچنین با تمرکز بر شعار استقلال بانک مرکزی که تاکنون توسط دولت و به خصوص در قانون جدید بانک مرکزی دنبال شده است، می‌توان گفت این هدف با اعطای برخی از صلاحیت‌های فنی دولت در خصوص حفظ ارزش پول، انتشار پول و اوراق مالی، نظارت بر بانک‌ها و سایر اهدافی که در قانون ذکر شده است و تفویض برخی از اعمال اداری انحصاراً به بانک مرکزی می‌تواند در قالب مؤسسه دولتی تجمیع شود. بدین ترتیب، بانک مرکزی را می‌توان مؤسسه دولتی دانست؛ همچنان که در بند «۱» ماده (۲۸) قانون منسوخ بانکی و پولی کشور مصوب سال ۱۳۳۹ تصریح شده بود.<sup>۴</sup>

۱. اداره امور بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران براساس قانون پولی و بانکی کشور و اصلاحات بعدی آن است.

۲. الف) بانک مرکزی دارای شخصیت حقوقی و مالی مستقل است و با ترتیباتی که در این قانون و در موارد مسکوت در این قانون، در سایر قوانین پیش‌بینی شده، اداره می‌شود.

۳. الف) شورای پول و اعتبار به منظور مطالعه و اتخاذ تصمیم درباره سیاست کلی بانک مرکزی ایران و نظارت بر امور پولی و بانکی کشور عهده‌دار وظایف زیر است:

۱ - رسیدگی و تصویب سازمان و بودجه و مقررات استخدامی و آیین‌نامه‌های داخلی بانک مرکزی ایران.

۴. به منظور حفظ ارزش پول و تنظیم اعتبارات مؤسسه مستقلی به نام بانک مرکزی ایران تشکیل می‌گردد که دارای حق انحصاری انتشار اسکناس و پول فلزی خواهد بود.

اما این پندار صحیح نیست؛ زیرا:

اولاً، به تصریح صدر ماده (۵۵) قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک مرکزی در موارد مسکوت در این قانون، طبق ترتیباتی که در سایر قوانین پیش‌بینی شده، اداره می‌شود. بنابراین، با توجه به تصریح ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری، بانک مرکزی مشمول دستگاه مستلزم ذکر نام است و حکمی در نسخ این ماده بیان نشده است. ثانیاً، اداره شدن تحت مصوبات هیئت عالی بانک مرکزی در حدود اختیارات قانونی است و دلیلی بر تعیین ماهیت حقوقی بانک مرکزی نیست.

ثالثاً، با توجه به ساختار اداره و فعالیت‌های تجاری بانک مرکزی و مستفاد از بند «ج» ماده (۱۰) قانون پولی و بانکی کشور<sup>۱</sup> (نسخه‌شده) که در موارد سکوت از قوانین شرکت‌های سهامی پیروی می‌کند، ماهیت حقوقی مؤسسه دولتی برای بانک مرکزی سازگار نیست؛ زیرا این بانک به لحاظ ساختاری مشابه شرکت سهامی است و در عملیات خود سود شناسایی می‌کند که پس از این به‌طور مفصل به این استدلال پرداخته می‌شود.

### ۳. بانک مرکزی به‌مثابه شرکت دولتی

بانک‌ها در کشور، اعم از دولتی و خصوصی، به‌صورت شرکت‌های سهامی عام اداره می‌شوند و عده‌ای این نگاه را منطبق بر مدیریت بانک مرکزی نیز می‌دانند.<sup>۲</sup> در بند «ج» ماده (۱۰) قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱، بانک مرکزی دارای شخصیت حقوقی مستقل است که در صورت عدم پیش‌بینی شرایطی درخصوص این نهاد در قانون و ایجاد تعارض، قوانین شرکت سهامی بر آن حاکم خواهد بود.<sup>۳</sup> این درحالی است که عملاً قانون شخصیت حقوقی این بانک را تعریف نکرده و صرفاً به‌دلیل حل تعارضات احتمالی، قاعده حل تعارضی وضع کرده است. بااین‌حال، شرکت دولتی نیز از دیگر ساختارهای احتمالی قابل تطبیق بر این نهاد است که به موجب تعریف ماده (۴) قانون محاسبات عمومی «واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون

۱. ج) بانک مرکزی ایران دارای شخصیت حقوقی است و در مواردی که در این قانون پیش‌بینی نشده است، تابع قوانین و مقررات مربوط به شرکت‌های سهامی خواهد بود.

۲. رستمی، ولی و حمید قهوه‌چیان، **حقوق مالی و محاسباتی**، نشر دادگستر، ۱۴۰۱، ص ۲۵۷.

۳. همان منبع، ص ۲۵۸.

به صورت شرکت ایجاد شود و یا به حکم قانون و یا دادگاه صالح ملی شده و یا مصادره شده و به عنوان شرکت دولتی شناخته شده باشد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد» که یک تعریف مبهم و کلی است. افزون بر این تعریف، در ماده (۴) قانون مدیریت خدمات کشوری نیز شرکت دولتی عبارت است از: «بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری جزء وظایف دولت محسوب می‌گردد، ایجاد و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه و سهام آن متعلق به دولت می‌باشد. هر شرکت تجاری که از طریق سرمایه گذاری وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی منفرداً یا مشترکاً ایجاد شده مادام که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آنها منفرداً یا مشترکاً متعلق به واحدهای سازمانی فوق‌الذکر باشد شرکت دولتی است.»

به منظور بررسی و انطباق این تعریف با ساختار بانک مرکزی، باید رجوعی به قانون تجارت به عنوان قانون عام حوزه شرکت‌های تجاری داشت. با توجه به اینکه این قانون تعریفی از شرکت تجاری ارائه نداده است و همچنین به دلیل عدم ارائه تعریف دقیق قانون مدنی از شرکت نیز در این بحث نمی‌توان به قانون مدنی تمسک جست. به همین دلیل، برای روشن شدن ماهیت شرکت‌های تجاری ناگزیر از ویژگی‌های عمومی شرکت‌ها به وجه تمایز آنها و معیاری برای سنجش تطبیق تعریف شرکت بر بانک مرکزی خواهیم رسید. در واقع این شرکت‌ها تابع یک سری تشریفات و مقررات قانونی‌اند که از سوی قانونگذار برای آنها وضع شده است؛ به عبارت دیگر، هدایت و خطامشی این گونه شرکت‌ها توسط مقنن ترسیم شده است و سهام‌داران باید در چهارچوب این خطامشی و تشریفات تعیین شده عملیات شرکت را به عهده گیرند؛ به نحوی که رعایت نکردن این گونه مقررات و تشریفات قانونی گاهی ممکن است به بطلان شرکت، یا بطلان عملیات و تصمیمات آن منجر شود.<sup>۱</sup> مستفاد از مفاد قانون تجارت، ارکان یک شرکت اعم از مجمع عمومی، هیئت مدیره، مدیرعامل یا هیئت عامل و بازرسان است. به موجب قانون بانک مرکزی، ارکان این بانک عبارت‌اند از مجمع عمومی، هیئت عالی، هیئت عامل، هیئت نظار و

۱. سید احمدی سجادی، سید علی، «مقایسه شرکت مدنی و شرکت تجاری در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، د ۴، ش ۱، ۱۳۷۸، ص ۱۴۱.

شورای فقهی که این ارکان شامل ارکان ضروری شرکت‌ها می‌شود و آن را نه به‌طور انطباقی، بلکه به‌لحاظ شباهت به ساختار یک شرکت سهامی تشبیه کرد.

همچنین در تعامل دستگاه قضا با این نهاد، بانک مرکزی موظف به پرداخت هزینه دادرسی است. در نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه به شماره ۴۲۴۸/۷ مورخ ۱۳۷۶/۰۷/۱۰ چنین آمده است: «با توجه به بندهای «ج» و «د» ماده (۱۰) قانون تشکیلات بانک مرکزی و نظر به اینکه عملکرد بانک مذکور عموماً تابع قوانین و مقررات مربوطه به شرکت‌های سهامی است و جز در موارد مصرحه قانونی مشمول قواعد و مقررات عمومی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی نیست و قانونی مستقل هم برای معافیت بانک مرکزی تصویب نشده است؛ لذا بانک مرکزی ایران از پرداخت هزینه دادرسی معاف نمی‌باشد». این نظریه که در استدلال عدم معافیت از پرداخت بانک مرکزی از حق دادرسی بیان شده است، خود دلیلی بر حاکمیت شرایط شرکت دولتی بر این بانک است.

#### ۴. بانک مرکزی به مثابه مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت

مؤسسات عمومی از منظر هدف به انتفاعی و غیرانتفاعی تقسیم می‌شوند و هدف از تشکیل مؤسسات عمومی انتفاعی کسب سود است. نمونه بارز آنها بانک‌ها هستند.<sup>۱</sup> مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت عنوانی است که در قوانین بودجه سنواتی بیان شده است. برای مثال، در بند «ب» ماده واحده قانون بودجه کل کشور سال ۱۴۰۳، میزان بودجه شرکت‌های دولتی، بانک‌ها و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت را به‌عنوان یکی از دو جزء بودجه سالانه کل کشور ذکر نموده و سپس در در جزء «۱» بند «خ» تبصره «۳»، شرکت‌های دولتی، بانک‌ها و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت مندرج در پیوست شماره (۳) این قانون شامل «شرکت‌ها و مؤسسات دولتی که شمول قوانین و مقررات عمومی بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است نظیر شرکت ملی نفت ایران، شرکت ملی گاز ایران، شرکت ملی صنایع پتروشیمی ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران، سازمان بنادر و دریانوردی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و شرکت‌های تابعه آنها و مؤسسات و نهادهای عمومی

۱. رستمی، ولی و حمید قهوه‌چیان، منبع پیشین، ص ۲۵۰.

غیردولتی و دانشگاه آزاد اسلامی» را مکلف نموده است که از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون هر سه ماه یک بار نسبت به ثبت و به‌روزرسانی اطلاعات خود و شرکت‌ها و مؤسسات تابعه و وابسته در سامانه یکپارچه اطلاعات شرکت‌های دولتی و نهادهای عمومی غیردولتی مستقر در وزارت امور اقتصادی و دارایی اقدام کنند. در پیوست شماره (۳) این قانون در ذیل عنوان بودجه مؤسسات عمومی وابسته به دولت، صرفاً اسامی «سازمان صنایع دفاع» و «سازمان بنادر و دریانوردی» ذکر شده است و لذا در حال حاضر عنوان سازمانی مذکور منحصر به دو سازمان یادشده است و شامل بانک مرکزی نیست.

با توجه به حکم ماده (۱۳۰) قانون محاسبات عمومی کشور که بیان می‌دارد: «از تاریخ تصویب این قانون ایجاد یا تشکیل سازمان دولتی با توجه به مواد (۲) و (۳) و (۴) این قانون منحصرأ به صورت وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی مجاز خواهد بود. کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به‌صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد و اداره می‌شوند، مکلف‌اند حداکثر ظرف مدت یک سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق تطبیق دهند، و الاً با انقضای این فرصت مؤسسه دولتی محسوب و تابع مقررات این قانون در مورد مؤسسات دولتی خواهند بود.» بنابراین بانک مرکزی صرفاً می‌تواند در قالب شرکت دولتی یا مؤسسه دولتی باشد. با توجه به اینکه در بندهای مذکور در قانون بودجه، تصریح شرکت دولتی در کنار مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت می‌تواند قرینه‌ای لفظی از تمایل قانونگذار بر جایگزینی شرکت دولتی به‌جای مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت است و این خود می‌تواند استدلالی در جهت تمایل شمول بانک مرکزی به شرکت دولتی باشد. به‌ویژه آنکه مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت طبق جدول شماره ۳ قانون یادشده صرفاً شامل «سازمان صنایع دفاع» و «سازمان بنادر و دریانوردی» است.

در نقد این دیدگاه، که بانک مرکزی را مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت تلقی می‌کند، بیان می‌شود فعالیت‌های بانک مرکزی به دو دسته فعالیت‌های حاکمیتی مانند سیاستگذاری اقتصادی و کنترل تورم، حفظ ارزش پول ملی، انتشار پول و اوراق مالی، نظارت بر بانک‌ها و نظیر آن و فعالیت‌های تجاری مانند عملیات‌های بانکی، سرمایه‌گذاری و خرید و فروش ارز و طلا و ...

تقسیم می‌شود. به استناد ماده (۴) قانون مدیریت و خدمات کشوری، فعالیت‌های تصدی و تجاری دولت در قالب شرکت‌های دولتی انجام می‌پذیرد؛ بنابراین ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به شرکت دولتی نزدیک‌تر است.

با بررسی «سامانه جامع پایگاه اطلاعات اشخاص حقوقی کشور»<sup>۱</sup> که به استناد جزء (۲) بند «خ» تبصره «۳» قانون بودجه کل کشور سال ۱۴۰۳، تمام شرکت‌های دولتی و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت شامل شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، که شمول قوانین و مقررات عمومی بر آنها مستلزم ذکر یا تصریح نام است، مکلف‌اند تا پایان شهریور سال ۱۴۰۳ ضمن ثبت شرکت در اداره کل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری، در صورت نداشتن شناسه ملی صادرشده ازسوی مرجع مزبور نسبت به اخذ آن از همان مرجع اقدام نمایند. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به شناسه ملی ۱۴۰۲۲۰۷۹۸۵ با شخصیت حقوقی تحت عنوان «نهاد» ثبت شده است. در صورتی‌که در سامانه ثبت شرکت‌ها، «شرکت دولتی» شخصیت حقوقی است که تعریف شده و امکان انتخاب این شخصیت حقوقی نیز وجود دارد؛ بنابراین شرکت دولتی دانستن بانک مرکزی نیز مورد تردید است.

تردید در ماهیت حقوقی مؤسسات عمومی مسئله‌ای است که نه صرفاً درباره بانک مرکزی، بلکه درباره نهادهای دیگری مانند صندوق توسعه ملی، صندوق کارآفرینی امید، صندوق نوآوری و شکوفایی و... نیز وجود دارد و به نظر می‌رسد قانونگذار با بیان عناوین متعدد خود دچار سردرگمی در دسته‌بندی شخصیت حقوقی و آثار مترتب بر آنهاست. در تشخیص ماهیت حقوقی مؤسسات عمومی به دنبال تطبیق آن مؤسسه عمومی با تعاریف قانونی‌اند، در صورتی‌که تطبیق نداشتن ماهیت‌های حقوقی مؤسسات عمومی با عناوین قانونی تعیین‌شده الزاماً نکته‌ای منفی نیست؛ زیرا تأسیس هر نهادی براساس نیازهای واقعی دولتهاست و حقوق به‌خصوص در باب حکمرانی باید از انعطافی برخوردار باشد تا براساس فلسفه تأسیس یکی از مؤسسات عمومی، بتوان احکامی را برای آنها وضع نمود یا آنها را از احکامی مستثنا کرد. بنابراین بیان آنکه مؤسسه عمومی صرفاً در قالب یکی از ماهیت‌های حقوقی مصرح در قانون مدیریت خدمات کشوری یا قانون محاسبات عمومی کشور قرار می‌گیرد، سبب می‌شود مشمول احکامی شوند که به

1. <https://ilenc.ssaa.ir>

تشخیص قانونگذار با فلسفه تأسیس و کارویژه‌های آن در تضاد و تعارض باشد. همان‌طور که به نظر می‌رسد، اراده قانونگذار با جعل عنوان «دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است» به دنبال این هدف بوده است.<sup>۱</sup>

### ۵. بانک مرکزی به مثابه مؤسسه عمومی غیردولتی

این نظر فاقد پشتوانه است و تاکنون بانک مرکزی در هیچ سند رسمی اعم از تقنینی و قضایی با این عنوان نام برده نشده است. اساساً مؤسسه عمومی غیردولتی مطابق ماده (۳) قانون مدیریت خدمات عمومی کشوری<sup>۲</sup> مستقل از بودجه دولت یا با حداقل استفاده از بودجه دولتی (کمتر از ۵۰٪) اداره شود یا اینکه نام آن نهاد در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و اصلاحات و الحاقات بعدی آن ذکر شده باشد یا اگر نامشان در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی ذکر نشده، در قانون تأسیس یا اساسنامه مؤسسه مذکور به صراحت ذکر شده باشد که آن نوعی مؤسسه عمومی غیردولتی است.<sup>۳</sup> با چنین تعریفی از نهاد عمومی غیردولتی، نمی‌توان بانک مرکزی را در این دسته‌بندی قرار داد و با توجه به نبود سابقه، استدلالی نیز درخصوص وارد دانستن بانک مرکزی در نهادهای عمومی غیردولتی وجود ندارد.

جدول ۱. جدول تفکیکی نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

| نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران |                                                                                                             |                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ماهیت حقوقی                                             | موافق                                                                                                       | مخالف                                                                                                   |
| مؤسسه دولتی                                             | ۱- فصل سوم قانون بانکی و پولی از بانک مرکزی به عنوان مؤسسه‌ای مستقل نام برده که با هدف حفظ ارزش پول و تنظیم | ۱- صرف وجود انحصار در برخی از صلاحیت‌های بانک مرکزی اگرچه می‌تواند مؤیدی برای ماهیت حقوقی آن باشد، دلیل |

۱.برزگر خسروی، محمد و علی محمد فلاح زاده، «نظام حقوقی حاکم بر اشخاص مستلزم ذکر و یا تصریح نام از حیث شمول قوانین عمومی»، نشریه حقوق اداری، دوره ۸، شماره ۲۷، ۱۴۰۰، ص ۲۶.

۲. ماده (۳): مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی: واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.

۳. قراخانو، مهتاب، «تعریف و محدوده نهادهای عمومی غیردولتی»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دوره ۳۱، شماره ۷، ۱۴۰۲، شماره مسلسل ۱۹۳۴۳، صص ۷ و ۸.



| نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|---------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ماهیت حقوقی                                             | موافق                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | مخالف                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|                                                         | <p>اعتبارات شکل گرفته است و حق انحصاری انتشار اسکناس و پول فلزی را در اختیار دارد.</p> <p>۲- وفق ماده (۲۱) قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و بند «الف» ماده (۵۵) قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، بانک مرکزی مؤسسه دولتی مستقل است که طبق مصوبات هیئت عالی اداره خواهد شد.</p> <p>۳- با اعطای برخی از صلاحیت‌های فنی دولت درخصوص حفظ ارزش پول، انتشار پول و اوراق مالی، نظارت بر بانک‌ها و سایر اهدافی که در قانون ذکر شده است و تفویض برخی از اعمال اداری انحصاراً به بانک مرکزی می‌تواند در قالب مؤسسه دولتی تجمیع شود.</p> <p>۴- بانک مرکزی پیش از آنکه اهدافی مانند درآمدزایی و بیشینه کردن سود را دنبال نماید، باید به‌عنوان تنظیم‌گر بخش پولی کشور عمل کند و بر عملکرد بانک‌ها نظارت داشته باشد. چنین نهادی که هدف تنظیم‌گری دارد، باید به‌صورت مؤسسه یا سازمان اداره شود.</p> <p>۵- در دولت و سایر مؤسسات دولتی درآمد اختصاصی در نظر گرفته شده و برای هزینه‌کرد و تبادلات مالی آنها انعطاف ایجاد شده است و انعطاف نمی‌تواند دلیلی برای اداره بانک به‌صورت شرکتی باشد.</p> <p>۶- قرار دادن بانک مرکزی در کنار سایر</p> | <p>کافی نیست. این درحالی است که برخی از شرکت‌های مهم دولتی نظیر شرکت ملی نفت و امثال آن دارای انحصار در برخی از صلاحیت‌های خود هستند.</p> <p>۲- با توجه به تصریح ماده (۵) قانون مدیریت خدمات کشوری، بانک مرکزی مشمول دستگاه مستلزم ذکر نام است و حکمی در نسخ این ماده بیان نشده است. فلذا نمی‌توان در موارد مسکوت به قوانین عام اداری متوسل شد، پس ماده (۵۵) قانون بانک مرکزی نمی‌تواند موارد مسکوت را به قوانین عام ارجاع دهد. همچنین اداره شدن تحت مصوبات هیئت عالی بانک مرکزی در حدود اختیارات قانونی است و دلیلی بر تعیین ماهیت حقوقی بانک مرکزی نیست.</p> <p>۳- بانک مرکزی پیش از دستور قانون بانک مرکزی، مطابق ماده (۱۰) قانون پولی و بانکی در موارد سکوت از قوانین شرکت‌های سهامی پیروی می‌کند، ماهیت حقوقی مؤسسه دولتی برای بانک مرکزی سازگار نیست؛ زیرا این بانک به‌لحاظ ساختاری مشابه شرکت سهامی است و در عملیات خود سود شناسایی می‌کند.</p> <p>۴- بانک مرکزی دومین شرکت با خالص سودآوری در سال است و این واقعیتی غیرقابل انکار است و نمی‌توان فعالیت تصدی‌گرایانه آن را نادیده گرفت.</p> <p>۵- بحث درآمد اختصاصی به‌عنوان یک</p> |

| نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ماهیت حقوقی                                             | موافق                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | مخالف                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|                                                         | <p>شرکت‌های دولتی مانند شرکت ملی نفت یا شرکت سهامی تولید آلومینای ایران که مأموریت و ماهیت متفاوتی دارند و اساساً با قصد تصدی‌گری تأسیس شده‌اند، نمی‌تواند درست باشد.</p> <p>۷- در شرایطی که ارکان بانک مرکزی متشکل از رئیس‌جمهور و وزرا هستند، دلیل استقلال این نهاد از دولت نمی‌تواند عامل شرکتی بودن آن باشد.</p> | <p>استثنا در قانون است و نه یک روبه؛ پس محوری کردن آن در بانک مرکزی مصداق تخصیص اکثر و خروج موضوعی از استثناست و این یعنی برای آنکه بانک مرکزی را از انعطاف مالی شرکت خارج کنیم، هدف از استثنا را در قانون تغییر دهیم که تالی فاسد این مسئله بیشتر است.</p> <p>۶- هرکدام از شرکت‌های دولتی خود دارای وظایف حاکمیتی و انحصار در برخی خدمات و دارای برخی صلاحیت‌ها هستند و میزان آن از اختیارات و انحصار بانک مرکزی متفاوت است، اما وجود دارد و نمی‌توان میزان صلاحیت انحصاری را ملاک تغییر ماهیت دانست.</p> <p>۷- استقلال بانک مرکزی از دولت منافاتی با حضور رئیس‌جمهور و وزیر اقتصاد در هیئت‌مدیره آن ندارد و حضور ایشان نیز دلیلی بر تغییر ماهیت بانک مرکزی نمی‌شود، بلکه خود دلیل دیگری بر این است که در قالب شرکت دولتی می‌توان مسیر استقلال بانک مرکزی را به سرعت بیشتری طی کرد و در صورت تبدیل آن به مؤسسه دولتی، نفوذ دولت به‌صورت مستقیم بر بانک مرکزی اعمال می‌شود؛ در صورتی که اکنون هیئت‌مدیره بانک مرکزی خود یک مرحله برای کاهش فشار بر رئیس بانک مرکزی است.</p> <p>۸- مؤسسات به‌جز در موارد خاص مانند</p> |

| نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ماهیت حقوقی                                             | موافق                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | مخالف                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | مؤسسات آموزش عالی، از منظر اداری، استخدامی، سرمایه و بهره‌مندی از بودجه عمومی، وابستگی کامل به دولت دارند؛ این درحالی است که بانک مرکزی در این امور، تا حدودی دارای استقلال است.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| شرکت دولتی                                              | <p>۱- ارکان یک شرکت اعم از مجمع عمومی، هیئت‌مدیره، مدیرعامل یا هیئت عامل و بازرسان است که با ساختار ترسیم شده در قانون بانک مرکزی، یعنی مجمع عمومی، هیئت‌عالی، هیئت عامل، هیئت نظار و شورای فقهی شباهت دارد.</p> <p>۲- در تعامل دستگاه قضا با این نهاد، بانک مرکزی موظف به پرداخت هزینه دادرسی است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه استدلال می‌کند با توجه به بندهای «ج» و «د» ماده (۱۰) قانون تشکیلات بانک مرکزی و نظر به اینکه عملکرد بانک مذکور عموماً تابع قوانین و مقررات مربوطه به شرکت‌های سهامی است و جز در موارد مصرحه قانونی مشمول قواعد و مقررات عمومی وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی نیست و قانونی مستقل هم برای معافیت بانک مرکزی تصویب نشده است، لذا بانک مرکزی ایران از پرداخت هزینه دادرسی معاف نیست.</p> <p>۳- بانک مرکزی هم در جذب نیروی انسانی، هم در انجام عملیات اداری و هم در پرداخت حقوق مانند سایر شرکت‌های دولتی تابع مصوبات ارکان خود شامل مجمع</p> | <p>۱- تطبیق ارکان بانک مرکزی بر ارکان شرکت تجاری کاملاً یکسان نیست؛ هرچند تشابهاتی دارد و همچنین نمی‌توان هیئت عامل را کاملاً شبیه هیئت عامل یک شرکت دانست؛ زیرا حوزه اختیارات رئیس بانک مرکزی در قبال این بانک با یک مدیرعامل در حیطه شرکت خود متفاوت است و هرچند از لحاظ لفظی شبیه‌اند، از نظر عملکردی و در واقعیت تفاوت دارند.</p> <p>۲- هدف اصلی از تأسیس بانک مرکزی بحث نظارت بر بانک‌ها و انحصار چاپ اسکناس و ضرب سکه و اعمال مرتبط با حاکمیت پول، ارز و طلاست ولی تصدی‌گری از اهداف اصلی بانک نیست.</p> <p>۳- نظر به هدف بانک مرکزی، در قوانین موجد و تعیین‌کننده وظایف و اختیارات بانک مرکزی امتیازات حاکمیتی نیز برای آن در نظر گرفته شده است که می‌تواند موجب ایجاد حق و تکلیف برای شهروندان گردد. همچنین اتخاذ تصمیمات موردی معاملات ارزی، معاملات طلا، اعطای وام به دولت از جمله این تصمیمات است که از جمله صلاحیت‌های ارائه خدمات عمومی است.</p> |

| نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ماهیت حقوقی                                             | موافق                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | مخالف                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|                                                         | <p>عمومی و هیئت‌مدیره خواهد بود.</p> <p>۴- مطابق بند «ب» ماده (۵۶) قانون بانک مرکزی، این بانک موظف است سالانه پنجاه درصد (۵۰٪) سود خالص خود را قبل از پرداخت مالیات به حساب اندوخته قانونی واریز کند. بانک مرکزی مکلف به پرداخت سود به دولت طبق سازوکار مندرج در این بند است که از خصایص شرکت‌های دولتی است.</p> <p>۵- هر سه سال یک بار پنجاه درصد (۵۰٪) موجودی حساب اندوخته قانونی باید صرف افزایش سرمایه بانک مرکزی شود. این یعنی علاوه بر پرداخت سود، تشریفات افزایش سرمایه را نیز دارد.</p> <p>۶- در ترصیح بند «ب» ماده (۵۶) قانون مذکور، بانک مرکزی مکلف به پرداخت مالیات است و این موضوع خلاف بحث درآمد اختصاصی است.</p> <p>۷- به استناد ماده (۴) قانون مدیریت و خدمات کشوری، فعالیت‌های تصدی و تجاری دولت در قالب شرکت‌های دولتی انجام می‌پذیرد، بنابراین ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به شرکت دولتی نزدیک‌تر است.</p> | <p>همچنین امکان انعقاد قرارداد اداری با نقض اصول کلی حاکم بر قراردادها در راستای سپردن اجرای یک خدمت به شخص طرف قرارداد از دیگر امتیازات در نظر گرفته شده برای بانک مرکزی است. برخی دیگر از امتیازات حاکمیتی در نظر گرفته شده مانند امکان اعمال تملکات قهری و سلب مالکیت خصوصی که در قانون لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ با ذکر دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است، بانک مرکزی را نیز دربرمی‌گیرد. سلب مسئولیت مدنی در اعمال حاکمیت که در ماده (۱۱) قانون مسئولیت مدنی به آن اشاره شده، با هدف تحقق این مسئله برای دستگاه‌های تأمین‌کننده نفع عمومی است، با ارائه تفسیر موسع از واژه «دولت»، بانک مرکزی را نیز دربرمی‌گیرد.<sup>۱</sup></p> <p>۴- پس از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی (۱۳۸۴) و تصویب قانون آن در (۱۳۸۷) و تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) که حدود فعالیت شرکت دولتی را صرفاً امور تصدی‌گرایانه می‌داند و شرکت‌های دارای اختیارات حاکمیتی را ملزم به واگذاری این اقتدارات</p> |

۱. افشاری، فاطمه و سجاد افشار، «آسیب‌شناسی نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیمات بانک مرکزی از منظر صلاحیت مرجع قضایی»، اولین همایش ملی حقوق بانکی، ۱۴۰۴، ص ۱۰.

| نظرات درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ماهیت حقوقی                                             | موافق                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | مخالف                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|                                                         | طی بازه زمانی مشخص می‌نماید.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت                            | ۱- در جزء «۱» بند «خ» تبصره «۳» بند «ب» ماده‌واحد قانون بودجه کل کشور سال ۱۴۰۳، نام بانک مرکزی به‌عنوان مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت ذکر شده است.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | ۱- با توجه به حکم ماده (۱۳۰) قانون محاسبات عمومی کشور دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند مکلف‌اند وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی مصرح در قانون (وزارتخانه، مؤسسه دولتی و شرکت دولتی) تطبیق دهند والا با انتضای این فرصت، مؤسسه دولتی محسوب و تابع مقررات این قانون در مورد مؤسسات دولتی خواهند بود.<br>۲- در پیوست شماره (۳) قانون بودجه سال ۱۴۰۳، در ذیل عنوان بودجه مؤسسات عمومی وابسته به دولت، صرفاً اسامی «سازمان صنایع دفاع» و «سازمان بنادر و دریانوردی» ذکر شده است؛ لذا درحال حاضر عنوان سازمانی مذکور منحصر به دو سازمان یادشده است و شامل بانک مرکزی نیست. |
| نهاد عمومی غیردولتی                                     | اساساً مؤسسه عمومی غیردولتی مطابق ماده (۳) قانون مدیریت خدمات عمومی کشوری مستقل از بودجه دولت و یا با حداقل استفاده از بودجه دولتی (کمتر از ۵۰٪) اداره شود و یا اینکه نام آن نهاد در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و اصلاحات و الحاقات بعدی آن ذکر شده باشد یا اگر نامشان در قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی ذکر نشده، در قانون تأسیس یا اساسنامه مؤسسه مذکور به‌صراحت ذکر شده باشد که آن نوعی مؤسسه عمومی غیردولتی است. با چنین تعریفی از نهاد عمومی غیردولتی، نمی‌توان بانک مرکزی را در این دسته‌بندی قرار داد و با توجه به نبود سابقه، استدلالی نیز درخصوص وارد دانستن بانک مرکزی در نهادهای عمومی غیردولتی وجود ندارد. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

## ۶. نظر مختار درباره ماهیت حقوقی بانک مرکزی

با توجه به موارد مطروحه، شخصیت حقوقی بانک مرکزی میان مؤسسه دولتی و شرکت دولتی در ابهام است و استدلال‌هایی در اینکه این نهاد مؤسسه است یا شرکت مطرح شده و با توجه به اینکه قانونگذار عمداً این مسئله را مبهم گذاشته است، نمی‌توان از تصریح قوانین موجود به یک نتیجه واحد رسید. از این‌رو به بررسی هر کدام از این شخصیت‌های حقوقی پرداخته می‌شود تا در نهایت حالت مطلوب به لحاظ قوانین و مقررات موجود و همچنین به لحاظ اجرایی را معرفی شود.

تفاوت شرکت دولتی با مؤسسه دولتی در چهار رکن است که عبارت‌اند از: تشکیلات و ارکان آن، امور استخدامی، بودجه و دارایی‌ها که در منابع حقوقی از این موارد به‌عنوان معیار و وجوه افتراق این دو شخص حقوق اداری یاد شده است.<sup>۱</sup> منظور از تفاوت در تشکیلات و ارکان، نحوه اداره آن است که مؤسسات دولتی به شکل اداره و مستقل از دولت اداره می‌شوند؛ اما شرکت‌های دولتی دارای ارکان شرکت‌های سهامی بوده و مطابق آن اداره می‌شوند. هرچند دولت در انتخاب ارکان این نهادها تا حد زیادی نفوذ دارد، استقلال اداری هر دو فرض گرفته می‌شود.

همچنین منظور از تفاوت در امور استخدامی به‌لحاظ قوانین حاکم بر استخدام و به‌کارگیری نیرو است که شرکت‌ها در اصل باید تابع مقررات استخدامی و اساسنامه خود باشند؛ هرچند این امر متوقف شده و قوانین استخدامی عام بر آن تا حد زیادی حاکم شده است، به‌نسبت مؤسسات دولتی این آزادی عمل در شرکت‌ها بیشتر است. این مسئله در حوزه بودجه نیز رایج است؛ به‌طوری‌که بودجه شرکت‌های دولتی از بودجه عمومی کشور جدا، و شیوه نظارت بر آن نیز متفاوت از بودجه عمومی است. همچنین درخصوص دارایی‌های شرکت‌ها نیز تبعیت از اساسنامه داخلی مورد توجه است و در مؤسسات این مسئله تابع قوانین اداری است؛ هرچند این مسئله هم با سایه سنگین قوانین دولتی بر شرکت‌ها مواجه شده است.<sup>۲</sup>

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، منبع پیشین، صص ۱۳۴-۱۳۶.

۲. ساجدی، ولی، «قوانین و مقررات حاکم بر مؤسسات و شرکت‌های دولتی»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره پیاپی ۱۳، ۱۳۸۷، ص ۱۳۳.

در رویه عملی و آنچه اکنون در نظام بانک مرکزی وجود دارد و اطلاق این نهاد به نهاد مستلزم ذکر نام در قوانین ناظر به تأکید دولت در استقلال آن از حیث مقررات موضوعه حاکم بر این نهاد است. بانک مرکزی هم در جذب نیروی انسانی، هم در انجام عملیات اداری و هم در پرداخت حقوق، که از وجوه افتراق بیان شده است، مانند سایر شرکت‌های دولتی تابع مصوبات ارکان بانک مرکزی شامل مجمع عمومی و هیئت‌مدیره خواهد بود. به همین منظور و آنچه از استدلال‌های گذشته می‌توان نتیجه گرفت و با بررسی وجوه افتراق شرکت دولتی از مؤسسه دولتی، می‌توان گفت که علی‌رغم ابهام در مقررات، که بیشتر به دلیل اهمیت استقلال بانک مرکزی از حیث سیاسی و اداری است و منجر به تصدی‌گری در برخی از خدمات انحصاری دولتی و درآمدزایی شده، شباهت این نهاد با شرکت‌های دولتی در رویه تعامل دولت با این بانک و سایر بانک‌های دولتی و در مقررات و رویه قضایی مشهود است.

همچنین شرکت بودن بانک مرکزی در هزینه‌کرد و عملیات مالی دست بانک مرکزی را باز می‌کند و این امکان را برای آن فراهم می‌کند که بتواند حساب مستقل از خزانه و حتی چندین حساب مجزا داشته باشد و با افزایش سرعت در روند اداری- مالی خود، دیگر معطل بودجه‌ریزی متمرکز و تخصیص وجوه از خزانه کشور نشود. باوجود این امتیاز، شرکت بودن بانک مرکزی ایراد الزام آن نهاد به پرداخت مالیات بر درآمد را دارد که در شرایط کنونی و سودسازی بیش از ۴۰۰۰ هزار میلیارد ریالی در سال ۱۴۰۲ مبلغ هنگفتی می‌شود.<sup>۱</sup> البته پرداخت مالیات از این رقم نمی‌تواند چندان معنا داشته باشد؛ چراکه بانک مرکزی نهادی تنظیم‌گر است و هدف درآمدزایی را دنبال نمی‌کند و در مجموع نیز، اداره شرکتی بانک مرکزی با مأموریت‌ها و جایگاه حاکمیتی آن در تناقض است. فلذا سازوکار خاصی برای کاهش میزان مالیات بانک مرکزی در بند «ب» ماده (۵۶) قانون بانک مرکزی پیش‌بینی شده است و طبق این بند، بانک مرکزی موظف است سالانه پنجاه درصد (۵۰٪) سود خالص قبل از مالیات خود را به حساب اندوخته قانونی منظور کند.

به گفته برخی، به‌هیچ‌وجه بانک مرکزی ماهیت شرکتی ندارد و بیش از آنکه اهدافی مانند درآمدزایی و پیشینه کردن سود را دنبال نماید، باید به‌عنوان تنظیم‌گر بخش پولی کشور عمل کند و بر عملکرد بانک‌ها نظارت داشته باشد. چنین نهادی که هدف تنظیم‌گری دارد، باید به‌صورت

۱. خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران: <https://irna.ir/xjSThz>

مؤسسه یا سازمان اداره شود. همچنین در شرایط کنونی، که ارکان بانک از رئیس‌جمهور و وزرا تشکیل شده‌اند، دلیل استقلال نمی‌تواند عامل شرکیتی بودن آن باشد. در استدلال انعطاف تبادلات مالی با توجه به آنکه در دولت و سایر مؤسسات دولتی درآمد اختصاصی در نظر گرفته شده و برای هزینه‌کرد و تبادلات مالی آنها انعطاف ایجاد شده است، پس این موضوع نیز مانعی برای فعالیت بانک مرکزی در قالب سازمان دولتی و حاکمیتی نیست. قرار گرفتن بانک مرکزی در کنار سایر شرکت‌های دولتی مانند شرکت ملی نفت یا شرکت سهامی تولید آلومینیوم ایران، که مأموریت و ماهیت متفاوتی دارند، نمی‌تواند درست باشد.<sup>۱</sup>

در پاسخ به ایرادات مطروحه می‌توان به‌طور کلی این مسئله را بیان کرد که علم حقوق، علم مطالعه شرایط ایدئال نیست؛ بلکه در واقعیت موجود سیر می‌کند و مبتنی بر آنچه موجود است حکم می‌کند؛ لذا ایجاد یک فضای انتزاعی از حالت مطلوب فرضی بانک مرکزی نمی‌تواند مبنای مناسبی برای حکم کردن در خصوص آن باشد. به‌طور جزئی و در پاسخ به استدلال‌ات مطروحه می‌توان اشعار داشت که اکنون بانک مرکزی دومین شرکت با خالص سودآوری در سال است و این واقعیتی غیرقابل انکار است و نمی‌توان فعالیت تصدی‌گرایانه آن را نادیده گرفت. همچنین با الزام وزارتخانه‌های دولتی به انتقال حساب‌های خود به خزانه مرکزی و ذیل بانک مرکزی، عملاً فعالیت نظارتی و تصدی‌گری بانک با یکدیگر آمیخته شده است و قابلیت تفکیک از هم را به سادگی ندارد. استقلال بانک مرکزی از دولت منافاتی با حضور رئیس‌جمهور و وزیر اقتصاد در هیئت‌مدیره آن ندارد و حضور ایشان نیز دلیلی بر تغییر ماهیت بانک مرکزی نمی‌شود، بلکه خود دلیل دیگری بر این است که در قالب شرکت دولتی می‌توان مسیر استقلال بانک مرکزی را به سرعت بیشتری طی کرد و در صورت تبدیل آن به مؤسسه دولتی، نفوذ دولت به‌صورت مستقیم بر بانک مرکزی اعمال می‌شود؛ در صورتی که اکنون هیئت‌مدیره بانک مرکزی خود یک مرحله برای کاهش فشار بر رئیس بانک مرکزی است. درخصوص تبادلات مالی، بحث درآمد اختصاصی به‌عنوان یک استثناست نه رویه، و محوری کردن آن در بانک مرکزی مصداق تخصیص اکثر و خروج موضوعی از استثناست و این یعنی برای آنکه بانک مرکزی از انعطاف مالی شرکت خارج

۱. بقایی، سید بهزاد، «چرا بانک مرکزی در قالب شرکت دولتی اداره می‌شود؟» سایت مسیر اقتصاد، (آخرین ویرایش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۹). آدرس اینترنتی: <https://B2n.ir/zd2081>



شود، هدف از استثنا را در قانون باید تغییر داد که تالی فاسد این مسئله بیشتر است. در نهایت درخصوص استدلال عدم امکان قرارگیری بانک مرکزی در کنار سایر شرکت‌های دولتی، به نظر می‌رسد این مسئله خطای نویسندگان است؛ زیرا هرکدام از این شرکت‌های دولتی خود وظایف حاکمیتی و انحصار در برخی خدمات و برخی اختیارات و امتیازاتی دارند که میزان آن از اختیارات و انحصار بانک مرکزی متفاوت است، اما وجود دارد و قابل چشم‌پوشی نیست. به‌علاوه بانک مرکزی، مطابق قسمت اخیر بند «ب» ماده (۵۶) قانون بانک مرکزی، مکلف به پرداخت سود به دولت طبق سازوکار مندرج در این بند است که از خصایص شرکت‌های دولتی است.

با همه این توضیحات به نظر نویسندگان، اطلاق عنوان شرکت دولتی بر بانک مرکزی هم با شرایط کنونی حاکم بر بانک مرکزی و قوانین و مقررات حاکم بر آن تناسب حداکثری دارد و می‌تواند اهداف این بانک را تأمین کند.

### نتیجه‌گیری

طبق قانون جدید بانک مرکزی مصوب ۱۴۰۲، بانک مرکزی نهادی با شخصیت حقوقی و مالی مستقل است. طبق قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، چهار دسته ماهیت حقوقی سازمانی، شامل، وزارتخانه، مؤسسه دولتی، شرکت دولتی و نهاد عمومی غیردولتی، در نظام حقوقی ایران بیان شده است. معمولاً ماهیت حقوقی سازمان‌ها و نهادها در اساسنامه تأسیس آنها بیان می‌شود و بنابر قانون بودجه سال ۱۴۰۳، باید با تعیین ماهیت حقوقی نزد اداره کل ثبت شرکت‌ها ثبت شوند و شناسه ملی اخذ کنند. در قوانین موضوعه، ماهیت حقوقی بانک مرکزی تصریح نشده و در اداره کل ثبت شرکت‌ها به‌منظور اخذ شناسه ملی نیز به نحو مبهمی ثبت شده است.

بنابر نظرها و استدلال‌های بیان شده، ماهیت حقوقی بانک مرکزی بین دو شخصیت حقوقی مؤسسه دولتی و شرکت دولتی ابهام دارد. عده‌ای با تمسک به نسخ بند «ج» ماده (۱۰) قانون پولی و بانکی کشور مبنی بر نسخ مستلزم ذکر نام بودن بانک مرکزی و نبود حکم مشابه در قوانین دیگر و ساختار دولتی بانک مرکزی (عضویت رئیس‌جمهور و وزرا در تشکیلات بانک مرکزی) و هیئت عالی آن، بانک مرکزی را مؤسسه دولتی می‌دانند؛ اما به‌نظر نویسندگان این تصور صحیح نیست و ماهیت حقوقی بانک مرکزی، «شرکت دولتی» است؛ زیرا:

۱. ساختار تشکیلات و اداره بانک مرکزی به نحوه اداره شرکت‌های سهامی شباهت دارد.
۲. بانک مرکزی فعالیت‌های سودآور و تجاری دارد که وجه تمایز مهمی با مؤسسات دولتی است و مسئله انحصار و وظایف حاکمیتی آن نیز با مسائل سودآوری با یکدیگر ممزوج است و قابل تفکیک نیست.
۳. شرکت‌های دولتی به پرداخت مالیات و سود سهام مکلف‌اند که بانک مرکزی نیز طبق قانون مربوط در این زمره قرار دارد.
۴. در رویه قضایی و تعامل بانک مرکزی با محاکم، استدلال‌های مکرری مبنی بر ماهیت شرکتی داشتن بانک مرکزی شده و این بانک مشمول پرداخت هزینه دادرسی است.

## منابع

### کتاب

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری جلد اول شامل مباحث حقوق اداری ۱ و ۲**، چ ۲۱، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۲. رستمی، ولی و حمید قهوه‌چیان، **حقوق مالی و محاسباتی**، نشر دادگستر، ۱۴۰۱.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری** (ویراست ۴)، چ ۲۳، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۹.

### مقاله

۴. افشاری، فاطمه و سجاد افشار، «آسیب‌شناسی نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیمات بانک مرکزی از منظر صلاحیت مرجع قضایی»، اولین همایش ملی حقوق بانکی، ۱۴۰۴.
۵. آقایی، رحمان، ربیعا اسکینی و نجادعلی الماسی، «بررسی تطبیقی استقلال بانک مرکزی در حقوق ایران و آمریکا»، *دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی*، د ۶، ش ۲، ۱۳۹۸، ص ۲۴۵-۲۶۸.  
<https://doi.org/10.22096/law.2019.90452.1291>
۶. السان، مصطفی و زریب نگین تاجی، «تحلیل حقوقی و اقتصادی استقلال بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، د ۲۹، ش ۲۱، ۱۴۰۱، صص ۵۰-۸۴.  
<https://doi.org/10.22067/economlaw.2022.74637.1133>

۷. برزگر خسروی، محمد و علی محمد فلاح زاده، «نظام حقوقی حاکم بر اشخاص مستلزم ذکر و یا تصریح نام از حیث شمول قوانین عمومی»، نشریه حقوق اداری، د ۸، ش ۲۷، ۱۴۰۰، صص ۹-۲۸. <https://doi.org/qjal.8.27.9/10.52547>
۸. جعفری صمیمی، احمد و کاوه درخشانی درآبی، «استقلال بانک مرکزی در ایران: تحلیل نظری و تجربی»، فصلنامه پژوهش‌های پولی-بانکی، د ۸، ش ۲۴، ۱۳۹۴، صص ۱۶۷-۱۹۰. <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.26453355.1394.8.24.4.0>
۹. رضایی‌زاده، محمدجواد، حامد نیکونهاد، حامد و حسین آئینه نگینی، «معضل انتخاب رئیس کل بانک مرکزی در نظام حقوق اساسی ایران؛ سرگذشت و چشم‌انداز»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، د ۲، ش ۶، ۱۳۹۲، صص ۱۱۱-۱۳۳.
۱۰. ساجدی، ولی، «قوانین و مقررات حاکم بر مؤسسات و شرکت‌های دولتی»، فصلنامه حقوقی گواه، شماره پیاپی ۱۳، ۱۳۸۷، صص ۱۳۱-۱۳۵.
۱۱. سید احمدی سجادی، سید علی، «مقایسه شرکت مدنی و شرکت تجاری در حقوق ایران»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، د ۴، ش ۱، ۱۳۷۸، صص ۱۳۵-۱۵۹.
۱۲. عبداللهی، حسین، «بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، د ۲۱، ش ۶۳، ۱۳۹۸، صص ۶۵-۹۶. <https://doi.org/10.22054/qjpl.2019.26073.1643>
۱۳. قراخلو، مهتاب، «تعریف و محدوده نهادهای عمومی غیردولتی»، ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، د ۳۱، ش ۷، ۱۴۰۲، شماره مسلسل ۱۹۳۴۳.
۱۴. مشهدی‌زاده، علیرضا و امیرحسین قدرت نما شبستری، «بانک مرکزی: شرکت تجاری مستقل یا رکن حاکمیتی (با تأکید بر رأی ۳۰ مارس ۲۰۲۳ دیوان بین‌المللی دادگستری)»، مجله حقوقی بین‌المللی، د ۴۱، ش ۷۳ (بهار)، ۱۴۰۳، صص ۳۱-۴۴. <https://doi.org/cilamag.2024.2021470.2500>
۱۵. منصوریان، مصطفی و حسینعلی سعدی، «بازشناسی فقهی - حقوقی مالکیت عمومی از مالکیت دولتی با تأکید بر اصل ۴۴ قانون اساسی»، فصلنامه علمی - پژوهشی حکومت اسلامی، د ۲۲، ش ۳، ۱۳۹۶، صص ۱۰۳-۱۲۸.

۱۶. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۷. قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵.
۱۸. قانون استخدام کشوری مصوب ۳۱ خرداد ماه ۱۳۴۵ کمیسیون خاص مشترک مجلسین.
۱۹. قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲.
۲۰. قانون بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور.
۲۱. قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی.
۲۲. قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶.
۲۳. قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶.

#### منبع برخط

۲۴. بقایی، سید بهزاد، «چرا بانک مرکزی در قالب شرکت دولتی اداره می‌شود؟»، سایت مسیر اقتصاد، (آخرین ویرایش: ۱۴۰۰/۰۶/۰۹). (آخرین بازدید: ۱۴۰۴/۲/۱۵)، آدرس اینترنتی: <https://B2n.ir/zd2081>
۲۵. خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران: <https://irna.ir/xjSThz>.

## References

### Books

1. Emami, Mohammad and Kourosh Stovarsangari, **Administrative Law**, Vol. 1, Including Administrative Law Topics 1 & 2, 21<sup>st</sup> Edition, Tehran: Mizan, 2017. (in Persian)
2. Rostami, Vali and Hamid, Ghahvachian, **Financial and Accounting Law**, Dadgostar Publishing, 2022. (in Persian)
3. Tabatabaei Moatamani, Manouchehr, **Administrative Law** (4<sup>th</sup> Edition), 23<sup>rd</sup> Edition, Tehran: Organization for the Study and Compilation of University Humanities Books (SAMAT), Humanities Research & Development Institute, 2010. (in Persian)

### Articles

4. Afshari, Fatemeh and Sajjad Afshar, "Pathology of Judicial Supervision of the Administrative Court of Justice on the Decisions of the Central Bank from the Perspective of the Judiciary Authority". First National Conference on Banking Law, 2025. (in Persian)
5. Aghaei, Rahman; Rabia Skini, and Nejad Ali Almasi, "Comparative Study of Central Bank Independence in Iranian and American Law", *Comparative Law Bi-Quarterly*, Vol 6, No 2, 2019, PP. 245-268. (in Persian), <https://doi.org/10.22096/law.2019.90452.1291>
6. Elsan, Mustafa and Zarir Negin Taji, "Legal and Economic Analysis of the Independence of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran", *Encyclopedia of Economic Law*, Vol. 29, No 21, 2019, PP. 50-84. (in Persian), <https://doi.org/10.22067/economlaw.2022.74637.1133>
7. Barzegar Khosravi, Mohammad and Ali Mohammad Fallahzadeh, "The Legal System Governing Persons Requirement of Mention or Specification of Names in Terms of Including General Laws", *Administrative Law Journal*, Vol 8 , No 27, 2019, PP. 9-28. (in Persian), <https://doi.org/qjal.8.27.9/10.52547>
8. Jafari Samimi, Ahmad and Kaveh Derakhshani Darabi, "Central Bank Independence in Iran: Theoretical and Empirical Analysis", *Quarterly Journal of Monetary and Banking Research*, Vol 8, No 24, 2015, PP. 167-190. (in Persian), <https://dor.isc.ac/dor/20.1001.1.26453355.1394.8.24.4.0>

9. Rezaeizadeh, Mohammad Javad, Hamed Nikounhad, and Hossein Aine Negini, "The Problem of Selecting the Governor of the Central Bank in the Iranian Constitutional Law System; History and Prospects", *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Vol 2, No 6, 2013, PP. 111-133. (in Persian)
10. Sajedi, Vali, "Laws and Regulations Governing Government Institutions and Companies", *Quarterly Journal of Public Law*, Issue 13, 2008, PP. 131-135. (in Persian)
11. Seyed Ahmadi Sajjadi, Seyed Ali, "Comparison of Civil and Commercial Companies in Iranian Law", *Journal of Qom Higher Education Complex*, Vol 4, No 1, 2000, PP. 135-159. (in Persian)
12. Abdollahi, Hossein, "Redefining Public Property and Its Effects in the Iranian Legal System", *Public Law Research*, Vol 21, No 63, 2019, PP. 65-96. (in Persian), <https://doi.org/10.22054/qjpl.2019.26073.1643>
13. Qarakhanloo, Mahtab, "Definition and Scope of Public Non-Governmental Institutions", *Monthly Journal of Expert Reports of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly*, Vol 31, No 7, 2023, Serial No. 19343. (in Persian)
14. Mashhadizadeh, Alireza and Amirhossein Ghodrat Namashbestari, "Central Bank: Independent Commercial Company or Sovereignty (with Emphasis on the March 30, 2023 Decision of the International Court of Justice)", *International Legal Journal*, Vol 41, No. 73 (Spring), 1403, PP. 31-44. (in Persian), 10.22066/<https://doi.org/cilamag.2024.2021470.2500>
15. Mansourian, Mustafa and Hosseinali Saadi, "Jurisprudential-Legal Recognition of Public Ownership from State Ownership with Emphasis on Article 44 of the Constitution", *Scientific-Research Quarterly Journal of Islamic Government*, Vol 22, No 3, 2017, PP. 103-128. (in Persian)

#### Laws

16. Constitution of the Islamic Republic of Iran. (in Persian)
17. Law on Permanent Provisions of National Development Programs, Approved in 2016. (in Persian)
18. National Employment Law, Approved on June 31, 1966, by the Joint Special Commission of the Two Houses. (in Persian)
19. Law on the Central Bank of the Islamic Republic of Iran, Approved in 2023. (in Persian)

20. Law on the Budget for the Year 2024 for the Whole Country. (in Persian)
21. Law on Monetary and Banking of the Country, Approved in 1972, with Subsequent Amendments and Additions. (in Persian)
22. Law on Public Accounting of the Country, Approved in 1987. (in Persian)
23. Law on Civil Service Management, Approved in 2007. (in Persian)

**Online Sources**

24. Baghaei, Seyyed Behzad, "Why Is the Central Bank Managed as a State Company?", Masir Eqtesad Site, (Last Edited: 09/06/1400). (Last viewed: 15/2/1404), Internet address: <https://B2n.ir/zd2081>. (in Persian)
25. Islamic Republic of Iran News Agency: <https://irna.ir/xjSThz>. (in Persian)

## **The Legal Nature of the Central Bank In Iran's Legal System**

**Vali Rostami\***

**Mostafa Qodsi\*\***

**Ahmadreza Habibi Babadi\*\*\***

Received: 2025.09.06

Accepted: 2025.05.31

### **Abstract**

The Legal Nature of Administrative Institutions in Iran is one of the most complex and ambiguous issues in the administrative system, a problem that has intensified in recent years. The legal nature of the Central Bank, as one of the largest and most important institutions in the country's administrative and economic system, remains a key challenge in the administrative system's interaction with this entity. Despite multiple amendments to its governing laws, the legislature has not taken a clear stance on the matter, leading to perceptions that this ambiguity may be intentional. Perhaps due to this ambiguity -along with the severe lack of legal literature on the subject- no independent research has been conducted to clarify the legal nature of the Central Bank. Few have ventured into this obscure and multifaceted issue for examination. However, answering the question, "What is the legal nature of the Central Bank under Iran's legal system?" is crucial, particularly for reforming the banking supervision framework and monetary governance. This question is key to any discussion on restructuring the Central Bank and strengthening its independence from the government, making it indispensable for resolving related consequences. In this study, through an analysis of existing laws and regulations, legislative, executive, and judicial practices -as well as the prevailing political atmosphere – it is argued, based on collected legal sources, that the legal nature of the Central Bank under Iran's legal structure is that of a "state-owned company".

### **Keywords:**

Legal Independence, Central Bank, State-Owned Company, Legal Nature, State Institution.

---

\* Professor of Law, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

\*\* L.L.M, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadiq University (A.S), Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: mostafa0qodsi@gmail.com

\*\*\* L.L.M Student, Faculty of Islamic Studies & Law, Imam Sadiq University (A.S), Tehran, Iran.



# ارزیابی کارآمدی تشکیل اراده جمعی در حقوق خصوصی ایران با استفاده از نظریه هزینه‌های مبادله

حسین سیمایی صراف\*

سید مهدی حسینی مدرس\*\*

سید امیر احسان میری\*\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۲۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۰

## چکیده

حمایت از اراده جمعی می‌تواند به رشد و توسعه اقتصادی کشور کمک قابل توجهی کند. اگرچه ظاهراً قانون‌گذار به این موضوع بی‌توجه نبوده است، تشکیل اراده جمعی در مصادیق موجود اراده جمعی در حقوق ایران به دلایل گوناگون با هزینه‌های مبادلاتی مختلفی روبه‌رو است. وجود این هزینه‌های مبادلاتی موجب می‌شود وضعیت موجود تشکیل اراده جمعی کارآمد نباشد؛ امری که باعث شده نتایجی از جمله «اختصاص منابع به صورت غیر کارآمد»، «کاهش میزان تشکیل اراده جمعی»، «کاهش سرعت تشکیل اراده جمعی»، «دوری از سازکارهای قانونی در تشکیل اراده‌های جمعی»، «عدم رعایت تشریفات قانونی در تشکیل اراده‌های جمعی»، «فرصت‌طلبی» و «افزایش اختلافات و تعارضات» قابل مشاهده باشند. با این توجه، در این مقاله ابتدا اراده جمعی را تعریف نموده و مهم‌ترین مصادیق آن در حقوق ایران شامل اراده جمعی در اشخاص حقوقی و شرکت‌های تجاری، اموال مشاع، قسمت‌های مشترک آپارتمان‌ها، قراردادهای جمعی (از جمله قراردادهای ارفاقی و پیمان‌های دسته‌جمعی کار) را بیان کرده‌ایم. پس از آن، مفهوم هزینه‌های مبادلاتی را اجمالاً تشریح نموده‌ایم. سپس هزینه‌های مبادلاتی مختلفی که در تشکیل اراده جمعی وجود دارد، بررسی شده تا بتوان با شناسایی مسئله، در آینده به راه‌حل‌های آن نیز دست پیدا کرد. امید است پژوهشگران تلاش نمایند از طریق شناسایی سازکارهای کاهنده هزینه‌های مبادلاتی، از اراده جمعی حمایت، و به رشد و توسعه اقتصادی کشور کمک کنند.

## کلیدواژه‌گان:

تحلیل اقتصادی حقوق، کارآمدی، اراده جمعی، هزینه‌های مبادلاتی، رشد اقتصادی.

\* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

\*\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

\*\*\* کارشناس ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

eh.miri@mail.sbu.ac.ir



Copyright: ©2024 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 هر نظام حقوقی اراده سالم مبنای بسیاری از نهادهاست. بنابراین، تشکیل اراده سالم بخش مهمی از هر نظام حقوقی است. در حقوق خصوصی نیز اساس شکل‌گیری بسیاری از اعمال حقوقی، اعم از عقود یا ایقاعات، اراده سالم است. قانون مدنی ایران<sup>۱</sup> و سابقه این موضوع در کتب فقهی<sup>۲</sup> مؤید این مطلب است.

در گذشته، روابط اشخاص پیچیدگی و گستردگی کمتری نسبت به امروز داشت و بسیاری از فعالیت‌ها و به‌ویژه فعالیت‌های اقتصادی غالباً توسط یک شخص یا اشخاص محدودی انجام می‌شد. ساختارها و نیازهای ساده‌تر جوامع گذشته ضرورت همکاری گسترده اشخاص را ایجاد نمی‌کرد. به تبع چنین وضعیتی، نظام حقوقی تمرکز بیشتری بر تعیین قواعد تشکیل «اراده انفرادی» داشته و تشکیل «اراده جمعی» کمتر تبیین شده است. این وضعیت به دلیل پیچیده شدن ساختارهای جوامع تغییر کرده است. امروزه همکاری اشخاص برای دستیابی به اهداف مشترک یک الزام در توسعه اقتصادی است. بنابراین، اراده انفرادی اشخاص دیگر پاسخ‌گوی نیازهای دنیای مدرن نبوده و برای پیشرفت و توسعه کشور، باید ساختارهای حقوقی تشکیل اراده جمعی نیز موردتوجه بیشتری قرار بگیرد. اراده جمعی عمدتاً به دو دلیل «تسهیل تجمیع سرمایه» و «مدیریت بهینه منابع» نقش مهمی در توسعه اقتصادی دارد که در ادامه مختصراً به آن می‌پردازیم. ساختار حقوقی تشکیل اراده جمعی اثر مستقیمی بر تمایل اشخاص به همکاری برای تجمیع سرمایه دارد. افزایش تمایل به چنین همکاری احتمال تشکیل سرمایه‌های کلان را به‌ویژه در کشورهای درحال توسعه بیشتر می‌کند. در این کشورها تعداد اشخاص حقیقی و حقوقی که بالقوه به‌تنهایی کل سرمایه لازم برای فعالیت‌های اقتصادی نیازمند سرمایه زیاد را داشته باشند در مقایسه با کشورهای توسعه‌یافته کمتر است. چنین کشورهایی معمولاً دو راهکار دارند: (۱) جذب سرمایه لازم از کشورهای توسعه‌یافته در قالب سرمایه‌گذاری خارجی؛ (۲) تجمیع سرمایه‌های

۱. احکام راجع به اراده و فقدان آن در بحث از عقود و ذیل موادی ازجمله ۱۹۰ تا ۱۹۵ و ۱۹۹ تا ۲۰۱ قانون مدنی آمده است.

۲. بسیاری از علما رساله مستقلی را به این بحث اختصاص داده‌اند؛ دراین خصوص ازجمله نک‌به: آخوندی، روح‌الله، «نقدی بر تلقی اراده در فقه»، جستارهای فقهی و اصولی، د. ۲، ش. ۵، ۱۳۹۵، صص. ۴۵-۶۸.

خرد. از آنجاکه جذب سرمایه‌گذاری خارجی معمولاً مستلزم ارائه امتیازات ویژه از سوی دولت سرمایه‌پذیر به سرمایه‌گذاران خارجی بوده و پیچیدگی‌های مختلفی دارد، تجمیع سرمایه‌های خرد به گزینه مطلوبی برای تأمین سرمایه تبدیل می‌شود. در این راستا، نظام حقوقی می‌تواند با تنظیم قواعد حاکم بر اراده جمعی، احتمال بازی‌های همکارانه<sup>۱</sup> را افزایش دهد و اشخاص را به همکاری و تجمیع سرمایه ترغیب نماید. تجمیع سرمایه خود دو نتیجه مهم در پی دارد که با داشتن اثر هم‌افزایی منجر به افزایش تمایل به همکاری در تجمیع سرمایه می‌گردد. نتیجه اول، بهره‌مندی از مزیت مقیاس برای فعالیتهای اقتصادی است که کارآمدی را از طریق کاهش هزینه‌ها افزایش می‌دهد. نتیجه دوم، توزیع ریسک فعالیت اقتصادی میان اشخاص متعدد است؛ به‌نحوی که نسبت ریسک پذیرفته‌شده برای فعالیت اقتصادی (جزء منفی احتمالی دارایی) به اموال اشخاص (جزء مثبت قطعی دارایی)، در مقایسه با حالتی که خود به‌تنهایی آن را انجام دهند - با فرض داشتن سرمایه کافی - کاهش می‌یابد.

قطع‌نظر از امکان تجمیع سرمایه، اراده جمعی استفاده از منابع اختصاص‌یافته به یک فعالیت اقتصادی را بهینه می‌کند. در شرایطی که اشخاص با هزینه‌های مبادلاتی روبه‌رو نباشند، جمع اشخاص نسبت به اشخاص منفرد خطاهای کمتری در تصمیمات خود دارند؛<sup>۲</sup> موضوعی که گاه با عنوان خرد جمعی<sup>۳</sup> مطرح می‌شود. بنابراین، آنچه در نظام حقوقی اراده جمعی نامیده می‌شود، منجر به مدیریت بهتر منابع شده و کارآمدی را افزایش می‌دهد.

با روشن‌شدن ارتباط موضوع اراده جمعی در نظام حقوقی با توسعه اقتصادی، می‌توان نتیجه گرفت که به هر میزان که اراده‌های جمعی بیشتری در کشور تشکیل گردد، رشد اقتصادی

۱. بازی همکارانه در نظریه بازی‌ها مطرح می‌شود. نظریه بازی‌ها رفتار اشخاص را در شرایط راهبردی یا در یک بازی (که در آن، موفقیت یک بازیگر در انتخاب خود، وابسته به انتخاب دیگر بازیگران است)، ارزیابی می‌کند. در بازی‌های همکارانه بازیگران سعی دارند با استفاده از ائتلاف با سایرین به منفعت بیشتری دست یابند. درمقابل، در بازی‌های غیرهمکارانه بازیگران برای حداکثرکردن منافع خود ممکن است استراتژی‌ای را انتخاب کنند که بیشترین منفعت ممکن برای جمع را به دنبال نداشته‌باشد. در این خصوص نکته:

Samuelson, Larry, "Game theory in economics and beyond", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30, No. 4, 2016, pp. 122-124.

2. Simoiu, Camelia, Chiraag Sumanth, Alok Mysore, and Sharad Goel, "Studying the 'Wisdom of Crowds' at Scale", *Proceedings of the AAAI Conference on Human Computation and Crowdsourcing*, Vol. 7, 2019, p. 171.

3. Wisdom of crowd

بیشتری محقق می‌گردد. باوجود این، به نظر می‌رسد در کشور ما تشکیل اراده جمعی هزینه‌های مبادلاتی بالایی دارد که در نتیجه اشخاص گاه ترجیح می‌دهند از سازکارهای موجود اراده جمعی فاصله گیرند و فعالیت‌های اقتصادی خود را در سازکارهای حقوقی انفرادی دنبال کنند یا ناگزیر توافقات خود را در دیگر قالب‌ها سامان‌دهی نمایند. گاه حتی باوجود استفاده از این سازوکارها، برخی می‌کوشند تشریفات قانونی را دور بزنند و بدون رعایت آنها، به توافق برسند. نهایتاً حتی در صورتی که اشخاص در چارچوب همین سازکارهای حقوقی اراده جمعی خود را سامان‌دهی نمایند، با هزینه‌های مبادلاتی مختلفی مواجه‌اند که با افزایش هزینه‌ها و هدررفت منابع، منجر به کاهش کارآمدی فعالیت‌های اقتصادی می‌شود.

این مقاله به این پرسش می‌پردازد که چه هزینه‌های مبادلاتی در مرحله تشکیل اراده جمعی وجود دارد؟ به عبارت دیگر، این مقاله با رویکرد تحلیل اقتصادی در چارچوب نظریه هزینه‌های مبادله رونالد کوز<sup>۱</sup>، به شناسایی بخشی از هزینه‌های مبادلاتی موجود در فرایند تشکیل اراده جمعی می‌پردازد.

این پژوهش بنیادین، بستر نظری برای پژوهش‌های کاربردی با موضوع راهکارهای کاهش هزینه مبادله تشکیل اراده جمعی در نظام حقوقی ایران را فراهم می‌کند. هرچند مفهوم اراده جمعی در ادبیات علمی پیشین بحث شده، تمرکز آن بر تحلیل مصادیق آن در حقوق موضوعه ایران و از جنبه‌ای کاربردی بوده است. لذا، این پژوهش از جهات ذیل نسبت به ادبیات علمی موجود متمایز است: (۱) رویکرد بنیادین نسبت به مسئله دارد، (۲) تمرکز آن بر اراده جمعی به عنوان یک مفهوم منتزع از مصادیق آن است، (۳) تحلیل اقتصادی مبتنی بر هزینه‌های مبادله را در خصوص اراده جمعی، به کار می‌گیرد.

در این راستا و در بخش اول، مفهوم اراده جمعی بررسی شده و تقسیم‌بندی انواع اراده ارائه می‌گردد. همچنین موضوع هزینه‌های مبادلاتی در حد تبیین رویکرد پژوهش مطرح می‌شود. در بخش دوم که موضوع اصلی پژوهش را دربرمی‌گیرد، هزینه‌های مبادلاتی در مرحله تشکیل اراده جمعی بحث می‌شود و نهایتاً بعضی پیامدهای بالابودن هزینه‌های مبادلاتی بیان می‌شود.

1. Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, pp. 837-877.

## ۱. مبانی و چارچوب نظری

به‌منظور تبیین مبانی و چارچوب نظری ابتدائاً مفهوم اراده و تقسیم‌بندی اراده به اراده انفرادی و جمعی (۱.۱) بحث خواهد شد. سپس، به موضوع هزینه‌های مبادلاتی که به‌نوعی ابزار و رویکرد مقاله در بررسی اراده‌های جمعی بوده است پرداخته خواهد شد (۱.۲).

### ۱.۱. مفهوم و تقسیم‌بندی اراده

در قانون مدنی ایران اگرچه به نقش اراده در تشکیل عقد اشاره‌ای نشده است، مطابق مواد ۱۹۰، ۱۹۱ و ۱۹۹ قانون عناصر سازنده اراده یعنی قصد و رضا، از شرایط اساسی معاملات دانسته شده است. اراده را براساس تعداد اشخاص دخیل در تحقق اثر حقوقی می‌توان به اراده انفرادی یا جمعی تقسیم نمود. هرگاه اراده یک شخص برای ایجاد اثر حقوقی کفایت کند، آن را اراده انفرادی می‌نامیم.<sup>۱</sup> به‌عنوان نمونه، در «إبراء» با تحقق اراده انفرادی دائن، تعهدات مدیون ساقط می‌شود. نوع دیگر اراده جمعی است. در مقابل اراده انفرادی، در بعضی موارد دیگر مانند عقود، اثر حقوقی آن زمان محقق می‌گردد که اراده بیش از یک شخص (یا همان جمع اشخاص) بر امر واحد تعلق گیرد. درواقع در اراده جمعی، ماهیت حقوقی در نتیجه کنار هم قرار گرفتن اراده‌های متعدد ایجاد می‌شود.

باید توجه داشت که اراده جمعی ماهیتی اعتباری است که معمولاً مستقل از اراده‌های انفرادی تشکیل می‌شود. در مصادیق اراده جمعی، حتی در صورت توافق اراده‌های انفرادی ممکن است اراده جمعی محقق نگردد. این امر مبین ویژگی مهم اراده‌های جمعی یعنی ماهیت اعتباری و مستقل آن است. در تشکیل اراده جمعی، مسائل شکلی اهمیت بالایی دارد. تحقق اراده انفرادی معمولاً منوط به اجرای تشریفات خاصی نیست، اما در تشکیل اراده جمعی رعایت تشریفات غالباً شرط صحت تصمیمات است. به‌عنوان مثال، تشکیل اراده جمعی در شرکت‌های تجاری مستلزم انجام تشریفات قانونی مانند دعوت سهام‌داران یا اعضای هیئت‌مدیره است؛ امری

۱. مفهومی که قرابت زیادی با اراده انفرادی دارد، «اراده یک‌جانبه» است که در ماده ۱-۱۱۰۰ قانون مدنی فرانسه به‌عنوان یکی از منابع تعهدات شناسایی شده است. با وجود اینکه تفکیک اراده به اراده انفرادی و جمعی سابقه‌ای ندارد، اما مفهوم اراده یک‌جانبه نشان می‌دهد نویسندگان به ریشه این تقسیم‌بندی (تعداد اراده در ایجاد اثر حقوقی) توجه داشته‌اند.

که در صورت عدم رعایت، ممکن است مستند به ماده ۲۷۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت<sup>۱</sup> منجر به عدم تشکیل اراده جمعی گردد، حتی با اینکه تمام اشخاص با آن موافق بوده باشند. با این تعاریف، ماهیت‌های حقوقی مختلفی از جمله عقود و قراردادهای جمعی (از جمله قراردادهای ارفاقی و پیمان‌های دسته‌جمعی کار)، اموال مشاع، قسمت‌های مشترک آپارتمان‌ها، اشخاص حقوقی و شرکت‌های تجاری را می‌توان در حقوق خصوصی ایران ذیل اراده‌های جمعی بررسی نمود.<sup>۲</sup> البته در مقاله حاضر و در بحث از مصادیق اراده جمعی، عقود موردنظر نیست؛ چراکه عقود نسبت به سایر مصادیق اراده جمعی تفاوت مهمی دارند. در عقود طرفین معمولاً به دنبال کسب بیشترین امتیاز در برابر طرف دیگرند، چراکه منافع طرفین معمولاً مقابل یکدیگر است. در سایر مصادیق اراده جمعی، اشخاص منافع شخصی خود را لزوماً در مقابل دیگران ندیده و تلاش می‌نمایند تصمیمی اتخاذ کنند که بیشترین مطلوبیت برای جمع اشخاص حاصل گردد. لذا، می‌توان عقود را بازی‌های با حاصل جمع صفر در نظر گرفت؛ درحالی که سایر مصادیق اراده جمعی، بازی‌های با حاصل جمع غیر صفر هستند. به عبارت دیگر، اگرچه در عقود نیز طرف (های) عقد همگی می‌توانند از نفع موجود منتفع شوند، هریک از طرفین می‌کوشند سهم بیشتری از نفع ممکن را از آن خود کنند. حال از آنجاکه نفع موجود معین و محدود است، با افزایش سهم هریک از طرف (ها) از این نفع موجود، سهم طرف (های) دیگر از آن به طور طبیعی کاهش پیدا خواهد کرد. اما در مقابل، در مصادیق اراده جمعی افزایش نفع هر یک از اشخاص ملازمه‌ای با کاهش نفع دیگران نداشته و نفع همگان در نتیجه تشکیل اراده جمعی، قابل افزایش خواهد بود.

۱. جهت رعایت اختصار، «ل.ا.ق.ت» با حروف اختصاری ل.ا.ق.ت مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۲. مصادیق اراده جمعی در حقوق خصوصی ایران محدود به مصادیق پیش گفته نبوده و مصادیق نامبرده صرفاً براساس اهمیت و کاربرد موردبررسی قرار گرفته‌اند. این مصادیق هرکدام خاستگاه متفاوتی دارند، به نحوی که بعضی برخاسته از حقوق تجارت (مانند شرکت‌های تجاری)، بعضی برخاسته از حقوق مدنی (مانند اموال مشاع) و برخی (مانند قراردادهای ارفاقی و پیمان‌های دسته‌جمعی کار) برخاسته از حقوق کارند (با اینکه موارد اخیرالذکر خاستگاهی غیر از حقوق خصوصی داشته‌اند، به دلیل نقش توافقات خصوصی در آنها، ذیل مصادیق حقوق خصوصی مورد بحث قرار گرفته است). مقاله حاضر به دنبال آن است که با اتخاذ رویکردی کلی و اعم از دسته‌بندی‌های مورد اشاره، مصادیق اراده جمعی را در عرصه حقوق خصوصی مورد بررسی قرار دهد.

اراده جمعی به طرق مختلف تشکیل می‌شوند. اراده جمعی معمولاً از طریق دو سازوکار تصمیم‌گیری بر مبنای اکثریت اراده‌ها (مانند شرکت‌های تجاری<sup>۱</sup> یا اداره قسمت‌های مشترک آپارتمان‌ها<sup>۲</sup> یا قراردادهای جمعی<sup>۳</sup>) یا اتفاق اراده‌ها (مانند مالکیت مشاع) ایجاد می‌شود. البته گاهی اراده جمعی به اراده اقلیت اشخاص نیز محقق گردد. لذا در تحقق اراده جمعی لزوماً توافق اراده‌ها شرط نیست و این نوع اراده بنا به اکثریت، اتفاق آرا یا حتی به اراده اقلیت محقق می‌گردد.<sup>۴</sup>

## ۱.۲. هزینه‌های مبادلاتی

نویسندگان تعاریف مختلفی برای هزینه‌های مبادلاتی بیان نموده‌اند. هزینه مبادله را می‌توان هزینه‌هایی دانست که افراد هنگام مبادله حقوق مالکیت یا برای تضمین حقوق انحصاری خود متحمل می‌گردند.<sup>۵</sup> از نظر نورث «هزینه‌های مبادله، هزینه‌های مشخص کردن و نیز تضمین اجرای قراردادها است - که اساس مبادلات را تشکیل می‌دهند - و شامل تمام هزینه‌هایی می‌شود که برای برخورداری از منافع مبادله باید متقبل شوند.»<sup>۶</sup> براساس این تعاریف، بعضی از این هزینه‌های مبادلاتی در قراردادها جست‌وجوی اطلاعات، انعقاد قرارداد، نظارت و کنترل بر طرف

۱. قاعده اکثریت ضمن مواد ۸۶ تا ۸۸ لایحه اصلاحی قانون تجارت پذیرفته شده‌است. نک به: صقری، محمد و رضا خودکار، «کارایی قاعده اکثریت در شرکت‌های سهامی و ایجاد تعادل میان منافع سهام‌داران اکثریت و اقلیت»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، د. ۸، ش. ۲۸، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۹.

۲. مواد ۶ و ۸ قانون تملک آپارتمان‌ها.

۳. صادقی، محسن، «توجیه حقوقی قرارداد ارفاقی و پیمان دسته‌جمعی کار با توجه به اصل نسبی بودن اثر قراردادها»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش. ۳۲ و ۳۳، ۱۳۸۳، ص. ۵۸.

۴. به نظر می‌رسد سازوکار کارآمد در تشکیل اراده جمعی، تشکیل اراده جمعی براساس اتفاق آرا است. مدل اتفاق آرا در صورت عدم وجود هزینه‌های مبادلاتی، بیشترین منافع را برای اشخاص محقق می‌گرداند. توضیح اینکه، در فرض رفتار عقلانی کنشگران اقتصادی، زمانی منافع حداکثر می‌شود که تمام اشخاص دخیل در تشکیل اراده جمعی باشند. در این صورت اشخاص با محاسبه نفع و زیان خود در اراده جمعی، اقدام به تصمیم‌گیری می‌نمایند؛ تصمیماتی که موجب به حداکثر رسیدن مطلوبیت برای تمام اشخاص می‌گردد. با وجود توضیحات پیش‌گفته، تحقیق حاضر منصرف از بررسی مدل مطلوب بوده و تلاش نموده است هزینه‌های مبادلاتی موجود در تشکیل اراده جمعی را مورد بررسی قرار دهد.

5. Eggertsson, Þráinn, Economic Behavior and Institutions: Principles of Neoinstitutional Economics, Cambridge University Press, 1990, p. 34.

۶. نورث، داگلاس سی، نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی، ترجمه محمدرضا معینی، تهران: انتشارات سازمان برنامه‌ریزی و بودجه، ۱۳۷۷، ص. ۱۱۹.

دیگر، اجرای قرارداد و جبران خسارت و حفاظت از حقوق مالکیت است.<sup>۱</sup> به عنوان مثال، «در رخداد یک فرایند اقتصادی وقوع هزینه‌های مبادلاتی را می‌توان چنین برشمرد: هزینه‌های کشف فرصت‌ها یا هزینه‌های استفاده از فرصت‌های ارتباطی موجود به منظور اولاً تجارت که خود می‌تواند شامل هزینه‌های اطلاعات، جست‌وجو و بازاریابی باشند؛ ثانیاً نیل به توصیف توافقاتی که شامل هزینه‌های چانه‌زنی و هزینه‌های عقد قرارداد است و ثالثاً اطمینان از اینکه توافقات محترم شمرده می‌شوند که خود مستلزم صرف هزینه‌های نظارت و هزینه‌های اجرای توافقات است.» همچنین این مفهوم می‌تواند دربردارنده هزینه‌های دادخواهی (هزینه‌های اعمال حقوق مالکیت یا هزینه‌های اجرای قراردادهای یا هزینه‌های تعیین مسئولیت یک حادثه)، هزینه‌های اعمال نفوذ برای تأثیرگذاری بر قوانین و هزینه‌های مدیریت و اداره بنگاه‌ها و عوامل دولتی باشند.<sup>۲</sup> با این تعریف، بخشی از هزینه‌های مبادلاتی مربوط به اختلافات راجع به اراده جمعی و «اثبات» آن است اما در این مقاله و در ادامه تنها به بررسی هزینه‌های مبادلاتی مرحله تشکیل اراده جمعی می‌پردازیم.

## ۲. بررسی کارآمدی وضعیت تشکیل اراده جمعی

در این بخش -که موضوع اصلی پژوهش است-، ابتدائاً هزینه‌های مبادلاتی موجود در تشکیل اراده جمعی تبیین می‌شود (۲.۱). نهایتاً با لحاظ هزینه‌های مبادلاتی تبیین شده، بعضی پیامدهای بالابودن هزینه‌های مبادلاتی در مصادیق موجود اراده جمعی در حقوق ایران توضیح داده می‌شود (۲.۲) تا ضرورت کاهش هزینه‌های مبادلاتی در تشکیل اراده جمعی، روشن گردد.

### ۲.۱. هزینه‌های مبادلاتی در مرحله تشکیل اراده جمعی

تشکیل اراده جمعی مستلزم هزینه‌های مبادلاتی مختلفی است. از آنجاکه اراده جمعی اشخاص بیشتری را در تصمیم‌گیری دخیل می‌کند، معمولاً هزینه‌های مبادلاتی بیشتری را (در

۱. نعیمی، سیدمرتضی، درآمدی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق، ج ۲، تهران: انتشارات میزان، ۱۴۰۰، ص. ۳۰۱؛ و Cooter, Robert, and Thomas Ulen, Law and Economics, 6th ed., Pearson Education, 2012, p. 87.

۲. شکوهی، محمدرضا، «هزینه‌های مبادلاتی سازماندهی در شرکت ملی نفت ایران»، پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران، د. ۴، ش. ۱۳، ۱۳۹۳، ص. ۱۲۸.



مقایسه با مبادلات دیگر) اقتضا می‌نماید.<sup>۱</sup> جهت ارزیابی کارآمد تشکیل اراده جمعی، هزینه‌های مبادلاتی موجود بررسی می‌گردد:

#### ۲.۱.۱. هزینه‌های هماهنگی، اطلاع‌رسانی و دعوت

رعایت تشریفات در تشکیل اراده‌های جمعی در بسیاری از مصادیق ضروری است. رعایت تشریفات به قدری اهمیت دارد که در برخی مصادیق اراده جمعی ضمانت‌اجرای نقض آن، ابطال اراده جمعی است.<sup>۲</sup> ازجمله تشریفات برای تشکیل اراده جمعی، «هماهنگی، اطلاع‌رسانی و دعوت» اشخاص به جلسه برای مذاکرات و تصمیم‌گیری است.

اهمیت این موضوع را از منظر تحلیل اقتصادی این‌گونه می‌توان تبیین کرد که در صورتی که دعوت از اشخاص به درستی محقق گردد؛ اشخاص بیشتری از تشکیل جلسه مطلع می‌شوند و نسبت به حضور یا عدم حضور در جلسه تصمیم‌گیری می‌نمایند. بنابراین، اشخاصی که در جلسه حاضر می‌شوند آن را موجهی برای افزایش مطلوبیت خود دیده‌اند. ازسوی دیگر، اشخاصی که آگاهانه تصمیم به عدم حضور می‌گیرند، عدم حضور در جلسه را دارای مطلوبیت بیشتر تشخیص داده‌اند.<sup>۳</sup> بنابراین دعوت صحیح فارغ از نتیجه آن (حضور یا عدم حضور اشخاص) مطلوبیت اشخاص را افزایش می‌دهد. از این گذشته، هرچقدر اشخاص بیشتری در نتیجه دعوت صحیح، در جلسه حضور یابند مبتنی بر فرض رفتار عقلانی، تصمیمات جمع اشخاص قاعدتاً خطاهای کمتری نسبت به اشخاص منفرد دارد (خرد جمعی).<sup>۴</sup>

«هماهنگی، اطلاع‌رسانی و دعوت» هزینه‌های مبادلاتی مختلفی دارد که سه مورد از مهم‌ترین آنها به شرح ذیل است:

اولاً لزوم رعایت تشریفات قانونی هزینه تشکیل اراده جمعی را افزایش می‌دهد. در اداره آپارتمان‌ها، مطابق ماده ۶ قانون تملک آپارتمان‌ها، کلیه دعوت‌نامه‌ها بایستی به محل اختصاصی

1. Posner, Richard A., **Economic Analysis of Law**, Wolters Kluwer, 2014, p. 89.

۲. ماده ۲۷۰ ل.ا.ق.ت.

۳. تصور کنید که مجمع سهام‌داران شرکتی در ایران برای تغییر آدرس شرکت دعوت می‌شوند. در صورتی که احدی از سهام‌داران در خارج از ایران مقیم باشد، قاعدتاً برای شرکت در جلسه انگیزه‌ای نخواهد داشت. از آنجاکه تغییر آدرس شرکت به خارج از ایران امکان‌پذیر نیست، حضور در جلسه اولاً برای وی مطلوبیت خاصی نداشته و ثانیاً، مستلزم هزینه حضور در جلسه است. بنابراین، مطلوبیت عدم شرکت در جلسه از شرکت در آن، بیشتر خواهد بود.

4. Simoiu, *Op. Cit.*, p. 171.

مالکین ارسال گردد. در شرکت‌ها، مطابق مواد ۹۷ و ۹۸ ل. ا. ق. ت، مدیران شرکت‌های سهامی به انتشار آگهی دعوت صاحبان سهام در روزنامه برای تشکیل مجامع عمومی مکلف‌اند. در قراردادهای ارفاقی نیز به موجب ماده ۴۷۶ قانون تجارت، عضو ناظر باید ظرف ۸ روز طلب کارها را دعوت و موضوع دعوت را در رقعہ و اعلانات تصریح نماید.

ثانیاً هزینه معامله فقط در اجرای تشریفات نیست، بلکه ضمانت‌اجرائی که برای عدم رعایت تشریفات تعیین شده است نیز نوعی هزینه است. این ضمانت‌اجرا می‌تواند شامل ارائه راهکار قانونی برای رفع نقص در اراده جمعی و حتی اعلان غیرقابل‌جبران بودن آن نقص باشد. در بعضی موارد، مانند ماده ۹۷ ل. ا. ق. ت عدم رعایت تشریفات قابل‌جبران است. توضیح اینکه، اگرچه در تشکیل اراده جمعی، نشر آگهی و رعایت تشریفات دعوت ضروری بوده و عدم رعایت این تشریفات موجب نقص در اراده جمعی می‌شود، باوجود این، قانون‌گذار بیان داشته که در صورت حضور کلیه صاحبان سهام در مجمع، نقص مذکور رفع شده و اراده جمعی به درستی تحقق می‌یابد. در مقابل، ضمانت‌اجرای عدم رعایت تشریفات در بسیاری از موارد، ابطال یا بطلان اراده جمعی است. به‌طورمثال، مطابق ماده ۴۷۹ قانون تجارت، چنانچه تشریفات قانونی در قرارداد ارفاقی رعایت نشود، قرارداد معتبر نیست. این امر در ماده ۴۸۸ قانون تجارت موردتوجه بوده؛ به‌نحوی که عدم رعایت تشریفات از موجبات عدم تصدیق قرارداد ارفاقی توسط دادگاه است.

ثالثاً اطمینان از تحقق حدنصاب‌های قانونی که از شروط تشکیل اراده جمعی است نوعی هزینه مبادله است. اینکه قانون چه حد نصابی را برای تشکیل اراده جمعی تعیین کرده، بر میزان هزینه‌های مبادلاتی و کارآمدی فرایند تشکیل آن مؤثر است. به‌عنوان نمونه، اگرچه در مالکیت مشاع تشریفات خاصی مشخص نشده است، اما هزینه اطلاع‌رسانی، هماهنگی و دعوت قابل توجه است، چراکه از یک‌سو، دعوت‌کننده باید مطمئن گردد که همه مالکین از تشکیل جلسه اطلاع پیدا کرده‌اند. در صورت عدم هماهنگی مالکین، عدم حضور یکی از اشخاص کافی است تا فرصت هرگونه تشکیل اراده جمعی به‌طورکلی سلب شود. ازسوی دیگر، در صورت عدم احراز حدنصاب تشکیل جلسه امکان‌پذیر نیست و هزینه‌های صورت‌گرفته هدر می‌رود. البته در مصادیق دیگر اراده جمعی مثل شرکت‌ها، حصول اطمینان از اطلاع همه اشخاص ضروری نیست و در صورت حضور اکثریت اشخاص امکان تشکیل اراده جمعی فراهم می‌شود. از این

منظر، در مصادیقی که تشکیل اراده جمعی منوط به احراز اتفاق آراست، هزینه‌های مبادلاتی قابل توجهی برای کسب اطمینان از اطلاع اشخاص به وجود می‌آید و هرچقدر تعداد اشخاص بیشتر باشد این هزینه افزایش می‌یابد.

بنابراین به نظر می‌رسد که وضعیت کنونی «هماهنگی‌ها، اطلاع‌رسانی‌ها و دعوت از اشخاص» برای تشکیل اراده جمعی، در نظام حقوقی ایران، مستلزم هزینه‌های مبادلاتی قابل توجه است و قواعد ناظر به آن کارآمد نبوده و نیازمند اصلاح است.

#### ۲.۱.۲. هزینه‌های ناشی از رعایت مواعد قانونی

صرف دعوت از اشخاص برای تشکیل جلسه کافی نبوده و بایستی مواعد قانونی پس از دعوت نیز سپری شود. این مواعد قانونی برای فراهم کردن زمان لازم برای ۱. کسب اطلاع از تشکیل جلسه، ۲. تصمیم به حضور در جلسه، ۳. تدارک مقدمات برای حضور در جلسه، ۴. کسب اطلاعات تکمیلی درخصوص موضوعات جلسه<sup>۱</sup> برای اشخاص دخیل در تشکیل اراده جمعی تعیین می‌شوند. باوجود اهمیت رعایت مواعد قانونی، رعایت مواعد قانونی مستلزم اختصاص زمان بوده و موجب تحمیل هزینه فرصت می‌شود.

در اداره آپارتمان‌ها اگرچه موعد معینی جهت تشکیل جلسه معین نشده، مواعد قانونی برای تجدید جلسات تعیین شده است.<sup>۲</sup> در شرکت‌ها مواعد مختلفی برای تشکیل جلسات مجامع یا هیئت‌مدیره مقرر شده است. در شرکت‌های سهامی، ماده ۹۸ ل. ا. ق. ت نسبت به تعیین مواعد قانونی میان نشر دعوت‌نامه و تشکیل مجامع (حداقل ده روز و حداکثر چهل روز) اقدام نموده است. قانون‌گذار درخصوص مجمع عمومی مؤسس نیز حکم خاص دارد و انتشار آگهی دعوت را حداقل بیست روز قبل از برگزاری جلسه لازم می‌داند (ماده ۷۵ ل. ا. ق. ت). همچنین در صورت تجدید جلسه مجمع عمومی مؤسس، باید فاصله حداقل بیست روز بین جلسات نوبت اول، دوم یا سوم رعایت گردد.

قانون‌گذار تشریفات خاصی برای دعوت از شرکا مال مشاع و رعایت مواعد قانونی برای تشکیل جلسه مقرر ننموده است؛ چراکه عدم حضور حتی یکی شریک می‌تواند مانع تشکیل اراده

۱. ماده ۷۴ قانون تجارت و ماده ۱۳۹ ل. ا. ق. ت.

۲. ماده ۸ قانون تملک آپارتمان‌ها.

جمعی شود. باوجود این، در اداره مال مشاع هزینه‌های ناشی از رعایت مواعد قانونی به دلیل اطمینان از تشکیل جلسه و امکان تصمیم‌گیری، ممکن است بیشتر از سایر مصادیق باشد. اگرچه این موضوع، الزامی مطابق با قانون نیست، اشخاص برای اطمینان از تشکیل جلسه ناگزیر از اختصاص مواعد مناسب‌اند.

میزان مواعد قانونی در مصادیق مختلف اراده جمعی تفاوت دارند. اگرچه با افزایش مواعد قانونی اشخاص قادر به کسب اطلاع و تصمیم‌گیری به‌نحو مناسب‌تری می‌شوند، هزینه زمان و هزینه فرصت نیز افزایش می‌یابد. قاعده حقوقی برای تشکیل اراده جمعی باید تعادل کارآمد بین این دو وضعیت را برقرار کنند. در تعیین تعادل کارآمد باید به تحولات روز توجه داشته باشیم. مواعد مشخص‌شده در قوانین ممکن است سابقاً کارآمد بوده باشند؛ به‌نحوی که هزینه مبادلات رعایت این مواعد کمتر از زیان ناشی از عدم رعایت آن بوده است. باوجود این، بروز تحولات مختلف و عدم انعکاس آن در قوانین، موجب می‌شود تعادل سابق کارآمد نباشد. به‌طورمثال، اگرچه ممکن است فاصله مقرر در ماده ۹۸ ل. ا. ق. ت قبلاً براساس اقتضائات و هزینه‌های مبادلاتی در آن زمان کارآمد بوده باشد، امروزه ازآنجا که با استفاده از ابزارهای مختلف (ازجمله فناوری‌های حمل‌ونقل و ارتباطات و دسترسی به اطلاعات) می‌توان این زمان را کاهش داد، تعادل سابق کارآمد نبوده و تعیین تعادل کارآمد جدید ضروری است.<sup>۱</sup> در تعیین تعادل کارآمد در مواعد قانونی اولاً باید معیارهای آن تعیین شود. مواعد باید باتوجه به «حداقل زمان» برای کسب اطلاع از تشکیل جلسه، تصمیم به حضور یا عدم حضور در جلسه، تدارک مقدمات برای حضور در جلسه، کسب اطلاعات تکمیلی درخصوص موضوعات جلسه تعیین شوند. البته روشن است که این مدت زمان بایستی با ابزارهای مختلف ازجمله ابزارهای حقوقی و فناورانه به حداقل زمان ممکن کاهش یابد. به‌طورمثال با استفاده از ابزارهای الکترونیک برای دعوت یا تشکیل جلسه، می‌توان مواعد موردنیاز برای تشکیل جلسه را کاهش داد؛ چراکه اشخاص در زمان کوتاه‌تری از جلسه مطلع می‌شوند و می‌توانند مقدمات لازم جهت حضور در جلسه را تدارک ببینند و با دسترسی به اطلاعات به‌صورت برخط، مدت زمان کمتری برای کسب اطلاعات نیاز خواهند داشت. ثانیاً، در تعیین مواعد باید به تفاوت‌ها و اقتضائات خاص مصادیق اراده جمعی توجه داشته

1. North, Douglass C., **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**, Cambridge University Press, 1990, p. 81.

باشیم. به‌طورمثال، مدت زمان لازم جهت تدارک مقدمات برای حضور در جلسه یا کسب اطلاع از موضوعات آن در مجمع مؤسس قاعداً بیشتر از مجمع عمومی عادی است. لذا، تعیین موعد قانونی طولانی‌تر بین جلسات مجمع عمومی مؤسس در مقایسه با مجمع عمومی عادی، قابل دفاع به نظر می‌رسد. آنچه در چارچوب قوانین قابل نقد است عدم اتکا به معیار مشخص جهت تعیین مواعد قانونی است. لذا، چنانچه بخواهیم هزینه‌های مبادلاتی ناشی از رعایت مواعد قانونی کاهش یابد، باید با معیار مشخص و در جهت تحقق کارآمدی، قوانین و مقررات را سامان‌دهی نماییم.

به‌این‌ترتیب، رعایت این مواعد مستلزم هزینه‌های مبادلاتی است. عنصر زمان در تشکیل اراده جمعی اهمیت زیادی دارد و هرچه در زمان کوتاه‌تری محقق شود هزینه مبادله آن کاهش می‌یابد. بنابراین رعایت این مواعد همواره هزینه‌ای معادل زمان و هزینه فرصت دارند.

### ۲.۱.۳. هزینه‌های هماهنگی بستر مناسب یا محل جلسات

اصولاً تشکیل جلسه برای تشکیل اراده جمعی الزامی است. جلسات می‌توانند حضوری یا برخط برگزار شوند. اهمیت تشکیل جلسه از منظر تحلیل اقتصادی حقوق در این است که امکان ورود اشخاص به بازی‌های همکارانه را فراهم می‌کند. با ورود به بازی‌های همکارانه و در چارچوب نظریه بازی‌ها، اشخاص از مواضع و ترجیحات دیگران مطلع شوند. اگرچه انجام مذاکرات خارج از جلسات نیز امکان‌پذیر است، اشخاص از طریق حضور در جلسات می‌توانند در لحظه از مواضع دیگران مطلع شوند و براساس آن مواضع خود را سامان‌دهی و ابراز نمایند (تصمیمات استراتژیک)؛ امری که خارج از چارچوب جلسات مقدور نیست. درواقع، در صورت عدم تشکیل جلسه اشخاص باید مواضع خود را به‌صورت یک‌طرفه بیان نمایند، بی‌آنکه به‌طور مناسبی بتوانند از مواضع دیگر اشخاص مطلع گردند.

فارغ از نحوه تشکیل جلسات به‌صورت حضوری یا برخط، پیش‌بینی بستر یا محل مناسب برای تشکیل جلسات الزامی است. در نظام حقوقی ایران، اصولاً جلسات حضوری موردتوجه بوده‌اند؛ چنانچه مطابق ماده ۱۰۰ ل. ا. ق. ت درج نشانی کامل محل برگزاری مجمع ضروری است که به‌طور ضمنی نشان‌دهنده حضوری بودن جلسات است. البته در سال‌های اخیر به‌طور استثنایی و نه به‌عنوان یک قاعده کلی برگزاری جلسات برخط برای تشکیل اراده جمعی پذیرفته شده است؛ کما اینکه مجمع عمومی شرکت‌های بورسی می‌توانند برخط تشکیل شوند.

هماهنگی بستر یا محل مناسب برای تشکیل جلسات مستلزم هزینه‌های مبادلاتی مختلف است. البته تشکیل جلسات حضوری معمولاً پرهزینه‌تر است، چراکه پیش‌بینی محل مناسب برای جلسات و تأمین هزینه‌های آن (از جمله اجاره‌بها)، هزینه‌های بیشتری در مقایسه با جلسات برخط دارد. این هزینه‌ها، زمانی که تعداد اشخاص دخیل در تصمیم‌گیری بالاست، افزایش قابل‌توجهی پیدا می‌کنند. به‌طور مثال، اگر شرکت ایران‌خودرو با هزاران سهام‌دار بخواهد جلسه مجمع عمومی سالیانه خود را هماهنگ کند، نیازمند تهیه محلی با گنجایش کافی خواهد بود. با وجود این مراتب، استقرار بسترهای الکترونیک نیز هزینه‌بر بوده و مستلزم طراحی سامانه‌های فنی و صرف هزینه‌های نگهداری و پشتیبانی است.

#### ۲.۱.۴. هزینه‌های حضور اشخاص در جلسات<sup>۱</sup>

پس از انجام مراتب پیش‌گفته، اشخاص باید در محل جلسات حضور یابند. حضور اشخاص در جلسات مستلزم اختصاص زمان، هزینه‌های رفت‌وآمد، اقامت و سایر هزینه‌های جانبی است. اولاً، اشخاص فارغ از زمانی که به جلسات اختصاص می‌دهند، باید زمانی را برای رفت‌وآمد اختصاص دهند که به‌تنهایی یکی از هزینه‌های قابل تأمل جهت مشارکت در اراده جمعی است. این هزینه‌ها زمانی دوجندان می‌شوند که اشخاص در فواصل طولانی از یکدیگر قرار داشته باشند یا محل جلسه در نزدیکی آنها نباشد. ثانیاً، علاوه بر زمان، باید هزینه‌های رفت‌وآمد به جلسات نیز محاسبه شود. همچنین در صورت برگزاری جلسه خارج از شهر محل اقامت، هزینه‌های اقامت (مانند محل اسکان) و در صورت برگزاری در کشور دیگر، هزینه‌هایی مانند عوارض و ویزا بر اشخاص تحمیل می‌شود. هنگامی که کنشگران عقلانی مجموع هزینه‌های تشکیل اراده جمعی از جمله هزینه‌های حضور در جلسات را از زیان‌های احتمالی ناشی از عدم حضور بیشتر ارزیابی کنند، تصمیم به عدم مشارکت می‌گیرند. این وضعیت، به‌ویژه برای اشخاصی با منافع محدود، مانند سهام‌داران خرد، بیشتر رخ می‌دهد.

به نظر می‌رسد قانون‌گذار اهمیت این هزینه‌ها را دریافته و مقرراتی جهت کاهش آنها وضع نموده است. به‌عنوان مثال، مطابق ماده ۱۰ آیین‌نامه نحوه تشکیل مجامع عمومی تعاونی‌ها مصوب ۱۳۸۷/۳/۹، «محل تشکیل مجمع عمومی باید در محدوده شهری یا روستایی اقامتگاه

۱. این هزینه خاص جلسات حضوری است.

قانونی تعاونی باشد، مگر اینکه ۱۰۰٪ اعضا، محل دیگری را برای تشکیل مجمع توافق نمایند. همچنین محل برگزاری مجمع باید ظرفیت حضور کلیه اعضا یا نمایندگان تام‌الاختیار آنها را داشته و از نظر امکانات برای تشکیل جلسه مجمع مناسب باشد.<sup>۱</sup> قانون‌گذار به‌درستی دریافته که برگزاری جلسه در محدوده خارج از اقامتگاه تعاونی، اعضا تعاونی را متوجه هزینه‌های مبادله قابل توجه می‌کند، بنابراین اقدام به وضع چنین قاعده‌ای نموده است.

ازسوی دیگر، پذیرش مجامع الکترونیک در زمان پاندمی کرونا نیز ناشی از بالابودن هزینه‌های مبادلاتی به‌ویژه هزینه‌های حضور در جلسات بود. این پاندمی با افزایش هزینه‌های حفظ سلامتی و رعایت مقررات محدودکننده شهری، گاه موجب شد هزینه‌های مبادلاتی تشکیل اراده جمعی حتی بیشتر از زیان ناشی از عدم تشکیل آن باشد. این وضعیت قانون‌گذار را بر آن داشت که قواعد جدیدی برای ایجاد تعادل کارآمد تصویب نماید. به این ترتیب، هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار با استناد به بند چ ماده ۶۸ قانون برنامه ششم توسعه، دستورالعمل نحوه برگزاری مجامع عمومی ناشران را در تاریخ ۱۳۹۸/۱۲/۷ تصویب و مجامع الکترونیک را عملی نمود.<sup>۲</sup>

#### ۲.۱.۵. هزینه‌های مربوط به اداره جلسات

نحوه اداره جلسه نیز بر هزینه‌های مبادله تشکیل اراده جمعی مؤثر است. اولاً اداره‌کننده با مدیریت جلسه یا تسهیل ارائه گزارش و اطلاعات به اشخاص کمک می‌نماید که در زمان کمتری به اطلاعات دسترسی پیدا کنند (هزینه دسترسی به اطلاعات برای رسیدن به تقارن اطلاعاتی). به عنوان مثال، مطابق ماده ۴۷۸ قانون تجارت، مدیر تصفیه مکلف است گزارشی از وضعیت دارایی و دیون ورشکسته به مجمع ارائه نماید؛ وظیفه‌ای که در حیطه اختیارات او در اداره مجمع قرار دارد و به تصمیم‌گیری بستانکاران کمک می‌کند. همچنین در شرکت‌های

۱. این موضوع به‌طور ویژه نسبت به شرکت‌های تعاونی اهمیت بیشتری دارد. مطابق ماده ۳۰ قانون بخش تعاونی، تمام اشخاص فارغ از میزان سهم، فقط دارای یک حق رأی هستند که باعث می‌شود حتی اشخاصی که سهم بالاتری دارند، منافع چندانی را در اراده جمعی لحاظ ننمایند.

۲. نک به: سلطانی، محمد، نیکا باغستانی و فائزه سادات بهشتی‌روی، «تأثیر ویروس کرونا بر نحوه برگزاری مجامع عمومی شرکت‌ها با تکیه بر استفاده از ابزارهای الکترونیکی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۱۳۹۹، صص. ۳۲۹-۳۵۷.

سهامی، هیئت‌رئیس مجمع با تسهیل ارائه اطلاعات، دسترسی اشخاص به اطلاعات را مقدور می‌سازد. هیئت‌رئیس وظیفه دارد در موارد مقرر در قانون، با اخذ گزارش از بازرس یا هیئت‌مدیره و ارائه آن به سهام‌داران، تصمیم‌گیری کارآمد را تسهیل کند (ماده ۱۶۷ ل. ا. ق. ت). به این ترتیب، با اتکا به فرایندهای اداره جلسات، اشخاص در زمان کمتری قادر به تبادل اطلاعات می‌شوند.

ثانیاً، اداره‌کننده جلسات با لحاظ منافع مختلف به اشخاص کمک می‌کند منافع مشترک را شناسایی کرده و احتمال بازی همکارانه در تشکیل اراده جمعی را افزایش دهند؛ کما اینکه در تبصره ۲ ماده ۱۳۹ قانون کار، استفاده از شخص بی‌طرف جهت پیشبرد مذاکرات در پیمان‌های دسته‌جمعی کار پیش‌بینی شده است. این شخص که در مسائل کار تبحر دارد، به عنوان کارشناس پیمان‌های دسته‌جمعی معرفی می‌شود و به تصریح ماده ۱۳۹، وظیفه او کمک به دو طرف در پیشبرد مذاکرات دسته‌جمعی و هماهنگی میان اشخاص است. ثالثاً، پیش‌بینی مقررات اداره جلسات زمان موردنیاز برای انجام سایر تشریفات را نیز کاهش می‌دهد؛ چراکه انجام تشریفات و فرایندهای اجرایی و عملیاتی توسط اشخاص منتخب، نیازمند زمان و هزینه‌های کمتری است. به طور مثال، مطابق ماده ۹۹ ل. ا. ق. ت، هیئت‌رئیس مجمع سهام‌داران وظیفه دارد با بررسی سهم یا تصدیق موقت آن، ورقه ورود به جلسه را به سهام‌دار ارائه نماید. انجام این کار توسط هیئت‌رئیس، در مقایسه با حالتی که اشخاص رأساً آن را انجام دهند، زمان کمتری می‌طلبد؛ چراکه امور به صورت متمرکز و تخصصی انجام شده و این امر موجب افزایش کارآمدی می‌شود.<sup>۱</sup> اگرچه اداره جلسات موجب کاهش بعضی هزینه‌های مبادلاتی می‌شود، خود موجب ایجاد بعضی هزینه‌های مبادلاتی نیز می‌گردد. بخشی از این هزینه‌ها ناشی از لزوم رعایت الزامات قانونی در اداره جلسات است. رعایت تشریفات قانونی مستلزم صرف زمان و هزینه‌های اداری و پرسنلی است. برای نمونه، مطابق ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها، ارائه وکالت‌نامه نماینده شرکا به مدیران پیش از تشکیل جلسه مجمع عمومی ضروری است که این امر مستلزم صرف زمان برای اخذ و بررسی وکالت‌نامه‌هاست. همچنین، رعایت تشریفات قانونی مستلزم هزینه‌های اداری و پرسنلی است. به عنوان نمونه، هیئت‌رئیس مجمع باید با استخدام یا

۱. نصیری اقدم، علی، «اقتصاد هزینه مبادله»، *جستارهای اقتصادی*، د. ۳، ش. ۵، ۱۳۸۵، ص. ۳۷۹.



اختصاص پرسنل اداری، شرایط ورود سهام‌داران جهت ورود به جلسه را احراز نماید یا آرای سهام‌داران را شمارش کرده یا صورت جلسه مجمع را نگارش نموده و امضای سهام‌داران را اخذ کند. در این باره می‌توان به ماده ۱۰۱ ل. ا. ق. ت اشاره نمود که اداره مجامع شرکت سهامی را با هیئت‌رئیس‌های متشکل از رئیس، منشی و دو ناظر ممکن دانسته است. منشی جلسه که می‌تواند خارج از سهام‌داران باشد، مستحق حق الزحمه است.

در این راستا، قواعد حقوقی باید به گونه‌ای تنظیم شوند که تعادل کارآمد برقرار شود. قانون‌گذار با وضع قواعد اداره جلسات، تلاش می‌نماید بازی‌های همکارانه را تسهیل کند، اما این قواعد تا زمانی کار آمدند که در مقایسه با هزینه‌های ایجادشده، منافع بیشتری را فراهم نمایند. در غیراین صورت، تعادل کارآمدی برقرار نخواهد شد.

#### ۲.۱.۶. هزینه دسترسی و جمع‌آوری اطلاعات

دسترسی به اطلاعات و تقارن اطلاعاتی پیش شرط هرگونه تصمیم‌گیری و تشکیل اراده جمعی است. تقارن اطلاعات نقشی اساسی در بیشینه‌سازی مطلوبیت دارد. آنچه انگیزه اشخاص از مشارکت در تشکیل اراده جمعی را سلب می‌کند، در بسیاری از موارد، هزینه بالای دسترسی به اطلاعات برای رفع عدم تقارن اطلاعاتی است.<sup>۱</sup> به عنوان مثال، آنگاه که سهام‌داران شرکتی قصد دارند صورت‌های مالی شرکت را تصویب نمایند، عدم تقارن اطلاعاتی قابل توجهی میان سهام‌داران خرد (که نماینده‌ای در هیئت‌مدیره ندارند) و سهام‌داران دارای سهام مؤثر یا کنترلی (که نماینده‌ای در هیئت‌مدیره دارند) وجود دارد. در این وضعیت سهام‌داران خرد باید هزینه‌های بالاتری را (در مقایسه با سهام‌داران دارای سهام مؤثر یا کنترلی) متحمل شوند تا به اطلاعات صحیح و دقیق دسترسی یابند. بالا بودن هزینه‌های مبادلاتی انگیزه سهام‌داران خرد جهت مشارکت در اراده جمعی را سلب می‌کند و موجب می‌شود حتی در صورت تشکیل اراده جمعی، تصمیم به دلیل وجود هزینه‌های مبادلاتی، مطلوبیت آنها را افزایش ندهد.

۱. عدم تقارن اطلاعات یکی از هزینه‌های مبادلاتی مهم در تشکیل اراده جمعی است. البته رفع این تقارن اطلاعاتی نیز مستلزم هزینه‌های مبادلاتی‌ای خواهد بود. به هر روی، قانون‌گذار باید تلاش نماید تعادل بهینه بین دو وضعیت کاهش هزینه‌های مبادلاتی ناشی از عدم تقارن اطلاعاتی و هزینه‌های لازم برای ارتقای تقارن اطلاعاتی را برقرار سازد.

باتوجه به اهمیت دسترسی به اطلاعات، مقررات مختلفی به این مهم توجه داشته‌اند. در اداره آپارتمان‌ها مجمع عمومی باید خزانه‌دار معرفی نماید تا قبوض و اسناد لازم را برای تصویب ترازنامه ارائه نماید. در قراردادهای ارفاقی مدیر تصفیه مکلف است آخرین وضعیت دارایی و دیون ورشکسته را به مجمع گزارش دهد (ماده ۴۷۸ قانون تجارت). درخصوص ضرورت دسترسی به اطلاعات در شرکت‌ها نیز مقررات مختلفی موردتوجه بوده که ازجمله می‌توان به ارائه گزارش مؤسسين قبل از تشکیل مجمع عمومی مؤسس (ماده ۷۴ ل. ا. ق. ت) و دسترسی سهام‌داران به اسناد و مدارک قبل از برگزاری مجمع عمومی (ماده ۱۳۹ ل. ا. ق. ت)، تهیه خلاصه صورت دارایی و صورت مالی توسط هیئت مدیره جهت ارائه به بازرسان (مواد ۱۳۷ و ۲۳۲ ل. ا. ق. ت) در شرکت‌های سهامی و ارائه گزارش مالی، ترازنامه، طرح‌ها، برنامه‌ها به مجمع در شرکت‌های تعاونی (ماده ۳۷ قانون بخش تعاون) اشاره نمود.

ازسوی دیگر، علاوه بر شناسایی تکالیف قانونی، نهاد بازرس در شرکت‌ها برای تسهیل دسترسی به اطلاعات صحیح پیش‌بینی شده است. از منظر تحلیل اقتصادی حقوق، بازرسان باید امکان دسترسی به اطلاعات را با کمترین هزینه فراهم کنند. آن‌ها موظف‌اند وضعیت کلی، وضعیت مالی و تخلفات را به مجمع عمومی گزارش دهند.<sup>۱</sup>

این تدابیر با هدف کاهش هزینه دسترسی به اطلاعات و رفع عدم تقارن اطلاعاتی وضع شده‌اند. برای تضمین این هدف، که مقدمه ضروری پیشینه‌سازی مطلوبیت اشخاص و ارتقای کارآمدی است، ضمانت‌اجراهایی وضع شده تا هزینه عدم افشای اطلاعات صحیح بیش از منافع سوءاستفاده از عدم تقارن اطلاعاتی باشد. به‌طور مثال، عدم ارائه اطلاعات صحیح یا تصدیق اطلاعات خلاف حقیقت توسط بازرسان در مواد ۲۵۸، ۲۶۳ و ۲۶۷ ل. ا. ق. ت جرم‌انگاری شده است. همچنین، در شرایطی بطلان اراده جمعی به‌استناد دسترسی به اطلاعات غیر صحیح امکان‌پذیر است (ماده ۴۹۰ قانون تجارت درخصوص قراردادهای ارفاقی).

دسترسی به اطلاعات و اعتبارسنجی آنها مستلزم هزینه‌های مبادلاتی مختلف است.<sup>۲</sup> عدم دسترسی به اطلاعات با هزینه مناسب یا همان عدم تقارن اطلاعاتی، از مهم‌ترین هزینه‌هایی

۱. مواد ۱۴۹، ۱۵۰، ۱۵۱ ل. ا. ق. ت، و مواد ۱۶۸ و ۱۷۰ قانون تجارت و ماده ۴۱ قانون بخش تعاون.

2. Allen, Douglas W., "What Are Transaction Costs?," *Research in Law and Economics*, Vol. 14, 1991, p. 1.

است که اشخاص در تشکیل اراده جمعی متحمل می‌شوند؛ چراکه اشخاص بدون دسترسی به اطلاعات صحیح و کافی، قادر به تصمیم‌گیری صحیح نیستند.<sup>۱</sup> اولاً دسترسی به اطلاعات و اعتبارسنجی آن نیازمند هزینه زمان است. به‌طورمثال، مطابق ماده ۷۴ قانون تجارت پذیرهنویسان سهام باید برای دریافت گزارش مؤسسين به محل تعیین‌شده مراجعه نمایند. همچنین به‌موجب ماده ۱۳۹ ل. ا. ق. ت، سهام‌داران برای دسترسی به ترازنامه، حساب سود و زیان، گزارش عملیات مدیران و گزارش بازرسان باید به مرکز شرکت مراجعه کنند و رونوشت بگیرند؛ امری که مستلزم صرف زمان و دیگر هزینه‌هاست. ثانیاً، دسترسی به اطلاعات و اعتبارسنجی آن مستلزم استفاده از خدمات بازرسان و کارشناسان است. نقش بازرسان یا کارشناسان در اعتبارسنجی اطلاعات چنان مهم است که تصویب صورت دارایی و ترازنامه و حساب سود و زیان شرکت بدون دریافت گزارش از بازرسان فاقد اعتبار است (مطابق ماده ۱۴۸ ل. ا. ق. ت) یا در پاره‌ای موارد، ارائه نظر مشورتی توسط بازرسان ضروری دانسته شده است.<sup>۲</sup> در این موارد، مجمع می‌تواند خلاف نظر بازرسان تصمیم‌گیری نماید؛ اما بدون نظر وی تصمیم‌گیری معتبر نیست.<sup>۳</sup> بنابراین، بازرسان باید با صرف زمان اطلاعات صحیح را تحصیل و به اشخاص ارائه نمایند. همچنین مطابق ماده ۷۶ ل. ا. ق. ت، مؤسسين باید قبل از اقدام به دعوت مجمع عمومی مؤسس نظر کتبی کارشناس رسمی وزارت دادگستری را در مورد ارزیابی آورده‌های غیرنقد دریافت نمایند. بنابراین در این موارد نیز کارشناس نقشی مانند بازرسان ایفا نموده و باید نسبت به بررسی موضوع و ارائه گزارش اقدام نماید. استفاده از خدمات این کارشناسان و بازرسان مستلزم هزینه‌های مختلفی است. ثالثاً ضمانت‌اجرای عدم رعایت تکالیف مقرر خود منجر به افزایش هزینه‌های مبادلاتی می‌شود. رابعاً موقعیت برتر اطلاعاتی برخی اشخاص نسبت به سایرین، هزینه رفع عدم تقارن اطلاعاتی را افزایش می‌دهد. به‌عنوان مثال، مطابق مواد ۱۳۷ و ۲۳۲ ل. ا. ق. ت، هیئت‌مدیره باید خلاصه صورت دارایی و صورت مالی را تهیه و برای بازرسان ارسال کند. به‌این‌ترتیب، اطلاعات در اختیار این اشخاص است و اگر به تکالیف خود عمل نکنند، سایرین

1. Crook, T. Russell, James G. Combs, David J. Ketchen, Jr., and Herman Aguinis, "Organizing Around Transaction Costs: What Have We Learned and Where Do We Go from Here?," *Academy of Management Perspectives*, Vol. 27, No. 1, 2013, p. 64.

۲. مواد ۱۲۹، ۱۶۱، ۱۹۱ و ۱۶۷ ل. ا. ق. ت.

۳. معتمدی، جواد، درسنامه حقوق تجارت، ج ۳، تهران: اندیشه ارشد، ۱۴۰۰، ص. ۲۱۲.

قادر به دسترسی مناسب به اطلاعات نخواهند بود. این موقعیت ممکن است موجب سوءاستفاده شده و اشخاص در موقعیت برتر، از ارائه اطلاعات صحیح امتناع یا حتی اطلاعات خلاف واقع ارائه کنند.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر تاجایی که هزینه ناشی از ضمانت‌اجراهای نقض قواعد تسهیل‌کننده دسترسی به اطلاعات برای اشخاص کمتر از منافع حاصل از موقعیت برتر اطلاعاتی باشد، فرصت‌طلبی شکل می‌گیرد و این امر، هزینه تشخیص اطلاعات صحیح و اعتبارسنجی آنها را افزایش می‌دهد.

#### ۲.۱.۷. هزینه‌های مذاکره

اشخاص برای تشکیل اراده جمعی ناگزیر به انجام مذاکرات‌اند. اهمیت مذاکرات در این است که تشکیل اراده جمعی نوعی تصمیمات استراتژیک بوده و اشخاص برای توافق وارد بازی‌های همکاری می‌شوند. مواضع اشخاص تنها ناشی از منافع و انگیزه‌های شخصی نبوده، بلکه متأثر از مواضع دیگران است.<sup>۲</sup> به این ترتیب، اشخاص بیش از هر چیز به دنبال کسب اطلاعات از مواضع ترجیحات سایرین‌اند؛ چراکه آگاهی از این ترجیحات، قدرت مذاکراتی آنها را تغییر می‌دهد. بدین ترتیب، اشخاص با ورود به بازی‌های همکاری، اطلاعات را مبادله می‌کنند و در نهایت به توافق می‌رسند. آنچه اشخاصی را که منافع مختلفی داشته و انگیزه مشترکی ندارند، نسبت به اشخاصی که برای تبادل اطلاعات و حصول توافق مشترک تلاش می‌نمایند متفاوت می‌سازد، ورود اشخاص گروه دوم به بازی‌های همکاری از طریق انجام مذاکرات است.

انجام مذاکرات مستلزم هزینه‌های مبادلاتی مختلفی است.<sup>۳</sup> مذاکرات تنها در جلسات رسمی و مطابق با تشریفات قانونی انجام نمی‌شود، بلکه اشخاص از زمان تصمیم به تشکیل اراده جمعی، مذاکرات مقدماتی را آغاز می‌کنند. در عمل، پیش از جلسات رسمی و در طول تمام مراحل، اشخاص در حال بررسی اطلاعات، ارزیابی مواضع دیگران و تبادل نظر برای دستیابی به نقطه مشترک‌اند. به این ترتیب، فرایند مذاکره را می‌توان از طولانی‌ترین و هزینه‌برترین اقدامات

1. Wathne, Kenneth H., and Jan B. Heide, "Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions," *Journal of Marketing*, Vol. 64, No. 4, 2000, p. 42.

2. Lee, Daeyeol, "Game Theory and the Neural Basis of Social Decision Making," *Nature Neuroscience*, Vol. 11, No. 4, 2008, p. 404.

3. Schlag, Pierre, "The Problem of Transaction Costs," *Southern California Law Review*, Vol. 62, 1988, p. 1675; Coase, Ronald H., "The Nature of the Firm (1937)," in *Williamson, Oliver E., and Sidney G. Winter (eds.), 1993, p. 4.*

اشخاص جهت تشکیل اراده جمعی در نظر گرفت. هزینه‌های مذاکره شامل هزینه‌های بررسی گزارش‌ها، تحقیق و پژوهش، بررسی اطلاعات، ارتباط با دیگر اشخاص به منظور کسب اطلاع از ترجیحات آنها، بحث و بررسی و نهایتاً اخذ تصمیمات استراتژیک و... است.<sup>۱</sup> در ادامه دو عنوان هزینه زمان و هزینه خدمات مشاوره‌ای بررسی می‌شوند.

اولاً، انجام مذاکرات مستلزم هزینه زمان قابل توجهی است که شامل مجموع زمان بررسی گزارشات و اطلاعات، کسب اطلاعات راجع به مواضع دیگر اشخاص، ارتباط با آنها و نهایتاً بحث نهایی راجع به موضوعات است. آنچه در جلسات نهایی و طبق مقررات قانونی صورت می‌پذیرد، تنها بخشی از فرایند مذاکره است، باوجود این، گاهی پیچیدگی مذاکرات به حدی است که یک جلسه کافی نیست و جلسات باید تجدید شوند. به طور مثال، تجدید جلسه مجمع عمومی تا دو هفته پس از جلسه نخست امکان‌پذیر است (ماده ۱۰۴ ل. ا. ق. ت). در این موارد، علاوه بر جلسات جدید، باید زمان بیشتری برای بررسی تکمیلی گزارش و اطلاعات، ارزیابی مواضع دیگران و گفت‌وگو اختصاص یابد. در قراردادهای ارفاقی نیز تجدید جلسه برای دو بار امکان‌پذیر است (ماده ۴۸۲ قانون تجارت) و فاصله جلسه اول تا جلسه دوم باید یک هفته باشد (ماده ۴۸۱ قانون تجارت). البته طلبکاران پس از تصدیق قرارداد، مهلت ده‌روزه‌ای نیز برای پذیرش یا امضای قرارداد دارند (مطابق ماده ۴۸۹ قانون تجارت). این مقرر نشان می‌دهد فرایند کسب اطلاعات و مذاکرات گاهی حتی پس از تشکیل اراده جمعی نیز ادامه می‌یابد. در این مهلت‌های تنفس یا بازه‌های زمانی، اشخاص می‌توانند اطلاعات جدیدی به دست آورند یا مواضع خود را تغییر دهند. چنان‌که در جلسات تجدیدی (ماده ۴۸۲ قانون تجارت) یا حتی پس از انعقاد قرارداد، اشخاص می‌توانند با توجه به داده‌های تازه و مذاکرات تکمیلی، از رأی پیشین خود عدول کنند. ثانیاً، پیچیدگی برخی مذاکرات ایجاب می‌کند که از خدمات مشاوره‌ای در حوزه‌های مالی، حقوقی و فنی استفاده شود. به همین دلیل است که حضور وکیل یا قائم‌مقام قانونی صاحب سهم و همچنین نمایندگان شخصیت حقوقی در مجامع عمومی قابل قبول می‌باشد (ماده ۱۰۲ ل. ا. ق. ت). بنابراین، انجام مذاکرات پیچیده گاه مستلزم استفاده از خدمات مشاوره‌ای و پذیرش هزینه‌های آن است.

1. Cooter, *Op.Cit.*, p. 74.

#### ۲.۱.۸. هزینه‌های توافق نهایی

آنگاه که اشخاص مذاکرات خود را به اتمام می‌رسانند، متحمل هزینه‌های مبادلاتی درخصوص ۱. ابراز اراده، ۲. ثبت، اعلام (آگهی) یا تأیید آن می‌شوند. اولاً اشخاص باید اراده خود را اعلام و ابراز نمایند. ابراز اراده به هر نحو امکان‌پذیر است؛ اما در اغلب مصادیق اراده جمعی، این امر از طریق رأی‌گیری یا امضای صورت‌جلسات، اسناد و قراردادهای انجام می‌شود. هرچند این فرایندها برای احراز و تعیین اراده اشخاص ضروری‌اند، مستلزم هزینه‌های مبادلاتی مختلف‌اند. عمده این هزینه‌ها شامل هزینه زمان و هزینه‌های اجرایی و اداری است. برای تبیین اهمیت این هزینه، می‌توان به شیوه رأی‌گیری در مجامع عمومی شرکت‌های سهامی یا مجامع آپارتمان‌ها اشاره نمود. در این مجامع، که گاه بیش از صدها سهام‌دار یا مالک در آن حضور دارند، جهت احراز اراده اشخاص باید رأی‌گیری صورت گیرد؛ امری که به دلیل عدم پیشرفت سیستم‌های رأی‌گیری زمان‌بر بوده و مستلزم هزینه‌های اجرایی است. ازسوی دیگر، امضای صورت‌جلسات، اسناد و قراردادهای ارفاقی یا پیمان‌دسته‌جمعی‌کار نیز وضعیت مشابهی دارد. همچنین، باید در نظر داشت که عدم رعایت ترتیبات در رأی‌گیری یا امضای مدارک موجبات خدشه به اعتبار اراده جمعی را فراهم می‌نماید و این چنین اشخاص ناچارند با صرف زمان و منابع بیشتری، صحت این فرایند را تضمین نمایند. ثانیاً هرچند با احراز اراده اشخاص قاعداً اراده جمعی تشکیل شده تلقی می‌شود، گاهی ثبت، اعلام (آگهی) یا تأیید اراده جمعی نیز برای اعتبار و نفوذ کامل آن ضروری است. طی این تشریفات از یک سو، مستلزم اختصاص زمانی قابل‌توجه است. در فرض نبود چنین تشریفات، اشخاص می‌توانستند صرفاً با توافق، اراده جمعی را محقق نمایند؛ درحالی‌که در مصادیق موجود طی تشریفات جهت ثبت اراده جمعی (مثلاً تهیه صورت‌جلسات)، اعلام آن (مثلاً اعلام و ارسال صورت‌جلسات به اداره ثبت شرکت‌ها) و اخذ تأییدات مربوطه (مثلاً دریافت و اخذ تأیید از وزارت کار و امور اجتماعی یا اخذ تأیید از دادگاه صادرکننده حکم ورشکستگی)، فرایندی زمان‌بر است. به‌عنوان مثال، در شرکت‌های سهامی، مطابق ماده ۱۰۵ ل. ا. ق. ت، ثبت اراده جمعی ضروری است. همچنین، در اداره آپارتمان‌ها، مطابق ماده ۱۲ آیین‌نامه اجرای قانون تملک آپارتمان‌ها، کلیه تصمیمات مجمع عمومی باید در صورت جلسه نوشته شود. ضمناً، مطابق ماده ۱۲۳ ل. ا. ق.

ت، برای جلسات هیئت‌مدیره باید صورت‌جلسه‌ای تنظیم شود و به امضای اکثریت مدیران حاضر برسد. همچنین مطابق ماده ۱۰۶ ل. ا. ق. ت، در موارد معین‌شده، صورت‌جلسه باید به مرجع ثبت شرکت‌ها ارسال گردد.<sup>۱</sup> ضمناً مطابق ماده ۱۲۸ ل. ا. ق. ت، درخصوص انتخاب مدیرعامل و تعیین حدود اختیارات او، ارسال صورت‌جلسه به اداره ثبت شرکت‌ها و انتشار آگهی در روزنامه رسمی الزامی است. در قراردادهای ارفاقی نیز مطابق ماده ۴۸۶ قانون تجارت، نفوذ قرارداد ارفاقی منوط به تأیید دادگاه صادرکننده حکم ورشکستگی است. در این باره، مطابق ماده ۴۸۷، عضو ناظر باید قبل از صدور حکم دادگاه، گزارشی درخصوص کیفیت ورشکستگی و امکان قبول قرارداد ارائه نماید. ضمناً، در پیمان‌های دسته‌جمعی کار، مطابق ماده ۱۴۰ قانون کار، ارسال یک نسخه از پیمان دسته‌جمعی کار به وزارت کار و اخذ تأییدیه الزامی است. مطابق ماده ۱۴۱ قانون، وزارت کار موظف است ظرف ۳۰ روز اعتبار و قابلیت اجرای پیمان را بررسی و اعلام کند.

ازسوی دیگر، انجام تشریفات فوق، علاوه بر هزینه زمان، معمولاً هزینه‌هایی ازجمله هزینه‌های اجرایی، اداری و حقوقی دارد. به‌عنوان مثال، برای تهیه و ثبت صورت‌جلسات، معمولاً پرسنل اداری به کار گرفته می‌شوند. همچنین می‌توان به هزینه‌های اعلام و ارسال صورت‌جلسات و انتشار آگهی اشاره نمود که اداره ثبت شرکت‌ها تعیین می‌نماید. علاوه بر این، اخذ تأییدات قانونی مستلزم پرداخت هزینه به دادگاه، وزارت کار یا سایر مراجع ذی‌ربط پرداخت است.

#### ۲.۱.۹. هزینه فرصت

هریک از عناوین پیش‌گفته، علاوه بر تحمیل هزینه‌های مستقیم بر اشخاص، هزینه فرصت نیز ایجاد می‌کنند. هرچند هزینه فرصت را می‌توان در ذیل هر مرحله بررسی کرد، به دلیل اهمیت آن، در این بخش به‌طور مستقل تحلیل می‌شود. درواقع، برآورد هزینه واقعی در هر مرحله مستلزم لحاظ کردن هزینه فرصت است، اما این هزینه چنان نقش تعیین‌کننده‌ای دارد که بررسی مجزای آن ضرورت دارد.

هزینه فرصت مفهومی است که رابطه میان کمیابی منابع و انتخاب را نشان می‌دهد؛ زیرا اشخاص ناگزیرند با محدودیت منابع، میان گزینه‌های مختلف دست به انتخاب بزنند. هزینه

۱. عدم ارسال صورت‌جلسه یا ارسال اطلاعات اشتباه آن مطابق بند ۳ ماده ۲۴۳ ل. ا. ق. ت جرم‌انگاری شده است.

فرصت برابر است با هزینه مرتبط با بهترین فرصت ازدست‌رفته. هزینه فرصت محدود به هزینه های پولی یا مالی نیست<sup>۱</sup> و می‌تواند هر چیز ارزشمندی را دربرگیرد که از جمله می‌توان به هزینه واقعی گزینه کنار گذاشته شده و زمان ازدست‌رفته اشاره نمود.<sup>۲</sup> از منظر اقتصادی هزینه هر کالا یا خدمت، ارزش فرصتهایی است که برای به‌دست آوردن آن کنار گذاشته می‌شود.<sup>۳</sup>

یکی از مهم‌ترین هزینه‌های تشکیل اراده جمعی هزینه فرصت است.<sup>۴</sup> آنگاه که زمان، انرژی، منابع اشخاص برای حصول توافق، صرف تشریفات و اقدامات هزینه‌بر قانونی می‌شود، فرصت‌های دیگری از دست می‌رود. هزینه فرصت اشخاص در هریک مصادیق اراده جمعی و البته در مراتب مختلف یکسان نیست. به عنوان نمونه، در شرکت‌ها معمولاً میانگین هزینه فرصت اعضای هیئت‌مدیره برای حضور در جلسات، بیشتر از هزینه فرصت سهام‌داران عادی است؛ زیرا اعضای هیئت‌مدیره غالباً فعالیت‌های اقتصادی بیشتری داشته و فرصت‌های متنوع‌تری در اختیار دارند. به همین دلیل، قانون‌گذار در ماده ۱۳۴ ل. ا. ق. ت، امکان پرداخت حق حضور یا پاداش عملکرد به اعضای هیئت‌مدیره را پیش‌بینی کرده است تا انگیزه مشارکت آنان تقویت شود. بنابراین، برای محاسبه هزینه فرصت باید به صورت موردی و براساس مصداق اراده جمعی عمل نماییم.

## ۲.۲. پیامدهای هزینه‌های مبادلاتی

ارزیابی هزینه‌های مبادلاتی تشکیل اراده جمعی، امری پیچیده است.<sup>۵</sup> تنها ارزیابی بخشی از هزینه‌ها در یک مجمع فرضی شرکت سهامی نشان می‌دهد طی مراحل تشکیل اراده جمعی در مجمع عمومی حداقل یک ماه زمان می‌برد. همین محاسبات برآوردی و ساده، خود بیانگر بالابودن هزینه‌های مبادلاتی در نظام حقوقی ایران است. بالاین حال، بررسی جامع هزینه‌های مبادلاتی نیازمند بررسی تمام هزینه‌های مربوطه است، لذا بررسی دقیق میزان هزینه‌های مبادلاتی در تشکیل اراده جمعی راحت نیست و تاکنون روش دقیقی برای ارزیابی کمی این

۱. نظری، محسن، **مبانی علم اقتصاد**، تهران: انتشارات نگاه دانش، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۷.

۲. نظری، محسن، «هزینه فرصت»، دانشنامه اقتصاد، د. ۱، ش. ۱، ۱۳۹۷، ص. ۱.

۳. ابونوری، عباسعلی، **اقتصاد خرد**، ج. ۲، چ. ۴، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۶، ص. ۴۷۶.

4. Yousuf, Allam, "Transaction Costs: A Conceptual Framework", *International Journal of Engineering and Management Sciences*, Vol. 2, No. 3, 2017, pp. 136-137.

5. Collins, Bruce M., and Frank J. Fabozzi, "A Methodology for Measuring Transaction Costs", *Financial Analysts Journal*, Vol. 47, No. 2, 1991, pp. 27-36.



هزینه‌ها ارائه نشده است<sup>۱</sup> و در این نمونه هم تنها به یکی از هزینه‌ها (زمان) توجه داشته‌ایم. در ادامه مختصراً پیامدهای بالابودن هزینه‌های مبادلاتی در اراده جمعی را بررسی می‌نماییم.

پیامد اول بالابودن هزینه‌های مبادلاتی، «اختصاص منابع به صورت غیرکارآمد» است.<sup>۲</sup> در صورت وجود هزینه‌های مبادلاتی، منابع اشخاص به صورت کارآمد تخصیص نشده و بخشی از منابع تنها برای جبران هزینه‌های مبادلاتی صرف می‌شوند؛ درحالی‌که این منابع باید به نحوی مصروف می‌شدند که بیشترین مطلوبیت حاصل گردد.<sup>۳</sup> پیامد دوم «کاهش میزان تشکیل اراده جمعی» در مقایسه با اراده‌های انفرادی است.<sup>۴</sup> آنگاه که هزینه‌های تشکیل اراده جمعی افزایش می‌یابد، دور از ذهن نیست که اشخاص دیگر انگیزه‌ای برای تشکیل اراده جمعی نداشته و امور خود را از طریق اراده‌های انفرادی مدیریت نمایند. به عنوان مثال، وقتی هزینه‌های مبادلاتی تشکیل اراده جمعی در مالکیت مشاع افزایش می‌یابد، اشخاص ترجیح می‌دهند از تملک مال به نحو اشاعه اجتناب نمایند. این وضعیت به خصوص نسبت به اشخاصی که منافع کمتری دارند (مانند سهام‌داران خرد) اهمیت دوچندان پیدا می‌کند. کاهش میزان تشکیل اراده‌های جمعی نیز منجر به کاهش منافع احتمالی در اراده جمعی از جمله تجمع سرمایه می‌شود. پیامد سوم «کاهش سرعت تشکیل اراده جمعی» است.<sup>۵</sup> درواقع، حتی اگر وجود هزینه‌های مبادلاتی میزان تشکیل اراده‌های جمعی را کاهش ندهد، ممکن است منجر به کاهش سرعت در تشکیل اراده جمعی شود. با افزایش هزینه‌های مبادلاتی موانع تشکیل اراده جمعی افزایش می‌یابد. حال از یک سو، با افزایش موانع زمان بیشتری لازم است تا آنها را پشت سر گذاشت و از سوی دیگر، اشخاصی که با ریسک و عدم قطعیت بیشتری راجع به اراده جمعی روبه‌رو می‌شوند، برای تشکیل اراده جمعی تعلل بیشتری می‌نمایند تا اطلاعات بیشتری به دست آورند. پیامد چهارم «دوری از سازکارهای قانونی در تشکیل اراده‌های جمعی» در مقایسه با سازکارهای جایگزین است. هنگامی که

1. Wallis, John J., and Douglass North, "Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870-1970", in *Long-Term Factors in American Economic Growth*, University of Chicago Press, 1986, pp. 95-96.

2. Todorova, Tamara, "The Transaction-Cost Roots of Market Failure", *Journal of Advanced Research in Management (JARM)*, Vol. 6, No. 11, 2015, pp. 30-44.

3. Anderlini, Luca, and Leonardo Felli, "Transaction Costs and the Robustness of the Coase Theorem", *The Economic Journal*, Vol. 116, No. 508, 2006, p. 1.

4. Coase, *Op.Cit.*, p. 6; North, *Op.Cit.*, p. 67.

5. North, *Op.Cit.*, p. 29.

اشخاص تمایل دارند در تشکیل اراده جمعی مشارکت نمایند اما سازکارهای موجود را ناکارآمد می‌دانند، تلاش می‌نمایند سازوکار جایگزینی انتخاب کنند. به عنوان مثال، اشخاصی که نحوه و فرایند اداره شرکت‌ها را کارآمد ارزیابی نمی‌کنند، ممکن است خارج از چارچوب شرکت‌ها تجارت خود را پیش برند که می‌تواند به دلیل انجام مبادله خارج از شرکت، کارآمدی را کاهش دهد.<sup>۱</sup> پیامد پنجم «عدم رعایت تشریفات قانونی در تشکیل اراده‌های جمعی» است. در این فرض، اگرچه اشخاص همچنان مطلوبیت تشکیل اراده جمعی از طریق سازکارهای موجود را بیشتر از هزینه‌های آن ارزیابی می‌کنند، اما می‌کوشند با دور زدن تشریفات از هزینه‌های خود بکاهند. در این باره می‌توان به امضای اسناد و صورت‌جلسات به صورت دست گردان اشاره نمود. به این معنا که اساساً جلسه‌ای برای مجامع یا هیئت‌مدیره شرکت‌ها، مجمع مالکین آپارتمان‌ها، یا مجمع عمومی طلبکاران تشکیل نشده و تنها صورت‌جلسه یا قراردادی تهیه و دست گردان می‌شود. پیامد ششم «فرصت‌طلبی» در تشکیل اراده جمعی است.<sup>۲</sup> درواقع، اشخاصی که تمایل دارند بیشترین امتیاز را حاصل نمایند، با تمسک به ابزارهای مختلف سعی می‌نمایند این مهم را محقق نمایند.<sup>۳</sup> برخی نویسندگان فرصت‌طلبی را بهره‌برداری از آسیب‌پذیری شریک قراردادی دانسته‌اند.<sup>۴</sup> بعضی اشخاص هنگامی که هزینه‌های مبادلاتی دیگر اشخاص را قابل توجه ارزیابی می‌کنند، سعی می‌نمایند با سوءاستفاده از موقعیت منافع شخصی خود را در مقایسه با دیگر اشخاص حداکثر نمایند.<sup>۵</sup> مثلاً، مدیران شرکت‌ها برای اینکه نصاب کمتری از سهام‌داران در مجمع شرکت حضور داشته باشند، مکان دور از دسترسی را برای برگزاری جلسات انتخاب می‌نمایند. پیامد هفتم «افزایش اختلافات و تعارضات» است. درواقع، بالابودن هزینه‌های مبادلاتی موجب می‌گردد تصمیمات اشخاص منجر به حداکثر شدن مطلوبیت ایشان نگردد. بنابراین، هنگامی که اشخاص اراده جمعی تشکیل شده را کارآمد ارزیابی نکنند، به راه‌حل‌های

1. Alchian, Armen A., and Harold Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization", *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5, 1972, p. 777.

2. Williamson, *Op. Cit.*, p. 30.

۳. انصاری، مهدی، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای**، ج ۲، تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳، ص. ۴۱۹.

4. Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 3rd ed., Boston: Little, Brown and Company, 1986, p. 81.

5. Williamson, Oliver E., "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *The Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979, p. 234.

جایگزین روی می‌آورند، راه‌حلهایی که ممکن است با منافع دیگر اشخاص در تعارض بوده و منجر به بروز اختلافات گردد.

### نتیجه‌گیری

ارزیابی کارآمدی فرآیند تشکیل اراده جمعی در نظام حقوقی ایران با استفاده از روش ارزیابی هزینه‌های مبادله نتایج ذیل را به‌دست داد:

هزینه‌های مبادلاتی از جمله در فرایند «تشکیل» اراده جمعی قابل‌مشاهده است. هزینه‌های مبادلاتی در مرحله تشکیل اراده جمعی عبارت‌اند از: «هزینه‌های هماهنگی، اطلاع‌رسانی و دعوت»، «هزینه‌های ناشی از رعایت مواعید قانونی»، «هزینه‌های هماهنگی بستر مناسب یا محل جلسات»، «هزینه‌های حضور اشخاص در جلسات»، «هزینه‌های مربوط به اداره جلسات»، «هزینه دسترسی و جمع‌آوری اطلاعات»، «هزینه‌های مذاکره»، «هزینه‌های توافق نهایی» و «هزینه فرصت».

ارزیابی این هزینه‌های مبادلاتی کار راحتی نیست. باوجود این، مجموع هزینه مبادله در مصادیق اراده جمعی در نظام حقوقی ایران بر اساس معیار زمان نشان می‌دهد هزینه‌های تشکیل اراده جمعی چنان بالاست که گاه از منافع احتمالی تشکیل اراده جمعی فزونی می‌یابند. در این وضعیت اشخاص تمایلی به تشکیل اراده جمعی ندارند. بالا بودن هزینه‌های تشکیل اراده جمعی منجر به دور شدن از وضعیت کارآمد شده است. این وضعیت نتایج سوء مختلفی از جمله «اختصاص منابع به صورت غیرکارآمد»، «کاهش میزان تشکیل اراده‌های جمعی»، «کاهش سرعت تشکیل اراده‌های جمعی»، «دوری از سازکارهای قانونی»، «عدم رعایت تشریفات قانونی»، «افزایش احتمال بروز رفتارهای فرصت‌طلبانه» و «افزایش اختلافات و تعارضات» را به‌دنبال دارد.

در این وضعیت، که هزینه مبادله تشکیل اراده جمعی بالاست، ضروری است نظام حقوقی با هدف رشد و توسعه اقتصادی، اصلاحاتی در قواعد اراده‌های جمعی خود به‌عمل آورد. برای اصلاح این قواعد ابتدا باید هزینه‌های مبادلاتی مربوطه به تشکیل اراده جمعی شناسایی، و سپس از طریق سازکارهای مختلف تلاش شود که این هزینه‌ها را تاجایی که میزان کاهش آنها بیشتر از

منافع ازدست‌رفته باشد، کاست. این پژوهش بر آن بود که بخشی از گام نخست که شناسایی هزینه مبادله در تشکیل اراده‌های جمعی در نظام حقوقی ایران است را به‌انجام رساند. بررسی هزینه‌های مبادلاتی در مرحله اثبات اراده جمعی و ارائه سازکارهای کاهش هزینه‌های مبادلاتی موضوع پژوهش‌های آتی خواهد بود.

این پژوهش بر شناسایی عناوین کلی هزینه‌های مبادلاتی تأکید داشته و به‌منظور تسهیل محاسبه هزینه‌های مبادلاتی معیار زمان را معرفی نموده‌است. برای ادامه مسیر این پژوهش پیشنهاد می‌شود که پژوهشگران در حوزه اقتصاد و حقوق با بررسی قوانین و مقررات و مصادیق اراده جمعی به کمی‌سازی هزینه تبیین شده در این پژوهش بپردازند. در واقع نیاز است هزینه‌های موجود در تشکیل و اراده جمعی مدل‌سازی شده و قابل اندازه‌گیری شوند تا اشخاص بتوانند با سهولت بیشتری هزینه‌های مبادلاتی را محاسبه و اقدام به اتخاذ تصمیمات کارآمد بنمایند.

## منابع

### کتاب

۱. ابونوری، عباسعلی، **اقتصاد خرد**، ج ۲، چ ۴، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۶.
۲. انصاری، مهدی، **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، چ ۲، تهران: انتشارات جاودانه، ۱۳۹۳.
۳. معتمدی، جواد، **درسنامه حقوق تجارت**، چ ۳، تهران: اندیشه ارشد، ۱۴۰۰.
۴. نعیمی، سیدمرتضی، **درآمدی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق**، چ ۲، تهران: انتشارات میزان، ۱۴۰۰.
۵. نظری، محسن، **مبانی علم اقتصاد**، تهران: انتشارات نگاه دانش، ۱۳۹۲.
۶. نورث، دالاس سی، **نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی**، ترجمه محمدرضا معینی، تهران: انتشارات سازمان برنامه‌وبودجه، ۱۳۷۷.

## مقاله

۷. آخوندی، روح‌الله، «نقدی بر تلقی اراده در فقه»، *جستارهای فقهی و اصولی*، د. ۲، ش. ۵، ۱۳۹۵، صص. ۴۵-۶۸. DOI: 10.22081/jrj.2017.64509
۸. صادقی، محسن، «توجیه حقوقی قرارداد ارفاقی و پیمان دسته‌جمعی کار باتوجه به اصل نسبی بودن اثر قراردادها»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش. ۳۲ و ۳۳، ۱۳۸۳، صص. ۸۴-۵۵.
۹. صقری، محمد و رضا خودکار، «کارایی قاعده اکثریت در شرکت‌های سهامی و ایجاد تعادل میان منافع سهام‌داران اکثریت و اقلیت»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، د. ۸، ش. ۲۸، ۱۳۹۸، صص. ۱۱۹-۱۴۶. DOI: 10.22054/jplr.2019.37115.2040
۱۰. سلطانی، محمد، نیکا باغستانی و فائزه‌سادات بهشتی‌روی، «تأثیر ویروس کرونا بر نحوه برگزاری مجامع عمومی شرکت‌ها با تکیه بر استفاده از ابزارهای الکترونیکی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د. ۲۳، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۱۳۹۹، صص. ۳۲۹-۳۵۷. DOI: 10.22034/jlr.2020.185093.1647
۱۱. شکوهی، محمدرضا، «هزینه‌های مبادلاتی سازمان‌دهی در شرکت ملی نفت ایران»، *پژوهشنامه اقتصاد انرژی ایران*، د. ۴، ش. ۱۳، ۱۳۹۳، صص. ۱۱۷-۱۶۸.
۱۲. نصیری اقدم، علی، «اقتصاد هزینه مبادله»، *جستارهای اقتصادی*، د. ۳، ش. ۵، ۱۳۸۵، صص. ۱۶۳-۲۱۷.
۱۳. نظری، محسن، «هزینه فرصت»، *دانشنامه اقتصاد*، د. ۱، ش. ۱، ۱۳۹۷.

## References

### Books

1. Abounoori, Abbasali. **Microeconomics**, Vol. 2. 4<sup>th</sup> edition. Tehran: Islamic Azad University Central Tehran Branch, 2017. (in Persian)
2. Ansari, Mehdi. **Economic Analysis of Contract Law**. 2<sup>nd</sup> edition. Tehran: Javdaneh Publications, 2014. (in Persian)
3. Cooter, Robert, and Thomas Ulen, **Law and Economics**, 6<sup>th</sup> edition., Pearson Education, 2012.
4. Eggertsson, Þráinn, **Economic Behavior and Institutions: Principles of Neoinstitutional Economics**, Cambridge University Press, 1990.
5. Motamedi, Javad. **Textbook on Commercial Law**. 3<sup>rd</sup> edition. Tehran: Andishe-ye Arshad, 2021. (in Persian)
6. Naeemi, Seyed Morteza. **An Introduction to the Approach of Economic Analysis of Law**. 2<sup>nd</sup> edition. Tehran: Mizan Legal Foundation, 2021. (in Persian)
7. Nazari, Mohsen. **Principles of Economics**. Tehran: Negahe Danesh, 2013. (in Persian)
8. North, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Translated by Mohammad Reza Moeini. Tehran: Planning and Budget Organization Publications, 1998. (in Persian)
9. North, Douglass C., **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**, Cambridge University Press, Vol. 332, 1990.
10. Posner, Richard A., **Economic Analysis of Law**, 3<sup>rd</sup> edition., 1986.
11. Posner, Richard A., **Economic Analysis of Law**, Wolters Kluwer, 2014.

### Articles

12. Akhoondi, Rouhollah. "A Critique of the Conception of Will in Jurisprudence", *Journal of Islamic Law and Jurisprudence*, Vol. 2, No. 5, 2016, PP. 45–68. DOI: 10.22081/jrj.2017.64509. (in Persian)
13. Alchian, Armen A., and Harold Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization", *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5, 1972, PP. 777-795. DOI: 10.2307/1815199.
14. Allen, Douglas W., "What Are Transaction Costs? " *Research in Law and Economics*, Vol. 14, 1991, PP. 1-18.

15. Anderlini, Luca, and Leonardo Felli, "Transaction Costs and the Robustness of the Coase Theorem", *The Economic Journal*, Vol. 116, No. 508, 2006, PP. 223-245. DOI: 10.1111/j.1468-0297.2006.01054.x .
16. Coase, Ronald H., "The Nature of the Firm (1937)", in Williamson, O.E., & Winter, S.G. (Eds.), *The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development*, 1993, pp. 18-33.
17. Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, Vol. 56, No. 4, 2013, PP. 837-877. DOI: 10.1086/674872.
18. Collins, Bruce M., and Frank J. Fabozzi, "A Methodology for Measuring Transaction Costs", *Financial Analysts Journal*, Vol. 47, No. 2, 1991, PP. 27-36. DOI: 10.2469/faj.v47.n2.27.
19. Crook, T. Russell, James G. Combs, David J. Ketchen, Jr., and Herman Aguinis, "Organizing Around Transaction Costs: What Have We Learned and Where Do We Go from Here?", *Academy of Management Perspectives*, Vol. 27, No. 1, 2013, PP. 63-79.
20. Lee, Daeyeol, "Game Theory and Neural Basis of Social Decision Making", *Nature Neuroscience*, Vol. 11, No. 4, 2008, PP. 404-409. DOI: 10.1038/nn2065 .
21. Nasiri Aghdam, Ali. "Transaction Cost Economics", *Journal of Economic Essays*, Vol. 3, No. 5, 2006, PP. 163-217. (in Persian)
22. Nazari, Mohsen. "Opportunity Cost", *Encyclopedia of Economics*, Vol. 1, No. 1, 2018. (in Persian)
23. Sadeghi, Mohsen. "Legal Justification of Composition Agreements and Collective Labour Contracts with Regard to the Principle of Relativity of Contracts", *Judicial Law Views*, No. 32 & 33, 2004, PP. 55-84. (in Persian)
24. Saghri, Mohammad, and Reza Khodkar. "Efficiency of the Majority Rule and Balancing the Interests of Majority and Minority Shareholders", *Private Law Research Quarterly*, Vol. 8, No. 28, 2019, PP. 119-146. DOI: 10.22054/jplr.2019.37115.2040. (in Persian)
25. Samuelson, Larry, "Game Theory in Economics and Beyond", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 30, No. 4, 2016, PP. 107-130. DOI: 10.1257/jep.30.4.107 .
26. Schlag, Pierre, "The Problem of Transaction Costs", *Southern California Law Review*, Vol. 62, 1988, pp. 1661-1700.

27. Shokoohi, Mohammad Reza. "Transaction Costs of Organization in the National Iranian Oil Company", *Iranian Journal of Energy Economics*, Vol. 4, No. 13, 2014, PP. 117–168. (in Persian)
28. Simoiu, Camelia, Chiraag Sumanth, Alok Mysore, and Sharad Goel, "Studying the 'Wisdom of Crowds' at Scale", in Proceedings of the AAAI Conference on Human Computation and Crowdsourcing, Vol. 7, 2019, PP. 171-179. DOI: 10.1609/hcomp.v7i1.5271.
29. Soltani, Mohammad, Nika Baghestani, and Faezeh-Sadat Beheshti-Rouy. "The Impact of the COVID-19 Pandemic on Companies' General Meetings with an Emphasis on Employing Electronic Instruments", *Legal Research Quarterly*, Vol. 23, Special Issue: Law and COVID-19, 2020, PP. 329–357. DOI: 10.22034/jlr.2020.185093.1647. (in Persian)
30. Todorova, Tamara, "The Transaction-Cost Roots of Market Failure", *Journal of Advanced Research in Management (JARM)*, Vol. 6, No. 11, 2015, PP. 30-44.
31. Wallis, John J., and Douglass North, "Measuring the Transaction Sector in the American Economy, 1870–1970", in *Long-Term Factors in American Economic Growth*, University of Chicago Press, 1986, PP. 95–162. DOI: 10.7208/9780226209319-004.
32. Wathne, Kenneth H., and Jan B. Heide, "Opportunism in Interfirm Relationships: Forms, Outcomes, and Solutions", *Journal of Marketing*, Vol. 64, No. 4, 2000, PP. 36-51. DOI: 10.1509/jmkg.64.4.36.18070. DOI: 10.1509/jmkg.64.4.36.18070.
33. Williamson, Oliver E., "Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations", *The Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, 1979, PP. 233-261. DOI: 10.1086/466942.
34. Yousuf, Allam, "Transaction Costs: A Conceptual Framework", *International Journal of Engineering and Management Sciences*, Vol. 2, No. 3, 2017, PP. 131-139. DOI: 10.21791/IJEMS.2017.3.13.



## “Assessing the Efficiency of Collective Will Formation in Iranian Private Law: A Transaction Cost Theory Perspective”

Hossein Simaei Sarraf\*

Seyed Mahdi Hosseini Modarres\*\*

Seyed Amir Ehsan Miri\*\*\*

Received: 2025.09.15

Accepted: 2024.11.10

### Abstract

Supporting collective will can significantly contribute to a country's economic growth and development. Although legislators have acknowledged the importance of collective will, the formation of collective will within existing examples under Iranian law faces numerous challenges due to various transaction costs. These costs prevent the current framework for forming collective will from reaching an efficient state. Consequently, this inefficiency has led to several negative consequences, including "inefficient allocation of resources", "a reduction in the frequency of collective will formation", "delays in the formation of collective will", "avoidance of legal mechanisms for collective will formation", "non-compliance with legal formalities in collective will processes", "opportunism", and "an increase in disputes and conflicts". In this context, the article begins by defining collective will and identifying its principal manifestations under Iranian law, including collective will as it appears in legal persons and commercial companies, jointly owned property, common areas of apartment buildings, and collective agreements such as collective labor contracts and composition agreements. Afterwards, the article briefly explains the concept of transaction costs. Subsequently, various transaction costs involved in forming collective will were examined, aiming to identify issues and eventually explore solutions. It is hoped that researchers will strive to support collective will by identifying mechanisms to reduce transaction costs, thereby contributing to the country's economic growth and development.

### Keywords:

Economic Analysis of Law, Efficiency, Collective Will, Transactional Costs, Economic Growth.

---

\* Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

\*\*\* L.L.M, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran Corresponding Author  
Email: eh.miri@mail.sbu.ac.ir.



## مالیات جهانی: مفهوم و ارزیابی

سعیدرضا ابدی\*  
محمد مهدی شیرازی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۲۲

### چکیده

توماس پیکتی با طرح ایده مالیات جهانی، موجب شکل‌گیری مباحث و نظریات مختلفی شده است. پیکتی با فرض نابرابری میان نرخ بازده سرمایه و نرخ رشد اقتصادی، بر این عقیده است که سهم سرمایه از درآمد ملی در حال افزایش است و باید برای این موضوع راهکاری ارائه کرد؛ در نتیجه ایده مالیات جهانی را ارائه کرده است. ما در این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، در پی بیان مفهوم مالیات جهانی از منظر توماس پیکتی، انتقادات از نظریه وی و بررسی نحوه اجرای آن هستیم. نتیجه حاصل از بحث این است که مالیات جهانی برای وارد شدن به عرصه اجرا نیازمند پاسخ‌گویی به معضلاتی از قبیل فقدان یک توافق همگانی، فقدان ضمانت اجرای بین‌المللی لازم، وجود بهشت‌های مالیاتی، عدم امکان تقسیم مالیات اخذ شده در جهان به‌نحو منصفانه، شمول یا عدم شمول مالیات جهانی بر معاملات مالی دولت‌ها و عدم کفایت مالیات جهانی برای دسترسی به برابری در صورت فقدان سایر شرایط برابری‌ساز، است.

### کلیدواژگان:

مالیات جهانی، توماس پیکتی، حقوق عمومی اقتصادی، سرمایه، توسعه.

---

\* دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

s\_abadi@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.



Copyright: ©2024 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

دسترسی به عدالت اجتماعی سالیان درازی است که ذهن انسان را به خود مشغول می‌دارد. عدالت اجتماعی به‌عنوان پیش‌زمینه و لازمه بهره‌مندی از آزادی، نقش مهمی در زندگی انسان ایفا می‌کند. چه آزادی به‌عنوان هدف غایی انسان تعریف شود و چه عدالت اجتماعی را، از تأیید این موضوع ناگزیریم که انسان برای دسترسی به عدالت اجتماعی باید چاره‌ای بیندیشد. شاید بتوان معروف‌ترین چنین اندیشه‌هایی را در طرز نگرش مارکس و پیروان او پیدا کرد که از طریق انقلاب و توسل به طبقه پرولتاریا و با شعار «کارگران جهان متحد شوید!»<sup>۱</sup> در پی دسترسی به وضعیتی بودند که هرکسی قادر باشد از آزادی واقعی بهره‌مند شود؛ یعنی اوضاع مادی جهان به‌گونه‌ای رقم بخورد که سلطه‌ای ازسوی هیچ‌کس بر دیگری موجود نباشد و در این فرایند، آزادی برای انسان به‌نحو احسن و اکمل ایجاد شود.

توماس پیکتی، که از وی به‌عنوان مارکس قرن حاضر یاد می‌شود، دیدگاهی نه‌چندان مشابه با دیدگاه‌های مارکس ولی همسو با آنها ارائه داشته است. اگر بتوان دیدگاه مارکس را در یک ترکیب واژگانی خلاصه کرد، این ترکیب چیزی نیست جز «عدالت اجتماعی». نظریه ارائه‌شده ازسوی پیکتی، که موجب اشتها وی نیز شده است، جدای از این ترکیب نیست. این اقتصاددان فرانسوی در کتاب «سرمایه در قرن بیست و یکم»<sup>۲</sup> (۲۰۱۳) خود ایده‌ای را بیان کرد که نتیجه‌ای بود از حضور او در کشور ایالات متحده آمریکا به‌عنوان یک استاد دانشگاه. نکته جالب اینکه، این ایده از مشاهده وقایع ملموس در آمریکا شروع و به کشورهای اروپایی تعمیم داده شد و در نهایت منجر به شکل‌گیری ایده نهایی شد، ولی محیط اجتماعی بستر این ایده - یعنی کشور آمریکا - با ادعای حمایت از آزادی و اولویت دادن به آن، شناخته می‌شود. چه‌بسا از بستر چنین فضای ظاهراً آزادی است که نظریه این اندیشمند می‌تواند شکل بگیرد.

پیکتی با طرح نظریه خود درخصوص «مالیات جهانی»<sup>۳</sup> وضع یک مالیات یکسان در سطح جهان بر دارایی‌ها را ضروری می‌داند. از نظر او، جهان در حال گذار به سمت تفاوت سطح درآمدی و در نتیجه تفاوت در فاصله میان سرمایه‌داران و سایر انسان‌هاست. برای اینکه چنین فاصله‌ای

1. Workers of the world, unite! You have nothing to lose but your chains!

2. Capital in the Twenty-First Century

3. Global Taxation

بتواند کاهش یابد، ضروری است که راهکاری اتخاذ شود و آنچه این اقتصاددان پیشنهاد می‌کند، ایده مالیات جهانی است. در این نظریه، از طریق مالیات جهانی قادر خواهیم بود فاصله ایجادشده در جهان در طی سالیان انفعال (نسبت به مالیات جهانی) را کاهش داد و نه به سمت تساوی کامل بلکه به سمت کاهش فاصله سرمایه‌داران و سایرین حرکت کرد.

در حال حاضر این پرسش که نظریه پیکتی، قابلیت طرح و اجرا در سطح جهانی را داراست یا خیر، می‌تواند یکی از چالش‌برانگیزترین پرسش‌های مطرح در مقابل این نظریه باشد. در پژوهش‌های صورت‌پذیرفته نسبت به نظریات وی که عموماً از منظر اقتصادی و نه حقوقی به آن نگریسته شده است، اصولاً با دیدگاه‌های انتقادی مواجه نیستیم؛ بلکه اغلب با پذیرش این نظریه اقتصادی، نسبت به تحلیل سایر امور مربوط به اقتصاد پرداخته شده است. در سطح بین‌المللی نیز نظریاتی که بر این اساس ارائه شده‌اند، با پذیرش ایده پیکتی، انتقاداتی نیز نسبت به نتایج حاصل از آن مطرح می‌کنند یا اینکه از اساس با آن مخالفت می‌ورزند، لیکن پژوهشی درخصوص اینکه آیا این نظریه با توجه به قواعد حقوقی و شرایط موجود بین‌المللی، قابلیت اجرا دارد یا خیر، صورت‌نپذیرفته است. در این مقاله در پی بررسی این موضوع و تشریح ملاحظات لازم برای اجرایی شدن این نظریه در سطح جهانی هستیم.

با این توضیحات، ابتدا به طرح و توضیح نظریه توماس پیکتی که اصولاً نظریه‌ای اقتصادی و نه حقوقی است، می‌پردازیم تا مفهوم مالیات جهانی و پیش‌فرض‌های ضروری برای چنین ایده‌ای و هدف‌هایی که از این ایده انتظار می‌رود، درک شود. در مرحله بعدی، به برخی انتقادات که از نظریه پیکتی به عمل آمده نظر می‌افکنیم و در نهایت سعی بر بررسی مرحله اجرای مالیات جهانی خواهیم داشت.

## ۱. تبیین مفهوم مالیات جهانی

توماس پیکتی بحث اصلی خود درخصوص مالیات جهانی را در کتاب «سرمایه‌داری در قرن بیست و یکم» تشریح کرده است. وی در این کتاب با استناد به آمارهای موجود در کشورهای اروپایی و آمریکایی درخصوص افزایش سرمایه و گسترش سرمایه‌داران و فاصله گرفتن سرمایه آن‌ها از سایر مردمان صحبت می‌کند. او با نوشتن این کتاب کوشیده است علت بدهی دولت‌ها را

توضیح دهد.<sup>۱</sup> ما در این بخش برای آشنایی اولیه با این مفهوم، ابتدا به تبیین اقتصادی آن می‌پردازیم تا این مفهوم که ذاتاً ریشه در علم اقتصاد دارد، به‌نحو مطلوبی تشریح شود و سپس به تبیین حقوقی آن خواهیم پرداخت تا موضع حقوقی پژوهش نیز مشخص گردد.

## ۱.۱. تبیین اقتصادی مفهوم مالیات جهانی

### ۱.۱.۱. نخستین قانون یا قاعده بنیادین سرمایه‌داری

پیکنی ابتدا برای توضیح مفهوم مدنظر خود، تعریفی از سرمایه ارائه می‌کند. به نظر وی، «مجموع بازده تولید و درآمدهایی که از آن به‌دست می‌آید را روی هم می‌توان به‌عنوان مجموع درآمد حاصل از سرمایه و درآمد حاصل از کار تجزیه و تقسیم کرد».<sup>۲</sup> همچنین توضیح می‌دهد که «برای ساده‌تر کردن متن، ما واژه‌های «سرمایه» و «ثروت» را مانند واژه‌های کاملاً مترادف، به‌جای یکدیگر به کار می‌بریم».<sup>۳</sup> سپس این ایده را پیشنهاد می‌کند که «ما «ثروت ملی» یا «سرمایه ملی» را به‌عنوان ارزش کل همه آنچه ساکنان و دولت یک کشور در یک نقطه زمانی معین در مالکیت دارند، تعریف می‌کنیم».<sup>۴</sup>

«برای فهم نظریه پیکنی، باید به مفاهیم کلاسیک علم اقتصاد، رجعت کرد».<sup>۵</sup> او با استفاده از روابط بالا، ادراک خود از قوانین یا همان قواعد بنیادین اول و دوم سرمایه‌داری را بیان و سپس نتیجه و برآیند این اصول را بیان می‌کند و در نهایت به ایده مالیات جهانی می‌رسد. بدین‌منظور ابتدا به تشریح این قواعد بنیادین و سپس به ذکر رابطه نابرابری موجود از منظر او و در نهایت نتیجه‌گیری‌اش از مفاهیم مذکور می‌پردازیم.

۱. رستمی، ولی، فاطمه محمدی و مسعود رنجبر، «بررسی حقوقی نقش مالیات بر توسعه سیاسی و دموکراسی»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، د. ۴۷، ش. ۳، ۱۳۹۶، ص. ۶۱۴.

۲. پیکنی، توماس، سرمایه در سده بیست و یکم، ترجمه زرافشان، ناصر، چ ۴، تهران: موسسه انتشارات نگاه، ۱۴۰۱، ص. ۷۳.

۳. همان منبع، ص. ۷۵.

۴. همان منبع، ص. ۷۶.

5. Milanovic, Branko, "The Return of "Patrimonial Capitalism": A Review of Thomas Piketty's Capital in the Twenty-First Century", *Journal of Economic Literature*, Vol. 52, No. 2, 2014, p. 521.

«پیکتی براساس یک مدل رشد استاندارد استدلال می‌کند که الگوهای تمرکز ثروت و درآمد به‌وسیله تفاوت واقعی در بازده سرمایه و نرخ رشد تعریف می‌شوند».<sup>۱</sup> به نظر وی، «بین نسبت سرمایه به درآمد، با آن بخشی از درآمدها در درآمد ملی که از محل سرمایه حاصل شده است، خیلی ساده در فرمول ذیل رابطه برقرار می‌شود»:<sup>۲</sup> کسر «سرمایه ملی» نسبت به «درآمد ملی» اگر در «نرخ بازگشت سرمایه» ضرب شود، «سهم سرمایه از درآمد ملی» را به‌دست می‌دهد. این معادله «می‌تواند برای همه جوامع در همه ادوار تاریخی به کار رود».<sup>۳</sup>

همچنین «نرخ بازده سرمایه مفهوم اصلی و محوری در بسیاری از نظریه‌های اقتصادی، به‌ویژه تجزیه و تحلیلی مارکسیستی با گرایش نزولی نرخ سود است».<sup>۴</sup> این بیان به این معناست که در دیدگاه‌های مارکسیستی با کاهش نرخ بازگشت سرمایه، سهم سرمایه از درآمد ملی کاهش می‌یابد و از آنجاکه درآمد ملی یک عدد ثابت<sup>۵</sup> و حاصل جمع درآمد سرمایه و درآمد حاصل از کار است، سهم درآمد حاصل از کار افزایش می‌یابد. البته این موضوعی است که می‌تواند به‌عنوان چالش اصلی میان پیکتی و تحلیل‌های مارکسیستی مطرح شود؛ چراکه این اقتصاددان با استفاده از اصل دوم سرمایه‌داری و بیان قاعده نابرابری، موضوعی مخالف ادعای مارکسیست‌ها را بیان می‌کند.

#### ۱.۱.۲. دومین قانون یا قاعده بنیادین سرمایه‌داری

پیکتی در پاسخ به این سؤال که «آیا برای نسبت سرمایه به درآمد یک سطح تعادل وجود دارد یا نه و اگر وجود دارد این سطح تعادل چگونه تعیین می‌شود؟» می‌گوید: «برای پاسخ دادن به این پرسش‌ها کار را با ارائه قانون پویایی آغاز می‌کنیم که به ما امکان می‌دهد نسبت سرمایه به درآمد در یک نظام اقتصادی را با نرخ پس‌اندازها و نرخ‌های رشد آن اقتصاد به هم ربط

۱. سرخوش‌سرا، علی، خدیجه نصرالهی، کریم آذربایجانی و رسول بخشی دستجردی، «تحلیل عوامل مؤثر بر نابرابری درآمدی در ایران در چارچوب دیدگاه‌های توماس پیکتی: رویکرد خودتوضیح برداری ساختاری»، فصلنامه علمی پژوهشی رشد و توسعه اقتصادی، د. ۱۰، ش. ۳۹، ۱۳۹۹، ص. ۳۱.

۲. همان منبع، ص. ۸۲.

۳. کازرونی، علیرضا، حسین اصغرپور و سیروان طیبی، «تأثیر رشد کند اقتصادی بر نابرابری توزیع درآمد: با تأکید بر فرضیه توماس پیکتی»، فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)، د. ۲۰، ش. ۱، ۱۳۹۹، ص. ۳۶.

۴. پیکتی، توماس، منبع پیشین، ص. ۸۳.

۵. پیکتی در فصل پنجم کتاب خود می‌گوید: «به نظر نمی‌رسد ارزش کل موجودی سرمایه که بر حسب سال‌های درآمد ملی اندازه‌گیری و بیان می‌شود، در چشم‌انداز بسیار بلند زمانی واقعاً تغییر کرده باشد» (همان منبع، ص. ۲۳۷).

دهیم.<sup>۱</sup> در این قانون گفته می‌شود: «در بلندمدت «نسبت سرمایه به درآمد» به صورت ساده و شفاف با «نرخ پس اندازها» و «نرخ رشد»... ارتباط پیدا می‌کند».<sup>۲</sup> با این توضیح می‌توانیم بگوییم «سهم سرمایه از درآمد ملی» مساوی است با کسر «نرخ پس انداز سالیانه» نسبت به «متوسط نرخ رشد» که در «نرخ بازگشت سرمایه»، ضرب می‌شود. «پیکتی با ارائه قانون‌های بنیادین سرمایه‌داری در نهایت، به این نتیجه می‌رسد که اگر نرخ بازدهی سرمایه در یک دوره زمانی طولانی، بالاتر از نرخ رشد اقتصادی باشد، نابرابری درآمدی افزایش می‌یابد».<sup>۳</sup>

### ۱.۱.۳. رابطه نابرابری

«مدل توماس پیکتی، به شکلی حیاتی به بزرگ‌تر بودن نرخ بازده سرمایه نسبت به نرخ رشد وابسته است»؛<sup>۴</sup> چه اینکه «در عمل، نرخ بازده سرمایه بر حسب نوع دارایی و همچنین حجم و اندازه ثروت‌های فردی ارقام بسیار متفاوتی دارد (اگر کسی کار را با سرمایه شروع کند آوردن بازده خوب عموماً آسان‌تر است) و این امر بر نابرابری‌ها تأثیر تشدیدکننده دارد».<sup>۵</sup> «او از این نکته نگران است که بازگشت سرمایه همیشه بزرگ‌تر از نرخ رشد اقتصاد است. علاوه بر این معتقد است که بازده سرمایه کم‌وبیش یک مقدار ثابت و حدود ۴ تا ۵ درصد است؛ به همین دلیل انتظار دارد که رشد همیشه بین ۱ تا ۱/۵ باقی بماند».<sup>۶</sup> آن‌ه در بخش ۱-۲- این مقاله توضیح داده شد و از آن به عنوان چالش میان پیکتی و مارکسیست‌ها یاد شد، در همین جا بروز می‌یابد. اگر مارکسیست‌ها نرخ بازگشت سرمایه را روبه کاهش تلقی می‌کنند، وی این نرخ را مقداری ثابت بین ۴ تا ۵ درصد نظر می‌گیرد که در نهایت با ارتباط منطقی که با نرخ رشد اقتصادی برقرار می‌کند، موجب می‌شود که سهم سرمایه از درآمد ملی، روبه رشد باشد.

حاصل جمع ایده‌های توماس پیکتی تاکنون این است: براساس روابط منطقی موجود، سهم سرمایه از درآمد ملی همواره بیش از سهم نیروی کار از درآمد ملی است و به لحاظ ثابت بودن

۱. همان منبع، ص. ۲۳۸.

۲. آتش بار، توحید و رضا زمانی، خلاصه و نقد «سرمایه در قرن بیست و یکم» توماس پیکتی، چ ۱، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۳، ص. ۸.

۳. کاررونی، علیرضا، حسین اصغرپور و سیروان طیبی، منبع پیشین، ص. ۳۷.

4. Milanovic, Branko, *Op. Cit*, p. 522.

۵. پیکتی، توماس، منبع پیشین، ص. ۲۹۲.

۶. آتش بار، توحید و رضا زمانی، منبع پیشین، ص. ۹.



درآمد ملی، سرمایه همواره در حال کم کردن سهم نیروی کار از درآمد ملی است و در نتیجه فاصله میان سرمایه و نیروی کار در حال افزایش است. او با اضافه کردن برخی عوامل هم‌گرا و واگرا در رابطه با این فاصله، موجب شکل‌گیری ایده مالیات جهانی می‌شود.

#### ۱.۱.۴. عوامل هم‌گرا و واگرا

نیروهای هم‌گرا و واگرا نیروهایی‌اند که می‌توانند مستقیماً در راستای کاهش یا افزایش فاصله سهم سرمایه از درآمد ملی و نیز سهم نیروی کار از درآمد ملی مؤثر باشند. «مهم‌ترین نیروهای موجود برای هم‌گرایی، توزیع دانش و سرمایه‌گذاری در حوزه‌های آموزش و مهارت‌ورزی می‌باشند. قاعده عرضه و تقاضا و همچنین تحرک سرمایه و نیروی کار که شکل دیگر این قانون است همواره می‌تواند به سمت همگرایی میل کند».<sup>۱</sup> «نیروهای کاهنده نابرابری از نظر پیکتی عبارت‌اند از: ۱- انتشار دانش و مهارت، ۲- تکنولوژی».<sup>۲</sup> به نظر او، «جنگ‌ها و انقلاب‌ها نقشی اساسی در نظریه وی در رابطه با دینامیک نابرابری و تغییر نهادی در قرن بیستم دارد».<sup>۳</sup> از سوی دیگر، وی معتقد است: «فرایندی که از طریق آن ثروت انباشته و توزیع می‌شود، دارای نیروهای قدرتمندی است که آن را به سمت واگرایی سوق می‌دهد یا سطوح بالاتر و شدیدتری از نابرابری را به وجود می‌آورد».<sup>۴</sup> سه عامل کلی واگرایی در این نظریه نیز عبارت‌اند از: ۱- روند جدایی صاحبان بالاترین درآمدها؛ ۲- وجود مدیران شرکت‌ها (تعیین بی‌حد و مرز پاداش)؛ ۳- ثروت موروثی.<sup>۵</sup>

برای برخورد با این نیروهای واگراست که او پیشنهاد می‌دهد: «افزار آرمانی در این میان، یک مالیات تصاعدی جهانی بر سرمایه، همراه با شفافیت مالی بین‌المللی بسیار بالا خواهد بود».<sup>۶</sup> راهکار اجرایی این است که مجموعه کشورهای جهان «باید یک جدول مالیاتی به وجود آورند که به همه ثروت‌ها در سراسر جهان قابل اعمال باشد و آنگاه درآمدهای حاصل از آن را به‌طور

۱. همان منبع، ص. ۱۱.

۲. کازرونی، علیرضا، حسین اصغرپور و سیروان طیبی، منبع پیشین، ص. ۳۹.

3. Piketty, Thomas, "Putting Distribution Back at the Center of Economics: Reflections on Capital in the Twenty-First Century", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 29, No. 1, 2015, p. 85.

۴. همان منبع، ص. ۱۷.

۵. پیکتی، توماس، منبع پیشین، صص. ۴۴-۵۰.

۶. همان منبع، ص. ۷۵۱.

هماهنگ بین کشورها تقسیم کنند»<sup>۱</sup>. هدف نهایی نیز «باید برقراری یک مالیات سالانه و تصاعدی بر سرمایه فردی اشخاص یعنی بر ارزش خالص دارایی‌هایی که هر فردی در اختیار دارد، باشد»<sup>۲</sup>. همچنین «کلان‌ترین ثروت‌ها باید مشمول مالیات‌های سنگین‌تری باشند و همه انواع دارایی، اعم از مستغلات و دارایی‌های غیرمنقول، دارایی‌های مالی و دارایی‌های کسب و کار باید بدون استثنا در این محاسبه منظور شوند»<sup>۳</sup>. اگرچه او در نظریات بعدی به ضرورت اخذ مالیات از ارث، توجه بیشتری به عمل آورده است: «دلایل شایسته سالارانه‌ای وجود دارد که بیش از اخذ مالیات از درآمد حاصله یا سرمایه خودساخته که حداقل اشخاص در قبال آن پاسخ‌گو هستند، باید از سرمایه‌ای که به ارث می‌رسد مالیات بگیریم. این امر بر این موضوع تأکید می‌کند که نظام مالیاتی ایده‌آل باید علاوه بر مالیات تصاعدی بر درآمد و سرمایه، شامل مالیات تصاعدی بر ارث نیز باشد»<sup>۴</sup>.

## ۱.۲. تبیین حقوقی مفهوم مالیات جهانی

ایده مالیات جهانی توماس پیکتی می‌تواند از جهات عمده‌ای بر دانش حقوق به‌ویژه در شاخه حقوق عمومی و زیرشاخه‌های آن (از جمله حقوق بشر، حقوق کار، حقوق انتخاباتی و...) مؤثر باشد. در واقع مالیات جهانی نه صرفاً یک ایده اقتصادی بدون تأثیرات حقوقی، بلکه پدیده‌ای است که در صورت پذیرش آن، می‌توان شاهد تحولات عظیمی در علم حقوق بود. باوجود این، یکی از اموری که باید ابتدا به آن اشاره شود، نحوه ورود این ایده به علم حقوق است. در واقع ما باید در وهله اول به این سؤال پاسخ دهیم که آیا می‌توان محملی یافت که مالیات جهانی در علم حقوق مورد پذیرش قرار گیرد؟ پاسخی که برای این سؤال قابل‌تصور است، از مسیر تعهدات دولت‌ها (چه در قبال جامعه بین‌المللی بدون وجود هرگونه معاهده و چه از طریق معاهده) عبور می‌کند که به شرح ذیل آن را بیان می‌کنیم.

یکی از رشته‌هایی که امروزه هم در حقوق عمومی و هم در حقوق خصوصی و حتی حقوق بین‌الملل مورد بحث قرار می‌گیرد، حقوق اقتصادی<sup>۵</sup> است. حقوق عمومی اقتصادی<sup>۱</sup> یکی از

۱. همان منبع، ص. ۷۵۲.

۲. همان منبع، ص. ۷۵۳.

۳. همان منبع، ص. ۷۵۴.

4. Piketty, Thomas, Emmanuel Saez & Gabriel Zucman, "Rethinking Capital and Wealth Taxation", World Inequality Lab, < Available at: <https://wid.world/news-article/rethinking-capital-and-wealth-taxation/>>, (last visited 02/16/2025).

5. Economic Law

سرفصل‌های علم حقوق عمومی نوین است و در کنار عناوینی چون تحلیل اقتصادی حقوق<sup>۲</sup> و حقوق بین‌الملل اقتصادی<sup>۳</sup> در مسیر پیوند میان حقوق و اقتصاد گام برمی‌دارد. در یک تعریف کلی می‌توان حقوق اقتصادی را مجموعه قواعدی دانست که موضوع فعالیت آن، اقتصاد در مفهوم وسیع آن است. در این نگاه، قواعد مربوط به فعالیت عاملان اقتصادی، سازمان‌دهی بازارهای محصولات و خدمات، بازارهای مالی، توزیع ثروت و مجازات رفتارهای اقتصادی زیان‌آور مورد توجه ویژه قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> در تعریفی که از حقوق عمومی اقتصادی نیز به عمل آمده، می‌توان آن را به معنای «اجرای سیاست‌ها و تدابیر اقتصادی اشخاص اداری به‌وسیله ابزارهای حقوقی» دانست.<sup>۵</sup> در این برداشت، تعیین مالیات از سوی اشخاص اداری به‌وسیله قانون و مقررات، یکی از بخش‌های حقوق عمومی اقتصادی خواهد بود. در دیدی وسیع‌تر، زمینه اجرای حقوق اقتصادی می‌تواند از محدوده یک کشور، خارج و وارد به عرصه بین‌المللی شود. در این صورت ما با حقوق بین‌الملل اقتصادی مواجه خواهیم بود که به موضوعاتی همچون مالکیت و بهره‌برداری از منابع طبیعی، تولید و توزیع کالا، معاملات بین‌المللی غیرمادی با خصوصیت اقتصادی و مالی، پولی و مالی و خدمات مربوط به آنها می‌پردازد.<sup>۶</sup> بنابراین از آنجاکه پول و مالی در زمره امور مربوط به حقوق بین‌الملل اقتصادی محسوب می‌شود، زیرمجموعه‌های مالیه از جمله مالیات، می‌تواند یکی از موضوعات حقوق بین‌الملل اقتصادی فرض شود.

امروزه حقوق بین‌الملل اقتصادی، پیشرفت‌های شایان توجهی را نمایانده است. از جمله این پیشرفت‌ها، تأسیس نهادهای متعدد اقتصادی در سطح جهانی‌اند که به تنظیم و تنسيق امور اقتصادی می‌پردازند و این امر صرفاً از رهگذر حقوق میسر شده است. نهادهایی همچون سازمان تجارت جهانی،<sup>۷</sup> شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد،<sup>۸</sup> کنفرانس تجارت و توسعه

1. Public Economic Law

2. Economic Analysis of Law

3. International Economic Law

۴. قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش. ۷۰، تابستان ۱۳۹۴، ص ۴۷.

۵. زارعی، محمدحسین و روح‌الله مؤذنی، «مفهوم حقوق اقتصادی عمومی در رویکرد فرانسوی»، نشریه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه ش. ۸، بهار ۱۳۹۱، ص ۴۳۲.

۶. فاکس، هیزل، «تعریف و منابع حقوق بین‌الملل اقتصادی: حقوق بین‌الملل اقتصادی و کشورهای درحال توسعه (۱۹۹۲)»، ترجمه محمدجعفر قنبری چهرمی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش. ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۷۸، ص ۲۴۵.

7. World Trade Organization

8. United Nations Economic and Social Council

سازمان ملل (آنکتاد)<sup>۱</sup>، بانک جهانی<sup>۲</sup> و سازمان همکاری و توسعه اقتصادی<sup>۳</sup> همگی قابل تعریف ذیل حقوق بین‌الملل اقتصادی‌اند که از طریق معاهدات بین‌المللی پدید آمده و حقوق اقتصادی را در سطح بین‌المللی پیگیری می‌نمایند. بنابراین ایده مالیات جهانی، دارای محملی حقوق خواهد بود؛ اگر معاهدات بین‌المللی لازم در این رابطه شکل گیرد تا این ایده چه از طریق نهادهای موجود و چه از طریق تأسیس نهاد یا نهادهایی جدید، اجرایی شود.

ازسوی دیگر، برخی از قواعد در حقوق بین‌الملل، صرف‌نظر از اینکه دولت‌ها در قالب معاهدات به آنها پیوسته باشند یا خیر، قابل اجرا هستند. این نوع تعهدات -که اصطلاحاً تعهدات «Erga Omnes» نامیده می‌شوند- را می‌توان به تعهدات دولت‌ها در قبال جامعه بین‌المللی در کل معنی کرد.<sup>۴</sup> این‌گونه تعهدات به شیوه‌های مختلف می‌توانند بر تابعان حقوق بین‌الملل بار شوند که یکی از بهترین شیوه‌ها در رابطه با موضوع مالیات جهانی، تعهدات دولت‌ها ذیل میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. بند ۱ ماده ۲ این میثاق مقرر می‌دارد: «هر کشور طرف این میثاق متعهد می‌گردد به سعی و اهتمام خود و از طریق همکاری و تعاون بین‌المللی به‌ویژه در طرح‌های اقتصادی و فنی با استفاده از حداکثر منابع موجود خود به‌منظور تأمین تدریجی اعمال کامل حقوق شناخته شده در این میثاق با کلیه وسایل مقتضی به‌خصوص با اقدامات قانون‌گذاری اقدام نمایند». این مقرر محدود نسبتاً گسترده‌ای را فراهم ساخته است که با توسل به آن می‌توان به تعهد بین‌المللی دولت‌ها در راستای ایجاد برابری در دسترسی به حقوق مقرر در میثاق مذکور، اعتقاد داشت. حقوقی از قبیل حق بر داشتن سطح زندگی کافی (ماده ۱۱)، حق بر سلامت جسمی و روحی (ماده ۱۲)، حق بر آموزش و پرورش رایگان (ماده ۱۳) و... مستلزم استفاده دولت‌ها از منابع مالی کافی است که در صورت اجرا شدن مالیات جهانی، این امر قابل تحقق است. بنابراین چنانچه ضرورت اخذ مالیات جهانی در سطح بین‌المللی به‌عنوان لازمه دسترسی به نسل دوم حقوق بشر، مورد پذیرش قرار گیرد، در این صورت رعایت مالیات جهانی نیز می‌تواند به‌عنوان یک تعهد Erga Omnes برای تمام دولت‌ها لازم تلقی شود.

1. UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development

2. World Bank

3. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

۴. شریفی، محسن، «دیوان بین‌المللی دادگستری و تعهدات Erga Omnes»، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۲۲، ش. ۴، زمستان ۱۳۸۷، ص ۱۰۳۱.

پس از بیان نحوه ورود مالیات جهانی به علم حقوق، می‌توانیم از تأثیرات این ایده بر موضوعات حقوقی نیز سخن بگوییم. به‌عنوان مثال حقوق اساسی در کنار تبیین شیوه‌های عقلایی حکمرانی، در رابطه با نحوه مراجعه به آرای مردمی نیز سخن می‌گوید. این موضوع عموماً از طریق طرح مباحث مرتبط در حقوق انتخاباتی صورت می‌گیرد. حقوق انتخاباتی نیز به نوبه خود در پی برآوردن برخی اهداف است که گزافه نیست اگر ما عدالت انتخاباتی را به‌عنوان مهم‌ترین آنها معرفی کنیم. از عناصر ضروری تحقق عدالت انتخاباتی نیز شفاف و قابل تبیین بودن هزینه‌های انتخاباتی است. از آنجاکه مفهوم مالیات جهانی با پیشنهاد اخذ مالیات از سرمایه، از ارزش ثروت سرمایه‌داران می‌کاهد، بنابراین هزینه‌هایی که از سوی این اشخاص برای پیروزی نامزدهای موردنظر خود نیز صورت می‌گیرد، کاهش می‌یابد و بدین طریق با نزدیک شدن سطوح هزینه‌های انتخاباتی نامزدهای مدنظر سرمایه‌داران و سایر افراد مواجه می‌شویم. اگرچه برخی نیز برخلاف این عقیده، بر این نظرند که اخذ مالیات بر مصرف<sup>۱</sup> به‌جای مالیات بر سرمایه، گزینه مناسب‌تری برای این هدف محسوب می‌شوند؛ زیرا «با استفاده از مالیات بر مصرف، می‌توان با تعریف کمک‌های سیاسی به‌عنوان مصرف، سطح دیگری از مالیات را اضافه کرد؛ به‌طوری که هم عمل کمک مالی و هم هزینه‌های وجوه پرداختی مشمول مالیات شوند».<sup>۲</sup>

## ۲. انتقادات از نظریه مالیات جهانی

پس از ابراز ایده مالیات جهانی از سوی توماس پیکتی، نظریات متفاوتی در خصوص این ایده بیان شد. برخی از این ایده‌ها مقدمات استدلال این اندیشمند را مورد پذیرش قرار می‌دهند و برخی دیگر از اساس، با نظریه وی مخالفت می‌ورزند. از همین رو انتقادات مطرح شده در دو بخش ارائه می‌شود.

### ۲.۱. انتقادات مبتنی بر پذیرش مقدمات استدلال پیکتی و رد نتایج حاصل از آن

شیء لینگ هسو،<sup>۳</sup> استاد حقوق در کالج دانشگاهی ایالت فلوریدا آمریکا، با پذیرش رابطه بیشتر بودن همواره نرخ بازده سرمایه نسبت به نرخ رشد اقتصاد، با ایده نیروهای واگرای مدنظر

1. Consumption tax

2. Auerbach, Alan J, "Was Piketty right to call for a wealth tax?", < Available at: <https://www.weforum.org/stories/2015/03/was-piketty-right-to-call-for-a-wealth-tax/>, (last visited 08/15/2025)

3. Shi-Ling Hsu

توماس پیکتی مخالف است. به نظر او، «پیکتی و تمام طرفداران و منتقدان او یک قطعه بزرگ از پازل را [در مقام پاسخ‌گویی به علت وجود رابطه بیشتر بودن همواره نرخ بازده سرمایه نسبت به نرخ رشد اقتصاد] گم کرده‌اند: نقش قانون در توزیع ثروت»؛<sup>۱</sup> زیرا «در رابطه مذکور، قانون در مقام افزایش نرخ بازده سرمایه، بسیار مؤثرتر از افزایش نرخ رشد اقتصادی بوده است».<sup>۲</sup> علت این موضوع از نظر هسو این است که «افزایش و حمایت از نرخ بازده سرمایه بسیار راحت است. یارانه‌های دولتی، برخورد مساعد مالیاتی و حمایت قانونی از مداخلات تنظیم‌گرانه، بخش محدودی از روش‌های بسیاری است که قانون‌گذاران از طریق آن روش‌ها، از بازگشت سرمایه قشر خاصی از صاحبان سرمایه خصوصی حمایت و آن را تقویت کنند».<sup>۳</sup> به نظر این نویسنده، چنانچه قوانینی را که موجب افزایش بازده سرمایه خصوصی و انتقال مؤثر ثروت از اشخاص فقیرتر به ثروتمندتر می‌شود، بتوان شناسایی و اصلاح کرد، از نیاز به مالیات بر ثروت جهانی که مورد پیشنهاد پیکتی است می‌توان اجتناب کرد.

هسو به این منظور برخی از قوانین فدرال و ایالت‌های ایالات متحده آمریکا را به‌عنوان نمونه بیان می‌کند. این نویسنده در حوزه تنظیم‌گری مالی، از قانون مدرنیزه کردن معاملات آتی<sup>۴</sup> کالا مصوب ۲۰۰۰ که از تعدادی معاملات مالی فرعی، مقررات‌زدایی کرد یا تصویب برنامه نهاد نظارت تلفیقی<sup>۵</sup> در سال ۲۰۰۴ ازسوی کمیسیون ارز و اوراق‌بهادار آمریکا<sup>۶</sup> (SEC) که الزامات نگهداری سرمایه توسط بانک‌های سرمایه‌گذار را تسهیل می‌کند، نام می‌برد.<sup>۷</sup> او همچنین «یارانه‌های بنزین و گاز»<sup>۸</sup>، «قاعده اولویت یا معافیت از قانون جدید»<sup>۹</sup> و «تنظیم‌گری

1. Hsu, Shi-Ling, "The Rise and Rise of the One Percent: Considering Legal Causes of Wealth Inequality", Emory L. J. Online, < Available at: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj-online/22>>, (last visited 02/16/2025), p. 2047.

2. Ipid, p. 2048.

3. Ipid, p. 2048.

4. Commodity Futures Modernization Act

5. Consolidated Supervised Entity program

6. The U.S. Securities and Exchange Commission

7. Ipid, p. 2051.

8. Oil and Gas Subsidies

9. Ipid, p. 2056.

10. Grandfathering

11. Ipid, p. 2058.

سودمند حوزه برق<sup>۱</sup> را به عنوان زمینه‌های دیگر صعودی بودن نرخ رشد بازگشت سرمایه از نرخ رشد اقتصادی ذکر می‌کند.

## ۲.۲. انتقادات مبتنی بر رد اصل نظریه پیکتی

پائول کرو،<sup>۲</sup> استاد حقوق دانشگاه پرداین،<sup>۳</sup> با انتقاد از نظریات پیکتی و هسو راه حل جدیدی را ارائه می‌کند. به نظر او: «توماس پیکتی شکل غم‌انگیز و متقاعدکننده‌ای از نابرابری فزاینده‌ای را به تصویر کشید که ناشی از نرخ بیشتر بازگشت سرمایه خصوصی است. شیء لینگ هسو نیز دریچه‌ای به این پرسش مهم گشود که چگونه حقوق و نهادهای قانونی در افزایش نرخ بازگشت سرمایه خصوصی مشارکت می‌جویند. اما هیچ کدام از این دو نظریه، راه حل قابل دسترسی در کوتاه مدت به منظور اصلاح نابرابری آزردهنده و مشکلات مالی ارائه نمی‌دهند. نظام مالیاتی برای افزایش مالیات از ثروتمندان می‌تواند هر دو مشکل را اصلاح نماید».<sup>۴</sup>

همچنین به عقیده کریس گیلز،<sup>۵</sup> «داده‌هایی که زیربنای کتاب ۵۷۷ صفحه‌ای پروفیسور پیکتی است... حاوی یک سری اشتباهات است که یافته‌های او را منحرف می‌کند... ملاحظه اصلی پروفیسور پیکتی این است که نابرابری سرمایه به سطحی که آخرین بار قبل از جنگ جهانی اول مشاهده شده بود، در حال بازگشت است. تحقیقات این ادعا را تضعیف می‌کند و نشان می‌دهد که شواهد کمی در منابع اصلی پروفیسور پیکتی برای اثبات این نظریه وجود دارد که سهم فزاینده‌ای از کل ثروت در اختیار چند ثروتمند است...».<sup>۶</sup>

## ۳. مالیات جهانی در عرصه اجرا

نظریه پیکتی به عنوان یک نظریه اقتصادی مورد بحث‌های متفاوتی قرار گرفته است که برخی از آنها ذکر شد. ولی صرف نظر از اینکه آیا انتقاداتی که به نظریه پیکتی وارد شده، صحیح

1. Electric Utility Regulation

2. *Ipid*, p. 2062.

3. Paul L. Caron

4. Pepperdine

5. Caron, Paul L., "Thomas Piketty and Inequality: Legal Causes and Tax Solutions", Emory L. J. Online, < Available at: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj-online/27>>. (last visited 02/16/2025), p. 2083.

6. Chris Giles

7. Giles, Chris, "Piketty findings undercut by errors", <Available at: <https://www.ft.com/content/e1f343ca-e281-11e3-89fd-00144feabdc0>>, (last visited 11/2/2024).

است یا خیر، و با فرض صحت نظریات وی، باید به این سؤال پاسخ گوییم که مالیات جهانی قابلیت اجرایش را داراست یا خیر. چنانچه وجود یک رابطه نابرابری بین نرخ رشد اقتصادی و نرخ بازده سرمایه وجود داشته باشد و در صورتی که راهکار برهم زدن چنین نابرابری، اخذ مالیات تصاعدی بر سرمایه باشد، ابهاماتی در زمینه نحوه اجرایی شدن چنین مالیاتی وجود خواهد داشت که به شرح ذیل به آنها خواهیم پرداخت.

### ۳.۱. فقدان یک توافق همگانی

باتوجه به اینکه مالیات جهانی باید در سطح جهان اجرا شود، در نتیجه سطح اجرای آن فراتر از دولت‌هاست. در مالیات‌های رایج که امروزه با آن مواجهیم، مالیات در درون یک کشور معنا و به فرایندهایی اختصاص می‌یابد که در سطح یک دولت خاص انجام و آن کشور خاص از آن بهره‌مند و یا از آن متأثر می‌شود. در نهایت اینکه یک دولت قادر باشد بر معاملاتی که اتباع آن کشور در بیرون از کشور می‌نمایند نیز نظارت و مالیات اخذ نماید. اما در مالیات جهانی، نیرویی بالاتر و قوی‌تر از دولت‌ها نیازمند است که بتواند اجرای این‌گونه مالیات را تضمین کند؛ درحالی که اولاً در حال حاضر چنین نیرویی وجود ندارد و ثانیاً توافقی در سطح جهان برای ایجاد این نهاد تاکنون شکل نگرفته است. اگرچه ایجاد برخی نهادهای جهانی در سالیان اخیر همچون FATF<sup>۱</sup> که «به منظور حفظ حقوق جامعه بین‌المللی، سازوکارهای نظارتی پیچیده‌ای را برای تضمین رعایت مقررات خود ایجاد کرده و از طرفی، تضمین‌ها و واکنش‌های نهادینه‌شده‌ای را نسبت به نقض آن مقررات پیش‌بینی نموده است»<sup>۲</sup> یا آنچه توسط گروه G20 با همکاری OECD<sup>۳</sup> برای اخذ مالیات از شرکت‌های چندملیتی شکل گرفته است، می‌تواند گام‌های اولیه یا نمونه‌های آغازین یک سرود جهانی در این خصوص باشند.<sup>۴</sup>

1. Financial Action Task Force

۲. حبیبی، حبیب الله و شهرام زرنشان، «نقش و جایگاه گروه ویژه اقدام مالی (FATF) در نظام حقوق بین‌الملل»، مجله پژوهش‌های حقوقی، د. ۲۰، ش. ۴۵، ۱۴۰۰، ص. ۳۱۳.

3. Organisation for Economic Co-operation and Development

۴. توافق‌نامه‌ای که در این خصوص شکل گرفته، با هدف جلوگیری از جابه‌جایی سرمایه در کشورهای مختلف مربوط به شرکت‌های چندملیتی برای فرار از پرداخت مالیات یا پرداخت مالیات با کمترین نرخ بوده است. برای کسب اطلاعات بیشتر درخصوص روند اجرایی شدن این توافق‌نامه ر.ک.:

<https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax.html>



باتوجه به اینکه اخذ مالیات در هر سطحی - نیازمند حساسی و بررسی معاملات و درآمدها و هزینه‌هاست، مالیات جهانی نیز از این موضوع مستثنا نیست. از آنجاکه در این نوع از مالیات باید درآمدها و هزینه‌های هر شخص (اعم از حقیقی و حقوقی) در سطح جهان محاسبه شود و این امر نیازمند بررسی همه‌جانبه در سطح جهان و وجود یک نهاد واحد برای تجميع اطلاعات موجود و تعیین مالیات هر شخص به صورت مجری است تا بتوان از اخذ مالیات مضاعف یا حتی فرار مالیاتی جلوگیری کرد. همچنین انجام چنین محاسباتی مستلزم حضور کارمندان بسیار و دستگاه‌های اداری عریض و طویلی است که امکان اداره چنین نهادی را فراهم نمایند. اگرچه با پیشرفت‌های بشر در زمینه هوش مصنوعی و نیز وجود شرکت‌های بزرگی که در زمینه IT فعالیت می‌کنند، شاید بتوان از ضرورت حضور کارمندان و کارکنان متعدد کاست، به یقین چنین نهادی باید همواره فعال و در حال اخذ اطلاعات و بررسی و نتیجه‌برداری از آنها باشد که اداره چنین نهادی، خود می‌تواند چالش تلقی شود. مشکل مضاعف این است که باید درخصوص نحوه شکل‌گیری چنین نهادی و اعضای تشکیل‌دهنده آن، توافق و اجماعی در سطح جهان شکل گیرد که این امر نیز چالش برانگیز است.

### ۳.۲. فقدان ضمانت اجرای بین‌المللی لازم

در صورت شکل‌گیری یک توافق همگانی و نیز ایجاد نهاد بین‌المللی لازم برای اخذ مالیات جهانی، مسئله بعدی ایجاد یک ضمانت اجرای لازم برای الزام همگان به اجرای این توافق‌نامه بین‌المللی است. باتوجه به اینکه این توافق در حیطه حقوق بین‌الملل شکل می‌گیرد و محدودیت‌هایی که در زمینه ضمانت اجرای حقوق بین‌الملل وجود دارد، اجرای مالیات جهانی بدون حل مسئله ضمانت اجرای مختص به آن، امکان‌ناپذیر است. این معضل می‌تواند ناشی از حقوق بین‌الملل موجود باشد که ویژگی‌های مختص به خود را داراست؛ از جمله اینکه «حقوق بین‌الملل به دولت‌ها تحمیل نمی‌شود و در جامعه جهانی هیچ قانون‌گذار بین‌المللی وجود ندارد». بنابراین اینکه آیا مالیات جهانی قابلیت اجرایی را نیز پیدا می‌کند یا نه، به میزان پایبندی اطراف توافق بر اخذ مالیات جهانی وابسته است.

برخلاف مقررات دیگری که در حقوق بین‌الملل وجود دارد و گاه تخطی از آن از سوی تابعان حقوق بین‌الملل مشاهده می‌شود، در مالیات جهانی امکان فرض وجود یک تخلف که بدون

مجازات لازم، باقی بماند وجود ندارد؛ زیرا پویایی و کارآمدی مالیات جهانی نیازمند اجرای آن در سطح جهان و به صورت همگانی است. در حال حاضر ضمانت‌اجراه‌های حقوق بین‌الملل در «روش‌ها و اقدامات خودیاری»، «اجرای تحریم‌های اقتصادی»، «توسل به زور»، «فشار افکار عمومی» و «مقابله به مثل و اقدامات متقابل» منحصر است؛<sup>۱</sup> لیکن چنانچه یک دولت علی‌رغم پیوستن به توافق جهانی و عضویت در نهاد بین‌المللی متناظر این توافق، حاضر به اجرای کلی یا جزئی این قرارداد نشود، ضمانت‌اجرایی لازم در این خصوص چیست؟ این سؤال از جمله سؤالاتی است که برای به اجرا درآوردن مالیات جهانی باید به آن پاسخ داد.

راه‌حل توماس پیکتی که در آخرین اثر مکتوب خود با عنوان «تاریخ مختصر برابری»<sup>۲</sup> (۲۰۲۲) ارائه شده، تمهید یک «حاکمیت جهانی‌گرا»<sup>۳</sup> است. به نظر وی، هر جامعه سیاسی باید بتواند شرایطی را برای تجارت با سایر نقاط جهان تعیین کند، بدون اینکه منتظر بماند تا با همه شرکای خود به توافق برسد. پیکتی اهداف چنین حاکمیتی را جهانی‌گرا و بین‌المللی‌گرا معرفی می‌کند و آن را این گونه می‌پندارد که «با مشخص کردن معیارهای عدالت اجتماعی و مالیاتی و زیست‌محیطی می‌تواند به‌روش یکسان برای همه کشورها اعمال شود».<sup>۴</sup> از آنجاکه در حال حاضر ما با چنین حاکمیتی روبه‌رو نیستیم، براساس نظر پیکتی باید تقریباً همه چیز را ابداع کرد.

### ۳.۳. وجود بهشت‌های مالیاتی

بهشت مالیاتی به محلی اطلاق می‌شود که امکان فرار مالیاتی را برای مجرمین مالیاتی فراهم می‌آورد. چنانچه برخی از کشورهای جهان به توافق همگانی برای اخذ مالیات جهان نپیوندند، در این صورت آن کشورها به صورت بالقوه می‌توانند یک بهشت مالیاتی برای اخذ مالیات جهانی تلقی شوند. همچنین در صورتی که اطلاعات در سطح بین‌المللی به خوبی جمع آوری نشود و امکان پنهان کردن اطلاعات وجود داشته باشد، در این صورت مالیات جهانی

۱. والاس، ربکا و مارتین آرتگا، **حقوق بین‌الملل**، ترجمه سید قاسم زمانی و مهناز بهرام‌لو، چ ۵، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴. صص. ۳۰-۳۱.

2. A Brief History of Equality

3. Universalist Sovereignism

۴. پیکتی، توماس، **تاریخ مختصر برابری**، ترجمه حسین راغفر و کبری سنگری مهذب، چ ۱، تهران: نشر نو، ۱۴۰۲، ص. ۲۷۶.

می‌تواند با چالش مواجه شود. یکی از معضلاتی که پیش‌روی مالیات جهانی می‌تواند قرار گیرد، معاملات مبتنی بر رمزارزهاست که عموماً ثبت نمی‌شوند و غیرقابل ردیابی‌اند. از همین روی این‌گونه معاملات نیز ممکن است به‌عنوان پیش‌زمینه یک بهشت مالیاتی برای اخذ مالیات جهانی تلقی شوند. برخورد مناسب با این شیوه‌های فرار از پرداخت مالیات از ضروریات اجرای مالیات جهانی است.

در این خصوص، به نظر می‌رسد استفاده از راهکارهای شفافیت<sup>۱</sup> می‌تواند به‌عنوان اهرم مؤثری برای برخورد با بهشت‌های مالیاتی تلقی شود. از این‌گونه راهکارها سابقاً به‌هنگام تصویب قانون اشتغال آفرینی آمریکا<sup>۲</sup> معروف به قانون مشاغل استفاده شده است. براساس هدف‌گذاری که در این قانون صورت گرفته بود، مراجع قانونی بیشتر به‌دنبال کنترل پناهگاه‌های مالیاتی<sup>۳</sup> بودند.<sup>۴</sup> یکی از روش‌های مدنظر در این قانون، افزایش جواز مالیاتی برای شفافیت هرچه بیشتر مالیات‌دهندگان بود.<sup>۵</sup> همچنین گزارش کشور به کشور،<sup>۶</sup> ابزاری حیاتی برای ارتقای شفافیت مالیاتی و مهار اجتناب مالیاتی<sup>۷</sup> ازسوی شرکت‌های چندملیتی است.<sup>۸</sup> این گزارش ازسوی OECD در راستای به اجرا درآوردن مالیات جهانی از شرکت‌های چندملیتی منتشر می‌شود و مورد استفاده قرار می‌گیرد.<sup>۹</sup> پژوهش اخیرالذکر نیز به نقل از اُورس<sup>۱۰</sup> و وُلف<sup>۱۱</sup> این پیشنهاد را بیان می‌نماید که گزارش کشور به کشور عمومی، می‌تواند به‌عنوان یک ابزار سیاسی اضافی برای کاهش اجتناب

1. Transparency

2. American Jobs Creation Act, 2004.

3. Tax Shelters

۴. منظور از پناهگاه مالیاتی هرگونه ترتیبات مالی برای اجتناب از پرداخت مالیات یا کاهش آن است.

۵. ایدی، سعیدرضا، «تنظیم مشارکتی مالیات، الگویی جدید در نظام مالیاتی ایالات متحده آمریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۱۸، ش. ۷۱، ۱۳۹۴، ۲۱۹.

6. Country-by-Country Reporting (CbCR)

7. Tax Avoidance

8. Atadoga, Joy O., Joseph K. Nembe, Noluthando Z. Mhlongo, Adeola O. Ajayi-Nifise, Odeyemi Olubusola, Andrew I. Daraojimba, & Bisola B. Oguejiofor, "CROSS-BORDER TAX CHALLENGES AND SOLUTIONS IN GLOBAL FINANCE", *Finance & Accounting Research Journal*, Vol. 6, No. 2, 2024, p. 255.

۹. جهت کسب اطلاعات بیشتر در این خصوص ر.ک.:

OECD, Country-by-country reporting for tax purposes, < Available at: <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/country-by-country-reporting-for-tax-purposes.html>>, (last seen at 10/05/2024).

10. Overesch

11. Wolff

مالیاتی شرکت‌ها استفاده شود. این گزارش به‌ویژه زمانی مؤثر است که فعالیت‌های به‌منظور اجتناب مالیاتی شرکت‌ها را مورد نظارت عمومی قرار می‌دهد.<sup>۱</sup>

### ۳.۴. عدم امکان تقسیم مالیات اخذ شده در جهان به‌نحو منصفانه

در صورت فرض اینکه مالیات جهانی به شیوه صحیح قابل اجرا باشد و مالیات در سطح جهانی بتواند از اشخاص اخذ شود، در این صورت درخصوص نحوه تقسیم مالیات در جهان نیز باید اتخاذ تصمیم شود. اگر هدف مالیات جهانی کاهش فاصله میان سرمایه‌داران و سایر اقشار در سطح جهان است، بنابراین راه حل اختصاص مالیات اخذ شده از اتباع هر کشور به آن کشور، راه حل مناسبی نیست؛ چراکه عموماً ابرسرمایه‌داران در کشورهای با سطح درآمدی بالاتر زندگی می‌کنند و اگر قرار بر اختصاص مالیات این اشخاص به همان کشورها باشد، در این صورت کشورهای کمتر برخوردار همچنان نسبت به کشورهای با سطح درآمدی بالاتر، فاصله سطح درآمدی معناداری را تجربه می‌کنند و در نتیجه اخذ مالیات جهانی، به کاهش فاصله میان اقشار کشورهای با سطح درآمدی بالاتر و اقشار کشورهای با سطح درآمدی پایین‌تر کمک نمی‌کند.

همچنین درخصوص شرکت‌های چندملیتی و نحوه تقسیم مالیات اخذ شده از آنها باید مذاقه شود؛ چه اینکه ممکن است شرکتی در یک کشور به ثبت رسیده باشد درحالی که سهام‌داران اصلی آن شرکت، تابعیت کشور یا کشورهای دیگری را داشته باشند. لازمه دسترسی به یک برابری در استفاده از مزایای مالیات جهانی از نظر پیکتی، «جست‌وجوی مداوم برای ائتلاف‌های بین‌المللی» است و نیاز است که «مجامع فراملی را توصیف کنیم که در حالت آرمانی، کالاهای عمومی جهانی و سیاست‌های مشترک عدالت مالیاتی و زیست‌محیطی به آنها سپرده شود».<sup>۲</sup> نکته‌ای که درخصوص این مجامع بین‌المللی ضروری به نظر می‌رسد، بنا شدن آنها بر مبانی و پایه‌های عادلانه است؛ زیرا آنچه امروزه در برخی از مجامع جهانی دیده می‌شود، تفوق و برتری برخی قدرت‌های جهانی بر دیگر کشورها – همچون تفوق و برتری پنج کشور عضو دائم شورای

1. *op. cit.*, p. 255.

۲. پیکتی، توماس، منبع پیشین، ص. ۲۷۷.

امنیت در استفاده از حق وتو علی‌رغم انتقادات موجود<sup>۱</sup> است و در صورت تداوم این اوضاع، نمی‌توان به مثمرتر واقع شدن مالیات جهانی و حصول نتایج آن از جمله حرکت به سمت برابری در جهان، خوش‌بین بود.

### ۳.۵. شمول یا عدم شمول مالیات جهانی بر معاملات مالی دولت‌ها

پیکنی در یک دسته‌بندی، مالکیت اشخاص در جهان را به چهار بخش تقسیم کرده است: ابزار تولید، مسکن، دولت و بقیه جهان.<sup>۲</sup> منظور پیکنی از ابزار تولید، مواردی همچون زمین، تجهیزات کشاورزی، کارخانه‌ها و به‌صورت کلی، تمام کالاهای لازم برای تولید سایر کالاها و خدمات است. همچنین منظور وی از مالکیت دولت، مواردی همانند مالکیت بر اوراق قرضه دولتی، وجود بدهی عمومی و فروش اموال در اختیار دولت، وابسته‌شدن دولت به اعتباردهندگان خود و در نهایت تحت‌تأثیر سیاست‌ها و سایر «اصلاحات» مصوب است.<sup>۳</sup> «بعد از ابزار تولید و مسکن و دولت، دیگر شکل غالب دارایی مالکیت سایر نقاط جهان است؛ یعنی دارایی‌های نگهداری‌شده در کشورهای خارجی».<sup>۴</sup>

با این توصیف، مالکیت انسان بر دولت یا تأثیراتی که ازسوی «اعتباردهندگان» به‌ویژه اعتباردهندگان خصوصی بر دولت گذاشته می‌شود، می‌تواند یکی از عوامل مهم کسب درآمد تلقی گردد. اگر هدف از مالیات جهانی، کاهش فاصله سطوح درآمدی سرمایه‌داران و سایر اقشار باشد، در این صورت باید مشخص شود در کشورهایی که دولت در فعالیت‌های تصدی‌گری به‌صورت ویژه‌ای فعالیت دارد و در نتیجه می‌تواند در قالب یک سرمایه‌دار بزرگ در آن کشور در نظر گرفته شود، آیا دولت نیز مشمول مالیات جهانی خواهد بود یا خیر؟ این موضوع به آن علت می‌تواند قابل توجه باشد که ممکن است برخی از سرمایه‌داران برای در امان ماندن از مالیات جهانی، فعالیت خود را به امور دولتی معطوف یا از طریق دولت اقدام نمایند و از این طریق سعی

۱. برای مطالعه برخی از این انتقادات ر.ک: رجبی، سعید، سیدباقر میرعباسی و سهراب صلاحی، «بررسی رویه‌های تحدید حق وتو در شورای امنیت سازمان ملل متحد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ش. ۹۹، ۱۴۰۱، صص. ۴۰-۱۱.

۲. پیکنی، توماس، منبع پیشین، ص. ۴۱.

۳. همان منبع، ص. ۴۶.

۴. همان منبع، ص. ۴۷.

در حفظ سرمایه خود نمایند. ازسوی دیگر، اگر دولت‌ها مشمول مالیات جهانی باشند، ممکن است کشورهایی با این ادعا که اخذ مالیات جهانی از دولت‌ها در نحوه خدمت‌رسانی و عملکرد حاکمیت مؤثر است، از پیوستن به توافق برای اخذ مالیات جهانی یا اجرایی کردن این توافق، سر باز زنند. به همین دلیل است که ایجاد یک تعادل میان اخذ مالیات جهانی از دولت‌ها یا معافیت آنها از پرداخت مالیات جهانی، ضرورت دارد.

### ۳.۶. عدم حصول برابری در صورت فقدان سایر شرایط برابری‌ساز

برابری مفهومی است که ورای مالیات جهانی پنهان شده است. اساس طرح این ایده، کاهش نابرابری در جهان است؛ چراکه همان‌گونه که پیکتی اذعان داشته است، حرکت به‌سوی برابری در کلیه اشکال آن (اجتماعی، آموزشی، فرهنگی، سیاسی) روندی مداوم است که هرگز به کمال و انجام نخواهد رسید.<sup>۱</sup> بنابراین سیری که مالیات جهانی می‌تواند طی بکند، صرفاً کاهنده وضعیت مشدد نابرابری معاصر و حرکت به‌سمت ایجاد برابری اقتصادی است؛ لیکن این ایده عاجز از دسترسی به برابری در تمام عرصه‌هاست. بدین‌منظور وی لزوم ایجاد یک حاکمیت مبتنی بر سوسیالیسم دموکراتیک، مشارکتی، فدرالی، زیست‌محیطی و چند فرهنگی را از لوازم حصول برابری تلقی می‌کند که ایده مالیات جهانی نیز در درون چنین حالتی، امکان حصول و تحقق را دارا خواهد شد.<sup>۲</sup> این حاکمیت مستلزم وجود شهروندان فعال نیز است. به نظر پیکتی «صرفاً بسیج‌های قدرتمند اجتماعی که مورد حمایت جنبش‌ها و سازمان‌های جمعی باشند به ما اجازه خواهند داد تا اهداف مشترک را تعریف و رابطه قدرت را دگرگون کنیم».<sup>۳</sup>

### نتیجه‌گیری

مالیات جهانی نظریه‌ای است که ازسوی توماس پیکتی بیان شده و در قبال آن، اظهارنظرهای متفاوتی صورت گرفته و نظریات متعددی را نیز در برداشته است. این نظریه مبتنی بر سه پیش‌فرض است: ۱- حاصل‌ضرب «نسبت سرمایه ملی به درآمد ملی» در نرخ

۱. همان منبع، ص. ۲۱.

۲. همان منبع، ص. ۲۵۷.

۳. همان منبع، ص. ۲۷۸.

ضرورت اخذ مالیات جهانی به شیوه‌های مختلف مورد انتقاد نیز قرار گرفته است. ازجمله این انتقادهای ادعای اشتباه بودن داده‌هایی است که توماس پیکتی به‌استناد آن‌ها نتایجی را حاصل و در نهایت نظریه مالیات جهانی را ارائه نموده است. انتقاد دیگر غیرقابل فرض بودن امکان برداشت پیکتی از ضرورت مالیات جهانی براساس داده‌هایی است که به آن استناد کرده است. شی لینگ هسو با فرض صحیح بودن برداشتهای پیکتی، نهادهای حقوقی و برخی قوانین خاص را به‌عنوان عامل نابرابری معرفی و از آنها انتقاد می‌کند. ازسوی دیگر، برخی نیز به غیرقابل اجرا بودن نظریه توماس پیکتی در کوتاه مدت اشاره داشته‌اند و ضرورت دارد که برای درک درست از مفهوم مالیات جهانی، به این انتقادات پاسخ مناسب داده شود.

گذشته از انتقاداتی که به نظریه توماس پیکتی وارد است، در صورتی که نظریه مالیات جهانی را به همان صورت که ارائه شده بپذیریم، برای اجرا آن با موانعی مواجهیم که ضروری است این موانع با راهکارهای مناسب، مرتفع شوند. ازجمله این معضلات می‌توان به: فقدان یک توافق همگانی، فقدان یک نهاد بین‌المللی کارآمد برای اجرای توافق جهانی، فقدان ضمانت اجرایی‌های بین‌المللی لازم، وجود بهشت‌های مالیاتی، عدم امکان تقسیم مالیات اخذشده در جهان به‌نحو منصفانه و شمول یا عدم شمول مالیات جهان بر معاملات مالی دولت‌ها اشاره داشت. مالیات جهانی در صورت عبور از نظریه، مراحل دشواری در راه اجرا شدن را تجربه خواهد کرد و برای اجرا کردن این نظریه، راه درازی در پیش داریم.

## منابع

## کتاب

۱. آتش بار، توحید و رضا زمانی، خلاصه و نقد «سرمایه در قرن بیست و یکم»  
توماس پیکتی، چ ۱، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۳.
۲. پیکتی، توماس، سرمایه در سده بیست و یکم، ترجمه ناصر زرافشان، چ ۴، تهران:  
مؤسسه انتشارات نگاه، ۱۴۰۱.
۳. پیکتی، توماس، تاریخ مختصر برابری، ترجمه حسین راغفر و کبری سنگری مهذب، چ  
۱، تهران: نشر نو، ۱۴۰۲.
۴. والاس، ربکا و مارتین اُرتگا، حقوق بین‌الملل، ترجمه سیدقاسم زمانی و مهناز بهرام‌لو، چ ۵،  
تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴.

## مقاله

۵. ابدی، سعیدرضا، «تنظیم مشارکتی مالیات، الگویی جدید در نظام مالیاتی ایالات متحده  
آمریکا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۱۸، ش. ۷۱، ۱۳۹۴، صص. ۲۰۷-۲۲۳.  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56215.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56215.html)
۶. حبیبی، حبیب‌الله و شهرام زرنشان، «نقش و جایگاه گروه ویژه اقدام مالی (FATF) در نظام  
حقوق بین‌الملل»، مجله پژوهش‌های حقوقی، د. ۲۰، ش. ۴۵، ۱۴۰۰، صص. ۲۹۹-۳۲۲.  
DOI: 10.48300/jlr.2021.129442.
۷. رجبی، سعید، سیدباقر میرعباسی و سهراب صلاحی، «بررسی رویه‌های تحدید حق وتو در  
شورای امنیت سازمان ملل متحد»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ش. ۹۹، ۱۴۰۱، صص.  
۴۰-۱۱.  
DOI: 10.29252/jlr.2022.221941.1911.
۸. رستمی، ولی، فاطمه محمدی و مسعود رنجبر، «بررسی حقوقی نقش مالیات بر توسعه سیاسی  
و دموکراسی»، نشریه مطالعات حقوق عمومی، د. ۴۷، ش. ۳، ۱۳۹۶، صص. ۶۰۱-۶۲۰.  
DOI: 10.22059/jpls.2017.211787.1305.
۹. زارعی، محمدحسین و روح‌الله مؤذنی، «مفهوم حقوق اقتصادی عمومی در رویکرد فرانسوی»،  
فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۸، بهار ۱۳۹۱، صص. ۴۲۷-۴۶۲.



[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56794.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56794.html)

۱۰. سرخوش سرا، علی، خدیجه نصرالهی، کریم آذربایجانی و رسول بخشی دستجردی، «تحلیل عوامل مؤثر بر نابرابری درآمدی در ایران در چارچوب دیدگاه‌های توماس پیکتی: رویکرد خود توضیح برداری ساختاری»، فصلنامه علمی پژوهش‌های رشد و توسعه اقتصادی، د. ۱۰، ش. ۳۹، ۱۳۹۹، صص. ۲۹-۵۴. DOI: 10.30473/egdr.2019.46719.5227.

۱۱. شریفی، محسن، «دیوان بین‌المللی دادگستری و تعهدات Erga Omnes»، فصلنامه سیاست خارجی، سال ۲۲، ش. ۴، زمستان ۱۳۸۷، صص. ۱۰۳۱-۱۰۵۱.

[https://fp.ipisjournals.ir/article\\_9686.html](https://fp.ipisjournals.ir/article_9686.html)

۱۲. فاکس، هیزل، «تعریف و منابع حقوق بین‌الملل اقتصادی: حقوق بین‌الملل اقتصادی و کشورهای درحال توسعه (۱۹۹۲)»، ترجمه قنبری جهرمی، محمدجعفر، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۱۳۷۸، صص. ۲۳۱-۲۶۰.

[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56893.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56893.html)

۱۳. قاسمی حامد، عباس، «حقوق اقتصادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۰، تابستان ۱۳۹۴، صص. ۳۱-۵۶.

[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56329.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56329.html)

۱۴. کازرونی، علیرضا، حسین اصغریپور و سیروان طیبی، «تأثیر رشد کند اقتصادی بر نابرابری توزیع درآمد: با تأکید بر فرضیه توماس پیکتی»، فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)، د. ۲۰، ش. ۱، ۱۳۹۹، صص. ۲۳-۵۰.

DOI: [20.1001.1.17356768.1399.20.1.1.2](https://doi.org/10.1001.1.17356768.1399.20.1.1.2).

## References

### Books

1. Atashbar, Tohid & Reza zamani, **Summary and Critique of Thomas Piketty's "Capital in the Twenty-First Century"**, 1<sup>st</sup> edition, Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly, 2014. (In Persian)
2. Piketty, Thomas, **A Brief History of Equality**, translated by Raghfar, Hossein & Kobra Sangari Mahzab, 1<sup>st</sup> edition, Tehran: Nashre No, 2023. (In Persian)
3. Piketty, Thomas, **Capital in the Twenty-First Century**, translated by Zarafshan, Nasser, 4<sup>th</sup> edition, Tehran: Negah Publishing Institute, 2022. (In Persian)
4. Wallace, Rebecca & Martin Ortega, **International Law**, Zamani translation, Seyyed Ghasem & Mahnaz Bahramlou, 5<sup>th</sup> edition, Tehran: Shahr Danesh, 2015. (In Persian)

### Articles

5. Abadi, Saeed Reza, "Participatory Tax Regulation, a New Model in the United States Tax System", *Legal Research Quarterly*, Vol. 18, No. 71, 2015, PP. 207-223. (In Persian)  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56215.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56215.html)
6. Atadoga, Joy O., Joseph K. Nembe, Noluthando Z. Mhlongo, Adeola O. Ajayi-Nifise, Odeyemi Olubusola, Andrew I. Daraojimba, & Bisola B. Oguejiofor, "Cross-Border Tax Challenges and Solutions in Global Finance", *Finance & Accounting Research Journal*, Vol. 6, No. 2, 2024, PP.252-261, DOI: <https://doi.org/10.51594/farj.v6i2.823>
7. Fox, Hazel, "Definition and Sources of International Economic Law: International Economic Law and Developing Countries (1992)", translated by Ghanbari Jahromi, Mohammad Jafar, *Legal Research Journal*, No. 25 & 26, Spring & Summer 1999, PP. 231-260. (In Persian)  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56893.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56893.html)
8. Ghasemi Hamed, Abbas, "Economic Law", *Legal Research Journal*, No. 70, Summer 2015, PP. 31-56. (In Persian)  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56329.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56329.html)
9. Habibi, Habibollah & Shahram Zarneshan, "The Role and Status of the Financial Action Task Force (FATF) in the International Legal System",

- Journal of Legal Studies, Vol. 20, No. 45, 2021, PP. 299-322. (In Persian)  
DOI: 10.48300/jlr.2021.129442
10. Kazerouni, Alireza, Hossein Asgharpour & Sirvan Tayyibi, "The Effect of Slow Economic Growth on Income Distribution Inequality: With Emphasis on Thomas Piketty's Hypothesis", *Quarterly Journal of Economic Research* (Sustainable Growth and Development), Vol. 20, No. 1, 1399, PP. 23-50. (In Persian) DOI: 20.1001.1. 17356768. 1399.20.1.1.2.
  11. Milanovic, Branko, "The Return of "Patrimonial Capitalism": A Review of Thomas Piketty's Capital in the Twenty-First Century", *Journal of Economic Literature*, Vol. 52, No. 2, 2014, PP. 127-144, DOI: 10.1257/jel.52.2.519.
  12. Overesch, M., & H. Wolff, "Financial Transparency to the Rescue: Effects of Public Country-by-Country Reporting in the European Union Banking Sector on Tax Avoidance". *Contemporary Accounting Research*, Vol. 38, No. 1, 2021, PP. 1616-1642, DOI:10.1111/1911-3846.12669.
  13. Piketty, Thomas, "Putting Distribution Back at the Center of Economics: Reflections on Capital in the Twenty-First Century", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 29, No. 1, 2015, PP. 67-88, DOI: 10.1257/jep.29.1.67.
  14. Rajabi, Saeed, Seyed Bagher Mir Abbasi & Sohrab Salahi, "A Study of Procedures for Limiting the Veto Right in the United Nations Security Council", *Quarterly Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 99, 2022, PP. 11-40. (In Persian) DOI: 10.29252/jlr.2022.221941.1911
  15. Rostami, Vali, Fatemeh Mohammadi & Masoud Ranjbar, "A Legal Study of the Role of Taxation on Political Development and Democracy", *Journal of Public Law Studies*, Vol. 47, No. 3, 2017, PP. 601-620. (In Persian) DOI: 10.22059/jpls.2017.211787.1305
  16. Sarkhosh Sara, Ali, Khadijeh Nasrollahi, Karim Azarbaijani & Rasoul Bakhshi Dastjerdi, "Analysis of Factors Affecting Income Inequality in Iran within the Framework of Thomas Piketty's Views: A Structural Self-Explanation Approach", *Quarterly Journal of Economic Growth and Development Studies*, Vol. 10, No. 39, 2019, PP. 29-54. (In Persian) DOI: 10.30473/egdr.2019.46719.5227.

17. Sharifi, Mohsen, "The International Court of Justice and Erga Omnes Obligations", *Quarterly Journal of Foreign Policy*, Year 22, No. 4, Winter 2008, PP. 1031-1051. (In Persian)  
[https://fp.ipisjournals.ir/article\\_9686.html](https://fp.ipisjournals.ir/article_9686.html)
18. Zarei, Mohammad Hossein & Moazani, Ruhollah, "The Concept of Public Economic Law in the French Approach", *Journal of Legal Research*, Special Issue No. 8, Spring 2012, PP. 427-462. (In Persian)  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56794.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56794.html)

#### Online Resources

19. Auerbach, Alan J, "Was Piketty right to call for a wealth tax?" <Available at: <https://www.weforum.org/stories/2015/03/was-piketty-right-to-call-for-a-wealth-tax/>>, (last visited 08/15/2025).
20. Caron, Paul L., "Thomas Piketty and Inequality: Legal Causes and Tax Solutions", Emory L. J. Online, <Available at: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj-online/27>>. (last visited 02/16/2025).
21. Giles, Chris, "Piketty findings undercut by errors", <Available at: <https://www.ft.com/content/e1f343ca-e281-11e3-89fd-00144feabdc0>>, (last visited 11/2/2024)
22. Hsu, Shi-Ling, "The Rise and Rise of the One Percent: Considering Legal Causes of Wealth Inequality", Emory L. J. Online, <Available at: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj-online/22>>, (last visited 02/16/2025).
23. OECD, Country-by-country reporting for tax purposes, <Available at: <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/country-by-country-reporting-for-tax-purposes.html>>, (last seen at 10/05/2024).
24. OECD, Global Minimum Tax, <Available at: <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax.html>>, (last seen at 10/04/2024).
25. Piketty, Thomas, Emmanuel Saez & Gabriel Zucman, "Rethinking Capital and Wealth Taxation", World Inequality Lab, <Available at: <https://wid.world/news-article/rethinking-capital-and-wealth-taxation/>>, (last visited 02/16/2025).

## Global Taxation: Concept and Assessment

Saeedreza Abadi\*

Mohammad Mahdi Shirazi\*\*

Received: 2025.09.29

Accepted: 2025.03.12

### Abstract

Thomas Piketty's proposal of a global tax has sparked various debates and theories. Assuming an inequality between the rate of return on capital and the rate of economic growth, Piketty believes that the share of capital in national income is increasing and that a solution must be provided for this issue, and as a result, he presents the idea of a global tax. In this article, by using a descriptive-analytical method, we seek to express the concept of global taxation from the perspective of Thomas Piketty, criticize his theory, and examine how to implement it. The result is that, in order to be implemented, global tax needs to address issues such as the lack of a global agreement, the lack of necessary international enforcement guarantees, the existence of tax havens, the impossibility of distributing the tax collected in the world fairly, the inclusion or exclusion of a global tax on the financial transactions of governments, and the insufficiency of a global tax to achieve equality in the absence of other equalizing conditions.

### Keywords:

Global Taxation, Thomas Piketty, Public Economic Law, Capital, Development

---

\* Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.  
Corresponding Author Email: s\_abadi@sbu.ac.ir

\*\* PhD Candidate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.



# شناسایی قواعد تعارض قوانین در باب قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه

محمد فرجی \*

محمود باقری \*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۰۷

## چکیده

یکی از مباحث حائز اهمیت در هر قرارداد بین‌المللی بیمه، قانون حاکم بر آن است؛ به‌نحوی که تعهدات بیمه‌گر و بیمه‌گذار را می‌تواند به‌شکل عمده‌ای تحت تأثیر خود قرار دهد. چنین امری حاکی از مقررات و الزامات قانونی است که عمدتاً در تمام نظام‌های حقوقی، به منظور حمایت از بیمه‌گذاران پیش‌بینی شده است. قواعد آمره‌ای که در بسیاری از موارد، حق طرفین بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد خود را محدود یا بعضاً سلب و در عوض، معیارهایی را به‌منظور شناسایی قانون حاکم بر قرارداد بین‌المللی بیمه، به مراجع حل‌وفصل اختلافات معرفی می‌کنند. آنچه پژوهش حاضر به بررسی آن پرداخته است، شناسایی و تبیین الزامات قانونی محدودکننده اصل آزادی اراده در انتخاب قانون حاکم و معیارهای قانونی تشخیص قانون حاکم بر قرارداد در صورت نبود قانون منتخب نافذ است. حسب یافته‌های این پژوهش، معیارهایی نظیر کشور محل وقوع ریسک، محل اقامت یا ثبت بیمه‌گذار، محل انعقاد قرارداد و محلی که اساسی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد، از معیارهای قانونی پر کاربرد در باب الزامات مربوط به قراردادهای بین‌المللی بیمه محسوب می‌شوند.

## کلید واژگان:

بخشنامه‌های بیمه غیرعمر، بخشنامه مربوط به بیمه عمر، مقررہ رم ۱، تعارض قوانین، رویه‌های دادگاه‌های ایالتی.

\* کارشناس ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mohamad.faraji@ut.ac.ir

\*\* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.



Copyright: ©2024 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

امروزه نقش اساسی بیمه در مبادلات تجاری و غیرتجاری اشخاص و پررنگ شدن نقش بیمه در سطوح بین‌المللی، بیش‌ازپیش، توجه به مسئله قانون حاکم بر قراردادهای بیمه را مطالبه می‌کند. اهمیت اساسی مسائل مربوط به قانون حاکم بر قراردادهای بیمه، ریشه در تعداد بسیار چشمگیر قراردادهای بین‌المللی بیمه و محوری پوشش بیمه‌ای در تمام روابط حقوقی تجاری بین‌المللی در سطح بین‌المللی دارد.<sup>۱</sup>

البته گفتنی است که بالا بودن شمار قراردادهای بین‌المللی بیمه در زمان حاضر، از وجوه اختصاصی و منحصربه‌فرد این دسته از قراردادها ناست. برای نمونه، در بخش تجارت دریایی در دهه‌های اخیر، افزایش روزافزون شمار قراردادهای بین‌المللی حمل‌ونقل، خرید و فروش، تأمین مالی و سایر حوزه‌های داخل در تجارت دریایی، بسیار مشهود بوده است. بااین‌حال، شمار قراردادهای بین‌المللی بیمه به‌نحو قابل‌توجه‌ای، بیش از سایر حوزه‌های تجاری و بازرگانی است؛ به‌نحوی که برای مثال، تعداد شرکت‌های بیمه‌ای و بیمه اتکایی فعال در صنعت بیمه کشور انگلستان، بسیار فراتر از نیاز داخلی این کشور به امور بیمه‌ای است.<sup>۲</sup> فارغ از قراردادهای بیمه که به‌نحو سنتی و بستر غیر الکترونیکی در کشورهای مختلف منعقد می‌شوند، امروزه شاهد ظهور قراردادهای آنلاین بیمه‌ایم که فاقد عنصر ملی مشهود بوده و در سطوح بین‌المللی منعقد می‌شوند.

نکته حائز اهمیت درباره محوریت داشتن پوشش بیمه‌ای در روابط حقوقی تجاری بین‌المللی، این است که چنین امری، به کشورهای خاصی مربوط نیست؛ به این نحو که بنابر آمار منتشر شده، تعداد شرکت‌های بیمه‌ای موجود در کشور انگلستان در سال ۲۰۲۲، ۴۰۲ عدد بوده است،<sup>۳</sup> درحالی‌که در کشور ایالات متحده آمریکا در همان سال، ۷۲۷ شرکت بیمه عمر درحال فعالیت

1. Seatzu, Francesco, **Insurance in Private International Law: A European Perspective**, Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 27.

۲. کرمی کلمتی، فرزاد و حامد بابائی، «تأملی بر قانون حاکم بر تعهدات قراردادی عقد بیمه در ایران و ایالات متحده آمریکا»، فصلنامه تمدن حقوقی، د. ۵، ش. ۱۰، ۱۴۰۱، ص ۳۹۰.

3. Statista, Total number of United Kingdom (UK) authorized insurance companies in January 2014 and September 2022, by sector, Available at: <https://www.statista.com/statistics/827280/number-of-insurance-companies-united-kingdom-by-sector> (Last Visit 17/11/2024).



بوده‌اند.<sup>۱</sup> به‌عنوان یک عنصر حقوقی، بیمه‌نامه یک ابزار مذاکره با ماهیت بسیار منحصر به فرد است که در اغلب موارد به دلیل ارزش بسیار بالای آن، قابل تفکیک از قراردادهای بیمه نیست. هرچند حاکمیت قانون محل صدور بیمه‌نامه، راه حل منطقی به نظر می‌رسد، اعمال چنین حکمی در مورد بیمه‌نامه‌هایی که از طریق ایمیل صادر شده‌اند، امکان‌پذیر نیست.<sup>۲</sup> علاوه بر آن، در قراردادهای بین‌المللی بیمه ممکن است با چندین عنصر خارجی روبه‌رو باشیم که در صورت فقدان توافق صریح بر قانون حاکم، تعیین قانون حاکم بر قرارداد را برای مراجع رسیدگی کننده به اختلافات بیمه‌ای بسیار دشوار سازد. آنچه توجه به الزامات قانونی در باب تعیین قانون حاکم را ضروری می‌کند، این است که ممکن است دو بیمه‌گذاری که هر دو از یک بیمه‌نامه استفاده می‌کنند، میزان خسارات تحت پوشش و قابل پرداخت توسط بیمه‌گر به بیمه‌گزاران، ذیل حکومت قوانین مختلف، متفاوت شود.<sup>۳</sup>

درخصوص بحث حاضر، مقالات پژوهشی «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قرارداد بیمه (حقوق ایران و اتحادیه اروپا)» نوشته بادینی و شاهی و «تاملی بر قانون حاکم بر تعهدات قراردادی عقد بیمه در ایران و ایالات متحده آمریکا» نوشته کرمی کلمتی و بابایی به بررسی تطبیقی قواعد حل تعارض ایران با قوانین اتحادیه اروپا و آمریکا پرداخته و وجوه اشتراک و افتراق آنها را خاطر نشان ساخته‌اند. اما با اینکه این دو مقاله به‌نحو بسیار شایسته‌ای به بررسی و مقایسه نظام حقوقی ایران با دو نظام حقوقی مذکور پرداخته‌اند، به دلیل تمرکز بر رویه‌های عملی و نظری موجود در نظام حقوقی ایران، قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بیمه دو نظام حقوقی فوق، همچنان به‌طور جامع بررسی و مطالعه نشده‌اند. لذا مطالعه رویه‌های قضایی موجود در دادگاه‌های ایالتی کشور ایالات متحده آمریکا و بررسی عمیق‌تر قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بین‌المللی بیمه در نظام حقوقی اتحادیه اروپا، از نوآوری‌های پژوهش حاضر در مقایسه با دو نوشته فوق، قلمداد می‌شوند.

1. Statista, Development in the total number of life insurance companies in the United States from 1950 to 2022, Available at: <https://www.statista.com/statistics/194335/total-number-of-life-insurance-companies-in-the-us/> (Last Visit 17/11/2024).

2. Seatzu, Francesco, *Op. Cit.*, pp. 27,28.

3. Pariser, Ben, Understanding Choice of Law in Insurance Claims, *Restorical Research*, 2024, Available at: <https://restorical.com/choice-of-law-insurance-clai> (Last Visit 17/11/2024).

به این ترتیب، به دنبال پاسخ به این سؤال که چه الزامات قانونی در باب تعیین قانون حاکم در قوانین موضوعه مشاهده می‌شود، پژوهش حاضر به بررسی محدودیت‌های قانونی بر انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه و شناسایی شیوه‌های قانونی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بیمه، در صورت فقدان توافق قراردادی نافذ با تأکید بر نظام‌های حقوقی کشور ایران، اتحادیه اروپا و کشور ایالات متحده آمریکا خواهد پرداخت. هدف اصلی این پژوهش این است که بیمه‌گزاران و بیمه‌گران فعال در حوزه بیمه‌های بین‌المللی با شناسایی صحیح قانون حاکم بر قرارداد بیمه خود، بتوانند ریسک‌های قراردادی ناشی از قانون حاکم نامناسب را به بهترین نحو ممکن مدیریت کنند. البته درست است که آشنایی کامل با قواعد آمره موجود در نظام‌های حقوقی مزبور در وضع کنونی کشور ایران کاربرد عملی چندانی ندارد، اما با توجه به تحولات سیاسی در باب کشورهای بریکس<sup>۱</sup> و امکان گسترش روابط تجاری بین‌المللی کشور ایران، آشنایی با چنین قواعد آمره‌ای، فارغ از کمک به تحول و ارتقای نظام حقوقی داخلی، می‌تواند در بهبود روابط اقتصادی بین‌المللی نقش بسزایی داشته باشد. مخصوصاً آنکه بنابر نظر نویسندگان این پژوهش، خلأهای قانونی موجود در نظام حقوقی کشور ایران، در کنار وجود قواعد آمره قدیمی و ناکارآمد در باب قانون حاکم بر قراردادهای بیمه، از ایجاد نظم حقوقی بین‌المللی در باب قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه جلوگیری کرده است.

## ۱. محدودیت‌های قانونی بر انتخاب قانون حاکم در قرارداد بین‌المللی بیمه

امروزه اصل آزادی و حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر تعهدات قراردادی، تقریباً به شکل جهانی مورد پذیرش واقع شد و توافقات طرفین، لازم‌الاتباع و لازم‌الاجراست.<sup>۲</sup> البته همان گونه که در ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران مشاهده می‌شود، اصل آزادی و حاکمیت اراده در قراردادهای داخلی ایران، تحت شمول محدودیت مصرح در ماده یادشده واقع می‌شود. پذیرش اصل حاکمیت و آزادی اراده در قراردادهای بین‌المللی بیمه، همواره با محدودیت‌هایی در تمام نظام‌های حقوقی روبه‌رو است. نکته حائز اهمیت در باب قواعد تعارض قوانین، متفاوت بودن رویکرد و دیدگاه

۱. BRICS

۲. نیکبخت، حمیدرضا و علی‌اصغر عیوض‌پور، «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی، نگاهی به نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۲۸، ش. ۴۴، ۱۳۹۰، ص. ۱۴.

نظام‌های‌های حقوقی مختلف با یکدیگر است. ذیل نظام حقوقی اتحادیه اروپا، با روی کار آمدن کنوانسیون رم ۱۹۸۰<sup>۱</sup>، مجموعه‌ای از قواعد آمره وارد این نظام حقوقی شدند که مسائل مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی را با معیارهای نفع عمومی تلفیق کردند.<sup>۲</sup> در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا نیز نظریات تعارض قوانینی همچون نفع دولت، که در ادامه تشریح می‌شود، به دنبال صیانت از منافع عمومی و رفاه اجتماعی، در دعاوی و اختلافات بین‌المللی‌اند. رویکردهای مذکور با رویکرد مندرج ذیل ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران، که تنها قاعده تعارض قوانین در باب عقود است، بسیار مشابه است. با این حال، آنچه قراردادهای بیمه را از سایر عقود متمایز می‌کند، نابرابری جایگاه و قدرت چانه‌زنی متعاقدين آن است. لذا مطابق با همان رویکردی که منتج به ورود قواعد حقوق عمومی در قواعد مربوط به قراردادهای ذیل حقوق کار یا حقوق حمایت از مصرف‌کننده شد، بسیاری از نظام‌های حقوقی اقدام به تلفیق قواعد حقوقی عمومی با حقوقی خصوصی، به منظور حمایت از بیمه‌گزاران کردند. بنابراین اگرچه قواعد عام تعارض قوانین حوزه قراردادهای، بعضاً قابل اعمال بر قراردادهای بیمه‌اند، محدودیت‌هایی نیز بر این دسته از قواعد عام تعارض قوانین، به منظور حمایت از بیمه‌گزاران پیش‌بینی شده است. در ادامه، به بررسی محدودیت‌های موجود ذیل قوانین موضوعه نظام حقوقی کشور ایران، نظام حقوقی اتحادیه اروپا و نظام حقوقی کشور ایالات متحده آمریکا پرداخته خواهد شد.

### ۱.۱. محدودیت‌های قانونی وارد بر اصل آزادی و حاکمیت اراده در نظام حقوقی ایران

ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران، که تنها قاعده حل تعارض قوانین نظام حقوقی ایران در باب حوزه تعهدات قراردادی است، بیان می‌دارد: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است، مگر اینکه متعاقدين اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند». با اینکه ممکن است ظاهر این ماده ساده به نظر آید، مفهوم آن همواره مورد بحث و اختلاف توسط اساتید حقوق مدنی و اساتید حقوق بین‌الملل خصوصی و تجارت بین‌الملل واقع شده است. این ماده بنابر دیدگاه دکتر الماسی، اقتباس شده از یک قاعده قدیمی تعارض قوانین

1. The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 (Rome Convention 1980).

2. Bagheri, Mahmood, Conflict of Laws, Economic Regulations and Corrective/Distributive Justice", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 28, Issue 1, 2014, p. 116

کشور فرانسه است که مطابق با آن، قرارداد تابع قانون محل انعقاد است، مگر اینکه متعاقدين آن را تابع قانون دیگری قرار داده باشند.<sup>۱</sup> لذا با در نظر گرفتن تغيير اعمال شده در منطوق ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران، برخی اساتید حقوق مدنی، همچون کاتوزیان و شهیدی، حکم مندرج در این ماده را امری دانسته و معتقد بودند که امکان انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای منعقدشده در ایران، توسط متعاقدين ایرانی امکان پذیر نخواهد بود.<sup>۲</sup> لذا بنابر دیدگاه این اساتید، قانون حاکم بر تمام عقود منعقدشده توسط اتباع ایرانی، تابع قانون محل انعقاد بوده و اصل آزادی اراده در تعیین قانون حاکم، تنها در صورت غیرایرانی بودن متعاقدين، مورد شناسایی واقع شده است. چنین رویکردی می‌تواند باعث بروز برخی ناکاستی‌ها برای اتباع ایرانی شود؛ به این نحو که برای نمونه، ایرانی‌هایی که خارج از ایران، مبادرت به انعقاد یک قرارداد می‌کنند، امکان انتخاب قانون ایران را به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد نخواهند داشت. چنین امری مخالف با رویکرد حمایتی ماده (۹۶۸) قانون مدنی از اتباع ایرانی است. لذا شماری از اساتید حقوق بین‌الملل خصوصی و تجارت بین‌الملل به‌منظور مقابله با پیامدهای منفی امری تلقی کردن مقرر ماده (۹۶۸)، آن را قاعده‌ای تکمیلی و اختیاری دانسته و معتقدند که امری دانستن قاعد حل تعارض ماده (۹۶۸)، مخالف با قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» است.<sup>۳</sup> لذا بنابر دیدگاه این گروه از اساتید، از آنجایی که متعاقدين یک قرارداد ذیل نظام حقوقی ایران، اختیارات نسبتاً زیادی در عدم رعایت قواعد تکمیلی و اختیاری دارند، امکان تعیین قانون حاکم بر قراردادهای منعقد در ایران، برای اتباع ایرانی فراهم خواهد بود. دسته‌ای دیگر از اساتید به‌منظور ایجاد نوعی نقطه تلاقی بین دو رویکرد مذکور، به تفکیک قراردادهای بیمه تجاری و مصرف‌کننده مبادرت کرده‌اند.<sup>۴</sup> بنابر این

۱. الماسی، نجادعلی، **تعارض قوانین**، ج ۴۰، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۰؛ الماسی نجادعلی و هادی شعبانی کُندسری، «بررسی تطبیقی محدودیت‌های طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۳۴، ش. ۵۶، ۱۳۹۶، ص. ۱۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص. ۳۷۶؛ شهیدی، مهدی، «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، د. ۱، ش. ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، ص. ۷۷.

۳. الماسی، نجادعلی، *منبع پیشین*، ص. ۲۳۰؛ اخلاقی، بهروز، «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل دیدگاه‌های پیمان ژنو ۱۹۳۰»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۱۰، ش. ۱۲، ۱۳۶۸، ص. ۱۲۰.

۴. کرمی کلمتی، فرزاد و حامد بابائی، *منبع پیشین*، ص. ۳۹۸.

دیدگاه، قراردادهای بیمه تجاری قراردادهایی‌اند که ریسک‌های تحت پوشش آنها، موضوع مواد (۲) و (۳) قانون تجارت ۱۳۱۱ ایران بوده، در مقابل، بیمه‌های مصرف‌کننده قراردادهایی‌اند که بیمه‌گذار شخص مصرف‌کننده بوده و ریسک‌های تحت پوشش این بیمه‌ها، فعالیت‌های تجاری نیستند. در پرتوی این تفکیک، مندرجات بندهای «۱» و «۲» ماده (۲۷) قانون دآوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶ ایران، به دلیل برابر بودن موقعیت مذاکره‌ای بیمه‌گر و بیمه‌گذار در قراردادهای بیمه تجاری، بر این دسته از قراردادهای بیمه قابل اعمال و امکان انتخاب قانون حاکم بر تعهدات قراردادی میسر است. با این حال، ذیل تفکیک به عمل آمده بین قراردادهای بیمه تجاری و مصرف‌کننده در نظام حقوقی ایران، به دلیل نابرابری بین طرفین قرارداد در بیمه‌های مصرف‌کننده، این دسته از بیمه‌ها ذیل محدودیت مصرح در ماده (۹۶۸) قانون مدنی، تابع قانون محل انعقاد بوده، اصل حاکمیت و آزادی اراده فقط ناظر بر قراردادهای بین‌المللی این دسته از بیمه‌هاست.<sup>۱</sup> بنابر دیدگاه نویسندگان این پژوهش، از آنجایی که رویکردهای اتخاذ شده در نظام حقوقی اتحادیه اروپا و کشور ایالات متحده آمریکا نیز مبتنی بر دیدگاه سوم است، پیشنهاد می‌شود که به منظور متحدالشکل‌سازی قواعد تعارض قوانین قراردادهای بین‌المللی بیمه، حقوقدانان ایرانی نیز همین رویکرد را در این حوزه اتخاذ کنند.

## ۱.۲. محدودیت‌های قانونی وارد بر اصل آزادی و حاکمیت اراده در نظام حقوقی اتحادیه اروپا

در نظام حقوقی اتحادیه اروپا، پیدایش کنوانسیون رم ۱۹۸۰ مشاهده می‌شود که در سال ۲۰۰۸ میلادی، تبدیل به مقرره رم<sup>۲</sup> شد. در کنار مقرره مزبور، بخشنامه‌های متعددی در اتحادیه اروپا مشاهده می‌شود که اقدام به متحدالشکل‌سازی قواعد مربوط به قراردادهای بیمه کرده‌اند؛ همچون بخشنامه دوم بیمه غیرعمر<sup>۳</sup> که برخی مواد آن به وسیله بخشنامه سوم بیمه

۱. کرمی کلمتی، فرزاد و حامد بابائی، همان منبع، ص. ۳۹۹.

2. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

3. Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC/

غیرعمر<sup>۱</sup> اصلاح شد و همچنین بخشنامه مربوط به بیمه عمر<sup>۲</sup> همان‌گونه که از اسامی بخشنامه‌های مزبور پیداست، هرکدام به‌ترتیب بر قراردادهای غیرعمر و عمر منعقد در قلمرو سرزمینی کشورهای عضو، ناظرند. مفهومی که پیش از بررسی منابع مذکور نیازمند تبیین است، کشور محل وقوع ریسک بیمه‌شده تحت مقررات نظام حقوقی اتحادیه اروپاست. ذیل بند «د» ماده (۲) بخشنامه دوم بیمه غیرعمر، کشور محل وقوع ریسک عبارت است از هر کشور عضوی که بیمه‌گزار حقیقی در آنجا سکونت دارد و در صورت شخص حقوقی بودن بیمه‌گزار، محل ثبت آن باشد. این بند در ادامه بیان می‌دارد که اگر بیمه‌نامه مربوط به ساختمان باشد، کشور عضو محل وقوع ملک، اگر بیمه‌نامه مربوط به وسایل نقلیه موتوری باشد، محل ثبت پلاک وسایل، و اگر بیمه‌نامه در باب پوشش ریسک‌های سفری تا سقف زمانی چهار ماه بوده باشد، کشور عضوی که بیمه‌گزار اقدام به دریافت بیمه‌نامه کرده است، تحت مفهوم محل ریسک بیمه‌شده قرار خواهند گرفت. این مفهوم ذیل بخش «ی» بند اول ماده (۱) بخشنامه مربوط به بیمه عمر، عبارت است از کشور عضو محل اقامتگاه یا محل استقرار شخص بیمه‌گزاری که اقدام به دریافت بیمه‌نامه کرده است. در ادامه، محدودیت‌های موجود در سه منبع قانونی مقرر ر م ۱، بخشنامه‌های مربوط به بیمه غیرعمر و بخشنامه مربوط به بیمه عمر شرح داده خواهند شد.

#### ۱.۲.۱. محدودیت‌های موجود در مقرر ر م ۱

بنابر ماده (۳.۱) مقرر ر م ۱، طرفین یک قرارداد می‌توانند به‌صورت صریح یا ضمنی نسبت به تعیین قانون حاکم بر کل یا بخشی از قرارداد خود اقدام کنند. البته گفتنی است که با اینکه بنابر تصریح ماده (۱.۳) کنوانسیون ر م ۱۹۸۰، قراردادهای بیمه، که ریسک‌های واقع در کشورهای عضو اتحادیه اروپا را تحت پوشش خود قرار می‌دادند، خارج از شمول مقررات مصرح در آن کنوانسیون می‌شدند، چنین مقرره‌ای در مقرر ر م ۱ دیگر مشاهده نشد و بنابر بند دوم ماده (۷) مقرر ر م ۱، قراردادهای بیمه که ریسک‌های بزرگ مندرج در بخشنامه اول بیمه غیرعمر<sup>۳</sup> را

1. Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive)

2. Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance.

3. First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance.

تحت پوشش خود قرار دهند، تحت حاکمیت قانونی قرار خواهند گرفت که توسط طرفین مطابق با ماده (۳) مقرر رم ۱ انتخاب شده است. بنابر بند «د» ماده (۵) بخشنامه مذکور، ریسک‌های بزرگ تحت سه دسته‌بندی عمده تبیین شده‌اند. تحت بند اول ماده فوق‌الذکر، آسیب‌های وارده به وسایل نقلیه ریلی، هوایی و دریایی، آسیب‌های مربوط به کالاهای در حین حمل فارغ از شیوه حمل آنها و مسئولیت ناشی از بهره‌برداری از وسایل نقلیه هوایی و دریایی به‌عنوان ریسک‌های بزرگ تصریح شده‌اند. علاوه بر آن، ذیل بند دوم ماده مذکور، آسیب‌های ناشی از کسری اعتبار همانند ورشکستگی و زیان‌های مرتبط با ضمانت‌های مستقیم و غیرمستقیم<sup>۱</sup> بیمه‌گزاری که به‌نحو حرفه‌ای مبادرت به انجام فعالیت‌های صنعتی و بازرگانی می‌کند و آسیب‌های فوق‌الذکر از این دسته از فعالیت‌های وی نشئت گرفته شده باشد، در دسته ریسک‌های بزرگ قرار می‌گیرند. در انتها نیز بنابر تصریح بند سوم این ماده، سایر خساراتی که در بخش اول ضمیمه این بخشنامه بیان شده‌اند، در صورتی که مشمول دو عدد از سه مؤلفه کمی مندرج در این بند<sup>۲</sup> شود، تحت عنوان ریسک‌های بزرگ مورد شناسایی قرار خواهند گرفت. لذا بنابر تصریح ماده (۷.۲) مقرر رم ۱، بیمه‌هایی که ریسک‌های فوق‌الذکر را تحت پوشش خود قرار می‌دهند، بنابر اصل آزادی و حاکمیت اراده، تحت حاکمیت قانون منتخب طرفین قرارداد واقع می‌شوند.

در ادامه، ذیل بند سوم این ماده، قراردادهای بیمه که تحت شمول مفاد بند «۲» این ماده قرار نگرفته باشند، انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین تنها در حدود موارد مندرج این بند دارای اعتبار است. این موارد عبارت‌اند از: قانون کشور عضوی که ریسک بیمه در زمان انعقاد قرارداد در آنجا واقع شده است، قانون محل اقامت بیمه‌گذار در کشور عضو، قانون کشور متبوع بیمه‌گذار در بیمه‌های عمر، قانون کشور عضوی که پوشش ریسک قرارداد بیمه محدود به وقایع

۱. ضمانت تحت این عبارت قراردادی است که میان دائن و شخص ثالث منعقد می‌شود. ذیل چنین توافقی، شخص ثالث خود را در برابر تعهدات دائن، مسئول قرار می‌دهد و ایفای تعهد دائن را تضمین می‌کند. بنابر تعاریف ارائه‌شده از ضمانت مصرح در ماده فوق‌الذکر، مشهود است که این مفهوم معادل عقد ضمان در نظام حقوقی ایران است.

۲. مؤلفه‌های کمی ذیل این ماده مزبور، تحت دو مقطع زمانی، تعریف شده‌اند: مقطع اول که تا پیش از تاریخ ۳۱ دسامبر ۱۹۹۲ است، شامل میزان کل ترازنامه مالی به عدد ۱۲/۴ میلیون یورو، درآمد خالص به میزان ۲۴ میلیون یورو و داشتن ۵۰۰ مستخدم به‌صورت میانگین در سال مالی است. مقطع دوم که از تاریخ یکم ژانویه ۱۹۹۳ به بعد است، اعم است از میزان کل ترازنامه مالی به عدد ۶/۲ میلیون یورو، درآمد خالص ۱۲.۸ میلیون یورو و داشتن ۲۵۰ مستخدم به‌صورت میانگین در سال مالی.

حادث در آن کشور بوده و در انتها نیز قانون محل اقامت بیمه‌گزاری که ذیل این بند از ماده (۷) قرار گرفته و ریسک‌های تحت پوشش قرارداد بیمه ذیل فعالیت‌های صنعتی و بازرگانی وی، در کشورهای عضو مختلفی واقع شده باشد. با التفات به بندهای «۲» و «۳» ماده (۷) مقرر رم ۱، همان تفکیک قراردادهای بیمه تجاری و مصرف‌کننده در نظام حقوقی ایران، ذیل این مقرر نیز مشاهده می‌شود. قراردادهای بیمه که ریسک‌های بزرگ را تحت بند «۲» ماده (۷) تحت پوشش خود قرار می‌دهند، هیچ‌گونه محدودیتی بر اصل حاکمیت و آزادی اراده بر آنها بار نمی‌گردد، با این توجیه که بیمه‌گذار تاجری که قدرت قراردادی برابر با بیمه‌گر دارد، نیازمند حمایت قانون‌گذار نیست؛ اما ریسک‌هایی که در شمار ریسک‌های بزرگ موردنظر این ماده قرار نگرفته باشند، در حکم همان قراردادهای بیمه مصرف‌کننده بوده و نیازمند مداخله قانون‌گذار و اعمال محدودیت بر این اصل‌اند.

#### ۱.۲.۲. محدودیت‌های موجود در بخشنامه‌های بیمه غیرعمر

آنچه که پیش‌تر در باب بند دوم ماده (۷) مقرر رم ۱ بیان شد، عیناً ذیل ماده (۲۷) بخشنامه سوم بیمه غیرعمر نیز تکرار شده که بند اول ماده (۷) بخشنامه دوم بیمه غیرعمر را اصلاح کرده است. علاوه بر آن، ذیل بند اول ماده (۷) بخشنامه دوم بیمه غیرعمر، به طرفین قراردادهای بیمه موضوع این بخشنامه که بیمه‌های غیرعمر را شامل می‌شود، این اختیار داده شده است که قانون حاکم بر قرارداد خود را، با لحاظ محدودیت‌های ذیل این ماده انتخاب کنند. بنابر تصریح بند اول ماده (۷)، در صورتی که محل اقامت یا محل اداره شخص بیمه‌گذار، همان کشور محل وقوع ریسک تحت پوشش بیمه باشد، امکان انتخاب قانون حاکم بر قرارداد بیمه توسط طرفین، تنها در صورت تجویز قانون داخلی کشور عضو میسر است. علاوه بر آن، اگر محل اقامت یا محل اداره بیمه‌گذار، غیر از کشور محل وقوع ریسک بوده باشد، طرفین مخیر به انتخاب قانون هریک از محل‌های مزبور به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد بیمه خود می‌باشند. این ماده در ادامه بیان می‌دارد که تحت هیچ شرایطی، قانون منتخب طرفین، توان مقابله با اعمال قوانین آمره کشور عضوی که بیشترین ارتباط را با اجزای مختلف قرارداد دارد، نخواهد داشت. همان‌گونه که بیان شد، ذیل بخشنامه دوم بیمه غیرعمر، تنها در باب ریسک‌های بزرگ، هیچ‌گونه محدودیتی برای اعمال قانون منتخب طرفین قرارداد بین‌المللی بیمه پیش‌بینی نشده است. چنین امری ذهن را به



همان تقسیم‌بندی بیمه‌های تجاری و مصرف‌کننده که پیش‌تر بیان شد متبادر ساخته و نقش چنین تقسیم‌بندی را در این بخشنامه مشهود می‌کند.

### ۱.۲.۳. محدودیت‌های موجود در بخشنامه‌های بیمه عمر

در باب بیمه‌های عمر نیز ذیل بند دوم ماده (۳۲) بخشنامه مربوط به بیمه عمر، اگر بیمه‌گذار ساکن کشوری جز کشور متبوع خود بوده باشد، امکان انتخاب قانون کشور متبوع بیمه‌گذار فراهم است. علاوه بر آن، مطابق با بند اول این ماده، در صورت تجویز قانون محل ایفای تعهد بیمه‌گر، طرفین می‌توانند قانون کشور دیگری را بر قرارداد خود حکمفرما کنند. لذا در خصوص بیمه‌های عمر، این بخشنامه امکان انتخاب قانون حاکم بر قرارداد را منوط به تجویز قانون کشور عضو محل ایفای تعهد کرده است. این ماده در بند چهارم نیز مقرره‌ای مشابه بند اول ماده (۷) بخشنامه دوم بیمه غیرعمر داشته، به این صورت که اعمال قواعد آمره مقرر حل و فصل اختلاف یا محل ایفای تعهد، بر اعمال قانون منتخب طرفین دارای ارجحیت است.

### ۱.۳. محدودیت‌های قانونی وارد بر اصل آزادی و حاکمیت اراده در نظام حقوقی کشور ایالات متحده آمریکا

مسئله تعارض قوانین در کشوری همانند ایالات متحده آمریکا که ذیل نظام فدرال تأسیس شده است، تا حدی با سایر کشورها متفاوت است، به این نحو که دو نوع نظام تعارض قوانین در این کشور حاکم است؛ نخست، نظام تعارض قوانین ایالتی و دیگری نظام تعارض قوانین فدرال. بنابر تجویز قانون اساسی این کشور، مسئله تعارض قوانین کاملاً به دادگاه‌های ایالتی مربوط است و این دادگاه‌ها در مواجهه با قراردادهای بین‌المللی، همان قواعد حل تعارض بین ایالتی خود را اعمال می‌کنند.<sup>۱</sup> البته بنابر نظر پروفیسور چاو، اگر تصمیم‌گیری درخصوص یک موضوع بین‌المللی با استفاده از قواعد ایالتی، به منافع و ارتباطات بین‌المللی دولت فدرال آسیب رساند، دادگاه‌های ایالتی باید قواعد تعارض قوانین فدرال را اعمال کنند. البته فقط در موارد نادری رخ می‌دهد که منافع دولت فدرال به صورت بالفعل در خطر باشد.<sup>۲</sup> لذا در قراردادهای خصوصی

1. Bayitch, S.A., Conflict Law in United States Treaties, *University of Miami Law Review*, Vol 8, Issue 4, 1954, p. 502.

2. Nafziger, James A.R., "Resolving International Conflict of Laws by Federal and State Law", *Pace International Law Review*, Vol 2, Issue 1, 1990, pp. 68,69.

همچون قراردادهای بیمه، به‌سختی می‌توان فرضی را تصور کرد که بحث قانون حاکم بر این دسته از قراردادهای بین‌المللی، تبعات سیاسی و اقتصادی منفی برای دولت فدرال به‌همراه داشته باشد. به همین منظور، برای تبیین بحث حاضر، قواعد تعارض قوانین بین ایالتی این کشور مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

با توجه به اینکه قراردادهای بیمه از دامنه شمول قواعد مربوط به قراردادهای تجاری مندرج در قانون تجاری متحدالشکل ۱۹۵۲ ایالات متحده آمریکا و اصلاحات اخیر آن مستثنا شده‌اند،<sup>۱</sup> به‌منظور تبیین شیوه‌های قراردادی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بیمه در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، دو منبع حقوقی آرای قضایی و مجموعه دوم تعارض قوانین ۱۹۷۱<sup>۲</sup> مورد بررسی قرار خواهند گرفت. بنابر تصریح ماده (۱۸۶) مجموعه دوم، مسائل مربوط به قرارداد براساس قانون منتخب طرفین که مطابق با ماده (۱۸۷) شناسایی شده است یا بر مبنای قانون انتخاب شده بر مبنای ماده (۱۸۸) تعیین می‌شوند؛ البته گفتنی است که بنابر ماهیت غیرالزام‌آور مندرجات مجموعه دوم، التفات به آرای قضایی که بر مبنای مقررات این مجموعه یا با استناد بر سایر قواعد تعارض قوانین، مبادرت به شناسایی اصل آزادی و حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بیمه را کرده‌اند، لازم است.<sup>۳</sup> در پرونده کلیو علیه باسler،<sup>۴</sup> خواهان‌ها مدعی بودند با توجه به این امر که بنابر قرارداد بیمه خود، حق انتخاب محل دریافت وجه بیمه به آنها اعطا شده و آنها نیز بنابر اعلامیه خود به بیمه‌گر، متقاضی دریافت وجه در کشور سوئیس بودند، قانون سوئیس بر قرارداد بیمه آنها حکومت می‌کرد. علی‌رغم اینکه دادگاه در نهایت به این نتیجه رسید که با توجه به انعقاد قرارداد بیمه در کشور آلمان و انتخاب محل ایفای تعهد توسط طرفین در این مورد به‌خصوص، که الزاماً به‌معنای انتخاب قانون حاکم نیست، قاضی خاطرنشان کرد که انتخاب مقرر رسیدگی‌کننده به اختلاف یا محل ایفای تعهد، می‌تواند در شناسایی اراده طرفین مبنی بر انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، به مرجع حل‌وفصل اختلاف کمک کند که در این مورد

۱. کرمی کلمتی، فرزاد و حامد بابائی، منبع پیشین، ص. ۴۰۳.

2. Restatement (Second) of Conflict of Laws 1971.

3. Drobniq, Ulrich M. & Max Rheinstein, Applications in the United States, Available at: <https://www.britannica.com/topic/conflict-of-laws/Applications-in-the-United-States> (last visit 14/11/2024).

4. Kleve et al. v. Basler Lebensversicherungsgesellschaft in Basel, 24 December 1943, Supreme Court of New York, 45 N.Y. 2d 882.

به‌خصوص، اراده صریح طرفین بر حاکمیت قانون کشور آلمان استوار بوده است.<sup>۱</sup> با این حال، در باب محدودیت‌های وضع‌شده بر اصل حاکمیت و آزادی اراده، نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا از دو نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا، مستثنا نیست. بنابر تصریح ماده (۱۸۶) این مجموعه، اصل آزادی و حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، ذیل محدودیت‌ها و شرایط مقرر در ماده (۱۸۷) قابل اعمال است. مطابق با بند «۲» این ماده، قانون حاکم منتخب توسط طرفین بر قرارداد اعمال می‌شود، مگر در صورتی که اولاً، قانون منتخب طرفین فاقد هیچ‌گونه ارتباط اساسی با طرفین قرارداد و رابطه قراردادی آنها بوده یا انتخاب آن قانون توسط طرفین، فاقد مبنای منطقی باشد. ثانیاً، اعمال قانون منتخب طرفین، مخالف با سیاست‌های اساسی قانونی باشد که ارتباط بسیار اساسی‌تر با قرارداد دارد. البته ذیل مورد اخیر، قانون منتخب طرفین باید همان قانونی باشد که در فرض سکوت متعاقدين بر قانون حاکم، مطابق با مندرجات ماده (۱۸۸)، توسط دادگاه بر قرارداد اعمال می‌شده است. ناگفته نماند که اصل ارتباط اساسی و معقول، اصلی پذیرفته‌شده و بسیار مهم در نظام قراردادی کشور ایالات متحده آمریکا بوده و اختصاص به قراردادهای بیمه ندارد.<sup>۲</sup> اصل مزبور به‌دفعات در مواد مختلف این مجموعه، اعم از ماده (۱۸۷)، (۱۸۸) و (۱۹۳) تکرار شده که بیانگر اهمیت فراوان آن است. دادگاه‌های این کشور نیز به‌طور مستمر اصل حاکمیت و آزادی اراده در تعیین قانون حاکم را مشروط به وجود ارتباط اساسی بین قانون منتخب و قرارداد می‌کنند و در صورت فقدان ارتباط اساسی، قانون منتخب طرفین را به رسمیت نمی‌شناسند.<sup>۳</sup> همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، منافع عمومی و نفع دولت، نقش بسزایی در شکل‌گیری رویکرد مزبور در این نظام حقوقی داشته‌اند.

## ۲. شیوه‌های قانونی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه

در بسیاری از موارد، به‌دلایل متعددی ممکن است طرفین یک قرارداد بین‌المللی بیمه، به تعیین قانون حاکم بر قرارداد خود مبادرت نکنند. چنین امری ممکن است ناشی از قصور طرفین،

1. Johnston, Robert, "Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law", *William & Mary Law Review*, Vol 7, Issue 1, 1966, pp. 44,45.

2. Shinn Jr., William E., "Conflict of Laws - Most Significant Relationship Rule", *North Carolina Law Review*, Vol 42, Issue 2, 1964, p. 419.

3 Johnston, Robert, *Op.Cit.*, pp. 48,49.

قدیمی بودن شروط نمونه بیمه‌نامه‌ها، کوتاهی وکلا و حتی در بسیاری از موارد، عدم انتخاب قانون حاکم به‌نحو عامدانه از جانب بیمه‌گران، به‌منظور گمراه کردن بیمه‌گزاران و افزایش هزینه و زمان دعاوی احتمالی ناشی از قرارداد بیمه به نفع خود بوده باشد.<sup>۱</sup> در مواردی نیز ممکن است قانون منتخب طرفین، به‌دلیل عدم رعایت و لحاظ نکردن محدودیت‌های مقرر در قوانین موضوعه که پیش‌تر بیان شد، توسط مراجع حل‌وفصل اختلاف بی‌اثر تلقی شود. به همین منظور، در نظام‌های حقوقی ایران، اتحادیه اروپا و ایالات متحده آمریکا، مجموعه‌ای از قواعد الزام‌آور دیده می‌شود که مبادرت به تبیین شیوه‌های قانونی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه کرده‌اند که در ادامه این پژوهش، سه نظام حقوقی مزبور بررسی خواهد شد.

## ۲.۱. شیوه‌های قانونی تعیین قانون حاکم در نظام حقوقی ایران

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، ماده (۹۶۸) قانون مدنی ایران، تنها قاعده تعارض قوانین نظام حقوقی ایران در باب حوزه تعهدات قراردادی است. بنابر تصریح این ماده، حکومت قانون محل انعقاد قرارداد، فارغ از داخلی یا بین‌المللی بودن عقود، به رسمیت شناخته شده است. اگرچه ماده مذکور همواره مورد بحث و انتقاد واقع شده است، مطابق با رویکرد اتخاذشده توسط نویسندگان این پژوهش، برعکس آنچه درخصوص قراردادهای بیمه داخلی صادق است، امکان انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه توسط متعاقدين وجود خواهد داشت. با این حال، در صورت فقدان قانون حاکم منتخب توسط طرفین، همچنان همان قاعده کلی حکومت قانون محل انعقاد پابرجا خواهد بود. نکته حائز اهمیت آن است که مطابق با قوانین موضوعه ایران، برعکس سایر نظام‌های حقوقی، تمهیدات و قواعد آمره منحصر به فردی ذیل قواعد تعارض قوانین مربوط به قراردادهای بیمه، به‌منظور حمایت از شرایط بعضاً نابرابر بین بیمه‌گر و بیمه‌گزار پیش‌بینی نشده است که نیازمند توجه مضاعف قانون‌گذار به این حوزه است.<sup>۲</sup>

1. Coyle, John F., "The Mystery of the Missing Choice-of-Law Clause". *UC Davis Law Review*, Vol 56, Issue 707, 2022, p. 758.

۲. بادینی، حسن و احمد شاهی، «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قرارداد بیمه (حقوق ایران و اتحادیه اروپا)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۳۲، ش. ۵۳، ۱۳۹۴، ص. ۳۴۴.

## ۲.۲. شیوه‌های قانونی تعیین قانون حاکم در نظام حقوقی اتحادیه اروپا

در نظام حقوقی اتحادیه اروپا، برعکس نظام حقوقی ایران، مقررات متعددی درخصوص تشخیص و تعیین قانون حاکم بر قرارداد در صورت نبود قانون منتخب طرفین مشاهده می‌شود. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در نظام حقوقی اتحادیه اروپا در باب قراردادهای بیمه؛ بخشنامه دوم بیمه غیرعمر، بخشنامه مربوط به بیمه عمر و مقرر رم ۱، منابع قانونی‌اند که اقدام به متحدالشکل کردن قواعد مربوط به این دسته از قراردادها کرده‌اند. در ادامه، معیارهای مقرر در بخشنامه‌ها مزبور و مقرر رم ۱ به‌نحو جداگانه تشریح می‌شوند.

### ۲.۲.۱. معیارهای ذیل بخشنامه‌های اتحادیه اروپا

در باب بیمه‌های غیرعمری که ریسک‌های بزرگ را تحت پوشش خود قرار می‌دهند، مطابق با بند «ی» ماده (۷.۱) بخشنامه دوم بیمه غیرعمر، در صورتی که شرط انتخاب قانون حاکم به‌نحو صریح مطرح نشود یا طرفین اقدام به درج چنین شرطی در قرارداد بیمه خود نکنند، قانون کشوری که بیشترین ارتباط را با قرارداد داشته باشد، بر آن حاکم خواهد بود. البته در صورتی که امکان جدا کردن بخشی از قرارداد از کل قرارداد فراهم باشد، قانون کشوری که بیشترین ارتباط را با آن بخش جدا شدنی داشته باشد و ذیل سایر بندهای این ماده بگنجد، بر آن بخش از قرارداد حاکم می‌شود. این بند در انتها نیز بیان می‌دارد که در صورت نبود ادله مخالف، فرض بر این است که قانون کشوری که ریسک در آن واقع شده است، بیشترین ارتباط را با قرارداد دارد. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، زمانی که صحبت از ریسک‌های بزرگ به میان می‌آید، این بخش نامه بر خود ریسک بیمه‌شده متمرکز است و بیمه‌گذار را در نظر نمی‌گیرد. با توجه به اینکه ریسک‌های بزرگ موردنظر این ماده، همگی جزو ریسک‌های دارای خصیصه تجاری‌اند، به‌نظر می‌آید درخصوص بیمه‌های بین‌المللی تجاری، موضوع و ریسک تجاری بیمه شده است که نیازمند حمایت مضاعف قانون‌گذار است.

قانون حاکم بر بیمه‌های غیرعمر برای ریسک‌های کوچک نیز ذیل مقررات بندهای «الف» تا «و» ماده (۷.۱) این بخشنامه تعیین خواهد شد.<sup>۱</sup> بنابر بند «الف» این ماده، اگر محل اقامت

1. Kramer, Xandra, "The New European Conflict of of Law Rules on Insurance Contracts in Rome I: A Complex Compromise", *ML Hendrikse & JGJ Rinkes (eds)/ Insurance and Europe. Uitgeverij Paris, Zutphen*, 2007, p. 88.

بیمه‌گذار همان کشور محل وقوع ریسک بیمه شده باشد، قانون آن محل بر قرارداد حاکم خواهد بود، مگر آن قانون اجازه تعیین قراردادی قانون حاکم بر قرارداد را به طرفین اعطا کرده باشد. با التفات به این بند و سایر بندهای این ماده که به ریسک‌های کوچک پرداخته‌اند، مشهود است که شخص بیمه‌گذار از اهمیت زیادی برخوردار است. چنین امری حکایت از توجه قانون‌گذاران اتحادیه اروپا به بیمه‌های مصرف‌کننده داشته که شخص بیمه‌گذار به دلیل داشتن جایگاه ضعیف در قرارداد بیمه نیازمند برخورداری از قواعد حمایتی است. درخصوص بیمه‌های عمر، ذیل بند اول ماده (۳۲) بخشنامه مربوط به بیمه عمر، قانون حاکم بر قرارداد همان قانون محل ایفای تعهد است که عبارت از محل اقامت یا فعالیت شخص بیمه‌گذار است. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، مقررات مربوط به قانون حاکم بر قراردادهای بیمه عمر بسیار مختصرتر از مقررات ذیل تعیین قانونی قانون حاکم بر قراردادهای بیمه غیرعمر است.

#### ۲.۲.۲. معیارهای ذیل مقررہ رم ۱

در قراردادهای بین‌المللی بیمه، که تحت دامنه شمول بخشنامه‌های فوق قرار نگرفته باشند، یعنی کشور محل وقوع ریسک تحت پوشش بیمه‌نامه خارج از محدوده اتحادیه اروپا واقع شده باشد، مفاد مقررہ رم ۱ به‌منظور تعیین قانونی قانون حاکم بر آنها مورد استفاده قرار می‌گیرند.<sup>۱</sup> ذیل بخش انتهایی بند دوم ماده (۷) این مقررہ، در قراردادهای بیمه غیرعمری که ریسک‌های بزرگ را پوشش می‌دهند، در صورت فقدان قانون منتخب طرفین، قانون محل اقامت بیمه‌گر بر قرارداد حکمفرما خواهد بود، مگر آنکه بر پایه ادله و قرائن موجود، قانون کشور دیگری ارتباط بسیار نزدیک‌تری با قرارداد داشته باشد. بنابر بخش انتهایی بند سوم این ماده، در صورت عدم انتخاب قانون حاکم بر قرارداد توسط طرفین در قراردادهایی که ریسک‌های کوچک را تحت پوشش خود قرار می‌دهند، قانون کشور محل وقوع ریسک در زمان انعقاد قرارداد بر آن حاکم خواهد بود. البته در صورتی که یک قرارداد بیمه غیرعمر، ریسک‌های متعددی را که در مناطق مختلف واقع شده‌اند تحت پوشش خود قرار دهد، بنابر تصریح بند پنجم این ماده، قرارداد مزبور به‌عنوان چندین قرارداد مجزا تلقی می‌شود که هریک به قانون یک کشور عضو مربوط‌اند. در

1. Merrett, Louise, "Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, Vol 5, Issue 1, 2009, p. 49.

انتها نیز این مقررہ خاطرنشان می‌کند که منظور از کشور محل وقوع ریسک موضوع این ماده، همان تعریف مندرج در بخشنامه دوم بیمه غیرعمر است که پیش‌تر بیان شد. همان‌گونه که مشاهده می‌شود، مقررات مندرج در مقررہ رم ۱، به‌نحو مشهودی با بخشنامه‌های بیمه عمر و غیرعمر متفاوت است. اگر در باب ریسک‌های بزرگ، مقررہ رم ۱ از مقررات بخشنامه دوم بیمه غیرعمر تبعیت می‌کرد، قانون حاکم بر قرارداد، قانونی غیر از کشورهای اتحادیه اروپا تعیین می‌شد که شاید حاوی قواعدی باشد که حمایت مضاعف‌تری از بیمه‌گذاران و ریسک‌های تحت پوشش غیراروپایی، نسبت به بیمه‌گران اروپایی کند. مخصوصاً با لحاظ این امر که بیمه‌گذاران بیمه‌های تجاری نیازمند برخورداری از حمایت‌های قانونی ویژه نیستند. لذا جای تعجب نیست که طراحان مقررہ رم ۱ تصمیم به حمایت از بیمه‌گران مستقر در اتحادیه اروپا گرفتند.

### ۲.۳. شیوه‌های قانونی تعیین قانون حاکم در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

بنابر یک اصل کلی، قانون حاکم بر قرارداد در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، ذیل مقررات تعارض قوانین ایالت مقر رسیدگی‌کننده به اختلاف بیمه‌ای تعیین خواهد شد. یکی از مقررات صریحی که در این باب به چشم می‌خورد، ماده (۱۹۲) مجموعه دوم تعارض قوانین ۱۹۷۱ است که صحت قرارداد بیمه عمر و حقوق مکتسبه توسط بیمه‌گذار ذیل آن قرارداد بیمه را، در صورت فقدان قانون حاکم منتخب مؤثر توسط بیمه‌گذار، تحت حکومت قانون محل اقامت وی در زمان پذیرش بیمه‌نامه لحاظ کرده است؛ البته مگر درخصوص موضوعی خاص که در بیمه‌نامه درج شده است، قانونی دیگر ارتباط اساسی‌تری با آن موضوع داشته باشد. تخصیص چنین مقررہ‌ای به بیمه‌های عمر، نشانگر توجه خاص نظام حقوقی این کشور به مقوله مصرف‌کننده بودن این دسته بیمه‌هاست که نیازمند پیش‌بینی مقررات حمایتی ویژه درخصوص این دسته از قراردادهای بیمه است. در باب پوشش‌های بیمه غیر از بیمه غیرعمر، با اینکه تابع‌حال معیارهای زیادی به‌منظور تعیین قانون حاکم بر قرارداد در صورت فقدان توافق قراردادی توسط دادگاه‌های این کشور مورد استفاده قرار گرفته است، معیار ارتباط اساسی و معقول که برگرفته از مفاد مواد (۱۸۷)، (۱۸۸) و (۱۹۲) این مجموعه است، همواره مورد استقبال دادگاه‌ها

واقع شده است.<sup>۱</sup> فارغ از معیار ارتباط اساسی و معقول موضوع ماده (۱۸۸) که در ادامه بررسی خواهد شد، از دیگر معیارهای مورد استفاده دادگاه‌های این کشور می‌توان به معیار محل انعقاد قرارداد،<sup>۲</sup> نفع دولت، مقررات قانونی، دکترین احاله<sup>۳</sup> و فاکتورهای پنج‌گانه لفلار<sup>۴</sup> اشاره کرد.<sup>۵</sup>

### ۲.۳.۱. معیار ارتباط اساسی و معقول

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در صورت فقدان توافق طرفین بر قانون حاکم یا نامعتبر بودن توافق طرفین، مفاد ماده (۱۸۸) مجموعه دوم توسط دادگاه‌ها اعمال می‌شود. مطابق با بند دوم این ماده، در صورت فقدان قانون منتخب نافذ، لحاظ پنج عنصر محل انعقاد قرارداد، محل مذاکره قرارداد، محل اجرای قرارداد، محل وقوع موضوع قرارداد و محل اقامت، تابعیت، ثبت و اداره طرفین، به‌منظور تشخیص قانونی که اساسی‌ترین ارتباط را با قرارداد دارد، بسیار حائز اهمیت است. هریک از عناصر مزبور، باید براساس ارتباط آنها با موضوع مورد اختلاف در قرارداد، توسط دادگاه مورد بررسی قرار گیرد. البته در باب قراردادهای بیمه، بنابر ماده (۱۹۳)، دادگاه‌ها موظف‌اند به‌منظور تبیین حقوق مکتسبه ذیل یک قرارداد بیمه، قانون محل ریسک بیمه شده را اعمال کنند؛ مگر آنکه بنابر دیگر عناصر موضوع این مجموعه، قانون محل دیگری دارای ارتباط اساسی با موضوع مورد اختلاف طرفین بوده باشد. البته گفتنی است که بنابر دومین تفسیریه رسمی ماده (۱۹۳)، در صورتی که امکان جابه‌جایی ریسک بیمه‌شده از ایالتی به ایالت دیگر فراهم بوده یا ریسک‌های تحت پوشش بیمه‌نامه در ایالت‌های متعددی پراکنده باشند، عنصر محل وقوع ریسک بیمه شده ذیل ماده (۱۹۳)، از اهمیت کمتری برخوردار خواهد شد. لذا بنابر مفاد مواد (۱۸۸) و (۱۹۳) مجموعه دوم، قانون حاکم بر موضوع مورد اختلاف طرفین یک قرارداد بیمه بین‌المللی، تحت معیار ارتباط اساسی و معقول توسط دادگاه‌ها تعیین می‌شود.

1. Henlin, John G., "Choice of law in the interpretation of insurance and reinsurance contract", *Maryland Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol 2, Issue 1, 1991, p. 20.

2. Lex Loci Contractus

3. Doctrine of Renvoi

4. Leflar's Five Choice-Influencing Factors

5. Murray, James & Kimberly Sou, Choice of Law Standards Re: Insurance Coverage, *Tressler LLP*, 2016, Available at: [https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50\\_state\\_choice\\_of\\_law\\_standards\\_re\\_insurance\\_coverage.pdf?sfvrsn=0](https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50_state_choice_of_law_standards_re_insurance_coverage.pdf?sfvrsn=0) (Last Visit 17/11/2024), p. 2.



### ۲.۳.۲. معیار محل انعقاد قرارداد

بنابر این معیار، صحت و نفوذ یک قرارداد، باید تحت قانون محل انعقاد آن قرارداد مورد بررسی واقع شود. دادگاه‌های آمریکا در شماری از آرای خود، با استناد به قوانین مکتوب ایالت‌هایی که از این معیار پیروی می‌کردند، اقدام به صدور رأی بر مبنای قانون محل انعقاد قرارداد کرده‌اند. همانند پرونده هریسون علیه شرکت بیمه آمریکای شمالی<sup>۱</sup> که دادگاه با استناد بر ماده (۱۰) بخش ۲۸ قانون آلاباما ۱۹۴۰، قانون محل انعقاد را بر قرارداد حاکم کرد. البته هرچند دادگاه در پرونده شرکت بیمه جی‌آراس علیه شرکت پی‌بی اکسپرس<sup>۲</sup> اذعان داشت که اگر یک قرارداد بیمه در یک ایالت منعقد شده، ولی در ایالت دیگری به اجرا درآید، قانون محل اجرا باید بر قرارداد حکمفرما شود، در این مورد به‌خصوص به دلیل آنکه محل اجرای قرارداد صراحتاً در قرارداد مشخص نشده بود، قانون محل انعقاد را بر قرارداد حکمفرما کرد. در شمار آرای که این پرونده به آنها استناد کرده است، پرونده اونیل علیه استیت فارم<sup>۳</sup> به چشم می‌خورد که یکی از آرای بسیار مهم در بحث معیار قانون محل انعقاد به‌شمار می‌آید. همان‌گونه که در پرونده‌های فوق‌الذکر مشاهده شد، به دلایلی همچون سادگی، قاطعیت و قابل پیش‌بینی بودن معیار مزبور، دادگاه‌های ایالاتی همچون آلاباما و جورجیا، متمایل به پذیرش این اصل بسیار قدیمی‌اند.

### ۲.۳.۳. معیار نفع دولت

تحت معیار نفع دولت، دادگاه‌ها در مواجهه با اختلافاتی که مسئله قانون حاکم بر موضوع اختلاف طرفین نیازمند التفات است، ابتدا باید متعارض بودن احکام قوانین ایالات موردنظر را بررسی کنند. در صورت احراز تعارض احکام، دادگاه باید در گام بعدی، نفع قوانین آن ایالات در اعمال قانون آنها را بر قرارداد نیز بررسی می‌کند و با به‌کارگیری یک مطالعه تطبیقی، قانون آن ایالتی را که در صورت عدم اعمال قانون آن، بیشترین ضرر را متحمل می‌شود، شناسایی و آن قانون را بر قرارداد اعمال کند. چنین رویه‌ای توسط دادگاه تجدیدنظر حوزه نهم در پرونده لدزما

1. Harrison v. Insurance Company of North America, 28 August 1975, Supreme Court of Alabama, 318 So. 2d 253 (1975).

2. GRS LM Insurance Corporation v. PB Express, Inc., 27 September 2011, District Court of Georgia, Savannah Division, CV410-239 (S.D. Ga. Sep. 27, 2011).

3. O'Neal v. State Farm Mutual Automobile Insce. Co., Court of Appeals of Georgia, 14 April 2000, 243 Ga. App. 756 (Ga. Ct. App. 2000) 533 S.E.2d 781.

علیه شرکت جک استوارت<sup>۱</sup> مطرح شده که امروزه در دادگاه‌های ایالاتی همچون کالیفرنیا، مورد استفاده واقع می‌شود. البته اعمال چنین معیاری با انتقاداتی نیز روبه‌رو بوده است. یکی از بارزترین انتقادات این است که قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، نباید در راستای نفع عمومی ایالات و دولت‌ها تفسیر شوند و نفع عمومی یک قانون را بر قانون دیگری ترجیح دهند.<sup>۲</sup>

#### ۲.۳.۴. معیار مقررات قانونی

برخی ایالات این کشور اقدام به تصویب قوانین مشابه آنچه در ماده (۹۶۸) قانون مدنی کشور ایران مشاهده می‌شود، کرده‌اند. به این نحو که برای نمونه، مطابق با ماده (۳۶۶۱.۱۰) قانون کارولینای جنوبی، قراردادهای بیمه منعقد در این ایالت که در همین ایالت به‌اجرا درخواهند آمد، قانون کارولینای جنوبی بر آنها حکمفرما خواهد بود. با اینکه وضع چنین مقرره‌ای، باعث ایجاد نوعی اطمینان‌خاطر در تمامی فرایندهای تعارض قوانین ایالت مزبور می‌شود، اعمال آن همواره مورد انتقاد واقع شده است، به این نحو که تکیه بر قوانین مکتوب و غیرمنعطف، ممکن است اعمال آن را با معیار پذیرفته‌شده ارتباط اساسی و معقول متعارض کند.<sup>۳</sup>

#### ۲.۳.۵. معیار دکترین احاله

بنابر نظر پذیرفته‌شده، دکترین احاله به‌عنوان استثنایی بر قواعد تعارض قوانین یک ایالت تلقی می‌شود. ممکن است دادگاه یک ایالت، در فرایند شناسایی قانون حاکم بر یک اختلاف قراردادی، با استفاده از قواعد تعارض قوانین خود با قانون ایالتی مواجه شود که قانون حاکم بر آن موضوع مورد اختلاف را قانون مقر مرجع حل و فصل اختلاف اعلام کرده باشد. در صورت رخداد چنین وضعیتی، دادگاه رسیدگی‌کننده به اختلاف، چاره‌ای جز اعمال قوانین ماهوی خود به‌منظور حل‌وفصل اختلاف نخواهد داشت. همان‌گونه که در پرونده شرکت امریکن موتوریزتس علیه شرکت آرترا گروپ<sup>۴</sup> مشاهده شد، چنین رویه‌ای در ایالت مریلند، مورد پذیرش دادگاه‌ها واقع شده است.

1. Ledesma v. Jack Stewart Produce, Inc., 5 May 1987, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 816 F.2d 482 (9th Cir. 1987).

2. Bagheri, Mahmood, *Op.Cit.*, pp. 135,136.

3. Murray, James & Kimberly Sou, *Op.Cit.*, p. 5.

4. Am. Motorists Ins. Co. v. Artra Group, Inc., 22 June 1995, Court of Appeals of Maryland, 338 Md. 560 (Md. 1995) 659 A.2d 1295.

### ۲.۳.۶. معیار فاکتورهای پنج‌گانه لفلار

رابرت لفلار، که استاد برجسته دانشگاه آرکنساز و دانشگاه نیویورک بود، در نوشته‌های خود در باب تعارض قوانین در کشور آمریکا، به فاکتورهایی اشاره کرد که بسیار به عناصر موضوع ماده (۱۸۸) مجموعه دوم نزدیک بوده و حتی ممکن است در مواردی، قابل تفکیک از هم نباشند. پیش‌بینی‌پذیر، حفظ نظم بین ایالتی و بین‌المللی، ساده‌سازی وظیفه دادگاه‌ها، پیشبرد منافع دولتی مقر دادگاه و اعمال قانون مقررات قانون اصلح، پنج معیاری‌اند که توسط این نویسنده معرفی و تشریح شده است.<sup>۱</sup> هرچند شاید به نظر آید که به دلیل مؤخر بودن مقررات مجموعه دوم، دادگاه‌ها مایل به اعمال فاکتورهای قدیمی این نویسنده نباشند، دادگاه عالی ایالت داکوتا شمالی در سال ۱۹۹۸ در پرونده دیلی علیه شرکت امریکن استیتس،<sup>۲</sup> با استناد به فاکتورهای فوق‌الذکر اقدام به تعیین قانون حاکم بر قرارداد بیمه‌ای مورد اختلاف کرد.

### نتیجه‌گیری

درست است که امروزه اصل آزادی و حاکمیت اراده، تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی جهان مورد پذیرش واقع شده است، اما با توجه به ماهیت خاص قراردادهای بیمه، در تمامی نظام‌های حقوقی، شماری از قواعد آمره به منظور محدودسازی اصل مزبور مشاهده می‌شود. چنین قواعد امری که عمدتاً به دنبال حمایت از شخص بیمه‌گزارند، حکایت از نابرابری موقعیت قراردادی و موازنه قدرت بین بیمه‌گر و بیمه‌گزار دارند که قانون‌گذار به درستی به دنبال ایجاد توازن در بین آنها برآمده است. البته همان‌گونه که بیان شد، تقسیم قراردادهای بیمه به بیمه‌های تجاری و مصرفی، می‌تواند نبود محدودیت بر اصل آزادی اراده در برخی موارد را توجیه کند، به این نحو که در قراردادهای بیمه با ریسک‌های بزرگ که تجار با بیمه‌گران منعقد می‌کنند، طرفین قرارداد از شرایط تقریباً برابری برخوردارند و نیازی به مداخله قانون‌گذار احساس نمی‌شود. با اینکه ذیل نظام حقوقی کشور ایران، نوعی کم‌توجهی به این نیاز بسیار مهم مشاهده می‌شود، نظام‌های حقوقی اتحادیه اروپا و کشور ایالات متحده آمریکا، قواعد و مقررات متعددی

1. Leflar, Robert A., "Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations", *California Law Review*, Vol 54, Issue 4, 1966, pp. 1586,1587.

2. Daley v. American States Preferred Ins. Co., et al, 22 December 1998, Supreme Court of North Dakota, 1998 ND 225. 587 N.W.2d 159.

را به‌منظور تحدید اختیار طرفین در انتخاب قانون حاکم، در کنار تبیین معیارهای شناسایی قانون حاکم بر قرارداد در صورت فقدان قانون منتخب طرفین، پیش‌بینی کرده که بعضاً نوعی پیچیدگی غیرمتعارف را نیز ایجاد کرده است، به‌خصوص در نظام حقوقی اتحادیه اروپا. با توجه به این امر که بخشنامه‌های متعددی در باب بیمه‌های عمر و غیرعمر، در کنار مقررہ رم ۱ ذیل نظام حقوقی اتحادیه اروپا مشاهده می‌شود، آشنایی با مفاهیمی همچون کشور محل وقوع ریسک بیمه‌شده و انواع ریسک‌های بزرگ می‌تواند بیمه‌گزاران را در تشخیص حدود اختیارات خود به‌منظور انتخاب قانون حاکم بر قرارداد، یاری و از سوءاستفاده بیمه‌گران سودجو نیز جلوگیری کند. البته درحالی‌که وجود بخشنامه‌های متعدد در باب انواع مختلف بیمه، باعث ایجاد پیچیدگی در نظام حقوقی اتحادیه اروپا شده است، توجه نظام حقوقی مزبور به تفکیک بین بیمه‌های تجاری و مصرفی، نیازهای متفاوت حوزه‌های متعدد بیمه در اتحادیه اروپا را به‌خوبی تأمین کرده است.

با اینکه در نظام حقوقی کشور ایالات متحده آمریکا، دو دسته قواعد تعارض قوانین ایالتی و فدرال مشاهده می‌شود، همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، به‌ندرت می‌توان فرضی را تصور کرد که دادگاه‌ها در مواجهه با یک قرارداد بین‌المللی بیمه، رویه خود را کنار گذاشته و به قواعد تعارض قوانین فدرال روی آورند. لذا به‌منظور آشنایی با قواعد محدودکننده اصل آزادی اراده و تبیین معیارهای قضایی تعیین قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه، پرونده‌های متعددی مورد بررسی واقع شد که منجر به شناسایی معیارهایی همچون ارتباط اساسی و معقول، محل انعقاد قرارداد، نفع دولت، مقررات قانونی، دکترین احاله و فاکتورهای پنج‌گانه پروفیسور لفلار شد که امروزه توسط دادگاه‌های ایالتی این کشور، مورد استفاده واقع می‌شود. لذا قواعد آمره نظام حقوقی این کشور، همانند نظام حقوقی اتحادیه اروپا، حاوی پیچیدگی‌هایی است که نیازمند توجه و التفات بیمه‌گزاران است. باتوجه‌به آنچه در پژوهش حاضر بیان شد، بی‌توجهی نظام حقوقی کشور ایران به چالش‌های برآمده از مسئله قانون حاکم بر قراردادهای بین‌المللی بیمه و فقدان قواعد آمره خاص این دسته از قراردادها به‌منظور ایجاد یک نظام حمایتی از بیمه‌گزاران، منجر به عقب افتادگی صنعت بیمه کشور شده که نیازمند توجه مضاعف حقوق‌دانان و قانون‌گذار کشور ایران است.

## منابع

### کتاب

۱. الماسی، نجادعلی، **تعارض قوانین (ویراست دوم)**، چ ۴۰، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۴۰۱.
۲. کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها**، ج ۱، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.

### مقاله

۳. اخلاقی، بهروز، «اسناد تجاری در قلمرو حقوق تجارت بین‌الملل دیدگاه‌های پیمان ژنو ۱۹۳۰»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۱۰، ش. ۱۲، ۱۳۶۸، صص. ۸۳-۱۶۶.  
<https://doi.org/10.22066/cilamag.1990.18355>
۴. بادینی، حسن و احمد شاهی، «مطالعه تطبیقی قانون حاکم بر قرارداد بیمه (حقوق ایران و اتحادیه اروپا)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۳۲، ش. ۵۳، ۱۳۹۴، صص. ۳۱۵-۳۶۳.  
<https://doi.org/10.22066/cilamag.2015.18541>
۵. شهیدی، مهدی، «قانون حاکم بر قراردادهای بین‌الملل خصوصی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، د. ۱، ش. ۱۹-۲۰، ۱۳۷۶، صص. ۸۲-۱.
۶. کرمی کلمتی، فرزاد و حامد بابایی، «تأملی بر قانون حاکم بر تعهدات قراردادی عقد بیمه در ایران و ایالات متحده آمریکا»، *فصلنامه تمدن حقوقی*، د. ۵، ش. ۱۰، ۱۴۰۱، صص. ۳۸۹-۴۰۷.  
<https://doi.org/10.22034/lc.2022.145409>
۷. الماسی، نجادعلی و هادی شعبانی کُندسری، «بررسی تطبیقی محدودیت‌های طرفین قرارداد در انتخاب قانون حاکم»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۳۴، ش. ۵۶، ۱۳۹۶، صص. ۹-۳۶.  
<https://doi.org/10.22066/cilamag.2017.25164>
۸. نیکبخت، حمیدرضا و علی‌اصغر عیوض‌پور، «اصل حاکمیت (آزادی) اراده به‌عنوان قاعده حل تعارض در تعهدات غیرقراردادی؛ نگاهی به نظام حقوقی اتحادیه اروپا»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، د. ۲۸، ش. ۴۴، ۱۳۹۰، صص. ۱۳-۵۴.  
<https://doi.org/10.22066/cilamag.2011.17162>

### قوانین

۹. قانون داوری تجاری بین‌المللی ۱۳۷۶.

۱۰. قانون مدنی ایران ۱۳۱۴.

## References

### Books

1. Almassi, Nejad Ali, **The Conflict of Laws**, 2<sup>nd</sup> edition, 40<sup>th</sup> Ed, Tehran: Institute of University Publishing, 2022. (in Persian)
2. Katouzian, Nasser, **Civil Code: General Rules of Contracts**, 1<sup>st</sup> Vol, 8<sup>th</sup> edition, Tehran: Entesharat Co., 2009. (in Persian)
3. Seatzu, Francesco, **Insurance in Private International Law: A European Perspective**, Portland Oregon: Hart Publishing, 2003.

### Articles

4. Akhlaghi, Behrouz, "Commercial Documents in the Field of International Trade Law Viewpoints of the Geneva Convention 1930", *International Law Review*, Vol 10, Issue 12, 1990, PP. 83-166. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.1990.18355>
5. Almassi, Nejad Ali & Hadi Shabani Kandsari, "Comparative Study of the Limitations of Parties to a Contract in Choosing the Governing Law", *International Law Review*, Vol 34, Issue 56, 2017, PP. 9-36. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2017.25164>
6. Badini, Hassan & Ahmad Shahi, "A Comparative Assessment of the Applicable Law on Insurance Contract (Iran and European Union Law)", *International Law Review*, Vol 22, Issue 53, 2016, PP. 315-363. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2015.18541>
7. Bagheri, Mahmood, "Conflict of Laws, Economic Regulations and Corrective/Distributive Justice", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol 28, Issue 1, 2014, PP. 113-151.
8. Bayitch, S.A., "Conflict Law in United States Treaties", *University of Miami Law Review*, Vol 8, Issue 4, 1954, PP. 501-529.
9. Coyle, John F., "The Mystery of the Missing Choice-of-Law Clause". *UC Davis Law Review*, Vol 56, Issue 707, 2022, PP. 707-759. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3976508>
10. Henlin, John G., "Choice of Law in the Interpretation of Insurance and Reinsurance Contract", *Maryland Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol 2, Issue 1, 1991, PP. 15-32.

11. Johnston, Robert, "Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law", *William & Mary Law Review*, Vol 7, Issue 1, 1966, PP. 37-60.
12. Karami Kolmoti, Farzad & Hamed Babaei, "A Reflection on the Law Governing the Contractual Obligations of the Insurance Contract in Iranian and American Law", *Fares Law Research*, Vol 5, Issue 10, 2022, PP. 389-407. (in Persian) 0.22034/lc.2022.145409
13. Kramer, Xandra, "The New European Conflict of of Law Rules on Insurance Contracts in Rome I: A Complex Compromise", *ML Hendrikse & JGJ Rinkes (eds)/ Insurance and Europe. Uitgeverij Paris, Zutphen*, 2007, PP. 85-102.
14. Leflar, Robert A., "Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations", *California Law Review*, Vol 54, Issue 4, 1966, PP. 1584-1598.
15. Merrett, Louise, "Choice of Law in Insurance Contracts under the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, Vol 5, Issue 1, 2009, PP. 49-68.
16. Nafziger, James A.R., "Resolving International Conflict of Laws by Federal and State Law", *Pace International Law Review*, Vol 2, Issue 1, 1990, PP. 67-81. <https://doi.org/10.58948/2331-3536.1007>
17. Nikbakht, Hamidreza & Ali Asghar Eyvazpour, "Party Autonomy as a Rule of Conflict of Laws in Non-contractual Obligations", *International Law Review*, Vol 28, Issue 44, 2011, PP. 13-54. (in Persian) <https://doi.org/10.22066/cilamag.2011.17162>
18. Shahidi, Mahdi, "The Law Governing Private International Contracts", *Legal Research Quarterly*, Vol 1, Issue 19-20, 1997, PP. 1-82. (in Persian)
19. Shinn Jr., William E., "Conflict of Laws -- Most Significant Relationship Rule", *North Carolina Law Review*, Vol42, Issue 2, 1964, PP. 419-429.

#### Cases

20. Am. Motorists Ins. Co. v. Artra Group, Inc., 22 June 1995, Court of Appeals of Maryland, 338 Md. 560 (Md. 1995) 659 A.2d 1295.
21. Daley v. American States Preferred Ins. Co., et al, 22 December 1998, Supreme Court of North Dakota, 1998 ND 225. 587 N.W.2d 159.
22. GRS LM Insurance Corporation v. PB Express, Inc., 27 September 2011, District Court of Georgia, Savannah Division, CV410-239 (S.D. Ga. Sep. 27, 2011).

23. Harrison v. Insurance Company of North America, 28 August 1975, Supreme Court of Alabama, 318 So. 2d 253 (1975).
24. Kleve et al. v. Basler Lebensversicherungsgesellschaft in Basel, 24 December 1943, Supreme Court of New York, 45 N.Y. 2d 882.
25. Ledesma v. Jack Stewart Produce, Inc., 5 May 1987, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 816 F.2d 482 (9th Cir. 1987).
26. O'Neal v. State Farm Mutual Automobile Insce. Co., Court of Appeals of Georgia, 14 April 2000, 243 Ga. App. 756 (Ga. Ct. App. 2000) 533 S.E.2d 781.

#### **Laws**

27. Civil Code of Islamic Republic of Iran, 1938. (in Persian)
28. International Commercial Arbitration Act of Iran, 1997. (in Persian)

#### **Conventions & Directives**

29. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 1980 (Rome Convention 1980).
30. Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance.
31. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).
32. Restatement (Second) of Conflict of Laws 1971.
33. First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance.
34. Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC/
35. Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive).



### Reports

36. Drobni, Ulrich M. & Max Rheinstein, Applications in the United States, Available at: <https://www.britannica.com/topic/conflict-of-laws/Applications-in-the-United-States> (last visit 14/11/2024).
37. Murray, James & Kimberly Sou, Choice of Law Standards Re: Insurance Coverage, Tressler LLP, 2016, Available at: [https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50\\_state\\_choice\\_of\\_law\\_standards\\_re\\_insurance\\_coverage.pdf?sfvrsn=0](https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50_state_choice_of_law_standards_re_insurance_coverage.pdf?sfvrsn=0) (Last Visit 17/11/2024).
38. Pariser, Ben, Understanding Choice of Law in Insurance Claims, Restorical Research, 2024, Available at: <https://restorical.com/choice-of-law-insurance-clai> (Last Visit 17/11/2024).
39. Statista, Development in the total number of life insurance companies in the United States from 1950 to 2022, Available at: <https://www.statista.com/statistics/194335/total-number-of-life-insurance-companies-in-the-us/#:~:text=In%202022%2C%20there%20were%20a,the%20United%20States%20that%20year> (Last Visit 17/11/2024).
40. Statista, Total number of United Kingdom (UK) authorized insurance companies in January 2014 and September 2022, by sector, Available at: <https://www.statista.com/statistics/827280/number-of-insurance-companies-united-kingdom-by-sector/> (Last Visit 17/11/2024).

## Identifying the Conflict of Laws Rules on the Governing Law of International Insurance Contracts

Mohammad Faraji\*

Mahmood Bagheri\*\*

Received: 2024.11.27

Accepted: 2025.08.27

### Abstract

The governing law of an international insurance contract is of vital significance, as it directly influences the commitments of both the insurers and the insured parties. This importance indicates regulations and legal requirements generally designed to protect the insured party in nearly every legal system. These mandatory provisions often restrict or eliminate the parties' right to freely choose the applicable law, instead establishing specific criteria that dispute resolution forums must apply to determine the law governing the contract. This article examines the various limitations imposed by mandatory rules on party autonomy in selecting the applicable law, as well as the legal principles that come into play when the parties have not made an effective choice. The findings reveal that common criteria used by such mandatory rules include the country of risk, the insured's residence or registration, the *lex loci contractus*, and the jurisdiction with the most substantial connection to the contract.

### Keywords:

Non-Life Insurance Directives, Life Insurance Directive, Rome I Regulation, Conflict of Laws, State Court Practices.

---

\* L.L.M, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: mohamad.faraji@ut.ac.ir

\*\* Associate Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

## مطالعه تطبیقی ماهیت پیام مطمئن شورای رقابت

مأده کریمی قهديريجانى\*

عبداله رجبي\*\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۰۷

### چکیده

نهاد «پیام مطمئن» مندرج در ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، از نوآوری‌های مهم حقوق رقابت ایران است که به‌ویژه در زمینه ادغام و تحصیل سهم طراحی شده تا با ارتقای پیش‌بینی‌پذیری و افزایش امنیت حقوقی، از بروز رفتارهای ضدرقابتي در فرایندهای ادغام و تحصیل سهم جلوگیری کند. این استعلام چندوجهی، با ترکیبی از ویژگی‌های مشورتی، پیشگیرانه، موقتی و اعتباری، کنش‌های فعالان بازار را هدایت و شفافیت فرایندهای اقتصادی را تقویت می‌کند. با این حال، پیام مطمئن در وضعیت فعلی فاقد اثر الزام‌آور نسبت به اشخاص ثالث است و حدود و ضوابط حق اعتراض آنان به روشنی مشخص نشده است. در بخش تطبیقی، این نهاد با اعلامیه ارزیابی تجاری و سیاست تأیید پیشینی در حقوق رقابت ایالات متحده و اعلامیه تسهیل در حقوق رقابت اتحادیه اروپا مقایسه شده و نقاط قوت آنها از نظر الزام‌آوری نسبی، نقش پیشگیرانه و انتشار عمومی بررسی شده است. در پایان، پژوهش با تأکید بر ضرورت تعریف دقیق پیام مطمئن، تدوین آیین‌نامه‌ای جامع و نظام‌مند، تعیین آثار حقوقی مشخص، طراحی سازوکار پاسخ‌گویی مؤثر و الزام به انتشار پیام‌ها با رعایت ملاحظات محرمانگی، راهکارهایی برای ارتقای کارآمدی و تثبیت جایگاه این نهاد در نظام حقوق رقابت ایران ارائه می‌دهد.

### کلید واژگان:

پیام مطمئن، شورای رقابت، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، پیشگیری از رفتارهای ضدرقابتي، حقوق رقابت تطبیقی.

\* کارشناس ارشد، دانشگاه تهران: پردیس بین‌المللی کاسپین، گیلان، ایران.

\*\* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران: دانشکدگان فارابی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

rajabya@ut.ac.ir



Copyright: ©2024 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

رقابت آزاد و سالم از بنیان‌های اساسی نظریه اقتصادی مدرن و یکی از مؤلفه‌های کلیدی دستیابی به توسعه پایدار، افزایش بهره‌وری و ارتقای رفاه مصرف‌کنندگان است. در نتیجه، دولت‌ها برای صیانت از ساختار رقابتی بازارها، به ایجاد و تقویت نهادهای نظارتی و تنظیمی روی آورده‌اند که از مهم‌ترین آنها نظام حقوق رقابت است. حقوق رقابت، به‌عنوان شاخه‌ای تخصصی از حقوق اقتصادی، نقش تعیین‌کننده‌ای در پیشگیری از رفتارهای ضدرقابتی، تضمین برابری فرصت‌ها برای فعالان اقتصادی و حفظ منافع عمومی ایفا می‌کند. در چارچوب حقوق ایران، یکی از مهم‌ترین ابتکارات نهادی در زمینه تنظیم رقابت، «پیام مطمئن» شورای رقابت<sup>۱</sup> است که مستند به ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایجاد شده است. این نهاد حقوقی با هدف پاسخ به استعلامات شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی درخصوص انطباق اقدامات‌شان با مواد ۴۷ و ۴۸ همان قانون تعریف شده است. پیام مطمئن به فعالان اقتصادی این امکان را می‌دهد تا پیش از اقدام، از مطابقت رویه‌های خود با مقررات ضدانحصار و ضدرقابتی اطمینان حاصل کنند و در نتیجه از مواجهه با پیامدهای قانونی پرهزینه جلوگیری نمایند. باوجود کارکردهای مثبت این نهاد، ابهامات مهمی در خصوص ماهیت، آثار حقوقی و جایگاه پیام مطمئن در ساختار نظام حقوقی کشور وجود دارد. از جمله، مشخص نیست که پیام مطمئن از حیث الزام‌آوری چه وضعیتی دارد، آیا شورای رقابت می‌تواند از محتوای پیام صادره عدول کند و در صورت چنین عدولی، چه تأثیری بر امنیت حقوقی فعالان اقتصادی خواهد داشت.

این مقاله بر این فرض استوار است که نهاد پیام مطمئن، به‌عنوان استعلامی با کارکرد پیشگیرانه، نظارتی و تنظیمی، می‌تواند نقش مؤثری در کاهش ابهامات حقوقی، ارتقای شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری، و در نهایت تقویت فضای رقابتی ایفا کند. تحقق این اهداف، مشروط به تدوین دقیق‌تر چارچوب‌های اجرایی، تبیین ضمانت اجرای حقوقی، و شفاف‌سازی جایگاه این نهاد در منابع حقوقی کشور است. پیام مطمئن، با ماهیت پیش‌نگر خود، می‌تواند از بروز اختلافات

۱. شورای رقابت شورای رقابت نهادی فراقوه‌ای است که با هدف پاسداری از حقوق رقابت و جلوگیری از رفتارهای ضدرقابتی فعالیت می‌کند. قابل دسترسی در: <https://nicc.gov.ir>

پرهزینه جلوگیری، تعادل میان منافع متعارض را حفظ، و اعتماد فعالان اقتصادی به نظام حقوق رقابت را تقویت کند.

در همین راستا، مقاله حاضر در پی پاسخ به پرسش‌هایی اساسی است: ماهیت حقوقی پیام مطمئن شورای رقابت چیست و چه جایگاهی در ساختار حقوقی ایران دارد؟ آثار و محدودیت‌های آن در حوزه تنظیم‌گری بازار چیست؟ و این نهاد در مقایسه با سازوکارهای مشابه در دیگر نظام‌های حقوقی در ایالات متحده و اتحادیه اروپا چه ویژگی‌های مشترک و متمایزی دارد؟ با بررسی مبانی نظری و تحلیل تطبیقی نهادهای مشابه در نظام‌های حقوق رقابت پیشرفته، تلاش خواهد شد ظرفیت‌های موجود برای ارتقای اثربخشی پیام مطمئن شناسایی، و پیشنهادهایی برای بهبود چارچوب‌های اجرایی و تقنین آن ارائه شود. هدف نهایی ارائه تصویری دقیق، واقع‌گرایانه و علمی از جایگاه پیام مطمئن در نظام حقوقی ایران و ظرفیت‌های آن برای حمایت از رقابت سالم و شفاف‌سازی فضای اقتصادی کشور است.

## ۱. پیام مطمئن شورای رقابت: مفهوم و مبانی

### ۱.۱. تعریف پیام مطمئن

حقوق اقتصادی به‌عنوان شاخه‌ای مهم از علم حقوق، به مطالعه و تحلیل قواعد و اصول حاکم بر روابط اقتصادی در جامعه می‌پردازد. گاهی نگاه در این حوزه، نگاهی پیشینی و پیشگیرانه است که بر وقایعی تمرکز دارد که اثر حقوقی دارند و هدف اصلی تنظیم و کنترل آینده است، نه صرفاً درمان مشکلات گذشته.<sup>۱</sup> براین اساس، تصمیمات پیشینی شورای رقابت به‌عنوان ابزارهایی تنظیمی و پیشگیرانه باید تحلیل شوند که پیش از وقوع نقض حقوق رقابت، با هدف کنترل بازار و جلوگیری از تخلفات رقابتی اتخاذ می‌شوند.<sup>۲</sup>

این رویکرد پیشگیرانه، نقش کلیدی و سازنده‌ای در نظام حقوق رقابت ایفا می‌کند و پیام مطمئن ماهیتی تنظیمی، نظارتی و انضباطی دارد که به افزایش امنیت حقوقی بنگاه‌ها و بهبود

1. Veljanovski, Cento G., **Economic Principles of Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 7.

۲. مرتضوی بریجانی، عبدالحمید، **حقوق رقابت و آیین دادرسی آن**، ج ۱، تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۴۰۲، صص. ۴۰۰ و ۴۰۱.

فضای رقابتی کمک می‌کند. با این حال، این ابزار عملاً نیازمند چارچوب‌های نظارتی و قانونی محکم است تا از سوءاستفاده و ایجاد انحصار جلوگیری شود.

## ۱.۲. مبانی قانونی پیام مطمئن

ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، پیام مطمئن شورای رقابت را به‌عنوان ابزاری قانونی برای پاسخ به استعلامات بنگاه‌ها درباره مواد ۴۷ و ۴۸ این قانون تعریف می‌کند.<sup>۱</sup> شورا موظف است ظرف یک ماه از تاریخ دریافت استعلام، نظر خود را به‌صورت کتبی یا در قالب پیام مطمئن به متقاضی اعلام نماید. در صورت عدم پاسخ یا اعلام عدم شمول، اقدام بنگاه در چارچوب مواد مذکور معتبر تلقی می‌شود که پیام مطمئن را به سازوکاری پیش‌نگر برای تبیین وضعیت قانونی فعالیت اقتصادی بدل می‌کند.

دستورالعمل اجرایی مواد ۴۷، ۴۸ و ۴۹ و تبصره‌های آن، مستندات لازم در زمان استعلام را تعیین کرده است.<sup>۲</sup> پیام باید دارای مستندات کافی باشد و زمان یک ماه نتیجه استعلام پیام مطمئن از زمان تکمیل مدارک محاسبه می‌شود. پیام مطمئن به‌عنوان یکی از ابزارهای پیش‌نگر حقوقی، باهدف افزایش اطمینان حقوقی، کاهش ابهام‌های قانونی و تسهیل فعالیت‌های مشروع اقتصادی طراحی شده است. این نهاد از یک‌سو با شفاف‌سازی وضعیت حقوقی رویه‌های موردنظر، زمینه‌ساز تنظیم صحیح روابط اقتصادی با رعایت اصول حقوقی و مصالح عمومی می‌گردد و ازسوی دیگر، نقش مؤثری در پیشگیری از اختلال در نظم رقابتی و شناسایی رویه‌های ضدرقابتی ایفا می‌کند. به‌منظور تحقق اهداف این نهاد، ضروری است مبانی حقوقی، فرایند صدور، نحوه اجرا، آثار و ضمانت اجرای آن به‌صورت منسجم، شفاف و مبتنی بر اصول حقوق رقابت تبیین و تقویت گردد؛ به‌نحوی که از یک‌سو اعتماد فعالان اقتصادی را جلب نماید و ازسوی دیگر مانع از سوءاستفاده احتمالی از این سازوکار شود.

۱. صدر ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲. دستورالعمل اجرایی مواد ۴۷، ۴۸ و ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۷/۰۹/۱۷.

## ۲. تحلیل تطبیقی نهادهای پیش‌نگر در تعامل حقوق رقابت و بنگاه‌های اقتصادی

در حقوق رقابت تطبیقی، برخی نهادهای پیش‌نگر به‌منظور کاهش ریسک حقوقی بنگاه‌ها و پیشگیری از نقض مقررات، به فعالان اقتصادی این امکان را می‌دهند تا پیش از انجام اقدام خاص، انطباق آن را با قواعد رقابتی استعلام کنند. ابزارهایی نظیر «اعلامیه ارزیابی تجاری»<sup>۱</sup> در وزارت دادگستری ایالات متحده،<sup>۲</sup> «اعلامیه تسهیل»<sup>۳</sup> در کمیسیون اروپا، و پیام مطمئن شورای رقابت در ایران، در این چارچوب جای می‌گیرند. همچنین، در ایالات متحده، کمیسیون تجارت فدرال<sup>۴</sup> از نهادهای چون «سیاست تأیید پیشینی»<sup>۵</sup> برای الزام به اخذ تأیید قبلی در برخی فرایندهای ادغام استفاده می‌کند. هرچند اهداف حقوق رقابت در هر کشور متفاوت است،<sup>۶</sup> کارکرد مشترک این ابزارها، ارتقای شفافیت، پیش‌بینی‌پذیری و تسهیل تعامل میان نهادهای تنظیم‌گر و بازیگران اقتصادی است.

### ۲.۱. تحول رویه‌ای در اجرای حقوق رقابت آمریکا: از مداخله قضایی تا حل‌وفصل اداری

طی دهه‌های اخیر، کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده و بخش ضدانحصار<sup>۷</sup> وزارت دادگستری آمریکا که مجموعاً به آنها «آژانس‌ها»<sup>۸</sup> گفته می‌شود، به تدریج از رسیدگی قضایی در پرونده‌های ضدانحصار فاصله گرفته‌اند. در مقابل، آن‌ها روزبه‌روز بیشتر به حل‌وفصل اختلافات از طریق توافق‌نامه‌های رضایتمندانه<sup>۹</sup> روی آورده‌اند؛ روندی که از آن با عنوان «فرهنگ توافق»<sup>۱۰</sup> یاد می‌شود. این گذار از یک رژیم دادرسی‌محور به رژیمی نظارتی، که از دهه ۱۹۸۰ آغاز شده، تأثیر عمیقی بر سیاست‌گذاری اجرایی در حوزه رقابت گذاشته‌است. طی سه دهه گذشته، تقریباً تمام پرونده‌های اجرای مدنی در حوزه رقابت توسط این آژانس‌ها با توافق‌های خارج از دادگاه

1. Business Review Letter (BRL)

2. Department of Justice (DOJ)

3. Comfort Letter

4. Federal Trade Commission (FTC)

5. Prior Approval Policy

6. Bradford, A.; Chilton, A.; Megaw, C., & Sokol, N. "Competition law gone global: Introducing the comparative competition law and enforcement datasets", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2019, p.30.

7. Antitrust Division

8. Agencies

9. Consent Decrees

10. culture of consent

پایان یافته‌اند.<sup>۱</sup> بررسی این تحول، به‌ویژه در بستر حقوق تطبیقی، می‌تواند به شناخت بهتر مزایا، چالش‌ها و پیامدهای آن برای نهادهای مشابه در دیگر کشورها کمک کند.

#### ۲.۱.۱. تطبیق تحلیلی نهاد «پیام مطمئن» شورای رقابت با اعلامیه ارزیابی تجاری

در نظام حقوقی ایالات متحده، یکی از مهم‌ترین سازوکارهای پیشگیرانه اجرای حقوق رقابت، اعلامیه ارزیابی تجاری است که توسط بخش خداندانحصار وزارت دادگستری<sup>۲</sup> اداره می‌شود. این نهاد بستر رسمی برای ارزیابی پیشینی رفتارهای تجاری مورد نظر اشخاص حقیقی یا حقوقی فراهم می‌آورد.<sup>۳</sup> مطابق بند ۵۰۶ از عنوان ۲۸ مقررات فدرال،<sup>۴</sup> اعلامیه ارزیابی تجاری نامه‌ای کتبی است که بیانگر نیت فعلی وزارت دادگستری نسبت به رفتار پیشنهادی است و توسط معاون دادستان کل یا نماینده وی امضا می‌شود. این سازوکار از نظر ماهیت و کارکرد شباهت زیادی با نهاد اعلامیه تسهیل در اتحادیه اروپا دارد.<sup>۵</sup>

اگرچه در ظاهر شبیه نظر مشورتی<sup>۶</sup> است، اما ماهیت آن متفاوت است. وزارت دادگستری صراحتاً اعلام کرده مجاز به صدور نظر مشورتی برای اشخاص خصوصی نیست؛<sup>۷</sup> از این‌رو این اعلامیه صرفاً اعلام رسمی نیت اجرایی مرجع صادرکننده است. این نامه الزام‌آور نبوده<sup>۸</sup> و نسبت به اشخاص ثالث نیز اثر حقوقی ندارد، اما به‌دلیل شرایط صدور آن از جمله لزوم درخواست کتبی، عدم پذیرش اظهار شفاهی و الزام به ارائه اطلاعات کامل و صادقانه در عمل جایگاهی مهم یافته است.<sup>۹</sup> کارکرد اصلی این نهاد ایجاد شفافیت و پیش‌بینی‌پذیری برای فعالان اقتصادی است. باوجود فقدان ضمانت اجرا، اعلامیه ارزیابی تجاری با کاهش ریسک دعاوی، تسهیل تصمیم‌گیری‌های

1. Wright, Joshua D. & Ginsburg, Douglas H., "The Economic Analysis of Antitrust Consents," *European Journal of Law and Economics* (forthcoming), George Mason University Law & Economics Research Paper Series, No. LS 18-12, p. 3.

2. Antitrust Division of the DOJ

3. <https://natlawreview.com/article/seeking-opinions-potential-conduct-antitrust-division-department-justice>

4. 28 CFR § 50.6 - Antitrust Division business review procedure.

5. IP Glossary, "Business Review Letter", available at: <https://www.ipglossary.com/glossary/business-review-letter/> (last visited 17/07/2025).

6. advisory

7. Paragraph 1 of 28 C.F.R. § 50.6.

8. Paragraph 9 of 28 C.F.R. § 50.6.

9. U.S. Department of Justice, Antitrust Division. (2021, January 14). *Response to the Institute of International Finance request for a business review*, p. 1.



استراتژیک و شکل‌گیری ترتیبات مشروع بازار نقش مؤثری ایفا کرده است.<sup>۱</sup> تنوع موضوعی این اعلامیه‌ها، از فناوری‌های نوین تا خدمات مالی، نشانگر نقش هدایت‌گر این ابزار در سیاست‌گذاری اجرایی ضدانحصار است.<sup>۲</sup>

روند اجرایی آن نیز منظم و شفاف است. در صورت تکمیل بودن درخواست، معمولاً ظرف ۶۰ تا ۹۰ روز پاسخ داده می‌شود. پاسخ‌ها همراه با درخواست اولیه منتشر می‌گردند، مگر در موارد دارای توجیه برای تأخیر در انتشار. هرچند وزارت دادگستری از نظر قانونی آزاد است پس از صدور نامه اقدام قضایی انجام دهد، اما در عمل، در صورت افشای کامل و با حسن‌نیت اطلاعات، پیگردی صورت نگرفته است؛ امری که این نهاد را به تضمینی ضمنی برای عدم مداخله فوری تبدیل کرده است.<sup>۳</sup>

در ایران، نهاد «پیام مطمئن» شورای رقابت طبق ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ تعریف شده و هدف آن نیز مشابه اعلامیه آمریکایی، یعنی پیشگیری از تخلفات ضدرقابتی و ارائه دیدگاه رسمی مرجع تنظیم‌گر پیش از وقوع است. با این حال، تفاوت‌هایی اساسی میان این دو وجود دارد.

نخست آنکه در حقوق ایران، پیام مطمئن فاقد تعریف دقیق قانونی و تعیین آثار حقوقی روشن است. گرچه قانون‌گذار مهلت یک‌ماهه‌ای برای پاسخ‌دهی شورای رقابت مقرر کرده، اما وضعیت حقوقی تأخیر یا سکوت شورا به‌عنوان جوار رفتار مورد استعلام تلقی شده است. همچنین اعتبار حقوقی پیام صادره نیز نامعین باقی‌مانده است. در مقابل، اعلامیه ارزیابی تجاری باوجود فقدان اثر الزام‌آور، بر پایه ساختاری منسجم و شفاف بنا شده که اتکای عملی فعالان اقتصادی را ممکن ساخته است.

دوم، از منظر شفافیت و بهره‌برداری عمومی، اعلامیه‌های آمریکایی به‌جز در موارد استثنایی، منتشر می‌شوند و بدین‌وسیله امکان الگوبرداری، دسترسی عمومی و حتی شکل‌گیری رویه‌های

1. "§ 50.6 Antitrust Division business review procedure", 28 CFR Ch. I (7-1-24 Edition), available at: <https://www.ecfr.gov/current/title-28/chapter-I/part-50/section-50.6> (last visited 17/07/2025).

2. Department of Justice, Antitrust Division, Business Review Letter, available at: <https://search.justice.gov/search?affiliate=justice-atr&query=Business+Review+Letter>

3. United States Department of Justice, "What is a Business Review?", available at: <https://www.justice.gov/atr/what-business-review> (last visited 20/07/2025).

غیررسمی فراهم است. در مقابل، پیام مطمئن فاقد الزام به انتشار عمومی است؛ امری که قابلیت استناد، الگوبرداری و نهادینه‌سازی این ابزار را تضعیف کرده و موجب ابهام در آثار حقوقی آن شده است. افزون‌براین، پرسش‌هایی اساسی درباره حدود رسمیت پیام در مراجع قضایی، امکان اعتراض اشخاص ثالث و مبنای تصمیم‌گیری شورا بی‌پاسخ مانده‌اند.

سوم، از نظر سازمانی و رویه‌ای، بخش ضدانحصار وزارت دادگستری آمریکا از سازوکاری نظام‌مند و قابل پیگیری برخوردار است. حدود اختیارات، امکان رد درخواست، مطالبه اطلاعات تکمیلی و انجام تحقیقات مستقل در فرایند رسیدگی کاملاً روشن است. در ایران، هرچند دستورالعملی اجرایی برای پیام مطمئن وجود دارد و متقاضی موظف است مستندات لازم را ارائه دهد، اما فرایند رسیدگی و حدود اختیارات شورای رقابت با ابهام و خلأ مواجه است. این مسئله موجب رویه‌های ناهماهنگ و تفاسیر سلیقه‌ای خواهد شده و در نتیجه پیش‌بینی‌پذیری و کارایی این ابزار را تضعیف خواهد کرد.

در مجموع، اعلامیه ارزیابی تجاری نمونه‌ای موفق از ابزار سیاست‌گذاری پیشگیرانه است که با اتکای بر انسجام نهادی، شفافیت رویه‌ای و اعتماد عملی، نقش مهمی در جلوگیری از تخلفات ضدانحصار ایفا کرده است. با این حال، خطراتی چون تبدیل آن به پیش‌بینی قابل اتکای بنگاه‌ها به جای ابزار بازدارنده واقعی و زمینه‌سازی برای رفتارهای فرصت‌طلبانه نیز وجود دارد. بنابراین، کارآمدی این سازوکار در گرو نظارت مستمر و ضمانت اجرای قوی است. به طور مشابه، نهاد پیام مطمئن تنها زمانی می‌تواند به ابزاری مؤثر در تضمین رقابت سالم تبدیل شود که نواقص ساختاری آن رفع، دستورالعمل‌های اجرایی مدون و ضوابط صدور و انتشار پیام‌ها به روشنی تعیین شوند. تجربه ایالات متحده الگویی راه‌گشا برای ارتقای اعتماد عمومی و کارآمدی نهادهای تنظیم‌گر در نظام حقوقی ایران فراهم می‌آورد.

## ۲.۱.۲. مقایسه میان نهاد پیام مطمئن ایران و سیاست تأیید پیشینی

نهاد «پیام مطمئن» در حقوق ایران و «سیاست تأییدیه پیشینی» کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده، هر دو با هدف پیشگیری از اقدامات ضد رقابتی، ارتقا شفافیت بازار و افزایش پیش‌بینی‌پذیری برای فعالان اقتصادی طراحی شده‌اند. با این حال، در ساختار حقوقی، الزام‌آوری، نحوه اجرا و کارآمدی، تفاوت‌های قابل توجهی دارند.

در ایران، پیام مطمئن مطابق با ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و دستورالعمل اجرایی مواد ۴۷ تا ۴۹، استعلامی پیشینی و مشورتی از شورای رقابت درباره انطباق اقدامات اقتصادی خاص (مانند ادغام و تملک) با قواعد رقابت است. براساس ماده ۴ دستورالعمل، متقاضیان موظف به ارائه مستندات چون صورت‌های مالی حسابرسی‌شده، ساختار مالکیت، گزارش تحلیلی درباره ساختار بازار، سهم بازار، کشش قیمتی، موانع ورود و سایر اطلاعات هستند. با این حال، این ساختار علی‌رغم شاکله نسبتاً کامل، با نواقصی چون ابهام در الزام‌آوری، نبود سازوکار تجدیدنظر، فقدان شفافیت رویه‌ای و معیارهای عینی برای ارزیابی داده‌ها مواجه است. این نارسایی‌ها موجب تردید در اتکاپذیری پیام و کاهش رغبت فعالان اقتصادی به استفاده از آن شده‌اند.

در مقابل، سیاست تأیید پیشینی که پس از احیای آن در سال ۲۰۲۱ جایگزین بیانیه سیاستی ۱۹۹۵ شد،<sup>۱</sup> ساختاری الزام‌آور، سخت‌گیرانه و اجرایی دارد. این سیاست به عنوان مکانیسمی مؤثر برای پیشگیری از معاملات آشکارا ضد رقابتی عمل می‌کند. با توجه به عملکرد شرکت‌هایی با راهبردهای تملک‌محور<sup>۲</sup> به دنبال کسب مزیت رقابتی حتی با حداقل واگذاری‌ها<sup>۳</sup> هستند؛ این شرط، بازدارندگی ایجاد کرده، موجب افزایش دقت طرفین و جلوگیری از معاملات زیان‌بار می‌شود. طبق این سیاست، طرفین ادغام که مشمول دستورات کمیسیون‌اند، موظف‌اند تا ده سال پس از معامله، برای هرگونه تملک یا ادغام در بازار هدف، تأییدیه دریافت کنند.<sup>۴</sup> این سیاست با هدف پیشگیری از رفتارهای تکراری ضد رقابتی، بهینه‌سازی منابع نظارتی و بر مبنای معیارهایی چون تمرکز بازار، سوابق بنگاه‌ها و ریسک‌های ساختاری طراحی شده است.<sup>۵</sup>

با این حال، این سیاست نیز با انتقادات جدی مواجه است؛ الزام به تأیید پیشینی برای دوره‌ای طولانی، به‌ویژه در بازارهای نوآور با چرخه‌های سرمایه‌گذاری کوتاه، می‌تواند موجب عدم قطعیت حقوقی، کندی تصمیم‌گیری و سردرگمی تجاری شود. این امر برای شرکت‌های نوپا<sup>۶</sup> و فعال در صنایع فناورانه بازدارنده بوده و انگیزه سرمایه‌گذاری و رقابت را کاهش می‌دهد. برخی تحلیلگران

1. Federal Trade Commission, *Statement on the Use of Prior Approval Provisions in Merger Orders*, rescinded July 21, 2021. p.1.

2. acquisition-driven strategies

3. minimal concessions

4. *Ibid.* pp. 2.

5. *Ibid.* pp. 1-2.

6. Start-ups

نیز تأکید کرده‌اند که این سیاست به‌جای صرفه‌جویی، موجب افزایش حجم بررسی‌ها، دعاوی قضایی و هزینه‌های نظارتی و حقوقی می‌شود؛ زیرا حتی یک واگذاری جزئی در بازارهای هم‌پوشان<sup>۱</sup> کل معامله را مشمول بررسی‌های پرهزینه می‌سازد.<sup>۲</sup> همچنین دامنه این سیاست از معاملات ضد رقابتی فراتر رفته و موارد با آثار مثبت رقابتی را نیز دربرمی‌گیرد که موجب افزایش هزینه ادغام، کاهش نوآوری و مانع رشد اقتصادی می‌شود.<sup>۳</sup>

در مجموع، سیاست تأیید پیشینی با وجود الزام‌آوری بالا، در صورت نبود انعطاف لازم، می‌تواند مانعی برای نوآوری و رشد باشد. ضروری است در تدوین و اجرای آن، اصل دادرسی منصفانه رعایت شده و از تحمیل شرایط پیچیده و هزینه‌زا پرهیز گردد؛ چراکه این سیاست‌ها نه فقط حقوق فعالان را محدود می‌کنند، بلکه ممکن است به کاهش کارایی بازار نیز بینجامند.<sup>۴</sup> در مقابل، پیام مطمئن با وجود ظرفیت بالقوه، فاقد سازوکار روشن برای اصلاح یا عدول در شرایط متغیر است. همچنین نبود مبنای تصمیم‌گیری شفاف و حمایت حقوقی مؤثر، کارایی آن را محدود، و اصلاحات در سطوح قانون‌گذاری، رویه‌ای و نهادی را ضروری می‌کند.

باوجود تفاوت‌های ساختاری، هر دو نهاد با هدف مشترک پیشگیری از اقدامات ضد رقابتی و تقویت پیش‌بینی‌پذیری طراحی شده‌اند.<sup>۵</sup> برای ارتقای پیام مطمئن، تعیین اثر الزام‌آور، تضمین پاسخ‌گویی شورای رقابت، ایجاد سازوکارهای بازدارنده و تجدیدنظر و بهره‌گیری از تجارب نهادهایی نظیر کمیسیون تجارت فدرال ایالات متحده ضروری است. در مقابل، برای کارآمدسازی سیاست تأیید پیشینی، تعدیل دوره الزامات، رویکرد مبتنی بر داده و رعایت توازن میان نظارت و تسهیل فعالیت اقتصادی توصیه می‌شود.

در نهایت، موفقیت هر دو سازوکار منوط به توازن میان اقتدار نظارتی و حمایت از پویایی اقتصادی، و رعایت اصول حاکمیت قانون، شفافیت و دادرسی منصفانه است؛ اصولی که تنها در پرتو اصلاحات نهادی، تخصص‌گرایی و تعامل با نهادهای بازار تحقق می‌یابند.

1. Overlapping Markets

2. *Ibid.* p. 6.

3. Yun, John M., "Going Backwards: The FTC's New Prior Approval Policy," *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, Vol. 22, No. 06, 2022, p.5.

4. *Ibid.* p. 6.

5. Yun, *Op.Cit.* p. 2.

## ۲.۲. مقایسه نهاد اعلامیه تسهیل اتحادیه اروپا با پیام مطمئن شورای رقابت ایران

در حقوق رقابت اتحادیه اروپا، اعلامیه تسهیل نهادی اداری و غیر الزام‌آور است که کمیسیون اروپا برای ارائه اطمینان نسبی به بنگاه‌ها درباره انطباق رویه‌هایشان با ماده ۱۰۱ معاهده عملکرد اتحادیه اروپا صادر می‌کند.<sup>۱</sup> این اعلامیه اگرچه ظاهراً فاقد آثار الزام‌آور است، اما می‌تواند تأثیر قابل‌ملاحظه‌ای بر تصمیم‌گیری شرکت‌ها داشته‌باشد و از این جهت جزو حقوق نرم محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> با وجود عدم الزام‌آوری برای مراجع قضایی، این نظام نقش کلیدی در توسعه شیوه‌های مدرن اداره رقابت و همگرایی سیاست‌گذاری در اتحادیه اروپا دارد.<sup>۳</sup> باوجود این، مبانی حقوقی صدور این اعلامیه‌ها همچنان متزلزل و به‌دلیل فقدان انسجام ساختاری، می‌توانند تعمیق فضای عدم قطعیت در نظام حقوق رقابت را تشدید کنند.<sup>۴</sup>

افزون بر این، آثار حقوقی و الزامی اعلامیه تسهیل در هاله‌ای از ابهام است. تحلیل جایگاه آنها نباید صرفاً بر ظاهر رسمی یا انتشار عمومی متکی باشد؛ بلکه باید بر رویکردی چندعاملی استوار شود که متغیرهایی چون فرصت مشارکت ذی‌نفعان، ساختار نگارشی، اختیارات و مسئولیت مقام صادرکننده و مبانی تصمیم‌گیری را شامل شود. چنین نگرشی با اصول بنیادین نهادینه‌شده در نظام حقوق رقابت اتحادیه اروپا مانند تقدم محتوا و وفاداری به واقعیت‌های عینی همخوانی دارد.

در نظام ایران، شورای رقابت می‌تواند پیام مطمئن صادر کند، اما این نهاد هنوز از نظر مبنای رویه‌پذیری و انسجام حقوقی با چالش‌های جدی روبه‌رو است. در غیاب دستورالعمل روشن درباره امکان عدول، ابهام در حدود صلاحیت و تفاوت شرایط عادی و اضطراری، پیام مطمئن نه تنها نقش مؤثری در ارتقای پیش‌بینی‌پذیری نداشته، بلکه موجب تردید در قابلیت اتکای آن شده است.

1. Treaty on the Functioning of the European Union

2. Ünekbaş, Selçukhan, "The Resurrection of the Comfort Letter: Back to the Future?," *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 15, No. 25, 2022, p 43.

3. European Commission, "Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (guidance letters)", *Official Journal of the European Union*, C 381/9–C 381/13, available at:

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC\\_2022\\_381\\_R\\_0007](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2022_381_R_0007) (last visited 17/07/2025).

4. Ünekbaş, *Op. Cit.*, p 52.

در اتحادیه اروپا، مقرره ۲۰۰۳/۱ بنگاه‌ها را به «خودارزیابی» ملزم ساخت،<sup>۱</sup> اما کمیسیون اروپا در سال ۲۰۲۲ با صدور اطلاعیه‌ای امکان ارائه نظر غیررسمی را در موارد پیچیده یا نوظهور به شرط وجود ابهام واقعی و حسن نیت مجدداً فراهم کرد.<sup>۲</sup> این بازگشت محدود نشان می‌دهد که هدف کمیسیون از احیای اعلامیه تسهیل بیش از افزایش قطعیت، کاهش هزینه‌های اداری و تسهیل پاسخ‌دهی سطحی به متقاضیان بوده است.

اعلامیه تسهیل در فرایندهای عمومی و با امکان اظهارنظر اشخاص ثالث صادر می‌شوند و نیازمند تحلیل عمیق‌تری‌اند تا آثار حقوقی، اقتصادی و نهادی آنها شناسایی شود. باوجود این ضرورت‌ها، شفافیت اهداف کمیسیون در استفاده از این ابزار محل تردید است و شواهدی نشان می‌دهد که احیای این نهاد به جای روشن‌گری حقوقی، بستر پرسش‌مندی و تعمیق ابهام فراهم کرده است.<sup>۳</sup>

در دعوای انگلیسی<sup>۴</sup> نیز تأکید شده است که حتی پس از صدور اعلامیه، کمیسیون حق تغییر موضع در صورت تغییر شرایط را دارد؛<sup>۵</sup> این امر اگرچه مشروع است، بر قطعیت حقوقی کسب‌وکارها اثر منفی دارد. در ایران، شورای رقابت بدون تعیین حدود امکان عدول از پیام مطمئن، زمینه بی‌ثباتی حقوقی فراهم کرده است. تدوین دستورالعمل شفاف با در نظر گرفتن همه متغیرهای مؤثر، شرط لازم برای ارتقای کارآمدی این نهاد است.<sup>۶</sup>

در نهایت، در حوزه شفافیت، اتحادیه اروپا با انتشار خلاصه‌هایی از اعلامیه تسهیل در نشریات رسمی، امکان استنباط رویه‌ای و الگوبرداری برای دیگر بنگاه‌ها را فراهم کرده است،<sup>۷</sup>

1. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002, *OJ L 1*, 4 January 2003, p. 1 (pdf available at *EUR-Lex*).

2. European Commission, "Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union", Official Journal of the European Union, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC\\_2022\\_381\\_R\\_0007](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2022_381_R_0007) (last visited 17/07/2025).

3. Ünekbaş, *Op. Cit.*, pp. 55-58.

4. *Stork Amsterdam BV v Commission of the European Communities*, Case T-241/97, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber), 17 February 2000, ECLI:EU:T:2000:41, [2000] ECR II-309.

5. Court of First Instance, Judgment of the Fourth Chamber, 17 February 2000, *Stork Amsterdam BV v Commission of the European Communities*, Case T-241/97, ECLI:EU:T:2000:41, [2000] ECR II-309.

6. Ünekbaş, Selçukhan, "The Resurrection of the Comfort Letter: Back to the Future?," *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 15, No 25, 2022, pp.49-51.

7. European Commission, DG Competition, *Cases Art.81/82 (ex 85/86) closed by Comfort Letter*, [years listed 1990–1999], available in the annual Report on Competition Policy.

درحالی‌که در ایران پیام‌های مطمئن فاقد انتشار عمومی‌اند. این خلأ جدی مانع ارتقای شفافیت، وحدت رویه و اعتماد عمومی به شورای رقابت شده است. اتخاذ مدل اروپایی در انتشار ساختاریافته و مشروط پیام‌های مطمئن می‌تواند گامی مؤثر برای تقویت پاسخ‌گویی نهادی و روشننگری حقوقی باشد.

### ۳. بررسی ماهیت پیام مطمئن شورای رقابت

برای درک دقیق‌تر ماهیت و کارکرد پیام مطمئن شورای رقابت، این نهاد در قالبی تطبیقی با سازوکارهای مشابهی نظیر استعلامات حقوقی و شرعی، دستور موقت و رأی اعلامی پیشگیرانه مورد بررسی قرار گرفته است. هدف از این مقایسه، شناسایی وجوه اشتراک و افتراق پیام مطمئن با ابزارهای حقوقی و قضایی متداول است تا بتوان ابعاد حقوقی، کارکردی و ظرفیت‌های آن را به طور جامع تحلیل کرد و جایگاه آن را در نظام حقوق رقابت بهتر شناخت.

#### ۳.۱. استعلامات حقوقی و شرعی

استعلامات حقوقی در هر نظام حقوقی، ابزارهای اساسی برای احراز وضعیت قانونی اشخاص و اموال محسوب می‌شوند و در فقه اسلامی نیز، افتاء نقش مشابهی در تفسیر و تعیین احکام شرعی ایفا می‌کند. هر دو فرایند، مشابه پیام مطمئن شورای رقابت، روشی برای احراز وضعیت و تعیین تکلیف موضوعات موردنظرند؛ اگرچه ساختار و قلمرو آنها متفاوت است، در هدف، کارکرد و اثرگذاری بر جامعه اشتراکاتی دارند.

#### ۳.۲. استعلامات حقوقی

##### ۳.۲.۱. استعلامات ثبتی و وظایف سردفتران

استعلامات ثبتی، مطابق با قوانین<sup>۱</sup> آیین‌نامه‌ها<sup>۲</sup> و بخشنامه‌های ثبتی، توسط سردفتران اسناد رسمی برای احراز وضعیت حقوقی املاک از ادارات ثبت‌اسناد و املاک اخذ می‌شود. ماده ۲۹ قانون دفاتر اسناد رسمی، سردفتران را موظف به تبعیت از نظامات وزارت دادگستری می‌داند.

۱. ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی.

۲. آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷.

از مهم‌ترین آثار استعلامات ثبتی می‌توان به تطبیق سند مالکیت با دفتر املاک، احراز وضعیت ثبتی ملک و احراز عدم بازداشت آن اشاره کرد.<sup>۱</sup> هدف این استعلامات، تطبیق سند مالکیت با دفتر املاک، بررسی وضعیت بازداشت و جلوگیری از معاملات معارض است که با افزایش شفافیت، موجب کاهش اختلافات حقوقی و اعتماد عمومی به اسناد رسمی می‌شود.

### ۳.۲.۲. استعلامات حقوقی اداره حقوقی قوه قضائیه

مطابق ماده ۱ «دستورالعمل نحوه استعلام حقوقی و پاسخ به آن در قوه قضائیه»، اداره کل حقوقی قوه قضائیه مرجع پاسخ‌گویی به استعلامات قضات و مدیران دستگاه قضایی است. این استعلامات باید به صورت سؤال فرضی، فاقد مشخصات واقعی پرونده،<sup>۲</sup> و ناظر به تفسیر مقررات منتشر شده باشند.<sup>۳</sup> پاسخ‌ها در قالب نظریه مشورتی مستند به قوانین و اصول حقوقی صادر می‌شوند.<sup>۴</sup>

### ۳.۲.۳. استعلامات ادارات حقوقی شرکت‌ها

استعلامات شرکت‌ها، مبتنی بر قانون تجارت و قانون ثبت شرکت‌ها، با هدف احراز وضعیت قانونی شرکت‌ها و اصالت شناسه ملی آنها انجام می‌شود.<sup>۵</sup> از دیدگاه نگارندگان این استعلامات، ضامن اعتماد در روابط تجاری و سلامت حقوقی در محیط اقتصادی‌اند.

### ۳.۲.۴. مقایسه استعلامات حقوقی و پیام مطمئن

هر دو نهاد در ارتقای شفافیت و امنیت حقوقی نقش دارند و به صورت رسمی و مشورتی ارائه می‌شوند. تفاوت اصلی در قلمرو است؛ استعلامات حقوقی ناظر بر وضعیت اشخاص و اموال پس از وقوع حادثه‌اند، ولی پیام مطمئن، در حوزه حقوق رقابت، ابزاری پیشگیرانه برای جلوگیری از تخلف اقتصادی است.

۱. حاج‌ابراهیمی، میثم، آثار حقوقی پاسخ به استعلام‌های ثبتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، دانشکده حقوق، رشته حقوق، گرایش ثبت اسناد و املاک، تابستان ۱۳۹۷، صص ۷۰ و ۷۱.

۲. ماده ۳ دستورالعمل نحوه استعلام حقوقی و پاسخ به آن در قوه قضائیه مصوب ۱۳۸۹/۰۹/۱۹

۳. ماده ۲ دستورالعمل نحوه استعلام حقوقی و پاسخ به آن در قوه قضائیه

۴. ماده ۱۰ دستورالعمل نحوه استعلام حقوقی و پاسخ به آن در قوه قضائیه

۵. ماده ۲ قانون ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰/۰۳/۰۲.



مطابق ماده ۶ دستورالعمل استعلامات، این فرایند نباید موجب تأخیر در رسیدگی شود و نظریات باید در سامانه‌های حقوقی ثبت و منتشر گردد تا وحدت رویه ایجاد شود. چنین کارکردی می‌تواند الگوی پیام مطمئن باشد تا از تشتت آرا و ناامنی حقوقی جلوگیری و اثربخشی آن تقویت شود.

### ۳.۳. فتوای شرعی و مقایسه آن با پیام مطمئن شورای رقابت

نویسندگان در این بخش با رویکردی تحلیلی به بررسی فتوای شرعی پرداخته و از رهگذر تحلیل آن، ابعاد مفهومی پیام مطمئن شورای رقابت را تبیین می‌کنند.

#### ۳.۳.۱. فتوای شرعی

فتوای شرعی برخلاف قوانین طبیعی، ماهیتی اعتباری و قراردادی دارد<sup>۱</sup> که آن را از سایر نظام‌های حقوقی متمایز و به نهادی پویا بدل می‌سازد. مبنای آن اراده الهی است و فقیه با بهره‌گیری از روش‌های فقهی به استنباط احکام می‌پردازد؛ اراده و اجتهاد دو رکن بنیادین فتوا هستند. فقیه حکم کلی را صادر می‌کند، اما تشخیص مصداق با مکلف است.<sup>۲</sup> پویایی فتوای شرعی، بازتاب انعطاف‌پذیری فقه و تلاش برای تطبیق احکام با نیازهای جامعه است. از این منظر، فقه اسلامی صرفاً مجموعه‌ای از احکام ثابت نیست، بلکه نظامی زنده و متغیر در تعامل با واقعیت‌های اجتماعی است. نظریه اعتبار<sup>۳</sup> با تأکید بر هدفمندی و ارزشی بودن احکام، پیوند منطقی میان دین و زندگی برقرار کرده و فلسفه وضع حکم شرعی را تبیین می‌کند.

#### ۳.۳.۲. تطبیق فتوای شرعی و پیام مطمئن شورای رقابت

بررسی فتوا و پیام مطمئن از این نظر اهمیت دارد که هر دو برای نظم‌بخشی به روابط اجتماعی و اقتصادی، به‌ویژه در دوره‌های تحول و تغییر ایجاد شده‌اند. فتوا به‌صورت قضیه حقیقیه و کلی صادر می‌شود<sup>۴</sup> و فقیه، مصداق خاص را تعیین نمی‌کند.<sup>۱</sup> در مقابل، شورای رقابت،

۱. توکلی، احمدرضا، «ماهیت حکم شرعی از منظر امام خمینی (ره)»، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال ۳، ش. ۶ پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص. ۴۱.

۲. ابراهیمی، بی‌بی‌رحیمه، «تحلیل انتقادی بر تعیین مصادیق «زینت» در فتاوا معاصر»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۴، ش. ۲۷، تابستان ۱۴۰۱، ص. ۲۱۰.

۳. حسینی، عبدالرحیم، «مطالعه تطبیقی حکم شرعی در دانش اصول»، پژوهش‌های فقهی، د. ۱۱، ش. ۵، ۲، تابستان ۱۳۹۴، ص. ۳۸۳.

۴. میرقیصر، سیدروح‌الله، «نقش قضیه حقیقیه در اصول فقه»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۶، شماره پیاپی ۹۹، زمستان ۱۳۹۳، ص. ۲۰۶.

هم صلاحیت صدور حکم و هم تشخیص مصداق را داراست. از منظر ماهیت، فتوا نهادی اعتباری و برخاسته از اراده الهی است که با تغییر زمان و مکان قابلیت تطبیق دارد. پیام مطمئن نیز نهادی اعتباری در نظام حقوق رقابت است که برای تأمین امنیت حقوقی فعالان اقتصادی با شرایط اقتصادی متغیر ایجاد شده است. هر دو ابزار با وجود تفاوت در قلمرو، واجد پویایی و انعطاف در تنظیم مناسبات اجتماعی‌اند. درک عمیق‌تری از ماهیت اعتباری و پویای پیام مطمئن، به بهبود کارکرد آن کمک می‌کند؛ چراکه چنین نگاهی، این نهاد را از یک استعلام فراتر می‌برد و به ابزاری زنده، انعطاف‌پذیر و قابل انطباق با تحولات اقتصادی بدل می‌سازد که توانایی کنترل رفتارهای ضد رقابتی و پاسخ‌گویی به تحولات اقتصادی و بازار را دارد.

### ۳.۴. دستور موقت و مقایسه آن با پیام مطمئن شورای رقابت

دستور موقت و پیام مطمئن شورای رقابت، دو ابزار حقوقی با اهداف مشترک در حفظ نظم و پیشگیری از آسیب‌اند که با کارکردها و روش‌های متفاوت، بر رفتار اقتصادی و تعاملات حقوقی اثر می‌گذارند.<sup>۲</sup>

#### ۳.۴.۱. دستور موقت در آیین دادرسی مدنی ایران

دستور موقت یا دادرسی فوری،<sup>۳</sup> نهادی واکنشی در شرایط فوریت است که مبنای آن در مواد ۳۱۰ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی آمده است.<sup>۴</sup> تمایز حکم و قرار به تفاوت نقش آنها در تعیین ماهیت دعوا و پایان دادرسی بازمی‌گردد؛ حکم ماهیت دعوا را مشخص می‌کند و پرونده را خاتمه می‌دهد، اما قرار فقط جنبه شکلی دارد و نسبت به ماهیت دعوا اظهارنظر نمی‌کند.<sup>۵</sup> قرار، تصمیمی برای حفظ حقوق طرفین یا تسهیل دادرسی است؛ یعنی می‌توان ترتیباتی که با مناقشه جدی مواجه نیست یا اختلاف را توجیه‌پذیر می‌سازد، به‌طور فوری مقرر داشت که با ماده ۳۱۰

۱. مصطفوی، سید کاظم، «ماهیت حکم»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، د. ۳۹، ش. ۱، بهار ۱۳۸۸، ص. ۲۹۱.

۲. غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجرای آن، ج ۲، بهار ۱۳۹۸، تهران: میزان، ۱۳۹۸، ص. ۴۶۳.

۳. متین‌دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۲، چ ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ص. ۴۳۵.

۴. یوسف‌زاده، مرتضی، آیین دادرسی مدنی، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴، ص. ۲۳۹.

۵. سمایی، عبدالله و عباس کریمی، «ماهیت دستور موقت و ویژگی آن در حقوق فرانسه»، تحقیقات حقوقی تطبیقی/ ایران و بین‌الملل، د. ۱۱، ش. ۴۲، زمستان ۱۳۹۷، ص. ۱۶۳.

قانون آیین دادرسی مدنی نیز مطابقت دارد.<sup>۱</sup> دستور موقت، قراری تبعی و تأمینی<sup>۲</sup> برای حفظ حقوق طرفین بدون ورود به ماهیت اختلاف است.<sup>۳</sup> اثر آن موقت، قابل تغییر و غیرقطعی است و با پایان رسیدگی قابلیت لغو یا اصلاح دارد.<sup>۴</sup>

#### ۳.۴.۲. اهداف و شرایط صدور دستور موقت

دستور موقت برای پیشگیری از ورود ضرر، تغییر وضعیت موجود یا دشواری اجرای حکم نهایی صادر می‌شود. ویژگی‌های آن فوریت و موقتی بودن است و به درخواست ذی‌نفع و تشخیص دادگاه صادر می‌گردد.<sup>۵</sup> موضوع آن می‌تواند انجام عمل، خودداری از فعل یا توقیف اموال باشد.<sup>۶</sup> مبنای قانونی آن مواد ۳۱۰ تا ۳۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی است.

#### ۳.۴.۳. آثار حقوقی دستور موقت

دستور موقت محدودیت‌هایی بر طرف مقابل ایجاد می‌کند و ابزار مؤثری در تضمین حقوق طرفین است، اما چون بدون بررسی ماهوی صادر می‌شود،<sup>۷</sup> احتمال ورود ضرر به طرف مقابل وجود دارد، زیرا هنوز وارد بودن دعوا در ماهیت احراز نشده است. لذا صدور آن نیازمند دقت قضایی، رعایت اصول دادرسی منصفانه و جلوگیری از سوءاستفاده است.

#### ۳.۴.۴. تطبیق دستور موقت با پیام مطمئن شورای رقابت

دستور موقت، نهادی احتیاطی و حمایتی است که صرفاً برای پیشگیری از ضرر احتمالی و در جریان رسیدگی، بدون ورود به ماهیت دعوا و در موارد فوریت<sup>۸</sup> صادر می‌شود<sup>۹</sup> و طبق ماده ۳۱۷

۱. شمس، عبدالله، «موارد صدور دستور موقت و عوامل مؤثر در تشخیص آن»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش. ۳۹، ۱۳۸۳، ص. ۱۸.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج ۳، چ ۳۵، تهران: دراک، ۱۴۰۰، ص. ۳۷۰.

3. Vincent, J. et al., *Nouveau Code de Procédure Civile*, Vol. 1, 95th edition, Paris: Dalloz, 2003, p. 267.

۴. نهرینی، فریدون، دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی، چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷، صص. ۵۲ و ۲۱۲.

۵. شمس، عبدالله، منبع پیشین، ص. ۳۸۹.

۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی، ج ۳، چ ۶، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷، ص. ۲۹۰.

۷. ابهری، علی‌آباد حمید و رضا زارعی، «ویژگی‌ها و شرایط شکلی درخواست دستور موقت در آیین دادرسی مدنی ایران»، مطالعات حقوق خصوصی، د. ۴۰، ش. ۴۲، ۱۳۸۹، ص. ۱۶.

۸. مهاجری، علی، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ ۱، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۰، ص. ۲۸۳.

۹. فارسی، امیرمحمد، «تحلیل حقوق تأمین خواسته و دستور موقت در آیین دادرسی مدنی: فرایندها و معیارها»، نشریه حقوقی، د. ۴۰، ش. ۴، زمستان ۱۴۰۳، ص. ۴۹۹.

قانون آیین دادرسی مدنی تأثیری بر اصل دعوا ندارد.<sup>۱</sup> در مقابل، پیام مطمئن ابزاری حقوقی در حوزه رقابت است که بر اساس تحلیل کارشناسی و با هدف صیانت از نظم رقابتی و پیشگیری از رویه‌های ضد رقابتی صادر می‌شود. این پیام ممکن است بر ساختار بازار و رفتار فعالان اقتصادی اثر مستقیم بگذارد و در قالب دستورالعمل‌های اجرایی، نظم بازار را شکل دهد. باوجود تفاوت در قلمرو، هر دو نهاد از جهت موقتی بودن، قابلیت لغو یا تعدیل، و رویکرد احتیاطی و حمایتی اشتراک دارند و در بستر شرایط خاص اقتصادی یا قضایی به کار می‌روند. دستور موقت محدود به حمایت قضایی از طرفین دعواست، درحالی‌که پیام مطمئن با هدف پیشگیرانه، ساختار بازار را هدف می‌گیرد.

### ۳.۵. رأی اعلامی پیشگیرانه در مراجع قضائی آمریکا و مقایسه آن با پیام مطمئن شورای رقابت

رأی اعلامی پیشگیرانه در نظام قضایی آمریکا و پیام مطمئن در نظام رقابت ایران، هر دو به‌عنوان ابزارهای بازدارنده در کاهش ریسک‌های حقوقی و اقتصادی ایفای نقش می‌کنند. بررسی تطبیقی این دو نهاد، در شناخت ظرفیت‌های پیام مطمئن و کارکردهای آن در حقوق رقابت حائز اهمیت است.

#### ۳.۵.۱. رأی اعلامی پیشگیرانه در آمریکا

رأی اعلامی پیشگیرانه در ایالات متحده آمریکا، ابزاری حقوقی با کارکرد تدافعی است که با تصویب قانون مربوط به آرای اعلامی مصوب ۱۹۳۴، به رسمیت شناخته شده است.<sup>۲</sup> براساس این قانون احکام اعلامی،<sup>۳</sup> اشخاص ذی‌نفع<sup>۴</sup> می‌توانند پیش از اقداماتی که ممکن است نقض حقوق اختراع تلقی شود، از مراجع قضایی درخواست صدور رأی اعلامی پیشگیرانه کنند. این سازوکار امکان ارزیابی اعتبار اختراعات و تبیین ادعاهای مبهم را پیش از ورود به دعوای اصلی

۱. صدرزاده، افشار، سید محسن، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب**، ج ۲ در یک مجلد، چ ۵، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۰، ص. ۲۱۷.

۲. روحی‌زاده، علی و مجید عباس‌تبار، «رأی اعلامی پیشگیرانه و حمایت از ناقضان بالقوه حق اختراع»، *دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش. ۷۷ و ۷۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، ص. ۱۱۴.

Declaratory Judgment Act.<sup>۳</sup>

۴. سیاح، احمد، **فرهنگ بزرگ جامع نوین ترجمه المنجد**، ج ۱، چ ۱۸، تهران: انتشارات اسلام، ۱۳۷۵، ص. ۵۱۸.

فراهم می‌کند. رأی اعلامی پیشگیرانه با تقلیل دعاوی پرهزینه، تقویت اطمینان سرمایه‌گذاران<sup>۱</sup> و پیشگیری از ادعاهای واهی، در توسعه نوآوری و فعالیت اقتصادی نقش مهمی ایفا می‌کند.<sup>۲</sup> این رأی می‌کوشد اختلافاتی را که ممکن است در آینده شکل گیرد، به حال حاضر منتقل کند<sup>۳</sup> تا تکلیف قانونی رفتارها پیشاپیش روشن شود.

### ۳.۵.۲. تطبیق رأی اعلامی پیشگیرانه و پیام مطمئن شورای رقابت

تکلیف پیش‌دستانه ناشی از خطر زیان عظیم و برگشت‌ناپذیر است، اما تکلیف جبران خسارت فرض برگشت‌پذیری زیان پس از وقوع را دارد.<sup>۴</sup> در این میان، در هر دو نهاد رأی اعلامی پیشگیرانه و پیام مطمئن با هدف اصلی پیشگیری از منازعات پرهزینه، ارتقای شفافیت حقوقی و حمایت از نوآوری و رقابت سالم طراحی شده‌اند. رأی اعلامی در آمریکا، به‌ویژه در زمینه مالکیت فکری و نوآوری، نقش پیشگیرانه مؤثری دارد. پیام مطمئن شورای رقابت نیز با تمرکز بر تنظیم رفتار فعالان اقتصادی و جلوگیری از رویه‌های ضدرقابتی، ساختار بازار را در جهت منافع عمومی هدایت می‌کند. باوجود تفاوت در قلمرو، هر دو نهاد دارای اثر بازدارنده‌اند و امنیت حقوقی را برای فعالان اقتصادی افزایش می‌دهند. هر دو به‌جای برخورد پسینی، به مداخلات پیشینی حقوقی روی می‌آورند تا از خسارات جبران‌ناپذیر جلوگیری شود.

برخی حقوق‌دانان معتقدند که اثر الزامات پیش‌دستانه در این حوزه بیشتر منجر به سختگیری قضات نسبت به افرادی می‌شود که احتیاط لازم را رعایت نکرده‌اند.<sup>۵</sup> بااین‌حال، این نهادها با فراهم‌سازی سازوکارهای حقوقی مؤثر، در تقویت اعتماد فعالان بازار، کاهش خطرات قضایی و

1. Groves, Peter J. **Sourcebook on Intellectual Property Law**, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1997, p.104.

۲. روحی‌زاده، علی و مجید عباس‌تبار، منبع پیشین، ص ۱۱۵.

3. Ritchie de Larena, Lorelei, "Re-Evaluating Declaratory Judgment Jurisdiction in Intellectual Property Disputes", *Indiana Law Journal*, Vol. 83, 2007, pp 6-8.

4 Cousy, Herman A., "Risks and Uncertainties in the Law of Tort", *Tort and Insurance Yearbook*(European Tort Law 2006), *European Center of Tort and Insurance Law* (Ed), 2008, Springer-Verlag, Wien, p.16.

۵. محمدزاده، وادقانی، «اصل احتیاط در حقوق علوم کشاورزی و محیط زیست»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۴۵، ش. ۳، ۱۳۹۴، ص. ۴۸۴.

ارتقای نظم رقابتی نقش کلیدی دارند. توسعه چنین سازوکارهایی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای اقتصاد مدرن و نظام حقوقی کارآمد به‌شمار می‌رود.

### ۳.۶. ویژگی‌های حقوقی پیام مطمئن شورای رقابت

باتوجه به مطالب مطرح‌شده در بخش‌های پیشین، در این بخش به این سؤال به‌صورت تحلیلی پاسخ داده می‌شود که پیام مطمئن شورای رقابت چه ویژگی‌ها و ابعاد حقوقی دارد و از چه ظرفیت‌هایی برای ایفای نقش در تنظیم بازار و صیانت از رقابت سالم برخوردار است؟ پیام مطمئن شورای رقابت، به‌عنوان ابزاری نوآورانه در نظام حقوق رقابت، واجد کارکردی چندوجهی است که نقشی محوری در هدایت رفتارهای بازار و تضمین رقابت سالم ایفا می‌نماید. بررسی تطبیقی این نهاد با ابزارهایی نظیر استعلامات حقوقی و شرعی، دستور موقت و رأی اعلامی پیشگیرانه، حاکی از آن است که پیام مطمئن با تلفیق مؤلفه‌های حقوقی، اقتصادی و فنی، ماهیتی مرکب و انعطاف‌پذیر می‌یابد و به‌صورت هم‌زمان واجد ویژگی‌های مشورتی، پیشگیرانه، اعتباری و موقتی است. باتوجه به اهمیت مصالح عمومی و تقدم آن در برخی موارد، اتخاذ تدابیر پیشگیرانه در قالب این ابزار امری موجه و لازم به نظر می‌رسد.<sup>۱</sup> این ویژگی‌ها، پیام مطمئن را به ابزاری مؤثر در پیشگیری از رفتارهای ضدرقابتی و انحرافات اقتصادی بدل کرده‌اند. همچنین، این ویژگی‌ها توانایی این نهاد را در انطباق با تحولات اقتصادی و نوسانات مقررات‌گذاری افزایش داده و آن را به سازوکاری کارآمد و پاسخ‌گو نسبت به نیازهای پویای بازار تبدیل کرده‌اند. بااین‌حال، تحقق نقش تنظیم‌گرانه و اثربخش این نهاد مستلزم استقرار آن در قالبی حقوقی شفاف، منسجم و پیش‌بینی‌پذیر است؛ امری که افزون بر ارتقای اطمینان حقوقی فعالان اقتصادی، تضمین‌کننده توازن پایدار میان آزادی‌های اقتصادی و الزامات مداخله تنظیمی دولت خواهد بود. بر این اساس، پیام مطمئن می‌تواند جایگاهی مؤثر در چارچوب حقوق رقابت بیابد و به ارتقای شفافیت، کارآمدی بازار و امنیت حقوقی بینجامد.

۱. رجبی، عبدالله، «شرایط و آثار اقدامات پیش‌دستانه در حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۵۰، ش. ۴، زمستان ۱۳۹۹، ص. ۷۰۴.

#### ۴. شورای رقابت، مرجع صدور پیام مطمئن

اتخاذ سیاست رقابتی<sup>۱</sup> مناسب، به معنای تضمین سیاست‌ها و موازین حقوقی است که مانع محدودیت‌های زیان‌رسان رقابت در بازار شود.<sup>۲</sup> در راستای تعدیل ساختارهای انحصاری، سیاست‌های خصوصی‌سازی و آزادسازی اقتصادی به عنوان راهبردی اساسی مدنظر قرار گرفته است. باتوجه به فقدان توان رقابتی کافی در بخش خصوصی، قانون‌گذار در قالب برنامه چهارم توسعه، دولت را مکلف نمود که از فرایند ادغام شرکت‌ها پشتیبانی نماید، مشروط بر آنکه این فرایند موجبات تمرکز انحصاری را فراهم نیاورد. یکی از جنبه‌های مهم قوانین رقابت، ناظر بر نهادهایی است که اجرای آن را تضمین می‌کنند.<sup>۳</sup> در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، شورای رقابت به عنوان مرجع تخصصی و انحصاری رسیدگی به مصادیق انحصار و رویه‌های ضد رقابتی تأسیس گردید.

##### ۴.۱. ساختار حقوقی شورای رقابت

شورای رقابت در حقوق ایران به عنوان متولی برای رسیدگی به انحصارات و رفتارهای ضد رقابتی است.<sup>۴</sup> در خصوص شورای رقابت، دو تفسیر حقوقی مطرح است؛ نظریه قضائی بودن شورا و نظریه اداری بودن شورا. با توجه به حضور قضات و رعایت اصول آیین دادرسی در فرایند رسیدگی، این شورا نهادی با ماهیت شبه قضایی قلمداد می‌شود. در واقع، با حضور قضات دادگستری در این شورا می‌توان آن را مرجعی قضایی غیر دادگستری دانست.<sup>۵</sup> از حیث ماهیت حقوقی، شورای رقابت دارای شخصیت اداری مستقل بوده و در سلسله مراتب نهادهای حاکمیتی، تحت نظارت عالی ریاست جمهوری قرار دارد. از منظر ماهوی، شورا در عداد مراجع اداری محسوب شده و به لحاظ نوع و حدود صلاحیتی، از جمله مراجع استثنائی است که مقنن در ماده

1. Competition Policy

2. Motta, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p.30.

3. Trebilcock, Michael J., & Iacobucci, Edward M. "Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate", *Loyola University Chicago law Journal*, Vol. 41, No.3, 2010, p.455.

۴. شیروی، عبدالحسین، **حقوق اقتصادی**، ج ۲، تهران: سمت، ۱۴۰۰، ص. ۲۷۵.

۵. خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن»، *تحقیقات حقوقی*، د. ۱۹، ش. ۷۵، شماره پیاپی ۷۵، خرداد ۱۳۹۵، ص. ۲۰۳.

۵۴ قانون اصلاح موادی از قانون چهارم برنامه توسعه و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، حدود و ثغور صلاحیت آن را به‌نحو حصری و انحصاری تعیین کرده است.<sup>۱</sup>

تشکیل شورای رقابت به‌عنوان مرجعی اختصاصی، شبه‌قضایی و مدافع حقوق، امکان حمایت بایسته از حقوق رقابتی بنگاه‌ها و فعالان تجاری را فراهم می‌آورد و هم‌زمان موجب نظارت شایسته بر کنشگران بازار در عرصه تولید و توزیع کالاها و خدمات می‌شود؛ نظارتی معطوف به جلوگیری از نقض حقوق مصرف‌کنندگان.<sup>۲</sup> با توجه به جایگاه و اختیارات مقرر در قوانین موضوعه، شورای رقابت نهادی اداری با صلاحیت نظارتی است که در جهت صیانت از رقابت سالم در بازار و پیشگیری از رویه‌های ضد رقابتی فعالیت می‌کند. این شورا در جایگاه نهاد تنظیم‌گر ملی، دارای صلاحیت‌های چندگانه است و تصمیمات آن قابل شکایت در دیوان عدالت اداری است.<sup>۳</sup>

#### ۴.۲. تصمیمات شورای رقابت

تعدادی از تصمیمات نهادهای ناظر به‌صورت پیش‌نگرانه اتخاذ می‌شوند و بسیاری از تصمیمات پس‌نگرانه نیز به تصمیمات پیش‌نگر وابسته‌اند. در این میان، برخی از تصمیمات شورای رقابت به‌عنوان تصمیمات پیشینی یا پیش‌نگر شناخته می‌شوند که به‌منظور پیشگیری از وقوع رفتارهای ضد رقابتی اتخاذ می‌گردند.

##### ۴.۲.۱. پیام مطمئن شورای رقابت در نظام حقوق رقابت ایران

در نظام حقوق رقابت ایران، پیام مطمئن پیش‌بینی‌شده در ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، از معدود ابزارهای حقوقی با کارکرد پیشینی به‌شمار می‌رود که به اشخاص بنگاه‌ها و شرکت‌ها امکان می‌دهد پیش از انجام یک اقدام اقتصادی، نسبت به تطابق

۱. مفاخری، رؤیا، ام‌البنین رمضان‌زاده و سیدحسن حسینی مقدم، «تحلیل اختیارات شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهای ناشی از سوءاستفاده از موقعیت مسلط»، پژوهش‌های نوین حقوق/اداری، سال ۶، تابستان ۱۴۰۳، ش. ۱۹، ص. ۲۳۴.

۲. ابراهیمی، امید و عباس شیخ‌الاسلامی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکرد شورای رقابت»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، د. ۹۴، ش. ۳، ۱۳۹۸، ص. ۷۱۲.

۳. میرزاده کوهشاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۹، ش. ۳، شماره پیوسته ۳۳، مهر ۱۴۰۱، ص. ۳۸۰.



آن با مواد ۴۷ و ۴۸ قانون مزبور کسب اطمینان نمایند.<sup>۱</sup> این نهاد به‌طور خاص برای فرایندهای ادغام و تحصیل سهم طراحی شده است تا با ارتقای پیش‌بینی‌پذیری، کاهش ریسک حقوقی، افزایش شفافیت مقرراتی و ایجاد امنیت اقتصادی، از بروز رفتارهای ضدرقابتی در مراحل مقدماتی و اجرایی این اقدامات ساختاری جلوگیری نماید. پیام مطمئن با فراهم کردن امکان استعلام رسمی پیش از ورود به عمل، به‌نوعی نهاد مشورتی تأییدی در نظام رقابت بدل شده که هدف آن، نه فقط حمایت از بازیگران اقتصادی در برابر مسئولیت‌های بعدی، بلکه سامان‌دهی و کنترل روندهای تأثیرگذار بر ساختار بازار پیش از وقوع آثار ضدرقابتی است.

اثر حقوقی مستقیم این نهاد، تعلیق مسئولیت ناشی از انجام عملی است که استعلام آن در مهلت مقرر بی‌پاسخ مانده باشد؛ به‌نحوی که سکوت شورای رقابت، حمل بر عدم مغایرت با قواعد ضد انحصاری تلقی می‌گردد. این اثر، دربردارنده دو کارکرد کلیدی است: از یک‌سو تضمین امنیت حقوقی برای متقاضی در برابر مسئولیت‌های آتی، و ازسوی دیگر، ارائه تفسیر ضمنی از حدود شمول مقررات رقابتی نسبت به اقدامات مورد نظر. افزون بر آن، دستورالعمل اجرایی ماده ۴۹ با تعیین مستندات لازم برای ارائه درخواست، امکان ارزیابی اولیه را برای مرجع رقابتی فراهم می‌سازد و سازوکار نهادی مشخصی را برای بررسی درخواست‌ها و تشکیل سابقه رقابتی اقدامات اقتصادی ایجاد می‌کند. در عمل، این نهاد می‌تواند به‌عنوان مرجع استنادی قابل‌اتکا برای ذی‌نفعان، محاکم و حتی نهادهای نظارتی ایفای نقش کند، مشروط بر آنکه با شفافیت و انسجام حقوقی همراه باشد.

با این حال، پیام مطمئن در عمل با کاستی‌های حقوقی و نهادی متعددی مواجه است که بر آثار اجرایی، قابلیت اتکای حقوقی و کارکردهای تنظیم‌گرایانه آن تأثیر منفی گذاشته‌اند. از یک‌سو، جایگاه حقوقی این نهاد در قیاس با سایر ابزارهای تصمیم‌گیری و نظارت، فاقد انسجام مفهومی و ساختاری است و ازسوی دیگر، نبود معیارهای روشن برای ارزیابی اقدامات خاص یا اضطراری، موجب تردید در سازوکار صدور پیام و بی‌ثباتی در پاسخ‌ها شده است. همچنین،

۱. اصلانی حاجی‌آبادی، حمید، *مطالعه تطبیقی پیام مطمئن شورای رقابت در حقوق ایران و آمریکا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، دانشکده‌گان فارابی، دانشکده حقوق، رشته حقوق، فقه و حقوق اقتصادی، بهمن ۱۴۰۲، ص. ۳۳.

وضعیت الزام‌آور بودن یا نبودن پیام صادره، نحوه مواجهه با تغییرات اقتصادی یا اطلاعات متعارض، و امکان استناد به پیام‌های قبلی در غیاب سازوکار انتشار رسمی یا پایگاه داده قابل جست‌جو، همگی در هاله‌ای از ابهام باقی مانده‌اند. افزون بر این، رویه شورای رقابت در انتشار عمومی یا حفظ محرمانگی پاسخ‌ها فاقد معیارهای شفاف بوده و همین امر از ایجاد اتکای مشروع برای فعالان اقتصادی و وکلای آنها جلوگیری کرده است. بدین‌سان، پیام مطمئن باوجود ظرفیت‌های بالقوه خود، هنوز از حیث آثار الزام‌آور، شفافیت نهادی، امکان استناد قضایی و قابلیت پیش‌بینی در تصمیمات بعدی دچار نارسایی است. این نهاد نه تنها از منظر حقوقی نیازمند تبیین دقیق‌تر احکام و حدود آثار خود است، بلکه از دیدگاه نهادی نیز مستلزم تقویت رویه، پاسخ‌گویی و شفافیت است تا بتواند در راستای اهداف کلان تنظیم رقابت، ایفای نقش مؤثر و اثباتی داشته باشد. تحقق چنین هدفی نیازمند بازنگری بنیادین در مبانی حقوقی، ضوابط اجرایی و فرایندهای نهادی ناظر بر ماده ۴۹ است.

### نتیجه‌گیری

نهاد «پیام مطمئن» در نظام حقوق رقابت ایران، مندرج در ماده ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، یکی از نوآوری‌های مهم حقوق رقابت است که به‌ویژه در زمینه ادغام و تحصیل سهم طراحی شده تا با ارتقای پیش‌بینی‌پذیری و افزایش امنیت حقوقی، از بروز رفتارهای ضدرقابتی جلوگیری کند. کارکرد اصلی این نهاد، ایجاد شفافیت برای فعالان اقتصادی است که با کاهش ریسک دعاوی، تسهیل تصمیم‌گیری‌های استراتژیک و شکل‌گیری ترتیبات مشروع بازار، نقش مؤثری ایفا می‌نماید. بررسی‌های تطبیقی و تحلیلی نشان می‌دهد این نهاد با چالش‌های ساختاری و اجرایی مواجه است که کارآمدی آن را محدود کرده‌اند؛ ازجمله: ابهام در حدود صلاحیت شورای رقابت، فقدان تعریف صریح اثر الزام‌آور یا غیرالزام‌آور پیام، نبود سازوکار مشخص برای عدول یا اصلاح پیام در صورت تغییر شرایط اقتصادی، و امکان اعتراض شخص ثالث به پیام. این نارسایی‌ها سبب شده است پیام مطمئن بیش از آنکه نهادی رسمی و معتبر تلقی شود، صرفاً اعلام نظری مشورتی باشد که امنیت حقوقی لازم را ایجاد نمی‌کند. همچنین، فقدان الزام به ثبت و انتشار عمومی پیام‌ها، مانعی در مسیر ارتقای شفافیت،

وحدت رویه و اعتماد عمومی به شورای رقابت است؛ چراکه تأخیر در رسیدگی و تشتت آرا، ازجمله پیامدهای این خلأ است که اثربخشی آن را کاهش می‌دهد. در کنار این کاستی‌ها، آثار تبعی و گاه مسئولیت‌زای پیام‌ها نیز نباید مغفول بماند؛ زیرا در صورت اتکای فعال اقتصادی به پیام و مغایرت بعدی آن با تشخیص سایر مراجع، امکان طرح مسئولیت مدنی یا انتظامی برای مرجع صادرکننده وجود دارد. سکوت قانون در این خصوص، خلأ جدی است که شفاف‌سازی آن برای تضمین ثبات حقوقی و اعتماد فعالان اقتصادی ضروری است.

یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد این استعمال، با ماهیتی ترکیبی از عناصر مشورتی، پیش‌گیرانه، تنظیمی و موقتی، نقشی دوگانه ایفا می‌کند: از یک سو در خدمت شفاف‌سازی و پیش‌بینی‌پذیری رفتارهای اقتصادی بنگاه‌ها قرار می‌گیرد و از سوی دیگر بستری برای مداخله پیشینی در برابر تهدیدهای ضدرقابتی فراهم می‌سازد. با این حال، برای بهره‌برداری کامل از ظرفیت‌های پیام مطمئن، لازم است این نهاد در قالبی شفاف، منسجم و پیش‌بینی‌پذیر استقرار یابد تا توازن مطلوب میان آزادی‌های اقتصادی و مداخلات تنظیمی حفظ شود. رفتار شورای رقابت در برابر استعلام‌ها، گاه با سکوت مواجه شده است که به‌عنوان تأیید ضمنی یا مشروعیت‌بخش تلقی می‌شود؛ امری که به‌دلیل عدم تصریح حدود آثار حقوقی پیام مطمئن و تبیین ناقص نقش آن در نظام حقوقی رقابت، پیامدهای زیان‌بار برای امنیت بازار به‌همراه داشته است. حق تغییر موضع شورا در صورت تغییر شرایط اقتصادی، غیبت ضوابط مشخص برای صدور یا عدول از پیام، و عدم الزام متقاضی به ارائه اطلاعات کامل و با حسن نیت، زمینه را برای رفتار فرصت‌طلبانه، افزایش دعاوی و کاهش اتکاپذیری حقوقی فراهم ساخته است. همچنین، نقش هدایتگری پیام مطمئن پس از صدور آن تضعیف شده و جایگاه آن در فرایند تصمیم‌گیری نهایی کمیسیون مبهم است؛ درحالی‌که کارآمدی این ابزار در گرو شفافیت، ثبات و انتشار عمومی، مشارکت فعال ذی‌نفعان و تعامل مؤثر با نهادهای نظارتی و قضایی است. به‌علاوه، تفاوت میان شرایط عادی و اضطراری بدون معیار روشن، موجب کاهش انسجام عملکردی شورا، افزایش هدررفت منابع و بروز تعارض‌های نهادی شده است.

در جمع‌بندی می‌توان گفت که نهاد «پیام مطمئن» اگر با اصلاحات ساختاری و مقرراتی همراه گردد، می‌تواند به ابزاری فعال، مؤثر و راهبردی در نظام حقوق رقابت کشور تبدیل شود و

سطح پیش‌بینی‌پذیری، شفافیت نهادی و اعتماد فعالان اقتصادی را به‌طور چشمگیر ارتقا دهد. برای تحقق این هدف، مجموعه‌ای از تدابیر در سه سطح قانون‌گذاری، اجرایی و پژوهشی ضروری به نظر می‌رسد.

قانون‌گذاران باید آیین‌نامه‌ای جامع و دقیق تدوین نمایند که در آن حدود صلاحیت نهاد صادرکننده، فرایند صدور پیام، آثار حقوقی و ماهیت الزام‌آور یا غیرالزام‌آور آن به‌روشنی تعیین شده باشد؛ به‌گونه‌ای که پاسخ‌گوی نیازهای فعالان اقتصادی و مشخص‌کننده محدوده اختیارات مرجع صادرکننده باشد. همچنین، ضروری است سازوکارهایی شفاف، مشخص و قابل پیش‌بینی برای تجدیدنظر، اصلاح یا عدول از پیام پیش‌بینی گردد؛ به‌ویژه در موارد تغییرات اقتصادی بنیادین یا کشف رفتارهای فریبکارانه ازسوی دریافت‌کننده پیام. انتشار رسمی و عمومی متن نهایی پیام‌های مطمئن با رعایت محرمانگی و حفظ اسرار تجاری، به‌منظور ارتقای شفافیت و ایجاد رویه‌های منسجم و قابل الگوبرداری، امری ضروری است. علاوه‌بر این، باید تمایز روشن و نظام‌مندی میان وضعیت‌های عادی و اضطراری با معیارهای عینی برای تشخیص و اتخاذ اقدامات مقتضی برقرار شود. پیش‌بینی ضمانت اجرای مؤثر ازجمله شناسایی، پیگیری و برخورد با تخلفات دریافت‌کنندگان پیام و نظارت بر حسن اجرای آن، از دیگر ملزومات اساسی است. در طراحی چارچوب پیام مطمئن، بهره‌گیری از تجارب نهادهای مشابه در آمریکا و اتحادیه اروپا قابل توصیه است، مشروط بر آنکه متناسب با نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران تنظیم شود.

مجریان موظف‌اند تخصص‌گرایی را در فرایند صدور پیام تقویت و از نهادهای کارشناسی مستقل به‌منظور راستی‌آزمایی داده‌ها و تحلیل بی‌طرفانه محتوای پیام بهره‌مند شوند. نهاد صادرکننده باید مسئولیت‌پذیری کامل داشته باشد و فرایند صدور و انتشار پیام را به شکلی مستند، قابل پیگیری و شفاف اجرا نماید. همچنین، ضروری است سازوکارهای نظام‌مند بازبینی، تعدیل و تجدیدنظر پیام متناسب با تحولات اقتصادی، فنی و حقوقی پیش‌بینی و به‌صورت مستمر اجرا شود. مطالبه اطلاعات کامل، دقیق و مبتنی بر حسن‌نیت از متقاضیان، و درصورت لزوم استفاده از ابزارهای تحقیق مستقل، از الزامات اساسی شورای رقابت است. پرهیز از سکوت نهادی در برابر استعلام‌ها و تبیین روشن موقعیت حقوقی متقاضی، به‌منظور جلوگیری از تفسیر نادرست سکوت به‌عنوان تأیید ضمنی، ضروری است. افزون‌بر این، تقویت نقش راهبردی پیام

مطمئن در هدایت تصمیمات کمیسیون رقابت و طراحی سازوکار تعامل مؤثر با نهادهای نظارتی و قضایی به منظور تضمین انسجام نهادی، از دیگر اقدامات مهم محسوب می‌شود. پژوهشگران می‌توانند در تدوین پیش‌نویس علمی آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۹ با بهره‌گیری از تحلیل تطبیقی و بررسی پیام‌های صادرشده نقش مؤثری ایفا کنند. علاوه بر این، انجام مطالعات تجربی درخصوص تأثیر پیام مطمئن بر رفتار بنگاه‌ها، ساختار بازار، ادغام‌ها و دعاوی رقابتی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. تحلیل‌های آماری و حقوقی میزان استناد نهادهای نظارتی به پیام مطمئن نیز برای ارزیابی جایگاه واقعی این پیام ضروری است. ترویج ادبیات تخصصی از طریق انتشار مقالات علمی، ترجمه منابع مرتبط، برگزاری دوره‌های آموزشی و نشست‌های تخصصی، به ارتقای دانش حقوقی و فنی در این حوزه کمک شایانی خواهد کرد. اجرای این اصلاحات موجب ارتقای پیام مطمئن از ابزاری منفعل به نهادی فعال، مؤثر، راهبردی و کنش‌گر در نظام حقوق رقابت خواهد شد و به‌طور چشمگیری پیش‌بینی‌پذیری، شفافیت نهادی و اعتماد فعالان اقتصادی را افزایش خواهد داد.

## منابع

### کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، ج ۳، چ ۶، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷.
۲. سیاح، احمد، **فرهنگ بزرگ جامع نوین ترجمه المنجد**، ج ۱، چ ۱۸، تهران: انتشارات اسلام، ۱۳۷۵.
۳. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۳، چ ۳۵، تهران: دراک، ۱۴۰۰.
۴. شیروی، عبدالحسین، **حقوق اقتصادی**، چ ۲، تهران: سمت، ۱۴۰۰.
۵. صدرزاده افشار، سیدمحسن، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی دادگاه‌های عمومی و انقلاب**، ج ۲، چ ۵، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۰.
۶. غفاری فارسانی، بهنام، **حقوق رقابت و ضمانت اجرای آن**، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸.

۷. متین دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، ج ۲، چ ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۸. مرتضوی بریجانی، عبدالحمید، **حقوق رقابت و آیین دادرسی آن**، تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۴۰۲.
۹. مهاجری، علی، **قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، چ ۱، تهران: انتشارات فکرسازان، ۱۳۹۰.
۱۰. نهرینی، فریدون، **دستور موقت در حقوق ایران و پژوهشی در حقوق تطبیقی**، چ ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
۱۱. یوسف‌زاده، مرتضی، **آیین دادرسی مدنی**، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴.

#### مقاله

۱۲. ابراهیمی، بی‌بی رحیمه، «تحلیل انتقادی بر تعیین مصادیق «زینت» در فتاوار معاصر»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۱۴، ش. ۲۷، تابستان ۱۴۰۱، صص. ۷-۲۸. doi:10.22075/feqh.2021.22674.2769
۱۳. ابراهیمی، امید و عباس شیخ‌الاسلامی، «ارزیابی حقوقی ساختار سازمانی و کارکردهای شورای رقابت»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، د. ۹۴، ش. ۳، ۱۳۹۸، صص. ۶۹۵-۷۱۵. <https://doi.org/10.22059/jpls.2018.244557.1605>
۱۴. ابهری، حمید و رضا زارعی، «ویژگی‌ها و شرایط شکلی درخواست دستور موقت در آیین دادرسی مدنی ایران»، *مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۴۰، ش. ۴۲، ۱۳۸۹، صص. ۱-۱۷. doi:20.1001.1.25885618.1389.40.101.1.2
۱۵. توکلی، احمدرضا، «ماهیت حکم شرعی از منظر حضرت امام خمینی (ره)»، *پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی*، سال ۳، ش. ۶، ۱۳۸۹، صص. ۲۷-۴۴. <https://sid.ir/paper/212122/fa>
۱۶. حسینی، عبدالرحیم، «مطالعه تطبیقی حکم شرعی در دانش اصول»، *پژوهش‌های فقهی*، د. ۱۱، ش. ۲، تابستان ۱۳۹۴، صص. ۳۶۷-۳۸۸. doi: 10.22059/jorr.2015.55618

۱۷. خشنودی، رضا و مینا حسینی، «ماهیت حقوقی شورای رقابت و تجدیدنظر از آرای آن»، *تحقیقات حقوقی*، د. ۱۹، ش. ۷۵، شماره پیوسته ۷۵، خرداد ۱۳۹۵، صص. ۲۰۱-۲۲۵.  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56228.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56228.html)
۱۸. رجبی، عبدالله، «شرایط و آثار اقدامات پیشدستانه در حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۵۰، ش. ۴، زمستان ۱۳۹۹، صص. ۶۷۸-۷۰۶. doi:10.22059/jlq.2020.273694.1007161
۱۹. روحی‌زاده، علی و مجید عباس‌تبار، «رأی اعلامی پیشگیرانه و حمایت از ناقضان بالقوه حق اختراع»، *دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ش. ۷۷ و ۷۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص. ۱۱۳-۱۳۱. <https://jlviews.ujsas.ac.ir/article-۲۷۵۱-fa.html>
۲۰. سمایی، عبدالله و عباس کریمی، «ماهیت دستور موقت و ویژگی آن در حقوق فرانسه»، *تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، د. ۱۱، ش. ۴۲، زمستان ۱۳۹۷، صص. ۱۳۵-۱۶۶.  
<https://sanad.iau.ir/Journal/alr/Article/1058004>
۲۱. شمس، عبدالله، «موارد صدور دستور موقت و عوامل مؤثر در تشخیص آن»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش. ۳۹، ۱۳۸۳، صص. ۱۱-۴۷.  
[https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56570.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56570.html)
۲۲. فارسی، امیرمحمد، «تحلیل حقوقی تأمین خواسته و دستور موقت در آیین دادرسی مدنی: فرایندها و معیارها»، *نشریه حقوقی*، د. ۴، ش. ۴، زمستان ۱۴۰۳، صص. ۴۹۵-۵۰۸.  
doi:<https://doi.org/10.48309/jlps.2024.492812.1281>
۲۳. محمدزاده وادقانی، «اصل احتیاط در حقوق علوم کشاورزی و محیط‌زیست»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۴۵، ش. ۳، ۱۳۹۴، صص. ۴۷۱-۴۸۶. doi:10.22059/jlq.2015.55030
۲۴. مصطفوی، سیدکاظم، «ماهیت حکم»، *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، د. ۳۹، ش. ۱، بهار ۱۳۸۸، صص. ۲۸۹-۳۰۹. doi:20.1001.1.25885618.1388.39.1.14.8
۲۵. مفاخری، رؤیا، ام‌البنین رمضان‌زاده و سیدحسن حسینی‌مقدم، «تحلیل اختیارات شورای رقابت در خاتمه دادن به قراردادهای ناشی از سوءاستفاده از موقعیت مسلط»، *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، سال ۶، تابستان ۱۴۰۳، ش. ۱۹، صص. ۲۲۹-۲۵۸. doi:10.22034/mral.2023.2004553.1482

۲۶. میرزاده کوهشاهی، نادر، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر شورای رقابت و نهادهای مرتبط»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، د. ۹، ش. ۳، شماره پیوسته ۳۳، مهر ۱۴۰۱، صص. ۳۵۵-۳۸۴. doi:10.22091/csiw.2022.8269.2287

۲۷. میرقیصر، سید روح‌الله، «نقش قضیه حقیقیه در اصول فقه»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۶، شماره پیاپی ۹۹، زمستان ۱۳۹۳، صص. ۱۹۷-۲۲۰. doi:10.22067/fiqh.v46i19.20803

### قوانین و مقررات

۲۸. آیین‌نامه اجرایی قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۶.
۲۹. آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷.
۳۰. دستورالعمل نحوه استعلام حقوقی و پاسخ به آن در قوه قضائیه مصوب ۱۳۹۸/۰۹/۱۹.
۳۱. دستورالعمل اجرایی مواد ۴۷، ۴۸ و ۴۹ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۹۷/۰۹/۱۷.
۳۲. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱.
۳۳. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۸ با آخرین اصلاحات تا ۱۴۰۲.
۳۴. قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱/۰۲/۱۳.
۳۵. قانون ثبت شرکت‌ها مصوب ۱۳۱۰/۰۳/۰۲.
۳۶. قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی ۱۳۸۵/۰۵/۲۴.
۳۷. قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴/۰۴/۲۵.

### پایان‌نامه

۳۸. اصلانی حاجی‌آبادی، حمید، مطالعه تطبیقی پیام مطمئن شورای رقابت در حقوق ایران و آمریکا، پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد، دانشگاه تهران، دانشکده‌های فاریابی، دانشکده حقوق، رشته حقوق، فقه و حقوق اقتصادی، بهمن ۱۴۰۲.



۳۹. حاج ابراهیمی، میثم، آثار حقوقی پاسخ به استعلام‌های ثبتی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، دانشکده حقوق، رشته حقوق، گرایش ثبت‌اسناد و املاک، تابستان ۱۳۹۷.

## References

### Books

1. Ghafari Farsani, Behnam, **Competition Law and Its Enforcement Mechanisms**, 2<sup>nd</sup> edition., Tehran: Mizan Publishing, 2019. (in Persian)
2. Groves, Peter J., **Sourcebook on Intellectual Property Law**, London & Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1997.
3. Jafari Langaroudi, Mohammad-Jafar, **Comprehensive Work on Legal Terminology**, vol. 3, 6<sup>th</sup> edition., Tehran: Ganj-e Danesh Publishing, 2008. (in Persian)
4. Matin Daftari, Ahmad, **Civil and Commercial Procedure**, vol. 2, 2<sup>nd</sup> edition., Tehran: University of Tehran Press, 1999. (in Persian)
5. Mohajeri, Ali, **Civil Procedure Law in the Current Legal Order**, 1<sup>st</sup> edition., Tehran: Fekr-Sazan Publishing, 2011. (in Persian)
6. Mortazavi Birjandi, Abdolhamid, **Competition Law and Its Procedure**, Tehran: Judiciary — Office of Press & Publications, 2023. (in Persian)
7. Motta, Massimo, **Competition Policy: Theory and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
8. Nahrini, Fereydoun, **Interim Injunction in Iranian Law: A Comparative Study**, 1<sup>st</sup> edition., Tehran: Ganj-e Danesh Library, 2008. (in Persian)
9. Sadrzadeh Afshar, Seyyed Mohsen, **Civil and Commercial Procedure of the Public and Revolutionary Courts**, vol. 2, 5<sup>th</sup> edition., Tehran: Jahad-e Daneshgahi Publishing, 2001. (in Persian)
10. Sayyah, Ahmad, **The New Comprehensive Great Dictionary (Translation of Al-Munjid)**, vol. 1, 18<sup>th</sup> edition., Tehran: Eslam Publishing, 1996. (in Persian)
11. Shams, Abdollah, **Civil Procedure**, vol. 3, 35<sup>th</sup> edition., Tehran: Darak, 2021. (in Persian)
12. Shiravi, Abdolhossein, **Economic Law**, 2<sup>nd</sup> edition., Tehran: SAMT, SH 1400. (in Persian)
13. Veljanovski, Cento G., **Economic Principles of Law**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
14. Vincent, J. et al., **Nouveau Code de Procédure Civile**, Vol. 1, 95<sup>th</sup> edition, Paris: Dalloz, 2003.
15. Yousefzadeh, Morteza, **Civil Procedure**, 3<sup>rd</sup> edition., Tehran: Sherkat Sahami Enteshar, 2015. (in Persian)

## Articles

16. Abhari, Hamid & Reza Zarei, "Formal Characteristics and Conditions of an Application for a Temporary Injunction in Iranian Civil Procedure," *Private Law Studies*, Vol. 40, No. 42, 2010, PP. 1–17. (in Persian) doi: 20.1001.1.25885618.1389.40.101.1.2
17. Bradford, A.; Chilton, A. S.; Megaw, C.; & Sokol, N., "Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 2019, pp. 411–443. doi:10.1111/jels.12215
18. Cousy, Herman A., "Risks and Uncertainties in the Law of Tort", in Tort and Insurance Yearbook (European Tort Law 2006), *European Centre of Tort and Insurance Law* (Ed.), Springer-Verlag, Wien, 2008. doi: [https://doi.org/10.1007/978-3-211-77572-1\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-211-77572-1_1)
19. Ebrahimi, Bibi Rahimeh, "Studies in Fiqh and Islamic Law," *Studies in Fiqh and Islamic Law*, Vol. 14, No. 27, Summer 2022, PP. 7–28. (in Persian) doi: 10.22075/feqh.2021.22674.2769
20. Ebrahimi, Omid & Abbas Sheikh-ol-Eslami, "Legal Assessment of the Organizational Structure and Functions of the Competition Council," *Quarterly of Public Law Studies*, Vol. 94, No. 3, 2019, PP. 695–715. (in Persian) doi: <https://doi.org/10.22059/jpls.2018.244557.1605>
21. Farsi, Amir-Mohammad, "Legal Analysis of Security for the Claim and Interim Injunction in Civil Procedure: Processes and Criteria," *Legal Journal*, Vol. 4, No. 4, Winter 2024, PP. 495–508. (in Persian) doi: <https://doi.org/10.48309/jlps.2024.492812.1281>
22. Hosseini, Abdolrahim, "Comparative Study of the Shari'a Ruling in the Science of Uṣūl (Principles)," *Fiqh Researches*, Vol. 11, No. 2, Summer 2015, PP. 367–388. (in Persian) doi: 10.22059/jorr.2015.55618
23. Khoshnoudi, Reza & Mina Hosseini, "The Legal Nature of the Competition Council and Appeals from Its Decisions," *Legal Researches*, Vol. 19, no. 75 (serial no. 75), Khordad 2016, PP. 201–225. (in Persian) [https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56228.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56228.html)
24. Mirqeyasar, Seyyed Rouhollah, "The Role of Ḥaqīqiya Case in Usool al-Fiqh (Principles of Jurisprudence)," *Islamic Studies: Fiqh & Usool*, year 46, serial No. 99, Winter 2014, PP. 197–220. (in Persian) doi:10.22067/fiqh.v46i19.20803

25. Mirzadeh Kouhshahi, Nader, "Judicial Supervision of the Competition Council and Related Institutions by the Administrative Justice Court," *Comparative Research of Islamic and Western Law*, Vol. 9, No. 3, serial No. 33, Mehr 2022, PP. 355–384. (in Persian) doi: 10.22091/csiw.2022.8269.2287
26. Mofakhari, Roya; Om-al-Banin Ramadanzadeh & Seyyed Hassan Hosseini-Moghadam, "Analysis of the Competition Council's Powers to Terminate Contracts Arising from Abuse of Dominant Position," *New Researches in Administrative Law*, year 6, Summer 2024, No. 19, PP. 229–258. (in Persian) doi: 10.22034/mral.2023.2004553.1482
27. Mohammadzadeh Vaqani, "The Principle of Precaution in Agricultural and Environmental Law," *Quarterly of Private Law Studies*, Vol. 45, No. 3, 2015, PP. 471–486. (in Persian) doi: 10.22059/jlq.2015.55030
28. Mostafavi, Seyyed Kazem, "The Nature of Judgement," *Law Quarterly*, Faculty of Law & Political Science, Vol. 39, No. 1, Spring 2009, PP. 289–309. (in Persian) doi: 20.1001.1.25885618.1388.39.1.14.8
29. Rajabi, Abdollah, "Conditions and Effects of Precautionary Measures in Iranian Law," *Quarterly of Private Law Studies*, Vol. 50, No. 4, Winter 2020, PP. 678–706. (in Persian) doi: 10.22059/jlq.2020.273694.1007161
30. Ritchie de Larena, Lorelei, "Re-Evaluating Declaratory Judgment Jurisdiction in Intellectual Property Disputes", *Indiana Law Journal*, Vol. 83, 2007. <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol83/iss3/5>
31. Rouhizadeh, Ali & Majid Abbas-Tabar, "Preventive Declaratory Ruling and Protection of Potential Patent Infringers," *Biannual Judicial Legal Views*, issues 77 & 78, Autumn & Winter 2017, PP. 113–131. (in Persian) <https://jlviews.ujsas.ac.ir/article-۷۵۱-۱-fa.html>
32. Samami, Abdollah & Abbas Karimi, "The Nature of Interim Injunction and Its Characteristics in French Law," *Comparative Legal Research of Iran & International*, Vol. 11, No. 42, Winter 2018, PP. 135–166. (in Persian) <https://sanad.iau.ir/Journal/alr/Article/1058004>
33. Shams, Abdollah, "Cases of Issuing Interim Injunctions and Factors Influencing Their Determination," *Legal Research Journal*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, No. 39, 2004, PP. 11–47. (in Persian) [https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article\\_56570.html](https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56570.html)

34. Tavakoli, Ahmadreza, "The Nature of a Shari'a Ruling from the Viewpoint of Imam Khomeini (r.a.)," *Research on Fiqh and Islamic Law*, Vol. 3, No. 6, 2010, PP. 27–44. (in Persian)
35. Trebilcock, Michael J. & Iacobucci, Edward M., "Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate", *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 41, No. 3, 2010.  
<https://lawcommons.luc.edu/lucj/vol41/iss3/5>
36. Ünekbaş, Selçukhan, "The Resurrection of the Comfort Letter: Back to the Future?", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 15, No.25, 2022, pp. 43–58. doi: 10.7172/1689-9024.YARS.2022.15.25.2
37. Wright, Joshua D. & Ginsburg, Douglas H., "The Economic Analysis of Antitrust Consents", *European Journal of Law and Economics (forthcoming)*, *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, No. LS 18-12. doi: ۱۰.۱۰۰۷/s۱۰۶۵۷\_۰۱۸\_۹۵۷۹\_۶
38. Yun, John M., "Going Backwards: The FTC's New Prior Approval Policy", *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, Vol. 22, No. 06, 2022.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4063119](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4063119)

#### Rules & Regulations

39. Commercial Code, approved on 03 May 1932. (in Persian)
40. Executive By-laws of the Law for Facilitating the Preparation of Documents in Notary Public Offices, approved on 16 March 2008. (in Persian)
41. Executive Instruction for Articles 47, 48 & 49 of the Law on Implementation of General Policies of Article 44 of the Constitution, approved on 08 December 2018. (in Persian)
42. Instruction on the Method of Legal Inquiry and Response in the Judiciary, approved on 10 December 2019. (in Persian)
43. Law for Facilitating the Preparation of Documents in Notary Public Offices, approved on 15 August 2006. (in Persian)
44. Law of Civil Procedure of the Public and Revolutionary Courts (Civil Matters), approved on 10 April 2000. (in Persian)
45. Law of Notary Public Offices and the Association of Notaries and Daffariyan, approved on 16 July 1975. (in Persian)
46. Law on Registration of Companies, approved on 23 May 1931. (in Persian)

47. Law on the Implementation of the General Policies of Article 44 of the Constitution, approved on 28 January 2008 (With latest amendments up to up to 2023). (in Persian)
48. Regulations of Notary Public Offices, approved in 1938. (in Persian)

#### Documents

49. European Commission, Commission Notice on Informal Guidance Relating to Novel or Unresolved Questions Concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Guidance Letters), Official Journal of the European Union, C 381/9–C 381/13, available at:  
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC\\_2022\\_381\\_R\\_0007](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_2022_381_R_0007) (last visited 17/07/2025).
50. European Commission, DG Competition, Cases Art. 81/82 (ex 85/86) Closed by Comfort Letter, [years listed 1990–1999], available in the Annual Report on Competition Policy.
51. Federal Trade Commission, Statement on the Use of Prior Approval Provisions in Merger Orders, rescinded July 21, 2021.
52. U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Response to the Institute of International Finance Request for a Business Review, January 14, 2021.
53. “§ 50.6 Antitrust Division Business Review Procedure”, 28 CFR Ch. I (7–1–24 Edition), available at: <https://www.ecfr.gov/current/title-28/chapter-I/part-50/section-50.6> (last visited 17/07/2025).
54. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002, Official Journal of the European Union, OJ L 1, 4 January 2003.

#### Cases

55. Court of First Instance, Judgment of the Fourth Chamber, 17 February 2000, Stork Amsterdam BV v Commission of the European Communities, Case T-241/97, ECLI: EU:T:2000:41, 2000, ECR II-309.
56. Stork Amsterdam BV v Commission of the European Communities, Case T-241/97, Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber), 17 February 2000, ECLI: EU:T:2000:41, [2000] ECR II-309.

#### Thesis

57. Aslani Hajiabadi, Hamid, **A Comparative Study of the Reliable Message of the Competition Council in Iranian and U.S. Law,**

Master's thesis, University of Tehran (Farabi Campus), Faculty of Law, LL.M. in Law, Fiqh & Economic Law, 2024. (in Persian)

58. Haj Ebrahimi, Meysam, **Legal Effects of Responses to Land/Registry Inquiries**, Master's thesis, University of Tehran (Farabi Campus), Faculty of Law, LL.M. in Law (Registration & Real Property), 2018. (in Persian)

#### Websites

59. Antitrust Division of the DOJ, "Seeking Opinions on Potential Conduct", The National Law Review, available at:  
<https://natlawreview.com/article/seeking-opinions-potential-conduct-antitrust-division-department-justice> (last visited 17/07/2025).
60. Department of Justice, Antitrust Division, Business Review Letter, available at:  
<https://search.justice.gov/search?affiliate=justice-atr&query=Business+Review+Letter> (last visited 17/07/2025).
61. <https://nicc.gov.ir> (last visited 20/07/2025).
62. IP Glossary, "Business Review Letter, " available at:  
<https://www.ipglossary.com/glossary/business-review-letter/> (last visited 17/07/2025).
63. United States Department of Justice, "What is a Business Review? ", available at: <https://www.justice.gov/atr/what-business-review> (last visited 20/07/2025).

## **Comparative Study of the Nature of the Reassuring Message of the Competition Council**

**Maedeh Karimi Ghahderijani\***  
**Abdullah Rajabi\*\***

Received: 2025.03.16

Accepted: 2025.09.29

### **Abstract**

The institution of the Reassuring Message, established in Article 49 of the Implementation Law of the General Policies of Article 44 of the Constitution, is a significant innovation in Iran's competition law, specifically designed to address mergers and acquisitions by enhancing predictability, increasing legal certainty, and preventing anti-competitive practices in these processes. This multifaceted institution combines advisory, preventive, provisional and credible features to guide market participants' conduct and promote transparency in economic transactions. However, in its current form, the Reassuring Message lacks binding legal effect on third parties and the scope and conditions of their right to object remain unclear. In the comparative section, the Reassuring Message is analyzed alongside the Business Review Letter and the prior approval policy in U.S. competition law, as well as the comfort letter mechanism under European Union competition law. Their strengths are examined in terms of relative binding force, preventive role, and public disclosure. Finally, the study emphasizes the necessity of clearly defining the Reassuring Message, drafting comprehensive and systematic regulations, specifying clear legal consequences, designing an effective accountability mechanism, and mandating the publication of messages with due regard to confidentiality. These recommendations aim to enhance the efficiency and consolidate the position of this institution within Iran's competition law framework.

### **Keywords:**

Reassuring Message, Competition Council, General Policies of Article 44 of the Constitution, Prevention of Anti-Competitive Practices, Comparative Competition Law.

---

\* L.L.M., University of Tehran: Caspian International Campus, Gilan, Iran.

\*\* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Tehran: Farabi College, Tehran, Iran  
Corresponding Author Email: rajabya@ut.ac.ir



## افشای اسناد در داوری بین‌المللی

سامان محمدیان\*  
فاطمه زین‌الدینی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۲۸

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۱

### چکیده

اسناد جزء لاینفک فرایند داوری محسوب می‌شوند و نقش مهمی در تبیین ادعاها و دفاعیات طرفین دارند. در داوری بین‌المللی، دستورات رویه‌ای براساس نیازها و صلاح‌دید داور یا هیئت داوری صادر می‌شود که از جمله آنها، دستور ارائه اسناد است. این حوزه از داوری، تحت تأثیر تفاوت‌های اساسی میان دو نظام حقوقی حقوق عرفی و حقوق مدون قرار دارد. در نظام حقوق عرفی، افشای اسناد گسترده‌تر بوده و بر مبنای اصل شفافیت و کشف حقیقت طراحی شده است؛ درحالی‌که در نظام‌های حقوق مدون، افشای اسناد به شکل محدودتری انجام می‌شود و عمدتاً بر اسنادی تأکید می‌شود که طرفین از ابتدا در اختیار دارند. از آنجاکه در داوری بین‌المللی، طرفین معمولاً از نظام‌های حقوقی متفاوتی برخوردارند، انتظارات متفاوتی نیز درخصوص افشای اسناد خواهند داشت. از این رو، انتخاب یک رویکرد متعادل و منصفانه درخصوص افشای اسناد، نقشی کلیدی در تضمین کارآمدی و اعتبار فرایند داوری ایفا می‌کند. در این راستا، رعایت اصول عدالت و انصاف در کنار حفظ عناصر کلیدی همچون کارایی، سرعت و مقرون به صرفه بودن امری ضروری است. تعیین دامنه افشای اسناد باید براساس معیارهای روشنی همچون مشخص بودن، اهمیت، تناسب، مرتبط بودن و دسترسی به اسناد صورت گیرد. صدور دستور ارائه اسناد بدون در نظر گرفتن این معیارها، ممکن است منجر به افزایش هزینه‌ها، اتلاف زمان و در نهایت ناکارآمدی فرایند داوری شود. حجم بالایی اسناد موجب سردرگمی و نارضایتی طرفین خواهد شد و می‌تواند اصول اساسی را نیز تحت الشعاع قرار دهد.

### کلید واژگان:

افشای اسناد، درخواست ارائه اسناد، داوری بین‌المللی، کارایی، بار سنگین.

\* دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

\*\* استادیار، دانشکده حکمرانی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

zeynodini@ut.ac.ir



Copyright: ©2024 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

داوری بین‌المللی به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین روش‌های حل‌وفصل اختلافات تجاری و سرمایه‌گذاری، نیازمند رعایت اصول شفافیت و انصاف در روند رسیدگی است. باتوجه‌به روند روبه‌رشد مراجعه به داوری، مسائل مربوط به آن نیز از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است که مبحث تولید اسناد نیز از آن مستثنا نیست. مکانیسم کشف حقیقت به‌عنوان رکن بنیادین فرایند داوری محسوب می‌شود که تحقق آن مستلزم ارزیابی نظام‌مند مدارک و شواهد ارائه‌شده است. در این چارچوب، گردآوری و عرضه ادله از ارکان محوری نظام داوری به شمار می‌آید. برای نمونه، در نظام حقوقی انگلستان، یکی از محرک‌های اصلی توسعه نهاد داوری، تمایل فزاینده اصحاب دعوا به برخورداری از آزادی عمل بیشتر در فرایند ارائه و اخذ دلایل بوده است.<sup>۱</sup>

از مهم‌ترین و اساسی‌ترین اجزای هر داوری می‌توان به شواهدی اشاره کرد که در اختیار دیوان موجود است تا امکان تصمیم‌گیری درمورد مسائل مطروحه را فراهم آورد. ردفین و هانتز در کتاب *قانون و رویه تجاری بین‌المللی* در آغاز بحث اسناد بیان کرده‌اند: «در داوری‌های تجاری بین‌المللی، بهترین دلایلی که درخصوص موضوع متنازع ارائه می‌شود، غالباً و همواره اسنادی‌اند که در زمان اختلاف ایجاد شده‌اند.»<sup>۲</sup> یکی از چالش‌های اساسی در این فرایند، تولید اسناد و ارائه مدارک مرتبط با دعواست. طرفین اختلاف معمولاً برای اثبات ادعاهای خود نیازمند اسنادی‌اند که ممکن است در اختیار طرف مقابل باشد. ازسوی دیگر، طرفین نیز ممکن است به دلایل مختلف از ارائه برخی اسناد خودداری کنند. این موضوع باعث شده است که مسئله تولید اسناد در داوری بین‌المللی به یکی از مباحث پیچیده و بحث‌برانگیز در این حوزه تبدیل شود.

در فرایند داوری، درخواست تولید اسناد معمولاً براساس اصولی چون ارتباط و اهمیت مدارک، تعادل میان هزینه و فایده تولید اسناد، میزان تلاش لازم برای یافتن اسناد و رعایت انصاف و برابری بین طرفین تنظیم می‌شود. این پرسش‌ها همواره در داوری‌های بین‌المللی مطرح‌اند: دامنه جست‌وجو برای یافتن اسناد تا چه حد باید باشد؟ تا چه میزان باید برای تولید اسناد تلاش کرد؟

۱. بابایی، عطیه، «ارزش اثباتی ادله دعوا در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ش. ۳، ۱۳۹۵، ص. ۱۲.

۲. آزاده یونسیان، «ادله اثبات دعوی در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، *نشریه حقوق و فقه*، شماره ۱۴ (۱۴۰۰)، ص. ۳۱.

هزینه تولید اسناد تا چه حد قابل توجیه است؟ و کارایی و سرعت در داوری تا چه میزان می‌تواند تحت تأثیر ارائه اسناد قرار بگیرد؟ اختیار داوران در این دستورها از کجا نشئت می‌گیرد؟ یکی از چالش‌های اصلی، تعیین دامنه جست‌وجو برای یافتن اسناد است. در نظام‌های حقوقی مختلف، تفسیرهای متفاوتی از این موضوع ارائه شده است. در رویه حقوقی عرفی،<sup>۱</sup> روش کشف اسناد<sup>۲</sup> نسبتاً گسترده است و طرفین می‌توانند طیف وسیعی از مدارک را مطالبه کنند. در مقابل، در نظام حقوقی مدون،<sup>۳</sup> این رویه محدودتر است و تنها اسنادی که به‌طور خاص به دعوا مربوطاند، باید ارائه شوند. در داوری بین‌المللی، دیوان داوری معمولاً تلاش می‌کند تا تعادلی میان این دو رویکرد برقرار کند و تنها اسنادی را که به‌طور مستقیم در سرنوشت پرونده تأثیرگذارند، مطالبه نماید.

تولید اسناد به یک مرحله استاندارد در داوری بین‌المللی تبدیل شده است؛ اما اسناد درخواست‌شده و ارائه‌شده اغلب حجیم‌اند. از این‌رو، تولید اسناد به‌عنوان فرایندی زمان‌بر، پرهزینه و دشوار تلقی می‌شود. تولید اسناد یکی از بحث‌برانگیزترین مسائل آیین دادرسی در داوری بین‌المللی است و در واقع نقطه اوج تقابل حقوق عرفی و حقوق نوشته (مدون) محسوب می‌شود. شیوه جمع‌آوری و ارائه ادله در این دو نظام حقوقی تفاوت‌های چشمگیری دارد.

مسئله بعدی حدود تلاش لازم برای یافتن اسناد است. آیا طرفین موظف‌اند هر مدرک ممکن را، صرف‌نظر از دشواری دستیابی به آن، ارائه دهند؟ در برخی موارد، دسترسی به اسناد خاص ممکن است مستلزم بررسی حجم زیادی از داده‌ها باشد یا به منابع مالی و زمانی قابل توجهی نیاز داشته باشد. در چنین شرایطی، داوران باید میزان تلاش معقول برای یافتن اسناد را مشخص کنند تا مانع از تحمیل هزینه‌های نامعقول بر یکی از طرفین شوند.

اجرای روند قانونی<sup>۴</sup> و منصفانه باعث می‌شود که تصمیمات دیوان در رد یا قبول درخواست‌های تولید اسناد، به ادعای نقض حق دادرسی منصفانه و ابطال رأی منجر شود. رویه‌های شفافیت‌ساز مانند الزام به بیان دلایل رد درخواست‌ها در جدول ردیف‌ن، از مکانیزم‌های مهم نظارتی در این حوزه محسوب می‌شوند. در مجموع، تولید اسناد در داوری بین‌المللی نیازمند

1. Common law

2. Discovery

3. Civil law

4. Due process

توازی ظریف میان کارایی، هزینه و انصاف است. رسیدگی اصولی و منصفانه توسط مرجع رسیدگی‌کننده مستلزم رعایت اصول دادرسی است.<sup>۱</sup>

در نهایت، رفتار عادلانه و منصفانه دیوان داوری در صدور دستور ارائه اسناد باید به‌گونه‌ای باشد که از هرگونه سوگیری، عدم تقارن در ارائه اسناد و فشار نامناسب بر یکی از طرفین جلوگیری کند. داوران باید با در نظر گرفتن اصل برابری طرفین و حفظ تعادل میان حقوق آنها تصمیم‌گیری کنند.

در این مقاله، تلاش خواهد شد که ضمن بررسی اصول و قواعد حاکم بر تولید اسناد در داوری بین‌المللی، به پرسش‌های اساسی مطرح‌شده در این زمینه پاسخ داده شود. همچنین رویه‌های داوری بین‌المللی، قوانین و استانداردهای موجود و چالش‌های عملی مرتبط با این موضوع مورد تحلیل قرار خواهند گرفت. هدف نهایی این است که نشان داده شود چگونه می‌توان تعادلی میان نیاز به کشف حقیقت، حفاظت از منافع مشروع طرفین و تضمین کارآمدی داوری بین‌المللی برقرار کرد.

به همین ترتیب در گفتارهای پی‌درپی رویکردهای متفاوت در نظام‌های حقوقی حقوق عرفی، مدون و رویکرد داوری بین‌المللی بررسی خواهند شد و بعد از آن به بررسی بار سنگین ارائه اسناد و شاخصه‌هایی که برای دامنه ارائه اسناد پیشنهادو تبعیت شده‌اند و در گفتار آخر به تعادل در کارایی و هزینه و زمان پرداخته خواهد شد.

## ۱. رویکرد افشای اسناد در نظام حقوقی عرفی، مدون و داوری بین‌المللی

مراحل داوری به‌صورت منظم با دستورهای همراه است که در آن دیوان داوری روند رسیدگی را تنظیم می‌کند<sup>۲</sup> و گستره موضوعاتی که در دستورهای رویه‌ای قرار می‌گیرند مشمول ارائه اسناد نیز می‌گردد.<sup>۳</sup>

۱. مافی، همایون، و شمسی، جواد. «دعوی متقابل در داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی». دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۵ شماره ۹۲، (۱۳۹۹). ص ۲۷۳

2. Procedural Decisions in ICC Arbitration – 2014 Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 25, Supplement, France: ICC, 2015.p1

3. Ibid,p2

افشای اسناد ابزاری رویه‌ای است که به یک طرف یا دیوان داوری اجازه می‌دهد تا درخواست و دستور ارائه اسنادی را که در اختیار طرف مقابل است، صادر کند و از این طریق شواهد بیشتری برای اثبات دعوای خود به دست آورد.<sup>۱</sup>

درخصوص افشای اسناد، دو دیدگاه متقابل وجود دارد: براساس دیدگاه نخست، تنها اسنادی که از پیش وجود دارند می‌توانند موضوع درخواست ارائه اسناد قرار گیرند. این دیدگاه با هدف ارائه اسناد سازگار است، چراکه هدف از ارائه اسناد، امکان اثبات دعوا برای یک طرف است، نه ایجاد و ساختن دعوا.<sup>۲</sup>

در مقابل، دیدگاه دوم بر این باور است که محدود کردن افشای اسناد به اسناد موجود، به‌نحوی که فرد نتواند ملزم به تولید اسناد جدید شود، نادرست است. در این دیدگاه، اطلاعات معمولاً از طریق استعلامات قابل دریافت است که ماهیتی متفاوت از درخواست ارائه اسناد دارند.<sup>۳</sup> در تعریفی که از سند از دکتر کاتوزیان نقل شده است این‌طور می‌توان برداشت کرد: «سند به هر مدرک معتبر و قابل استنادی اطلاق می‌شود که توانایی اثبات ادعاها یا دفاعیات طرفین دعوا را دارا باشد. به عبارت دیگر، سند نوشته‌ای است که واجد شرایط لازم برای ایجاد اعتبار و اقناع مراجع قضایی یا داوری بوده و می‌تواند به‌عنوان دلیل معتبر در فرایند رسیدگی مورد استفاده قرار گیرد».<sup>۴</sup> در تعریفی دیگر از یک واژه‌نامه انگلیسی‌زبان، سند به‌عنوان «چیزی ملموس که روی آن کلمات، نمادها یا نشانه‌هایی ثبت شده باشد» تعریف شده است.<sup>۵</sup> همچنین ادله مستند به این صورت تعریف شده است: «ادله‌ای که از طریق یک نوشته یا سند دیگر ارائه می‌شود و پیش از پذیرش در دادگاه، باید اصالت آن تأیید شود».<sup>۶</sup>

1. Touzet, Justine. «Document Production». Jusmundi, Available at: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-document-production> (last visited 2025/05/05)

2. *Ibid.*

3. Born, Gary, **International Commercial Arbitration**, Third Edition, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2020. P. 3723.

۴. آزاده یونسین، پیشین، ص ۱۴.

5. Garner, Bryan, **Black's Law Dictionary**, 9th Edition, United States of America: West Group, 2009. p555

6. *Ibid.*, p637

ادله مستند شامل این موارد است: «ایمیل یا فاکسی که مورد تبادل طرفین قرار گرفته است، اسناد قراردادی و پروتکل‌ها، مکالمات تلفنی یا ضبط مباحث، اسناد مالی، صورت جلسات و سوابق حساب‌ها، بارنامه و...».<sup>۱</sup>

خالی از لطف نیست که بدانیم در رویه قضایی داخلی کشف دلیل به‌ندرت اعمال می‌شود و غالباً با اهدافی چون اطلاع دادرسی از آن بهره می‌برند.<sup>۲</sup>

### ۱.۱. رویکرد نظام حقوقی عرفی و مدون

در بسیاری از کشورهای حقوق عرفی، معمولاً در دعاوی قضایی در دادگاه‌های ملی، یک رویه خودکار «کشف اسناد» وجود دارد که به‌طور کلی به معنای افشای وجود تمام اسناد مرتبط، اعم از اینکه مفید یا مضر باشند، شامل یادداشت‌ها و گزارش‌های داخلی است. این رویه در داوری تجاری بین‌المللی معمولاً وجود ندارد. در واقع، بهتر است از واژه «کشف» خودداری کرد؛ زیرا این واژه معنای مبهمی دارد. برای وکیل اهل حقوق مدون، این واژه هیچ معنایی ندارد؛ از نظر وکیل آمریکایی، این واژه شامل تولید اسناد و بازجویی از شاهدان و کارشناسان احتمالی و همچنین بازرسی از موضوع اختلاف است؛ برای وکیل انگلیسی، این واژه فقط به تولید اسناد اشاره دارد.<sup>۳</sup>

در کشورهای حقوق مدون، قاضی با کمک طرفین به بررسی حقایق می‌پردازد. در این نظام، طرفین فقط اسنادی را ارائه می‌دهند که به نفعشان است و الزام قانونی برای ارائه اسنادی که ممکن است پرونده آن‌ها را تضعیف کند، وجود ندارد. علاوه بر این، فرایند گسترده تولید اسناد می‌تواند بسیار پرهزینه و زمان‌بر باشد. به همین دلیل، بسیاری از حقوق‌دانان در نظام حقوق مدون بر این باورند که کشف اسناد باعث طولانی شدن دادرسی و افزایش هزینه‌ها می‌شود، درحالی‌که اغلب تأثیر چندانی بر نتیجه نهایی پرونده ندارد. همچنین نمی‌توان ادعا کرد که نظام حقوق عرفی یا نظام حقوق مدون عدالت بهتری ارائه می‌کنند. همچنین هیچ‌یک از این نظام‌ها

۱. عطیه بابایی، پیشین، ص ۲۰

۲. منصوریان، ناصرعلی، «سازوکار «کشف دلیل» در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل»، فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه حقوقی، دوره ۳، شماره ۸، ۱۳۹۹، ص ۲۰۷

3. Redfern, Alan and Hunter, Martin, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Edition, London: Sweet & Maxwell. (2004), p299

نیازی به تغییر برای برقراری عدالت ندارند. کاربران هر دو سیستم عموماً از فرایندهای قضایی در کشورهای خود راضی‌اند.<sup>۱</sup>

در ادبیات حقوقی انتقادات زیادی نسبت به کشف اسناد بیش‌ازحد مطرح شده است؛ اما تعداد کمی منکر نقش ارزشمند کشف مؤثر در دستیابی به عدالت می‌شوند. نقل‌قول‌های زیر ممکن است به درک بهتر این موضوع کمک کند: کشف اسناد یکی از ویژگی‌های اساسی سیستم دادرسی ترافیکی انگلیس است. اگر به‌درستی استفاده شود، ابزاری قدرتمند برای اجرای عدالت خواهد بود. در مواردی که تمام اطلاعات مربوط به یک واقعه یا حقیقت خاص در اختیار یک طرف قرار دارد، کشف اسناد ممکن است تنها راه کشف حقیقت باشد. ازسوی دیگر، اگر این روش بدون تمایز مورد استفاده قرار گیرد، می‌تواند مشکلات عملی جدی ایجاد کند. در پرونده‌های پیچیده، یک دستور کامل برای کشف اسناد ممکن است طرفین را ملزم به فهرست کردن و ارائه حجم عظیمی از اسناد کند که فقط بخش کوچکی از آنها برای هر دو طرف مفید یا دارای ارزش خواهد بود.

علاوه‌بر این، صدور دستور کشف اسناد بر این فرض استوار است که هر دو طرف به‌طور کامل به دستور عمل خواهند کرد. اگر این فرض نادرست باشد و یکی از طرفین به‌طور کامل همکاری کند، درحالی‌که طرف دیگر این کار را نکند، طرف متعهد به افشای کامل ممکن است در موقعیت نامطلوبی قرار گیرد. بسیاری از اتباع خارجی با ناباوری به سیستمی نگاه می‌کنند که آنها را ملزم به ارائه اسنادی می‌کند که درون سازمان خودشان ردوبدل شده و هرگز برای انتشار عمومی در نظر گرفته نشده است. در انتها مشاهده می‌شود که این تفاوت‌ها در نظر دیوان داوری ایکسید<sup>۲</sup> نیز این‌گونه بیان می‌شود: «دیوان داوری اذعان دارد که ارائه اسناد در داوری بین‌المللی رایج است، اما در قزاقستان با نظام حقوقی مدون، این فرایند ارائه اسناد به‌مراتب کمتر از نظام حقوقی عرفی مورد استفاده قرار می‌گیرد».<sup>۳</sup>

1. Baysal, Pelin & Çevik, Bilge Kağan. Document Production in International Arbitration: The Good or the Evil?, Kluwer Arbitration Blog Available at: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/09/document-production-in-international-arbitration-the-good-or-the-evil/> (last visited 2025/5/5)

2. ICSID

3. *caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan (I)*, ICSID Case No. ARB/08/12, Procedural Order No. 2 Regarding Document Production, 1.3

## ۱.۲. رویکرد داوری بین‌المللی

نخستین بار در سال ۱۹۸۳ مجموعه‌ای از قواعد برای تنظیم نحوه ارائه ادله در داوری تجاری بین‌المللی تدوین شده است. اگرچه این قواعد برای ایجاد یک کد کامل به‌منظور اداره داوری طراحی نشده بودند و صرفاً به ارائه ادله مربوط می‌شدند، کمتر از حد انتظار موفق بودند. از آن زمان، این قواعد توسط حقوق‌دانانی از حوزه‌های قضایی مختلف به‌طور کامل بازنویسی شده‌اند.<sup>۱</sup> اکثر اساس‌نامه‌ها و قواعد آیین دادرسی به دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی اختیار تدوین قواعد دادرسی را اعطا می‌کنند و مقرراتی برای جمع‌آوری ادله تعیین می‌کنند؛ ازجمله اعطای اختیار به دادگاه یا دیوان برای درخواست ارائه اسناد، شهادت شهود یا سایر مدارک و کسب نظر کارشناسی.<sup>۲</sup>

بیشتر قوانین ملی داوری فقط شامل مقررات محدودی درمورد اختیار دیوان داوری بین‌المللی در صدور دستور افشای اسناد می‌شوند. بااین‌حال، تقریباً همه نظام‌های حقوقی بر استقلال طرفین در توافق بر سر وجود، دامنه و زمان‌بندی افشای اسناد درخصوص طرفین داوری، در چارچوب روند داوری، اذعان دارند؛ هرچند که این امر معمولاً به‌عنوان بخشی از اختیار شکلی کلی‌تر طرفین در نظر گرفته می‌شود. علاوه‌بر این، بسیاری از نظام‌های حقوقی قدرت ضمنی یا ذاتی دیوان‌های داوری بین‌المللی را برای دستور به افشای اسناد توسط طرفین داوری (در صورتی که توافقی مخالف آن وجود نداشته باشد) به رسمیت می‌شناسند. این اختیار نیز معمولاً به‌عنوان بخشی از صلاحیت گسترده‌تر دیوان در اداره فرایند داوری و اخذ ادله تلقی می‌شود.<sup>۳</sup>

در داوری تجاری بین‌المللی، هیچ‌گونه رویه خودکاری برای کشف اسناد وجود ندارد. رویه معمول این است که تولید اسناد تا حد ممکن محدود به اسنادی باشد که به‌طور مستقیم به مسائل مورد اختلاف مرتبط‌اند و برای حل‌وفصل صحیح آن مسائل ضرورت دارند. هیچ‌گونه سنت یا رویه‌ای برای تولید انبوه اسناد وجود ندارد. علاوه‌بر این، بیشتر هیئت‌های داوری اصل «تناسب» را به کار می‌برند؛ به این معنا که آنها دامنه (و پیرو آن هزینه) تولید اسناد را به حد

1. [Redfern Alan](#) and Hunter Martin, *Cit*, p73

2. Chester Brown, "Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law", Schill, Stephan, **International Investment Law and Comparative Public Law**, United States: Oxford University Press, (2010), p663

3. Gary Born, *Cit*. P3682



معقولی محدود می‌کنند که در زمینه مبلغ مورد اختلاف و اهمیت نسبی مسائل مربوط به تولید اسناد درخواست شده منطقی باشد.<sup>۱</sup> کشف اسناد گسترده در داوری امری غیرمعمول بود؛ اما این فرایند به هر دو طرف فرصت کامل و عادلانه‌ای برای ارائه حقایق داد، از بروز شگفتی در جلسه استماع جلوگیری کرد و روند جلسه را به میزان قابل توجهی تسریع بخشید. امکان استفاده از کشف اسناد برای این تصور که فرایند داوری به نتیجه‌ای عادلانه منتهی خواهد شد، ضروری بود. در واقع، کشف اسناد شرط اساسی<sup>۲</sup> خود داوری بود؛ زیرا پرونده شامل اتهامات توطئه و نقض عمدی بود که اثبات آنها بدون دسترسی به اسناد طرف مقابل تقریباً غیرممکن می‌بود.<sup>۳</sup> دستور افشا در داوری بین‌المللی معمولاً دامنه‌ای محدودتر از دستور افشا در دادگاه‌های داخلی حقوق عرفی برای اهداف دادرسی قضایی دارد. در این خصوص، گزارش داوری ساخت‌وساز اتاق بازرگانی بین‌المللی<sup>۴</sup> تأکید می‌کند: «امروزه تعداد کمی از افراد همچنان طرفدار افشای گسترده و بی‌قید و شرط اسناد از طریق فرایند کشف ادله در حقوق عرفی هستند... در هر صورت، چنین فرایندی که در محاکم داخلی اجرا می‌شود، تنها در صورتی می‌تواند در داوری بین‌المللی اعمال شود که توجیه‌پذیر باشد. در غیر این صورت، جایی در داوری‌های اتاق بازرگانی بین‌المللی ندارد».<sup>۵</sup>

گاهی استدلال می‌شود که وضعیت در داوری‌های بین‌المللی که در ایالات متحده برگزار می‌شود متفاوت است و طرفین حق دارند تولید اسناد به صورت گسترده‌ای داشته باشند. درست است که قانون داوری فدرال و تعدادی از قوانین داوری ایالتی به هیئت‌های داوری اختیارات گسترده‌ای برای درخواست تولید اسناد و همچنین شهادت شاهدان احتمالی در قالب بازجویی می‌دهند. با این حال، این یک اشتباه است که داوری‌های برگزار شده در ایالات متحده مشمول رویه‌های خودکار و گسترده کشف اسناد در دعاوی قضایی آن کشورند. واقعیت این است که در ایالات متحده به طور معمول هیچ‌گونه حقی برای کشف اسناد در داوری‌های بین‌المللی وجود ندارد و اگر طرفین توافقی نداشته باشند، میزان کشف اسناد مجاز به طور کامل در اختیار هیئت

1. Redfern Alan and Hunter Martin, *Cit*, p299

2. Sine Qua Non

3. E. D. D. Tavender, *Cit*, p521-522

4. ICC

5. Jenkins, Jane, **International Construction Arbitration Law**, Second Revised Edition, The Netherlands: Wolters Kluwer Law & Business, (2013), p183

داوری است. دادگاه‌های ملی دخالتی در گسترش حق کشف اسناد که توسط هیئت داوری دستور داده شده است، نخواهند داشت.<sup>۱</sup> چالش در داوری بین‌المللی این است که انتظارات هر دو طرف را برآورده کند: «افشای اسناد ضروری برای نتیجه پرونده، اما با هزینه‌های متعادل». هیچ استاندارد یکسان و همگانی برای تولید اسناد در داوری بین‌المللی وجود ندارد. میزان و نوع اسنادی که باید در یک پرونده پیچیده ساختمانی ارائه شوند، ممکن است کاملاً متفاوت از پرونده‌ای باشد که هدف آن تفسیر یک واژه در یک قرارداد تجاری است.<sup>۲</sup> یکی از روش‌های کاهش تفاوت بین نظام حقوقی عرفی و مدون در ارائه اسناد این است که دیوان داوری دسته‌های مدارک را به صورت ترتیب زمانی بررسی کند و سپس برای هر مدرکی که به نظر می‌رسد «قطعه‌ای گمشده از پازل» باشد، دستور ارائه صادر کند، اما لزومی ندارد که دستور ارائه اسنادی که به نظر نمی‌رسد در حل اختلاف تأثیر گذار باشند، صادر شود.<sup>۳</sup>

## ۲. بار سنگین افشای اسناد

یکی از معایب اصلی افشای اسناد این است که باعث افزایش قابل توجه هزینه‌های حل و فصل اختلافات می‌شود. این مشکل در دهه گذشته با گسترش مستندات الکترونیکی تشدید شده است؛ زیرا حجم اسناد به صورت تصاعدی افزایش یافته و در میان دستگاه‌ها و سرورهای مختلف پراکنده شده است. تولید اسناد همچنین به عنوان یک فرایند زمان‌بر تلقی می‌شود. مرحله افشای اسناد تأثیر قابل توجهی بر تقویم دادرسی دارد و معمولاً باعث طولانی شدن فرایند رسیدگی می‌شود. براساس تجربه، معمولاً دو تا چهار ماه به تولید اسناد اختصاص داده می‌شود و

1. Redfern Alan and Hunter Martin, *Cit*, p299-300

2. Baysal, Pelin & Çevik, Bilge Kağan. « Document Production in International Arbitration: The Good or the Evil? », Kluwer Arbitration Blog Available at: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/09/document-production-in-international-arbitration-the-good-or-the-evil/> (last visited 2025/5/5)

3. Julian D.M.Lew, " DOCUMENT DISCLOSURE, EVIDENTIARY VALUE OF DOCUMENTS AND BURDEN OF EVIDENCE", Giovannini, Teresa and Mourre, Alexis, **Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies**, France: Wolters Kluwer Law & Business, 2009. p 23

در بسیاری از موارد، طرفین یا توافق می‌کنند که این مدت تمدید شود یا درخواست تمدید ارائه می‌دهند تا بتوانند به تعهدات افشای اسناد خود عمل کنند.<sup>۱</sup>

همان‌طور که رتو مارگیتولا معتقد است: «افشای اسناد اغلب به‌عنوان زمینه‌ای مساعد برای تاکتیک‌های دعوایی و سوءاستفاده‌های آیینی تلقی می‌شود، از جمله به تأخیر انداختن دادرسی از طریق طرح تعداد زیادی درخواست، غرق کردن طرف مقابل در حجم بالایی از اسناد نامرتبط یا به‌سادگی ناپدید کردن یک سند».<sup>۲</sup> جالب توجه است که گری بورن در کتابش دامنه افشا را محدود به چهار شاخصه مهم می‌داند: «مشخص بودن»، «ارتباط»، «اهمیت» و «تناسب».<sup>۳</sup> در پرونده پی آل هلدین علیه لهستان<sup>۴</sup> در نهاد داوری ایکسید در مورد اصل تناسب، دیوان داوری اعلام کرد که «اصل تناسب» در حوزه‌های قضایی مختلف تقریباً به‌طور مشابهی تفسیر می‌شود.<sup>۵</sup> همچنین معیارهایی را که باید برای رعایت این اصل برآورده شوند، مشخص کرد:

۱. اقدام باید ذاتاً مناسب برای تحقق یک هدف عمومی مشروع باشد؛

۲. برای دستیابی به آن هدف ضروری باشد، به این معنا که هیچ اقدام کم‌بارتر و جایگزینی وجود نداشته باشد؛

۳. مفرط نباشد، به این معنا که مزایای آن بر معایب آن برتری داشته باشند.<sup>۶</sup>

مفهوم معقولیت ارتباط نزدیکی با تناسب دارد. اگرچه معقولیت ساختارمندتر از تناسب به نظر نمی‌رسد، هر دو مفهوم دارای هم‌پوشانی قابل توجهی‌اند؛ زیرا مستلزم ایجاد توازن منصفانه بین منافع مختلف، ارتباط منطقی بین وسایل و اهداف و منع تصمیمات غیرضروری سرکوب‌گرانه‌اند. به‌طور مشابه، مفهوم معقولیت را می‌توان در بسیاری از موارد حقوق بین‌الملل یافت، جایی که به‌عنوان ابزاری برای ایجاد انعطاف‌پذیری و مشروعیت عمل می‌کند؛ زیرا می‌تواند تناقض‌های موجود در سیستم حقوقی بین‌المللی را تعدیل و متعادل سازد. معنای لغوی این مفهوم نیز نشان

1. Vallejo, Damián & Romay, Esther. "Perspectives on Document Disclosure", *Global Arbitration Review*, Available at: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/perspectives-document-disclosure> (last visited 2025.05.05).

2. *Ibid*

3. Gary Born, *Cit*, P3713

4. *PL Holdings v Poland*

5. *PL Holdings S.a.r.l. v. Poland*, SCC Case No. V 2014/163, Partial Award, 28 June 2017, 355

6. *Ibid*, p355 . Emphases added

می‌دهد معقولیت بر یک گفتمان توجیهی تأکید دارد که در آن دلایلی ارائه می‌شوند که می‌توانند به‌طور متقاعدکننده‌ای ارتباط بین اقدام موردنظر و هدف مشروع دنبال‌شده را اثبات کنند.<sup>۱</sup> در نهایت دیوان‌های داوری ارتباطی بین رفتار عادلانه و منصفانه و مفاهیم معقولیت و تناسب برقرار کرده‌اند.<sup>۲</sup> در پرونده گلوبال دیسکاور علی‌ه اسلواکی<sup>۳</sup> دیوان داوری استانداردهای زیر را برای تصمیم‌گیری درباره درخواست‌های ارائه اسناد اعمال خواهد کرد:

۱. مشخص بودن: درخواست باید هر سند یا دسته‌بندی اسناد را با دقت و وضوح مشخص کند.
۲. ارتباط موضوعی: درخواست باید ارتباط هر سند یا دسته‌بندی اسناد را برای اثبات ادعاهای مطرح‌شده در لوایح اثبات کند. در این دستور، اصطلاح «ارتباط» شامل هم ارتباط با اختلاف و هم اهمیت آن برای نتیجه دعوا می‌شود. در این مرحله، دیوان فقط می‌تواند ارتباط ظاهری<sup>۴</sup> اسناد درخواستی را ارزیابی کند، باتوجه‌به ادعاهای واقعی مطرح‌شده تاکنون، این ارزیابی اولیه مانع از بازنگری در ارزیابی دیوان در مراحل بعدی داوری، با در نظر گرفتن سوابق تکمیلی، نخواهد شد.
۳. مالکیت، نگهداری یا کنترل: درخواست باید نشان دهد که به احتمال زیاد اسناد درخواستی وجود دارند، در مالکیت، نگهداری یا کنترل طرف درخواست‌کننده نیستند، اما در اختیار، قدرت یا کنترل طرف مقابل قرار دارند.
۴. موازنه منافع: در صورت لزوم، دیوان میان منافع مشروع طرف درخواست‌کننده و طرف مقابل موازنه ایجاد خواهد کرد. در این راستا، تمام شرایط مرتبط در نظر گرفته می‌شود، ازجمله: امتیازات حقوقی قابل اعمال بر برخی مکاتبات، لزوم حفظ محرمانگی و تناسب میان اهمیت افشای احتمالی حقایق مرتبط و بار تحمیل‌شده بر طرف مقابل.<sup>۵</sup>

1. Kläger, Roland, **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law**, United States of America: Cambridge University Press, (2011), p239

2. Schill Stephan, "Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law Stephan", Schill Stephan., *Op. Cit*, p.169.

3. Discovery Global LLC v. Slovak Republic.

4. Prima Facie Relevance

5. Discovery Global LLC v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/21/51, Procedural Order No. 3 (Requests for Document Production), 20 June 2023, 11

قواعد کانون وکلای بین‌المللی ۲۰۲۰<sup>۱</sup> در ماده (۳.۳) به درخواست ارائه اسناد پرداخته است و اذعان داشته که باید شامل این موارد باشد: الف) توصیفی از هر سند درخواستی به میزان کافی برای شناسایی آن یا توصیفی با جزئیات کافی (ازجمله موضوع آن) از یک دسته محدود و مشخص از اسناد درخواستی که به‌طور معقولی باور بر وجود آنها باشد، درمورد اسنادی که به‌صورت الکترونیکی نگهداری می‌شوند، طرف درخواست‌کننده ممکن است ملزم شود یا دیوان داوری می‌تواند دستور دهد که باید فایل‌های مشخص، عبارات جست‌وجو، افراد مرتبط یا سایر روش‌های جست‌وجو را به‌گونه‌ای کارآمد و اقتصادی مشخص کند.

ب) بیانیه‌ای درمورد اینکه چگونه اسناد درخواستی با پرونده مرتبط و در نتیجه آن مؤثرند.  
ج) بیانیه‌ای مبنی بر اینکه اسناد درخواستی در اختیار، حضانت یا کنترل طرف درخواست‌کننده نیستند یا بیان دلایلی که نشان دهد ارائه این اسناد توسط طرف درخواست‌کننده غیرمنطقی و دشوار خواهد بود و بیان دلایلی که نشان دهد طرف درخواست‌کننده فرض می‌کند اسناد درخواستی در اختیار، نگهداری یا کنترل طرف دیگر است.  
دادگاه ممکن است مدارک را مستثنا کند اگر ارائه آنها بار غیرمعقولی بر یک طرف ایجاد کند، برای مثال، به دلیل حجم زیاد اسناد درخواستی یا در صورتی که استخراج یک سند بسیار دشوار باشد. با این حال، ادعای بار غیرمعقول می‌تواند در مورد اسنادی که قبلاً به عنوان مدرک ارائه شده‌اند نیز مطرح شود، به‌ویژه زمانی که حجم زیادی از اسناد، به دلیل تغییرات ایجادشده در پرونده تحت بررسی، اهمیت خود را از دست می‌دهند و گنجاندن آنها در پرونده رسیدگی، هزینه‌های غیرمعقولی را در پی خواهد داشت.<sup>۲</sup>

همچنین در پرونده ای‌دی‌اف علیه ایالات متحده آمریکا<sup>۳</sup> به بررسی رویه‌ای درخصوص دسترسی مؤثر و برابر طرفین به اسناد درخواستی مربوط می‌شود که این‌طور بیان می‌دارد:  
۱. دسترسی یک‌طرفه به اسناد: در مواردی که فقط یک طرف به اسناد مرتبط با دعوا دسترسی دارد، طرف دارای دسترسی باید اسناد را در اختیار طرف دیگر قرار دهد.

1. IBA Rules On Taking Evidence in International Arbitration 2020.

2. Catelli, Cinzia & Weinöhr-Brüggemann, Romana, "Evidentiary Objections", *Global Arbitration Review*, Available at: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/evidentiary-objections> (last visited 2025.05.05).

3. ADF Group Inc. v. United States of America

۲. اسناد موجود در حوزه عمومی: در صورتی که اسناد درخواستی در حوزه عمومی موجود و به‌طور برابر و مؤثر در دسترس هر دو طرف باشند، الزامی به ارائه فیزیکی اسناد توسط طرف مقابل وجود نخواهد داشت. با این حال اگر طرف درخواست‌کننده نشان دهد که دسترسی به این اسناد عمومی برای او متضمن بار مالی یا دشواری بیش‌ازحد است، طرف مقابل باید اسناد را برای بررسی در اختیار او قرار دهد.

۳. دسترسی به اسناد دولتی: در این پرونده خاص اگر خواننده مشخص کند که اسناد موردنظر در کدام نهاد دولتی در دسترس خواهان یا نمایندگان او به‌عنوان اعضای عمومی قرار دارند، مطابق ماده ۴۱(۲) از مقررات ایکسید، تعهد خود را نسبت به ارائه اسناد ایفا کرده است. خواننده همچنین باید شماره‌های مرجع اسناد و سایر اطلاعات لازم را ارائه کند تا مقامات مسئول بتوانند اسناد را در پایگاه‌های داده فیزیکی یا الکترونیکی به‌سرعت شناسایی و بازیابی کنند.

۴. ارائه کمک‌های لازم: ممکن است جزئیات اداری دیگری نیز وجود داشته باشد که خواننده باید به آنها رسیدگی کند (مانند تماس با متولیان اسناد) تا دسترسی مؤثر و سریع خواهان به اسناد تضمین شود. پیش‌بینی می‌شود خواننده کمک‌های لازم و متناسب را ارائه دهد، بدون آنکه الزاماً اسناد را به‌صورت فیزیکی به خواهان تحویل دهد.

۵. حسن نیت در داوری بین‌المللی: فرض اصلی این است که هر دو طرف با حسن نیت وارد داوری بین‌المللی شده‌اند و هیچ‌یک اسناد را برای منافع شخصی خود پنهان نخواهند کرد. حسن نیت باید مشکلات عملی مربوط به ارائه اسناد را بدون ایجاد هزینه یا دشواری غیرضروری برای هیچ‌یک از طرفین حل کند.<sup>۱</sup>

در یک دیدگاه توصیف یک سند منحصر به فرد باید به اندازه‌ای دقیق باشد که بتوان آن را شناسایی کرد و معمولاً شامل این موارد است: ۱- ارجاعی به نویسنده فرضی و گیرنده فرضی سند؛ ۲- تاریخ فرضی یا بازه زمانی مرتبط با منشأ سند؛ ۳- محتوای فرضی سند.

1. ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Procedural Order No. 3 Concerning the Production of Documents - 4 Oct 2001 , p4

اگر این الزامات رعایت نشوند، طرف مقابل ممکن است اعتراض کند که درخواست ارائه سند بیش‌ازحد گسترده بوده و در نتیجه غیرقابل پذیرش است.<sup>۱</sup> باید توجه کرد که صرف بالا بودن حجم اسناد دلیلی برای عدم ارائه آن به دیوان نیست. در پرونده آی‌ان‌ای کورپوریشن علیه جمهوری اسلامی ایران،<sup>۲</sup> خوانده علی‌رغم دستور صریح دیوان، نه متن این مقررات و دستورالعمل‌ها و نه اسناد پشتیبان را ارائه کرده است. توجیه خوانده مبنی بر «حجم بالای اسناد» برای عدم پایبندی به دستور دیوان قانع‌کننده نیست؛ بنا به این دلایل:

۱. تأخیر در اعلام: این ادعا فقط در جلسه دادرسی و پس از انقضای مهلت مقرر مطرح شد.
۲. عدم شفافیت: خوانده هیچ توضیحی درباره حجم واقعی اسناد، ماهیت مشکلات ادعایی و موانع ارائه یا بازرسی اسناد ارائه نکرده است.<sup>۳</sup>
- در نهایت گفتنی است که هر دلیلی باتوجه به موضوع دعوا و اوضاع و احوال حاکم بر آن می‌تواند برای اثبات مورد استفاده و تحت ارزیابی درست داور قرار گیرد.<sup>۴</sup>

### ۳. برقراری تعادل هزینه و کارایی در افشای اسناد

در اصل، مفهوم داوری به‌عنوان روشی برای حل اختلافات مفهومی ساده بود: «بنابراین عمل داوری به‌نوعی به‌طور طبیعی در نظام‌های ابتدایی حقوق پدیدار می‌شود و حتی پس‌ازآنکه دادگاه‌ها توسط دولت تأسیس شدند و مراجعه به آنها به روش طبیعی حل اختلاف تبدیل شد، این رویه همچنان ادامه یافت؛ زیرا طرفین یک اختلاف مایل بودند آن را با تشریفات و هزینه‌های کمتر نسبت به مراجعه به دادگاه‌ها حل‌وفصل کنند».<sup>۵</sup> چنان‌که واضح است حتی در مفهوم ساده‌ای از داوری این‌طور استنتاج می‌شود که تشریفات و هزینه کمتر از دلایل تمایل مردم به این نوع از حل‌وفصل اختلاف است.

1. Catelli Cinzia and Weinöhl-Brüggemann Romana, *Op.Cit.*

2. INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran

3. INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, IUSCT Case No. 161, Award (Award No. 184-161-1), 13 Aug 1985, 37

۴. رمضان‌پور، هادی، فیروز آبادیان، مهدی و افشارقوچانی زهره، «قواعد حاکم بر شیوه بررسی ادله در داوری تجاری بین‌المللی حقوق ایران و انگلیس»، *مطالعات فقه اقتصادی*، دوره ششم، شماره چهارم، ۱۴۰۳، ص ۱۸۰.

5. [Redfern](#) Alan and Hunter Martin, *Cit*, 239

شواهد بیشتر، ناگزیر به معنای کار بیشتر برای دیوان داوری، طرفین و نهادهای داوری است که اغلب به رعایت ضرب‌الاجل‌های سخت‌گیرانه و تقویم رویه‌ای فشرده متعهدند. این امر منجر به افزایش هزینه‌ها و تأخیرها می‌شود. بنابراین، یکی از وظایف مهمی که دیوان‌ها را در حذف شواهد راهنمایی می‌کند، تضمین کارایی و صرفه‌جویی در فرایند دادرسی است.

این وظیفه منابع متعددی دارد؛ از جمله برخی از مهم‌ترین قوانین داوری داخلی و مقررات داوری که آن را به عنوان وظیفه‌ای کلی برای دیوان در نظر می‌گیرند. این وظیفه شامل دو جنبه است: ۱. اجتناب از تأخیر غیرضروری که بر لزوم سرعت در حل اختلافات دلالت دارد؛ ۲. در نظر گرفتن مقرون به صرفه بودن فرایند داوری.<sup>۱</sup>

همان‌طور که یک داور باتجربه (و قاضی سابق) بیان کرده است: «این یک کلیشه است که هدف کاربران داوری، دستیابی به قطعیت سریع و با انصاف و صرفه‌جویی در هزینه‌هاست. اما مانند همه کلیشه‌ها، این گفته نیز حقیقت دارد. جوهره الگوی مشترک در حال ظهور در داوری بین‌المللی برای تحقق این اهداف از طریق سیستمی از کنترل‌ها و توازن‌ها طراحی شده است که عمدتاً شامل رسیدگی‌های کتبی است تا بر مسائل مهم تمرکز کرده، از گرفتار شدن در جزئیات غیرضروری اجتناب کند و جلسات شفاهی را تا حد امکان محدود سازد».<sup>۲</sup>

در عمل، درخواست‌های ارائه اسناد معمولاً از طریق جدول ردفرن<sup>۳</sup> مدیریت می‌شوند. این جدول به دیوان داوری امکان می‌دهد به صورت کارآمد و اغلب بدون برگزاری جلسه استماع درباره پذیرش یا رد درخواست‌ها تصمیم‌گیری کند. ساختار جدول ردفرن معمولاً شامل چهار ستون است:

۱. ستون اول و دوم: طرف درخواست‌کننده، اسناد یا دسته‌بندی اسنادی را که به طور منطقی معتقد است وجود دارند، توصیف و ارتباط و اهمیت آنها را بیان می‌کند.
۲. ستون سوم: طرفی که درخواست متوجه اوست، مشخص می‌کند که آیا با درخواست موافقت می‌کند یا دلایل خود را برای مخالفت با آن ارائه می‌دهد.

1. Godhe, Aleksander, "Tribunal Duties and the Exclusion of Evidence in International Arbitration: The Tug-of-War of Fairness and Efficiency," *Arbitration International*, vol 41 Issue 1, (2024)P114

2. Redfern Alan and Hunter Martin, *Cit*, p73

3. Redfern Schedule



۳. ستون چهارم: دیوان داوری تصمیم خود را اعلام و درخواست اطلاعات تکمیلی می‌کند یا در موارد نادر، جلسه‌ای برای بررسی درخواست مورد اختلاف برگزار می‌نماید.

برخی از نسخه‌های پیشرفته‌تر جدول ردفرن ممکن است دارای ستون‌های اضافی باشند، مانند ستونی برای پاسخ طرف درخواست‌کننده به اعتراضات طرف مقابل.<sup>۱</sup> یکی از ابزارهای نوینی که اخیراً توسط گروهی از متخصصان طراحی شده است، جدول آرمستو<sup>۲</sup> نام دارد. این جدول که از جدول ردفرن الهام گرفته شده، یک جدول تعاملی و کاربرپسند محسوب می‌شود که در آن اسناد توصیف می‌شوند، طرف مقابل با درخواست ارائه اسناد موافقت یا به آن اعتراض می‌کند و در نهایت دیوان داوری درباره پذیرش یا رد درخواست تصمیم‌گیری می‌نماید. تفاوت‌های جدول آرمستو و جدول ردفرن عمدتاً در قالب و ساختار، الزامات و اعتراضات آنها نهفته است. جدول آرمستو استانداردهای قوانین کانون وکلای بین‌المللی را در سه الزام و شش اعتراض ادغام کرده است. مطابق ماده (۳.۳) قوانین کانون وکلای بین‌المللی، طرف درخواست‌کننده باید نشان دهد که هریک از اسناد یا دسته‌بندی اسناد مورد درخواست، سه الزام اساسی را برآورده می‌کند.

برنامه آرمستو سه مزیت کلیدی دارد:

۱. استانداردسازی معیارها که فرایند ارائه و ارزیابی درخواست‌های ارائه اسناد را نظام‌مند می‌سازد.
۲. تعریف روشن ضوابط تصمیم‌گیری دیوان داوری که شفافیت بیشتری در روند داوری ایجاد می‌کند.
۳. محدودسازی دامنه ارائه اسناد که از درخواست‌های غیرضروری جلوگیری می‌کند و روند داوری را کارآمدتر می‌سازد.<sup>۳</sup>

در برخی موارد، از جدول استرن<sup>۴</sup> به جای سایر جداول استفاده می‌شود. این جدول نسخه‌ای اصلاح‌شده از جدول ردفرن است که خواندن درخواست‌ها و پاسخ‌های طولانی را ساده‌تر و کارآمدتر می‌کند.<sup>۱</sup>

1. Commission, Jeffery and Moloo, Rahim, **Procedural Issues in International Investment Arbitration**, United Kingdom: Oxford University Press, 2018.p116

2. Arnesto Schedule

3. Mélanie Riofrio Piché, Sofia de Sampaio Jalles, The Arnesto Schedule: a Step Further to a More Efficient Document Production, Available at: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-arnesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/> ( last visited 2025.05.05).

4. Stern Schedule

دکتر یورگ ریس، معضل «مثلث جادویی» را معرفی کرد؛ مفهومی آشنا برای کسانی که در دنیای سرمایه‌گذاری‌ها فعال‌اند و این مفهوم در زمینه داوری نیز کاربرد دارد. اضلاع این مثلث نمایانگر اهداف مطلوب داوری‌اند که نمی‌توان هم‌زمان در یک داوری به‌طور کامل به آنها دست یافت. تنها دو ضلع از مثلث را می‌توان هم‌زمان انتخاب کرد. اضلاع مثلث ریس عبارت‌اند از: «کارایی زمان»، «صرفه‌جویی در هزینه‌ها» و «کیفیت حکم داوری». دو ضلع اول این مثلث، یعنی «کارایی زمان» و «صرفه‌جویی در هزینه‌ها»، می‌توانند تحت یک مفهوم مشترک از کارایی داوری قرار گیرند. بنابراین نویسندگان به‌منظور یافتن تعادل بین اضلاع مثلث، این مفهوم را دوباره مطرح کرده‌اند و تلاش می‌کنند که تعادل بین اضلاع «اختیار طرفین»، «روند قانونی» و «کارایی» را در داوری پیدا کنند.<sup>۲</sup>

در عمل، دیوان‌های داوری که تحت قواعد آنسیترال (و سایر مقررات) فعالیت می‌کنند، اغلب محدودیت‌هایی را بر دامنه افشای اسنادی که از طرفین درخواست می‌شود، اعمال می‌کنند. این امر معمولاً به دلایل کارایی و هزینه انجام می‌شود. این رویکرد در رویه دیوان دعوای ایران و ایالات متحده، که نسخه‌ای از قواعد آنسیترال ۱۹۷۶ را به کار می‌گیرد، نیز منعکس شده است؛ به‌گونه‌ای که این دیوان معمولاً فقط دستور ارائه اسناد «مهم» را صادر می‌کرد. اما اعمال چنین محدودیت‌هایی در داوری‌های خاص به‌معنای محدودیتی کلی‌تر بر اختیار دیوان‌های داوری نیست.<sup>۳</sup>

در دو دهه پایانی قرن بیستم، تأخیر و اختلال به مسائل مهمی در داوری تجاری بین‌المللی تبدیل شدند و به‌طور گسترده توسط گروه‌های کاری در کنگره‌های انجمن بین‌المللی کنگره‌ها و همایش‌ها<sup>۴</sup> در دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ مورد بحث قرار گرفتند. داوری برای بقای خود به سرعت و مقرون‌به‌صرفه بودن متکی است. اغلب، آنچه سریع است، مقرون‌به‌صرفه نیز است. این موضوع توسط قانون‌گذاران و نهادها به رسمیت شناخته شده است. با این حال، مهم است که رویه‌های اتخاذشده توسط هیئت‌های داوری منصفانه باشند. باید تعادلی بین سرعت و انصاف برقرار شود. این تعادل از پرونده‌ای به پرونده دیگر متفاوت است و هیچ محدودیت زمانی مطلق‌ای نمی‌توان

1. Commission Jeffery and Moloo Rahim, *Cit*, p22

2. Fortese, Fabricio and Hemmi, Lotta, "Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration", *Groningen Journal of International Law*, vol3 No1, (2015), p122.

3. Gary Born, *Cit*, P3694.

4. ICCA

تعیین کرد. طرفین نیز در این زمینه نقش خود را دارند و موضوع تأخیر باید در نظر گرفته شود. رویه‌هایی که در یک فرایند داوری اتخاذ می‌شوند، باید به ماهیت اختلاف بستگی داشته باشند و هیئت داوری باید آزاد باشد تا رویه‌ها را براساس نیازهای خود طراحی کند؛ رویه‌های دقیق توافق‌شده توسط طرفین به‌طور غیرضروری دست هیئت داوری را می‌بندند. تأخیر ممکن است با انتخاب هوشمندانه ترکیب هیئت داوری به‌راحتی اجتناب شود، نه با گنجاندن قواعد رویه‌ای دقیق در توافق داوری.<sup>۱</sup>

ازسوی دیگر، افشای اسناد باید متناسب با میزان اختلاف مالی باشد تا از خطر پیروزی پرهزینه جلوگیری شود. رتومارگی‌تولا<sup>۲</sup> براین باور است: «داوران باید به موضوع ارائه اسناد نه‌تنها از منظر حقوقی محض، بلکه از دیدگاه تجاری نیز بنگرند.» در یک دعوای کم‌ارزش مالی، منطقی نیست که افشای اسناد گسترده و پرهزینه مجاز شود.<sup>۳</sup>

در نظرسنجی داوری بین‌المللی سال ۲۰۲۱ دانشگاه کوئین‌مری لندن و مؤسسه وایت و کیس با عنوان «انطباق داوری با دنیای درحال تغییر»، ۲۷ درصد از مصاحبه‌شوندگان پاسخ دادند که برای کاهش هزینه‌ها یا تسریع داوری، از فرایند افشای اسناد صرف‌نظر خواهند کرد. افشای اسناد سومین گزینه‌ای بود که بیشترین رأی را برای حذف شدن به‌منظور ارزان‌تر و سریع‌تر شدن داوری دریافت کرد.<sup>۴</sup> بالاین‌حال، کاربران به‌طور عمده با اثرهای جانبی ناخواسته افشای اسناد یعنی افزایش هزینه و زمان رسیدگی مشکل دارند، نه با خود این ابزار.

در سال ۲۰۱۸، در کمیته نویسندگان متشکل از کشور روسیه و برخی دیگر از کشورهای عضو انجمن (کشورهای مشترک‌المنافع مستقل و اروپای شرقی و نیز پرتقال، دانمارک، سوئیس، آلمان و فرانسه) پیش‌نویس قواعد تحت عنوان قواعد تفتیشی راجع به تحصیل دلیل در داوری بین‌المللی یا قواعد پراگ را به‌طور رسمی تصویب کرده‌اند. طبق پیش‌نویس این قواعد، استفاده از این نظام سبب افزایش کارآمدی جریان داوری بین‌المللی از طریق کاهش هزینه و زمان

1. [Redfern](#) Alan and Hunter Martin, Cit, p288.

2. Reto Marghitola

3. Vallejo Damián and [Romay Esther](#), Cit

4. *Ibid*

می‌شود.<sup>۱</sup> قواعد پراگ رویکرد سخت‌گیرانه‌ای نسبت به ارائه اسناد دارد که این موضوع از ماده (۴.۲) این قواعد قابل استنباط است: «به‌طور کلی، دیوان داوری و طرفین تشویق می‌شوند که از هرگونه ارائه اسناد، از جمله کشف اسناد الکترونیکی، اجتناب کنند».

یک راه‌حل برای از بین بردن بار سنگین و زمان‌بر ارائه اسناد این است که برای مثال، داوران از طرف درخواست‌کننده بخواهند تا نمونه‌ای از معاملات را بررسی کند. برای این کار، طرفی که اسناد را در اختیار دارد، باید فهرست یا جدولی تهیه کند که شامل جزئیات تمام معاملات مرتبط با موضوع اختلاف باشد. سپس طرف درخواست‌کننده می‌تواند به‌صورت تصادفی نمونه‌ای از این معاملات را انتخاب کند. امروزه نرم‌افزارهایی وجود دارند که می‌توانند این نمونه‌گیری را به‌صورت تصادفی انجام دهند که این کار احتمال انتخاب گزینشی یا غیر نماینده بودن نمونه را کاهش می‌دهد. پس از انتخاب نمونه، طرفی که اسناد را ارائه می‌دهد، می‌تواند مدارک مربوط به هریک از مراحل فرایند را جمع‌آوری و در اختیار قرار دهد. این روش باعث می‌شود فرایند افشای اسناد کارآمدتر و منصفانه‌تر انجام شود.<sup>۲</sup> زمان و هزینه‌های مربوط به درخواست‌های ارائه اسناد، در صورت وجود، می‌تواند از طریق توافق بر یک یا چند از این موارد کاهش یابد: محدود کردن تعداد درخواست‌ها؛ محدود کردن درخواست‌ها به اسنادی (کاغذی یا الکترونیکی) که در نتیجه پرونده مرتبط و مؤثرند؛ تعیین مهلت‌های معقول برای ارائه اسناد؛ استفاده از جدول ارائه اسناد که توسط آلن ردفرن طراحی شده است.

به‌طور خاص، معمولاً ارسال تمام اسنادی که در پاسخ به درخواست‌های ارائه اسناد تولید شده‌اند، به هیئت داوری مناسب نیست. این کار نه فقط هزینه‌های غیرضروری ایجاد می‌کند، بلکه باعث دشواری در آماده‌سازی کارآمد هیئت داوری نیز می‌شود.<sup>۳</sup> قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز در ماده (۱) ۲۵ بیان داشته است: «دیوان داوری باید در کوتاه‌ترین زمان ممکن، با استفاده از تمامی روش‌های مناسب، به احراز حقایق پرونده بپردازد».

۱. صمدی مله، صاحبه و همایون مافی، «کشف حقیقت در داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر قواعد پراگ (۲۰۱۸)»، حقوق تطبیقی (نامه مفید)، د. ۸، ش. ۲، ۱۴۰۰، ص. ۲۳۸.

2. Bernard Hanotiau, "DOCUMENT PRODUCTION IN INTERNATIONAL ARBITRATION: A TENTATIVE DEFINITION OF 'BEST PRACTICES'" Teresa Giovannini, Alexis Mourre, *Cit*, p 360

3. ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, (2018), p 14.

## نتیجه‌گیری

دامنه جست‌وجو برای افشای اسناد باید متناسب با نیازهای واقعی پرونده و استانداردهای معمول در داوری بین‌المللی تعیین شود. از یک سو اگر دامنه جست‌وجو بیش‌ازحد گسترده باشد، می‌تواند منجر به اتلاف وقت و افزایش هزینه‌های طرفین شود. از سوی دیگر، محدود بودن دامنه جست‌وجو ممکن است موجب عدم دسترسی به اسنادی گردد که نقش کلیدی در حل اختلاف دارند. در این زمینه، رویکردهای متفاوتی در نظام‌های حقوقی مختلف اتخاذ شده است. برای مثال، در نظام حقوقی عرفی دامنه گسترده‌تری برای افشای اسناد در نظر گرفته می‌شود؛ درحالی‌که در نظام حقوقی نوشته دامنه افشا محدودتر است. از منظر برخی صاحب‌نظران و رویه‌ها، دامنه افشا در داوری بین‌المللی به ارتباط اسناد با موضوع، اهمیت آنها در تعیین هدف مورد نظر و دستیابی به حقیقت از دید داوران، تناسب میان هدف غایی و دشواری ارائه اسناد، مشخص بودن آن اسناد و میزان دسترسی طرفین به آن اسناد اینکه در دسترسی عموم قرار دارند، از مسائلی بوده‌اند که مورد توجه قرار گرفته‌اند. میزان تلاش برای تولید اسناد باید متناسب با اهمیت پرونده، ارزش مالی آن و میزان تأثیر اسناد بر نتیجه داوری باشد. در برخی موارد، طرفین ممکن است موظف شوند اسناد را از منابع مختلف جمع‌آوری کنند و در اختیار داوران قرار دهند. اما این تلاش نباید فراتر از میزان معقول باشد؛ به‌گونه‌ای که طرفین را تحت فشار غیرضروری قرار دهد. در نتیجه، مقررات داوری معمولاً معیارهایی را برای تعیین میزان معقول تلاش جهت تولید اسناد ارائه می‌کنند؛ به‌خصوص که در برخی دعاوی، هزینه‌های افشای اسناد می‌تواند بیش‌ازحد بالا رود.

یکی از چالش‌های مهم در افشای اسناد، هزینه‌های مرتبط با آن است. این هزینه‌ها شامل هزینه‌های مستقیم (مانند گردآوری، دسته‌بندی و ارائه اسناد) و هزینه‌های غیرمستقیم (مانند تأخیر در فرایند داوری و افزایش حق‌الزحمه وکلا) می‌شود. در مواردی که هزینه‌های افشا بیش‌ازحد باشد و تناسبی با ارزش دعوا نداشته باشد، مقررات داوری ممکن است به داوران اجازه دهند که میزان افشا را محدود کنند. همچنین برخی قواعد داوری بین‌المللی مانند قواعد کانون وکلای بین‌المللی، اصولی برای کنترل هزینه‌های مرتبط با افشای اسناد ارائه کرده‌اند. در این چارچوب، هزینه‌های افشا فقط در صورتی قابل توجیه است که تأثیر قابل توجهی بر نتیجه پرونده

داشته باشد. افشای اسناد تأثیر مستقیمی بر سرعت و کارایی داوری دارد. در برخی موارد، افشای بیش‌ازحد اسناد باعث پیچیدگی و کُندی فرایند رسیدگی و مانع از تصمیم‌گیری سریع داوران می‌شود. ازسوی دیگر، فقدان اسناد کافی نیز ممکن است موجب تصمیم‌گیری نادرست و ایجاد چالش در اجرای رأی شود. برای حفظ تعادل میان این دو جنبه، داوران معمولاً معیارهایی را برای ارزیابی ارتباط و ضرورت اسناد ارائه‌شده در نظر می‌گیرند. به‌این‌ترتیب، روش‌هایی مانند تعیین محدودیت‌های زمانی برای ارائه اسناد و بررسی اولیه ارتباط اسناد می‌تواند در بهبود کارایی و سرعت داوری نقش مهمی ایفا کند. اختیار داوران در تصمیم‌گیری پیرامون افشای اسناد، معمولاً از توافق طرفین، مقررات داوری انتخاب‌شده و اصول کلی حقوقی ناشی می‌شود. در صورتی که طرفین در موافقت‌نامه داوری، ضوابط مشخصی برای افشای اسناد تعیین نکرده باشند، داوران براساس قواعد پذیرفته‌شده در نهاد داوری مربوطه تصمیم‌گیری می‌کنند. همچنین برخی نظام‌های حقوقی به داوران اختیار داده‌اند که میزان افشا را متناسب با شرایط پرونده تنظیم کنند. درمجموع، افشای اسناد در داوری بین‌المللی باید براساس اصولی همچون تناسب، ضرورت، موازنه منافع و کارایی تنظیم شود. دامنه جست‌وجو برای اسناد نباید بیش‌ازحد گسترده یا بیش‌ازحد محدود باشد؛ بلکه باید متناسب با نیازهای پرونده باشد. میزان تلاش برای تولید اسناد نیز باید معقول و متناسب با اهمیت دعوا باشد. درخصوص هزینه‌ها، باید هزینه افشا را باتوجه‌به ارزش دعوا و تأثیر آن بر نتیجه پرونده توجیه کرد. همچنین برای جلوگیری از تأخیرهای غیرضروری، مقرراتی برای استفاده درست از فرایند افشا و افزایش کارایی داوری باید لحاظ شود. در نهایت، اختیار داوران در این زمینه از مقررات داوری، توافق طرفین و اصول کلی حقوقی سرچشمه می‌گیرد.

## منابع

### مقاله

۱. بابایی، عطیه، «ارزش اثباتی ادله دعوا در قانون حاکم بر داوری تجاری بین‌المللی»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، د. ۹، ش. ۳، شماره پیاپی ۲۹، ۱۳۹۵، صص. ۱۱-۲۴.

۲. رمضان‌پور، هادی، فیروز ابادیان مهدی و افشار قوچانی زهره، «قواعد حاکم بر شیوه بررسی ادله در داوری تجاری بین‌المللی حقوق ایران و انگلیس»، *مطالعات فقه اقتصادی*، د. ۶، ش. ۴، ۱۴۰۳، صص. ۱۶۷-۱۸۲. 10.22034/EJS.2024.468221.1875
۳. صمدی مله، صاحبه و مافی همایون، «کشف حقیقت در داوری تجاری بین‌المللی با تأکید بر قواعد پراگ (۲۰۱۸)»، *حقوق تطبیقی (نامه مفید)*، د. ۸، ش. ۲، ۱۴۰۰، صص. ۲۳۷-۲۵۸. <https://doi.org/10.22096/law.2021.119449.1600>
۴. مافی، همایون و جواد شمسی، «دعوای متقابل در داوری داخلی و داوری تجاری بین‌المللی»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، د. ۲۵، ش. ۹۲، ۱۳۹۹، صص ۲۷۳-۲۹۱.
۵. منصوریان، ناصرعلی، «سازوکار «کشف دلیل» درحقوق تطبیقی و حقوق بین الملل»، *فصلنامه علمی تخصصی دانشنامه حقوقی*، د. ۳، ش. ۸، ۱۳۹۹، صص. ۲۰۷-۲۳۰. 10.22034/LAW.2021.525492.1053
۶. یونسین، آزاده، «ادله اثبات دعوی در داوری‌های تجاری بین‌المللی»، *نشریه حقوق و فقه*، د. ۱۴، ۱۴۰۰، صص. ۷-۴۲.

## References

### Books

1. Born, Gary, **International Commercial Arbitration**, Third Edition, The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2020.
2. Commission, Jeffery and Moloo, Rahim, **Procedural Issues in International Investment Arbitration**, United Kingdom: Oxford University Press, 2018.
3. Garner, Bryan, **Black's Law Dictionary**, 9<sup>th</sup> Edition, United States of America: West Group, 2009.
4. Giovannini, Teresa and Mourre, Alexis, **Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies**, France: Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
5. Jenkins, Jane, **International Construction Arbitration Law**, Second Revised Edition, The Netherlands: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
6. Kläger, Roland, **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law**, United States of America: Cambridge University Press, 2011.
7. Redfern, Alan and Hunter, Martin, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, 4th Edition, London: Sweet & Maxwell, 2004.
8. Schill, Stephan, **International Investment Law and Comparative Public Law**, United States: Oxford University Press, 2010.
9. Procedural Decisions in ICC Arbitration – **2014 Supplement**, ICC **International Court of Arbitration Bulletin**, Vol. 25, Supplement, France: ICC, 2015.

### Articles

10. Babai, Atiyeh. "Evidentiary Value of Proof in the Law Governing International Commercial Arbitration", *Fiqh and Islamic Legal Principles*, Vol. 9, No. 3, 2016, PP. 11–34. (in Persian)
11. Fortese, Fabricio and Hemmi, Lotta, "Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration", *Groningen Journal of International Law*, vol. 3 No. 1, 2015, PP. 110–124. <https://doi.org/10.21827/5a86a89d8e651>
12. Godhe, Aleksander, "Tribunal Duties and the Exclusion of Evidence in International Arbitration: The Tug-of-War of Fairness and Efficiency",



- Arbitration International*, vol. 41 Issue 1, 2024, PP. 103–117.  
<https://doi.org/10.1093/arbint/aiae037>
13. Mafie, Homayoun, Shamsi, Javad, “Counterclaims in Domestic and International Commercial Arbitration”, *Judicial Legal Perspectives*, Vol. 25, No. 92, 2020, PP. 273–291. (in Persian)
14. Mansourian, Naser-Ali, “The Mechanism of ‘Discovery of Evidence’ in Comparative Law and International Law”, *Legal Encyclopedia Quarterly*, Vol. 3, No. 8, 2020, PP. 207–230.  
<https://doi.org/10.22034/LAW.2021.525492.1053> (in Persian)
15. Ramazanpour Hadi, Firoozabadian, Mahdi, Afsharghoochani, Zohreh, “Rules Governing the Evaluation of Evidence in International Commercial Arbitration: A Comparative Study of Iranian and English Law”, *Studies in Economic Jurisprudence*, Vol. 6, No. 4, 2024, PP. 167–182. <https://doi.org/10.22034/EJS.2024.468221.1875> (in Persian)
16. Samadi Maleh, Sahebeh, Mafie, Homayoun, “Truth-Seeking in International Commercial Arbitration with Emphasis on the Prague Rules (2018)”, *Comparative Law Review* (Name-ye Mofid), Vol. 8, No. 2, 2021, PP. 237–258. <https://doi.org/10.22096/law.2021.119449.1600> (in Persian)
17. Tavender, E. D. D., “Considerations of Fairness in the Context of International Commercial Arbitration”, *Alberta Law Review*, Vol. 34 No. 3, 1996, PP. 509–545. [doi.org/10.29173/alr655](https://doi.org/10.29173/alr655)
18. Younesian, Azadeh. “Evidence in International Commercial Arbitration”, *Law and Jurisprudence Journal*, No. 14, 2021, PP. 7–42. (in Persian)

**Cases**

19. ADF Group Inc. v. United States of America.
20. Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan (I).
21. Discovery Global LLC v. Slovak Republic.
22. INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran.
23. PL Holdings S. a. r. l. v. Poland, SCC.

**Report**

24. ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration(2018).

**Rules**

- 25. ICC Arbitration Rules 2021.
- 26. IBA Rules On Taking Evidence in International Arbitration 2020.

**Websites**

- 27. Baysal, Pelin & Çevik, Bilge Kağan, "Document Production in International Arbitration: The Good or the Evil? ", *Kluwer Arbitration Blog* Available at:  
<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/09/document-production-in-international-arbitration-the-good-or-the-evil/> (last visited 2025.05.05).
- 28. Catelli, Cinzia & Weinöhrl-Brüggemann, Romana. "Evidentiary Objections", *Global Arbitration Review*, Available at:  
<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/evidentiary-objections> (last visited 2025.05.05).
- 29. Riofrio Piché, Mélanie & de Sampaio Jalles, Sofia. "The Armesto Schedule: A Step Further to a More Efficient Document Production.?", *Kluwer Arbitration Blog*, Available at:  
<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/> (last visited 2025.05.05).
- 30. Touzet, Justine, "Document Production", *Jusmundi*, Available at: >:  
<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-document-production> (last visited 2025.05.05).
- 31. Vallejo, Damián & Romay, Esther, "Perspectives on Document Disclosure", *Global Arbitration Review*, Available at:  
<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/2nd-edition/article/perspectives-document-disclosure> (last visited 2025.05.05).

## **Disclosure of Documents in International Arbitration**

**Saman Mohammadian\***

**Fateme Zeynodini\*\***

Received: 2025.05.11

Accepted: 2025.08.19

### **Abstract**

Documents are an integral part of arbitration proceedings and play a key role in articulating the parties' claims and defenses. In international arbitration, procedural orders—such as document production orders—are issued based on the needs and discretion of the arbitrator or tribunal. This area is significantly influenced by the divergence between common law and civil law traditions. In common law systems, document disclosure is broader and based on transparency and truth-finding, whereas civil law systems adopt a more limited approach, focusing mainly on documents already in the parties' possession. Given that parties in international arbitration often come from different legal backgrounds, their expectations regarding document disclosure may differ. Therefore, adopting a fair and balanced approach to disclosure is essential to ensure efficiency and the legitimacy of the arbitral process. In this regard, fairness and equity must be preserved alongside key elements such as efficiency, speed, and cost-effectiveness. The scope of disclosure should be defined by clear criteria such as specificity, relevance, materiality, proportionality, and accessibility. Ignoring these criteria can lead to excessive costs, delays, and inefficiency in arbitration proceedings. Overwhelming document production may also confuse and frustrate parties and undermine fundamental principles.

### **Keywords:**

Document Disclosure, Request to Produce Documents, International Arbitration, Efficiency, Burdensome.

---

\* L.L.M Student, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

\*\* Assistant Professor, Faculty of Governance, University of Tehran, Tehran, Iran

Corresponding Author Email: zeynodini@ut.ac.ir



# تحول گفتمان مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی: از تعهد اخلاقی به الزام قانونی در پرتو واکاوی حق و نفع

هادی صالحی \*

ندا کردونی \*\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۰

## چکیده

جایگاه و ارتباط مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی در درون نظام حقوقی همواره مورد اختلاف نظر بوده است. این مهم که مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی سازوکاری داوطلبانه یا الزام آور است، امروزه و با تحولاتی که در برخی نظام های ملی و بین المللی مانند اتحادیه اروپا رخ داده است، بیش از گذشته مورد تردید است. این مقاله با استفاده از تئوری حقوق درمورد اخلاق، ارتباط بین مسئولیت های قانونی و اخلاقی را برجسته و پیوند و تعاملی دوسویه بین اهداف اقتصادی شرکت ها و مسئولیت های اجتماعی شرکتی را خاطرنشان می کند تا نشان دهد تعهدات مسئولیت اجتماعی شرکتی با وظایف قانونی شرکتی ارتباط تنگاتنگ دارد. از آنجایی که این تعهدات با پاسخ گویی شرکتی نیز در ارتباط اند، این نوشتار تلاش دارد که با تمرکز بر مفهوم ذی نفعان در رویکردهای اخلاقی و حقوقی نشان دهد که بخش گسترده ای از حوزه تعهداتی مسئولیت اجتماعی شرکتی، الزامی است نه داوطلبانه. هرچند این الزام ممکن است برآمده از یک قانون در مفهوم مضیق و دولت محور آن نباشد.

## کلید واژگان:

حقوق شرکتی، اقتصاد، اصول اخلاقی، سیاست گذاری، ذی نفعان.

\* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)  
hadi.salehi@shirazu.ac.ir

\*\* دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه کوپنن، کینگستون، کانادا



Copyright: ©2024 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/>).

تنها انطباق با چارچوب‌های قانونی کافی نیست که اعمال و تحرکات در جامعه پذیرفته آید و مطلوب واقع شود. معیارهایی دیگری نیز در کار است تا عمل و حرکت سکه قبول بر خود گیرد. این معیارها عموماً بر دو رکن عرف و اخلاق استوار است. عرف در مظاهر گوناگون آن، اعم از عرف صنعتی و حرفه‌ای و عرف بازرگانی یا عرف وابسته به تشکلهای مختلف اجتماعی بر اعمال مهر قبول یا رد می‌زنند.

## مقدمه

زمانی که از مسئولیت سخن گفته می‌شود، نمی‌توان بی‌آنکه جایگاه مسئولیت موردنظر را در نظام اخلاقی، حقوقی و سیاستی مشخص کرد از چیستی و چرایی آن چیزی گفت. زمانی که از مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی<sup>۱</sup> نیز سخن می‌گوییم، این چالش دوجندان می‌شود. ما از چگونه مسئولیتی، چرا چنین مسئولیتی و مسئولیت در برابر چه کسانی در قالب مسئولیت (اجتماعی) یک سازمان یا شرکت درحال سخن گفتن هستیم؟ پاسخ به این پرسش‌ها امروزه از اهمیت بیشتری نسبت به گذشته برخوردار است؛ زیرا ما با فرایندهای سریع و درحال تحولی در قاعده‌گذاری، قانون‌گذاری و سیاست‌گذاری در حوزه پایداری و مسئولیت سازمانی / شرکتی روبه‌رو هستیم. به عبارت بهتر، ما شاهد آنیم که اکوسیستم (زیست بوم) تجاری در سطوح مختلف ملی، منطقه‌ای و بین‌المللی به شیوه‌ها و در قالب‌های مختلف در تلاش برای تنظیم روابط سازمانی / شرکتی با جامعه، محیط زیست و ذی‌نفعان است. این تنظیم رابطه گاه در قالب قانون‌گذاری

۱. موحد، محمدعلی، **در هوای حق و عدالت**. جلد ۱. تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۱، ص ۳۲.

۲. با اذعان به اختلاف نظرهای گسترده درخصوص اصطلاح Corporate Social Responsibility، مطابق با استاندارد ملی مسئولیت اجتماعی و خیر همگانی - راهنما منتشر شده از سوی سازمان ملی استاندارد ایران در سال ۱۴۰۰، در این مقاله از مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی به‌عنوان معادل فارسی این اصطلاح استفاده می‌شود. نویسندگان همچنین بر تغییر اصطلاحات مرتبط با تجارت مسئولانه و نفوذ واژگانی مانند پایداری شرکتی به‌ویژه در قالب گزارش‌دهی پایداری (Sustainability Reporting) تأکید داشته و تلاش خود را به واکاوی مفهوم حق و نفع در ذیل انواع مسئولیت‌های شرکتی / سازمانی در پرتو این‌گونه گفتمان‌ها معطوف کرده‌اند.

در حوزه حقوق شرکت‌ها، درخصوص هدف شرکت‌های تجاری دو نظریه رقیب حاکم است: ارزش سهام‌داری هدایت‌شده<sup>۱</sup> و تکثرگرایی<sup>۲</sup>. تکثرگرایان در این حوزه که اندیشه‌هایشان در رویکردهای چند ذی‌نفعی نیز بازتاب داده می‌شود، قائل به این مهم‌اند که منافع بخش خصوصی باید در مسیر منافع عمومی محدود شود.<sup>۳</sup> مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی نیز یکی از حوزه‌ها و ابزارهایی است که می‌تواند در قالب حقوق شرکت‌ها مورد توجه قرار گیرد. اما چپستی، ماهیت و نوع ارتباط مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی با نظام حقوقی همواره مورد اختلاف نظر بوده است. این مهم که مسئولیت اجتماعی یک سازوکار داوطلبانه یا الزام‌آور است، امروزه و با تحولاتی که در برخی نظام‌های ملی و بین‌المللی پدید آمده، بیش از گذشته مورد تردید است.

ازسویی دیگر، در ماهیت مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی نیز اختلافات فراوانی وجود دارد. «ادبیات گسترده به بررسی ماهیت، نقش و ظرفیت مسئولیت اجتماعی شرکتی پرداخته است. بااین‌حال، اعمال مقررات بر شرکت‌ها برای مسئولیت اجتماعی شرکتی در غیاب توافق درمورد طبیعت و ماهیت تعهداتی که سازمان / شرکت در چارچوب مدل‌های فعلی مسئولیت اجتماعی دارند، با چالش‌های جدی مواجه است.»<sup>۴</sup> ازاین‌رو، تبیین زیرساخت‌های مفهومی مسئولیت و ارتباط آن با پاسخگویی<sup>۵</sup> یکی از گام‌های مهم در درک نظام حقوقی و سیاستی حاکم بر مسئولیت اجتماعی شرکتی است. به عبارت بهتر، پاسخ به این پرسش، که آیا مسئولیت اجتماعی شرکتی باید در حوزه داوطلبانه باشد یا شامل تعهدات اجباری است، نیاز به تبیین و اعمال رویکرد مشخصی در حوزه حقوق، اخلاق و اقتصاد دارد.

1. Enlightened Shareholders Value

2. Pluralism

3. Boeger, N., Murray, R., & Villiers, C. (Eds.). *Perspectives on Corporate Social Responsibility*. Edward Elgar Publishing, 2008, p 10.

4. Tamvada, M. "Corporate Social Responsibility and Accountability: a New Theoretical Foundation for Regulating CSR". *Int J Corporate Soc Responsibility*, Vol 5, NO 2, 2020. p 8.

5. Accountability

## ۱. بررسی پیشینه

کسب‌وکار، شرکت یا سازمان امروزه ممکن است در ذیل مسئولیت‌های خود شاهد طیفی از تعهدات، بایدها، تکالیف یا ضرورت‌های پاسخگویی در برابر حکومت و مردم باشد. در این میان، آنچه پیچیدگی مفهوم مسئولیت یک شرکت یا سازمان را دوچندان می‌کند، آن گزاره‌ای است که برای دهه‌ها با مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکتی عجین بوده است؛ یعنی داوطلبانگی مسئولیت اجتماعی در حوزه تجارت. سخن از داوطلبانه بودن این عرصه همواره مسئولیت اجتماعی شرکتی را تنها از تبار اخلاق کسب‌وکار<sup>۱</sup> قرار می‌داد و در نتیجه ما کمتر شاهد چشم‌اندازهای حقوقی به این حوزه بودیم. گویی به محض ورود دیدگاه حقوقی در عرصه مسئولیت اجتماعی شرکتی، تمام آنچه آزادی بازار و تجارت خوانده می‌شد، از دست رفته دانسته می‌شود. این نگاه به‌ویژه در میان آن گروهی از متخصصان رواج داشت که اثبات‌گرایان حقوقی خوانده می‌شوند و قلمرو الزام، قانون و اجباری شدن را فقط در ذیل یک نظام حقوقی دولت‌محور تعریف می‌کردند. به عبارت بهتر، فقط دولت است که می‌تواند الزام بیافریند و امری را تضمین کند.

باوجوداین، تحولات بسیاری به‌ویژه جنبش حقوق بشر، راه‌ها را برای ورود رویکردهای حقوقی به عرصه مسئولیت اجتماعی شرکتی باز کرد. بحران‌های محیط زیستی، بحران‌های اقتصادی و البته بحران‌های روبه‌افزایش اجتماعی گام‌به‌گام مباحث مرتبط با توسعه پایدار، بازیگران غیردولتی از جمله بنگاه‌های اقتصادی خصوصی را به قلمرو مسئولیت‌ها و پاسخگویی رهنمون کرد. اما در این میان، بنگاه‌های خصوصی در برابر دوگانه منفعت و حق قرار گرفتند. ازسویی پاسخگویی به ذی‌حقان را از گذشته بر دوش داشتند و ازسوی دیگر با ورود اصطلاح ذی‌نفعان صورت و محتوای جدیدی از مسئولیت را در برابر خود مشاهده کردند. در این میان، ایجاد آسیب ازسوی کسب‌وکار و شرکت بر محیط زیست، اجتماع و اقتصاد نیز شکل پیچیده‌ای از مسئولیت در برابر خیر عمومی و مصلحت عامه را در پی آورد که ضمانت جبران آن ممکن بود تماماً برآمده از الزامات قانونی نباشد.

با توجه به مطالب پیش‌گفته، این نوشتار در پی آن است که به اهمیت تفکیک میان حق و منفعت در ذیل مسئولیت کسب‌وکار پردازد و البته بر این مهم نیز تأکید کند که گاه این دو گزاره



ممکن است هم‌پوشانی پیدا کنند. این نوشتار در تلاش است تا به‌مرور به برخی از نظریاتی بپردازد که در قالب دیدگاه حقوقی به شکلی از الزامات می‌پردازند که ممکن است برآمده از یک قانون در مفهوم مضیق و دولت‌محور آن نباشند.

## ۲. مسئولیت اجتماعی شرکت: در کشاکش آزادی بازار، اخلاق و منفعت عمومی

دانکن کندی،<sup>۱</sup> استاد برجسته حقوق، بر این باور است که اندیشه حقوقی سه مرحله از جهانی شدن را طی کرده است. در مرحله سوم، که از سال ۱۹۰۰ میلادی به این سو را دربرمی‌گیرد، رفع تبعیض، حاکمیت قانون و عمل‌گرایی، مبانی و آرمان حقوق را تشکیل می‌دهند که با ابزارهای قانون اساسی و قرارداد می‌توان امید به تحقق آن را داشت.<sup>۲</sup> کندی همچنین چشم‌انداز اقتصادی به حوزه حقوق و بازار تنظیم‌شده عمل‌گرا را ویژگی دیگر مرحله سوم اندیشه حقوقی می‌داند و حقوق مسئولیت اجتماعی شرکتی را از حوزه‌های حقوقی ممتاز در این دوران برمی‌شمارد. بر این اساس، می‌توان گفت که اندیشه حقوقی تحولات و تغییراتی را به خود دیده که در تمامی عرصه‌ها از جمله حوزه اقتصادی، بازار، مالکیت و البته حقوق شرکت‌ها، آثار قابل ملاحظه‌ای برجای گذاشته است. به نظر می‌رسد شکل نوینی از این‌گونه مسئولیت نیز برآمده از چنین تحولاتی در اندیشه حقوقی است. از این‌رو، شناخت ما از موضع نظام حقوقی به مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکتی نه‌فقط می‌تواند به درک بهتر ما از مسئولیت‌های کسب‌وکار کمک کند، بلکه در مواردی که فراتر مسئولیت‌های مبتنی بر حق است و شامل مسئولیت در برابر نفع دیگری نیز می‌شود، یاری برساند. از این‌رو این نوشتار در گام اول تلاش خواهد کرد به بررسی اندیشه‌های نوین در خصوص رابطه حقوق و اقتصاد و ضرورت حضور نظام حقوقی در عرصه کسب‌وکار و تجارت بپردازد.

### ۲.۱. مسئولیت اجتماعی شرکتی: از دست مرئی اخلاق تا دست نامرئی آزادی بازار

هرچند بسیاری بر این باورند که به‌عنوان یکی از پیشگامان و باورمندان به آزادی بازار، آدام اسمیت معتقد به هیچ‌گونه مداخله‌ای از سوی دولت به‌منظور اداره و هدایت بازار در مسیر اهداف

۱. Duncan Kennedy

۲. کندی و دیگران، **قانون سیاست است**، ترجمه فاضلی، تهران: نشر نگارستان اندیشه، ۱۴۰۰، ص ۱۵.

اجتماع نبوده است، خوانش‌ها و تفاسیر متأخر از نظریات آدام اسمیت نشان می‌دهد که در مبانی اندیشه او، توجه به نقش دولت در مدیریت بازار، به‌ویژه درخصوص شرکت‌های تجاری وجود داشته است. «شهرت اسمیت در جایگاه یک نظریه‌پرداز اخلاق و اقتصاددانی که کارهایش را بر پایه اخلاق بنا کرد، در نوسان بوده است؛ یعنی بُعد اخلاقی شخصی و آثار اسمیت همواره مورد توجه واقع نشده و در دوره‌هایی به فراموشی سپرده شده است. مفسران اولیه آثار اسمیت را ادامه سنت فلسفه اخلاقی می‌دانستند که در آن اقتصاد سیاسی شاخه‌ای فرعی از اخلاق بود؛ ولی به‌مرور زمان با تغییرات در سلیقه فلسفی که در اقتصاد سیاسی ایجاد شد و با حملاتی که از بیرون به آن صورت گرفت، شهرت اسمی او به‌عنوان یک عالم اخلاق کاهش یافت.<sup>۱</sup> تحقیقات جدید در حوزه اندیشه‌های اسمیت، ابعاد اخلاقی اندیشه‌های او را در جهت خیر عمومی بهتر نشان می‌دهد. برای نمونه، انستیتو ماکس پلانک در مقاله‌ای تفسیری به بررسی اندیشه‌های آدام اسمیت<sup>۲</sup> درخصوص شرکت‌های سهامی پرداخته است که می‌تواند به شفاف‌سازی اندیشه‌های اسمیت درخصوص نسب بازار و کنترل دولت کمک کند.

در گامی دیگر به‌منظور تقسیم‌بندی چنین نهادهایی، اسمیت به نهادهای عمومی اشاره می‌کند که در راستای تسهیل تجارت در جامعه سامان یافته‌اند. این نهادهای تسهیل‌کننده تجارت از منظر اسمیت، به دو گروه تقسیم می‌شوند که عبارت‌اند از: ضروری برای تسهیل تجارت به‌صورت عام و ضروری برای تسهیل تجارت در برخی شاخه‌های خاص تجارت. به نظر می‌رسد اسمیت در این بخش است که به شرکت‌های سهامی پرداخته است. توجه به نقشی که شرکت‌های تجاری در دستیابی به خیر جمعی در جامعه ایفا می‌کنند، در این قسمت از دیدگاه‌های اسمیت مشخص است. از منظر اسمیت، این‌ها نهادهایی‌اند که قدرت (حکومت) به دلایل متعدد تصمیم می‌گیرد در آنها نماینده‌ای نداشته باشد. «اسمیت همچنین پرداختن به نفع شخصی را در اقتصاد دارای محدودیت‌هایی می‌داند. او نفع شخصی را مترادف خودخواهی و در نظر نگرفتن دیگران نمی‌داند و می‌نویسد: فرد تا زمانی که قانون عدالت را زیر پا نگذاشته، آزاد

۱. چهرقانی، «آدام اسمیت، اقتصاددان اخلاق‌گرا»، *مجله اقتصادی*، ۱۳۹۸، ش ۵ و ۶ ص ۸۶.

2. Fleckner.A. M. "Adam Smith on the Joint Stock Company", Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2016, Available at SSRN: p 1.

است تا در مسیر خود به تعقیب منفعت شخصی‌اش بپردازد. بنابراین اسمیت تلاش انسان را در مسیر پیشرفت اقتصادی تا زمانی که در چارچوب اخلاق صورت گیرد، می‌ستاید و آن را لازمه توسعه اقتصادی جامعه می‌داند.<sup>۱</sup>

بر این اساس می‌توان گفت: اسمیت در مسیر دستیابی به خیر جامعه، قائل به محدودیت‌های اخلاقی در آزادی بازار است. او در بخشی دیگر از نظراتش این اصول اخلاقی و محدودیت‌های بازار را دقیق‌تر برمی‌شمارد. «آدام اسمیت به سه اصل آزادی اقتصادی، ضرورت وجود منافع خصوصی (مالکیت) و ضرورت وجود رقابت در کسب فرصت‌ها باور داشته است و بر همان اساس سه وظیفه حفظ و حراست از جامعه، حمایت از افراد در مقابل ظلم و برپایی و نگهداری نهادهای اجتماعی و خدمات عمومی را برای دولت قائل شده است. درمورد وظیفه سوم، اسمیت در کتاب ثروت ملی عنوان می‌کند که هر جا مالکیت بزرگ وجود داشته باشد، نابرابری عظیمی مشاهده می‌شود و در این شرایط به وجود دولت احتیاج است؛ اما جایی که مالکیت خصوصی قادر باشد به‌نحو کارا عمل کند، وجود دولت لزومی ندارد. به‌این‌ترتیب مشخص می‌شود که کلاسیک‌ها به‌جز درمورد انحصارات طبیعی که به اعتقاد آنان نوعی شکست بازار<sup>۲</sup> در تخصیص منابع به شمار می‌رفت و در آن مالکیت عمومی را توصیه می‌کردند، مداخله دولت را در سایر موارد غیرمجاز و مضر می‌دانستند.»<sup>۳</sup>

## ۲.۲. مسئولیت اجتماعی شرکتی: از نهادهای اقتصادی تا قوانین اقتصادی

علی‌رغم تفوق اندیشه‌های بازار آزادی لیبرالی در دهه‌های اخیر، اندیشه حقوقی مباحث مرتبط با حقوق تجارت را در کانون توجه خود داشته است. شایان ذکر است، «کسانی که طرفدار بازار آزادند، افراد را بهترین قاضی در تشخیص و تأمین رفاه خود می‌دانند... یقیناً تصور

1. Anderson, G. M., & Tollison, R. D. "Adam Smith's Analysis of Joint-Stock Companies". *Journal of Political Economy*, Vol 90, NO 6, 1982, PP 1237-1256.

۲. اصطلاح شکست بازار (Market Failure) در موارد مختلفی مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما به شکل عام به موارد و مواقعی اشاره دارد که در آن تخصیص کالاها و خدمات توسط نظام بازار آزاد به ناکارآمدی می‌انجامد. شکست بازار از دیدگاهی دیگر، به‌عنوان سناریویی که در آن پیگیری نفع شخصی توسط افراد به ناکارآمدی منجر می‌شود نیز می‌تواند دیده شود (برای مطالعه بیشتر نک: کاظمی زمهریر، «از شکست بازار تا شکست دولت مناقشه بازارگرایان و دولت‌گرایان در دوران مدرن»، پژوهش سیاست نظری، ش ۱۸، ۱۳۹۴).

۳. ویکس، ریموند، حقوق درآمدی مختصر، ترجمه حسینی - نجفی، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۰، ص ۳۴.

تجارت بدون قواعد قراردادی غیرممکن است، اما وجود قدرت چانه‌زنی نابرابر در هر جامعه هم امری گریزناپذیر است.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد توجه به ابعاد اجتماعی، سیاسی، اخلاقی و اقتصادی حقوق از ضروریات و ملزومات در شناخت حقوق و کارکرد آن است. هرچند در تعریق خود حقوق، می‌توان شاهد تکرر نظریات و اندیشه‌ها بود.<sup>۲</sup> راسخ نیز بر این نظر است که «برای دست یافتن به صورت‌بندی جدید از فکر و اندیشه حقوقی...، ضروری است که مباحث حقوقی هم میان‌حقوقی شوند و هم میان‌رشته‌ای.» راسخ این دو اصل را ضامن تطابق اندیشه حقوقی با واقعیات در اجتماع می‌داند.<sup>۳</sup> به عبارت بهتر می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که اندیشه حقوقی در دوران اخیر، در مسیر تطابق با تحولات نو از جمله در عرصه اقتصاد و اجتماع، به ساختارها و چارچوب‌های نوینی دست یافته که اصولاً دیگر یک معنای محدود از قانون را به منزله ابزار الزام‌آور مدنظر قرار نداده است.

در حقوق شرکت‌ها، جدایی کامل بین مالکیت و مدیریت را می‌تواند از نتایج چنین رویکردی دانست.<sup>۴</sup> جدایی کامل مالکیت و مدیریت را می‌توان سرآغاز حضور نوعی از مسئولیت اجتماعی کسب‌وکار دانست که مبتنی بر اصولی است که بر صلاحیت صاحبان سرمایه در اداره آزادانه اموال خود، محدودیت قرار می‌دهد. پژوهش تأکید می‌کند که حق مالکیت رابطه بین اشخاص است و اینکه حقوق مالکیت را از حقوق اشخاص جدا کنیم، خطاست. لذا حقوق مالکیت نامحدود نیست. این محدودیت در حقوق ایران (اصل ۴۰ قانون اساسی و ماده ۱۳۲ قانون مدنی و فقه اسلامی) نیز به کرات دیده می‌شود. ذکرهای محدودیت شده و برقراری ارتباط بین حقوق مالکیت و حقوق بشر خودبه‌خود منافع دیگران را وارد صحنه حقوق مالکیت می‌کند. مفهوم مبسوق و موجود مالکیت خصوصی، حقوق نامحدود مالکان را تجویز نمی‌کند که براساس آن ادعا شود مسئولیت مدیران تنها عمل نمودن به عنوان مالکان سهام است.<sup>۵</sup>

۱. همان منبع، ص ۱۷.

۲. همان منبع، ص ۸۳.

۳. راسخ، محمد، حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش، ج ۲، تهران:

نشر نی، ۱۳۹۲، ص ۲۴.

۴. همان منبع، ص ۶۴.

۵. همان منبع، ص ۴۸.

در مقابل این‌گونه نظرها که بر عدم کارایی بازار آزاد تأیید می‌کنند، نظریه‌پردازانی مانند هایک هستند که بر این باورند دولت جز موارد محدود نباید در بازار دخالت کند.<sup>۱</sup> به‌عنوان نتیجه‌گیری از این بند می‌توان گفت که امروزه دخالت دولت از طریق نظام حقوقی به منظور تعادل‌بخشی، نظم‌دهی و ارائه گزینه‌های راهنما در عرصه اقتصاد، کمتر از گذشته مورد تردید است. شیوه دخالت دولت در بازار همچنین در تطابق با تحولات نو در جامعه و بازار تغییر کرده است و ما شاهد فزونی گرفتن اندیشه‌هایی هستیم که پیرامون دغدغه عادلانه و منصفانه اداره شدن دادوستدها در بازار، شیوه‌های نوین تنظیم‌گری<sup>۲</sup> در این حوزه را مدنظر قرار می‌دهند و در کنار قانون‌گذاری<sup>۳</sup> و توسعه سیاست‌های الزام‌آور به ساخت راه و روش‌های تنظیمی دیگر در عرصه اقتصاد یاری می‌رسانند.

پذیرش سیاست‌های مسئولیت اجتماعی شرکتی دیگر موضوعی داوطلبانه در حوزه تجارت نیست. به یک معنا، هرگز واقعاً اختیاری نبوده و در اغلب موارد، واکنشی به فشارهای بازار و ریسک‌های اعتباری و مرتبط به شهرت کسب‌وکار بوده است. اما به مرور زمان، این مسئولیت تحت فشارهای حقوقی و اجرایی قرار گرفته است، نه لزوماً به‌صورت تنظیمات متداول دولتی، بلکه از طریق فشارهای ناشی از دولت به صورت غیرمستقیم و استفاده از حقوق خصوصی توسط اشخاص غیردولتی، گاهی با استفاده از کاربردهای بسیار نوآورانه از حقوق.<sup>۴</sup>

### ۲.۳. فراتر از قانون: مسئولیت اجتماعی شرکتی در برابر اصول، سیاست و قواعد

شناخت تفاوت اصول، سیاست، قاعده، قانون و انواع مسئولیت برآمده از آن می‌تواند در درک چیستی و چرایی مسئولیت کسب‌وکار مفید باشد. دورکین بر این باور است سیاست معیاری است که هدفی را که بناست به آن دست یافته شود، بیان می‌کند. او اصل را معیاری می‌نامد که باید مراعات شود، نه به این دلیل که وضعیت اقتصادی، سیاسی، یا اجتماعی ظاهراً مطلوب را ارتقا خواهد داد یا تضمین خواهد کرد، بلکه به این دلیل که لازمه عدالت یا انصاف یا وجه دیگری از

۱. اکرمی، موسی، «آیا می‌توان کاملاً هائیک بود؟ عدالت اجتماعی: آرمان دیرین همکاری علمی و فلسفه»، سیاست‌نامه، ۱۳۹۹، ش ۱۴، ص ۱۴۰.

2. Regulation

3. Legislation

4. McBarnet, Doreen, "Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, for Law (U. of Edinburgh School of Law Working Paper No". 2009/03, p 13.

اخلاق است.<sup>۱</sup> یکی از تعاریفی که از عدالت شده است و آن را با نگاه دورکین در این خصوص می‌توان مرتبط دید در ادامه آمده است. «عدالت به دادن آنچه هرکسی محق آن است، مرتبط است. در این چشم‌انداز عدالت به فراهم کردن آنچه برای زندگی بشری هدفمند خوب لازم است، مربوط می‌شود.»<sup>۲</sup> بر این اساس، می‌توان گفت اصول از آنجایی که می‌توانند لازمه عدالت و تأمین آنچه برای یک زندگی خوب و هدفمند باشند، شایستگی آن را دارند که بنیانی برای مسئولیت یا رعایت باشند. برایان بیکس این تفکیک بین اصل و قاعده در آثار دورکین را چنین بیان می‌کند: «اصل تصمیمی است که بر مبنای حقی اخلاقی یا قانونی<sup>۳</sup> اتخاذ می‌شود؛ حال آنکه سیاست تصمیمی است بر اساس پیامدها.»<sup>۴</sup> همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، اصول ممکن است از حقوق اخلاقی و حقوق قانونی برآمده باشند.

دورکین بین اصول و قواعد حقوقی قائل به تفاوت است و بیان می‌کند: «به محض اینکه اصول را انواع متمایزی از معیارها بدانیم که با قواعد حقوقی تفاوت دارند، ناگهان متوجه فراگیری آنها در اطرافمان می‌شویم.»<sup>۵</sup> در جای دیگر دورکین اصول را دارای خصیصه‌ای می‌داند که به نظر می‌رسد با موضوع این نوشتار که پردازش چستی مسئولیت کسب و کار و مفهوم ذی‌نفع است بسیار نزدیک باشد. دورکین بیان می‌کند: «هر اصلی که به یک معضل حقوقی خاص مربوط است، دلیلی پیش می‌نهد که به یک راه حل خاص دلالت و نه الزام می‌کند.»<sup>۶</sup> به نظر می‌رسد ذیل مسئولیت اجتماعی شرکتی، ما با اصولی روبه‌رو هستیم که بیش از آنکه در جست‌وجوی الزام باشند، در پی راه حل نیز هستند. در بند بعد نیز شاهد آن خواهیم بود که چگونه کاشیک باسو به نقش پیشنهاددهندگی قانون در کنار نقش الزام‌ساز آن تأکید می‌کند.

۱. حاجی عرب، مریم، **دورکین و معرفت‌شناسی حقوقی**، گزیده مقالاتی از مسئله اصل و جدی گرفتن حق‌ها، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۲، ص ۵۸.

۲. دژاردن، جوزف، **اخلاق و محیط زیست، درآمدی بر فلسفه محیط زیست**، ترجمه کلاهی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و هنر و ارتباطات، ۱۳۹۶، ص ۵۵.

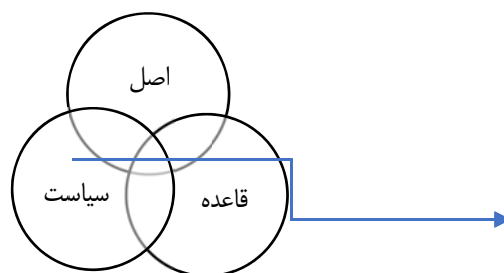
3. Moral Rights and Legal Rights

۴. بیکس، برایان، **فرهنگ نظریه حقوقی**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹، ص ۹۱.

۵. حاجی عرب، مریم، **منبع پیشین**، ص ۶۸.

۶. همان منبع، ص ۱۳۹.

دورکین همچنین بین دو نوع استدلال قائل به تفکیک است: غایت استدلال‌ات اصل‌محور استقرار حق فردی است. غایت استدلال‌ات سیاست‌بنیاد تثبیت هدف جمعی است. اصول گزاره‌هایی‌اند که حق‌ها (همان‌گونه که ملاحظه شد حق‌های اخلاقی و قانونی) را توصیف می‌کنند و سیاست گزاره‌هایی‌اند که اهداف را توصیف می‌کنند. اما حق‌ها و اهداف چه سرشتی دارند و تفاوت آن دو در کجاست؟ دورکین پاسخ به این پرسش را این‌گونه می‌دهد: «سرشت یک غایت سیاسی - حق یا هدف بودنش - به جایگاه و کارکرد آن درون یک نظریه سیاسی واحد بستگی دارد. عبارت واحدی درون یک نظریه می‌تواند یک حق را توصیف کند و درون نظریه‌ای دیگر یک هدف را.»<sup>۱</sup>

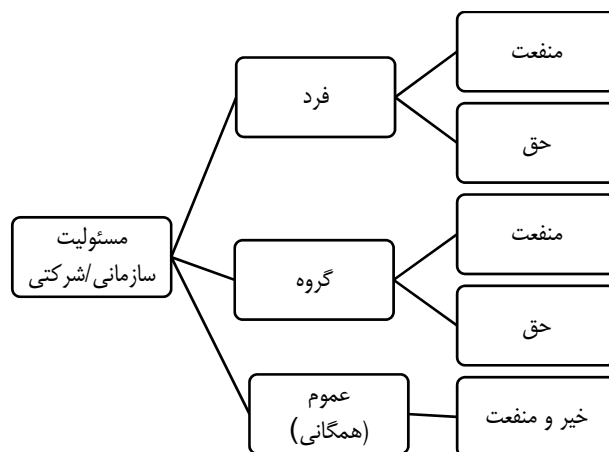


نمودار ۱

بر این اساس می‌توان گفت زمانی که از مسئولیت کسب‌وکار سخن می‌گوییم، به گزاره‌ای متنوع اشاره داریم که می‌تواند اشکال متفاوتی از مسئولیت را در پی داشته باشد. مسئولیت در برابر یک حق فردی، مسئولیت در برابر یک حق گروهی، مسئولیت در برابر یک نفع فردی، مسئولیت در برابر یک نفع گروهی و مسئولیت در برابر خیر و منفعت عمومی. به عبارت بهتر، می‌توان گفت الزاماً تکلیف و مسئولیت همواره در برابر یک حق ایجاد نمی‌شود، بلکه با مسئولیت‌های فراقانونی نیز روبه‌رو هستیم. محمد راسخ نیز بر این نکته تأکید می‌کند که تکلیف همواره ملازم با حق نیست.<sup>۲</sup>

۱. همان منبع، صص ۲۵۹-۲۷۲.

۲. راسخ، محمد، منبع پیشین، ص ۴۴۳.



نمودار ۲

دورکین معتقد است که بنا به مفروض اثبات‌گرایان، اگر بنا باشد چیزی معیار حقوقی باشد باید قاعده باشد و از همین رو اصول را بسان معیارهایی که می‌خواهند قاعده باشند تفسیر می‌کنند.<sup>۱</sup> اینکه گفته شود شخصی باید به خیریه خاص مبلغی بپردازد، کاملاً با اینکه گفته شود وی مکلف است چنین کند تفاوت دارد. حقوق صرفاً بیان‌کننده آنچه شهروندان باید یا نباید انجام بدهند نیست، بلکه تکلیفشان به انجام دادن کاری یا محرومیت از حق انجام دادن کاری را مقرر می‌کند. هارت نیز چنین می‌گوید: «تکالیف وجود دارند؛ هنگامی که قواعد اجتماعی مقرر کننده چنان تکالیفی وجود داشته باشند، چنین قواعدی وجود خواهند داشت. زمانی که شرایط رویه‌ای ایجادشان تأمین شود، این شرایط رویه‌ای زمانی تأمین می‌شود که اعضای جامعه به طریقه خاصی رفتار کنند».<sup>۲</sup> بر این اساس می‌توان نتیجه گرفت که شکلی از مسئولیت‌های الزام‌آور می‌تواند برآمده از قواعد اجتماعی، عرف و اخلاق باشند. همچنین در حوزه مسئولیت کسب‌وکار ما می‌توانیم شاهد نوعی از مسئولیت باشیم که ناظر به عملی کردن بهترین رویه‌ها، گزینه‌ها و توصیه‌هاست.

۱. حاجی عرب، مریم؛ منبع پیشین، ص ۸۶

۲. همان منبع، صص ۹۹-۱۰۱.



### ۳. مسئولیت اجتماعی شرکتی: برای گسترش عدالت در جامعه و تحدید قدرت شرکت‌های تجاری

برای درک بهتر از مفهوم مسئولیت کسب‌وکار ضروری است نگاهی عمیق‌تر به ارتباط حقوق و اقتصاد داشته باشیم. کاشیک باسو معتقد است تلاقی حقوق و اقتصاد از زمره موضوعات بایر میان‌رشته‌ای در علوم اجتماعی است که کمتر درخصوص تحقیقات جدی صورت گرفته است.<sup>۱</sup> باسو بیان می‌کند: «رشته حقوق و اقتصاد، موجب تحول در تفکر حقوقی است، این رشته را می‌توان اثرگذارترین توسعه فکری در زمینه حقوق در صد سال گذشته دانست.»<sup>۲</sup> باسکو در تلاش است با نقد مدل‌های استاندارد نئوکلاسیک حقوق و اقتصاد به‌ویژه حول مفهوم‌پردازی از نقش قانون، مدلی کارآمد به‌منظور ارتقای نقش قانون در اقتصاد ارائه دهد. او بر این باور است که در رویکرد نئوکلاسیک به حقوق و اقتصاد، قانون به دنبال تغییر رفتار از طریق تغییر بازده‌های دریافتی افراد از انواع مختلف رفتار است. اما باسو بر این باور است در نظریه بازی که او بر آن تأکید می‌کند: «قانون قواعد بازی را تغییر می‌دهد و از آنجا که بازی به‌واسطه این قواعد تعریف می‌شود، می‌توانیم بگوییم که قانون موجب تغییر بازی می‌شود که افراد مبادرت به انجام آن می‌کنند.»<sup>۳</sup> از آنجایی که چشم‌انداز نوشتار حاضر در تعریف و کارکرد قانون بسیار به این برداشت از قانون نزدیک است، در بندهای آتی تلاش خواهد شد، این نظریه بنیادین در حقوق و اقتصاد به شکل مختصر شرح داده شود.

#### ۳.۱. مسئولیت در مسیر بسط عدالت

باسو نظریه بازی را این‌گونه تعریف می‌کند: تجزیه و تحلیل عقلانیت تعاملی. به این معنا که در چنین چشم‌اندازی تمام بازیگران یک حوزه (در اینجا حقوق و اقتصاد) دارای توانایی و قصد پیش‌دستی هستند و بر مبنای عقلانیت توانایی پیش‌بینی رفتار سایر بازیگران را نیز دارند. باسو سپس شرح می‌دهد که چرا بر مبنای نظریه بازی، «دست نامرئی بازار که در ظاهر منجر به سوق

۱. باسو، کاشیک، جمهوری باورها: رویکردی جدید به حقوق و اقتصاد، ترجمه بخشی آئی-امیدی، تهران: انتشارات روزنه، ۱۴۰۰، ص ۲۰.  
۲. همان منبع، ص ۲۶.  
۳. همان منبع، ص ۵۲.

دادن افراد خودخواه به برآیند بهینه اجتماعی می‌شود به‌وضوح شکست می‌خورد و ما را مجبور به توسل به قانون می‌کند.<sup>۱</sup>

او در ادامه یکی از مهم‌ترین اهداف قانون را سوق دادن اجتماع به سمت «موقعیت برتر اجتماعی» برمی‌شمارد. تأکید بر نقش قانون در اقتصاد و تنظیم بازار از مواردی است که در نوشتار حاضر مورد توجه قرار گرفته است. باسو همچنین این نظریه را رد می‌کند که «در صورتی که شما امور را به بازار بسپارید و هیچ مقررات یا مداخله دولتی وجود نداشته باشد، تبعیض از میان خواهد رفت.» به‌منظور درک بهتر مفهوم موقعیت برتر اجتماعی ابتدا لازم است که به شناسایی کارکرد و اثر حقوق در حوزه تجارت و اقتصاد بپردازیم. در این میان ابتدا باید به دو کارکرد اصلی نظام حقوقی، که ایجاد نظم و بسط عدالت است، توجه کرد.<sup>۲</sup>

ریموند ویکس نیز بر این نظر است که بدون حضور حقوق، تصور غالب این است که نظم قابل تحقق نیست و همچنین پیگیری اجرای عدالت باید در قالب هر نظام حقوقی وجود داشته باشد.<sup>۳</sup> او بر این عقیده است که «عدالت به وسیله یک نظام حقوقی بعید است محقق شود، مگر و مادامی که قواعد موجود در آن نظام حقوقی تا حد امکان، منطقی، کلی، برابر، پیش‌بینی‌پذیر و قطعی باشند.» همچنین ویکس بر این مهم تأکید دارد که عدالت به چیزی بیش از قوانین عادلانه نیاز دارد و فرایندهایی که به وسیله آن عدالت حاصل می‌شود نیز باید بر محور انصاف باشند.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد ویکس در مفهوم‌سازی از عدالت، از رالز تبعیت می‌جوید که عدالت را مبتنی بر دو بنیان و اصل می‌داند: «یکم: هر شخصی باید از حق برابر برای بیشترین مقدار از آزادی‌های اساسی که با بهره‌مندی برابر از آن آزادی‌ها برای همگان سازگار باشد، برخوردار شود. دوم: نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی به وجهی سازمان‌دهی شود که هر دوی آن: الف) به نفع همگان باشند. ب) مواضع و مناصب نسبت داده شده به آنها به روی همگان باز باشد.»<sup>۵</sup>

۱. همان منبع، ص ۶۰.

۲. همان منبع، ص ۱۵۳.

۳. ویکس، ریموند، منبع پیشین، ص ۵۷.

۴. همان منبع، ص ۶۳.

۵. رالز، جان، **اولویت حق و تصورات خیر**، ترجمه حقی، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۹، ص ۸۲.

حقوق تجارت و حقوق اقتصادی نیز نمی‌توانند از این کارکردهای ایجاد نظم و عدالت در یک فرایند منصفانه یا در کلام رالز «عدالت به مثابه انصاف» مستثنا باشند. ویکس همچنین یکی دیگر از کارکردهای حقوق به‌ویژه در حوزه‌هایی مانند قانون شرکت‌ها را تسهیل می‌کند یا تشویق ترتیبات اجتماعی و اقتصادی خاص می‌داند. کارکردی که در کنار دیگر کارکرد حقوق، که حمایت از مالکیت است، می‌تواند پایه‌های نظم و عدالت را در حوزه حقوق تجارت تشکیل دهد.<sup>۱</sup> بر این اساس می‌توان گفت که «موقعیت برتر اجتماعی»، چنان‌که باسو به‌عنوان هدف قانون طرح می‌کند، می‌تواند در حوزه اقتصاد متشکل از نظم، عدالت، فرایند منصفانه و تسهیل و تشویق ترتیبات اجتماعی و اقتصادی خاص دانست. او همچنین در نظریه‌اش بر اثر پیشنهاددهندگی قانون در کنار نقش الزام‌آور آن تأکید می‌کند. «قانون هماهنگی را از طریق برجسته ساختن یک برآیند مشخص تسهیل می‌کند.»<sup>۲</sup> همان‌گونه که در بند پیشین نیز به آن اشاره شد، ما در عرصه مسئولیت سازمانی/شرکتی ممکن است با شکلی از قانون (در تعریف گسترده و موسع آن و نه تنها قانونی که برآمده از قوه مقننه باشد) روبه‌رو باشیم که بیشتر بر اهداف پیشنهاددهندگی و تسهیل و تشویق ترتیبات اجتماعی و اقتصادی خاص متمرکز باشد و نه شکلی از الزام که ما در قوانینی مانند قوانین کیفری با آن مواجهیم.

باسو در ادامه تغییر رفتار انسان‌ها به واسطه قانون را تنها از طریق تغییر باورهای افراد درخصوص کارهایی که سایر افراد قادر به انجام آن هستند یا نیستند، شدنی می‌داند. ریموند ویکس نیز بر این باور است که «حقوق به خودی خود هرگز نمی‌تواند نظم اجتماعی و ارزش‌های آن را تغییر دهد یا در واقع آنها را حفظ نماید؛ اما ظرفیت تأثیرگذاری و شکل‌دهی به نگرش‌ها را دارد.»<sup>۳</sup> باسو در ادامه کارکرد اصلی قانون را هدایت جامعه به سوی تعادل می‌داند و بر این مهم تأکید می‌کند که در ساختار اقتصادی می‌توان نقاط تعادل بسیاری برشمرد.<sup>۴</sup> محمد علی موحد نیز بر این عقیده است که «افراط در هرچیز، حتی حق، موجب به‌هم خوردن نظم و تعادل است و

۱. ویکس، ریموند، منبع پیشین، ص ۶۶.

۲. همان منبع، ص ۱۳۷.

۳. همان منبع، ص ۲۱۳.

۴. باسو، کاشیک، منبع پیشین، ص ۲۱۹.

وظیفه قانون حفظ نظم و تعادل در اجتماع است.<sup>۱</sup> بر این اساس، اگر یکی از اهداف سیاست‌های منتهی به مسئولیت سازمانی / شرکتی را ایجاد تعادل، توازن و پایداری در اقتصاد و توسعه یک جامعه بدانیم، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که قانون در مفهوم گسترده آن می‌تواند ابزار مناسبی برای این تعادل‌بخشی باشد.

### ۳.۲. مسئولیت به مثابه ابزار کنترل قدرت شرکتی / سازمانی

رابطه بین قدرت و مسئولیت مبنای بحث‌ها و تقاضای مبتنی بر مسئولیت اجتماعی است.<sup>۲</sup> موحد به نقل از اشمیتوف و درخصوص بازرگانی بین‌المللی چنین می‌گوید: «در سرتاسر این بخش‌ها بحث سوءاستفاده از حق یا سوءاستفاده از موقعیت مسلط در میان است و موقعیت مسلط همان قدرت و اختیاری است که کسی را در مقابل دیگران ممتاز می‌کند».<sup>۳</sup> این نکته گزاره دیگری است که می‌تواند ما را به چرایی مسئولیت کسب‌وکار نزدیک کند؛ به‌ویژه در برابر گروهی از ذی‌نفعان مانند جوامع محلی که در برابر موقعیت ممتاز یک بنگاه اقتصادی قرار دارند یا رقبای تجاری که در برابر رقابت نامنصفانه یک رقیب تجاری قدرتمندتر از خود قرار گرفته‌اند. باسو نیز اشاره‌ای مشابه به اهمیت تحدید قدرت دارد. او بر نقش و اثرگذاری مجریان قانون و تفاوت تعاملات میان بازیگران و شهروندان معمولی با گروه‌هایی که او آنها را دارای مزیت پیشرو بودن می‌داند؛ افرادی مانند نمایندگان دولت، تأکید می‌کند.<sup>۴</sup> این بازیگران پیشرو از منظر باسو، از مزیت هدایت تعاملات به‌سوی جهتی خاص بهره‌مندند. باسو بر این باور است که گاه هدایت جامعه به یک برآیند خاص به وسیله شهروندان معمولی قابلیت خود-اعمالی ندارد. باسو در نهایت مجموعه بازیگران در بازی اقتصاد را شامل شهروندان و کارگزاران معرفی می‌کند. او کارگزار را هر فردی می‌داند که علاوه بر زندگی فردی خود، نقش مجری هم ایفا می‌کند، دارای توانایی مجازات دیگران است و حقوق آنها از محل درآمد دولت است.<sup>۵</sup> هرچند باسو در نظریاتش

۱. موحد، محمد علی، حق و سوءاستفاده از حق، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۷، ص ۱۱۵.

۲. کارول، آرچی و دیگران، کسب‌وکار و جامعه: اخلاق و مدیریت ذی‌نفعان، نظری، تهران: انتشارات دنیای اقتصاد، ۱۳۹۸، ص ۴۹.

۳. موحد، محمد علی، منبع پیشین، ص ۲۴.

۴. باسو، کاشیک، منبع پیشین، ص ۱۱۳.

۵. همان منبع، ص ۱۶۴.

بیشتر بر کارگزاران حکومتی تأکید می‌کند، در نهایت کارگزار را فردی می‌داند که «مجموعه اقدامات ممکن مشخصی را در اختیار دارد که اثرات مهمی را بر منفعت سایر افراد برجای می‌گذارد.»<sup>۱</sup> امری که می‌تواند در چرایی اهمیت عملکرد مدیران در شرکت‌ها نیز مورد توجه قرار بگیرد. محمد راسخ نیز در تعریف یکی از اشکال حق به حق قدرت اشاره می‌کند و آن را در برابر مسئولیت یا در معرض قرار داشتن تعریف می‌کند.<sup>۲</sup>

باسو در نهایت بیان می‌کند که به‌دلیل رشد فناوری، ساختارهای بازار به‌گونه‌ای در حال تغییر است که برای جلوگیری از غلبه منافع فردی، نیاز به مداخلاتی هوشمند و جمعی است.<sup>۳</sup> ویکس هم بر این باور است که ما به‌دلیل پیشرفت تکنولوژی با شکل جدیدی از آسیب‌ها روبه‌رو هستیم و همچنین حقوق در مواجهه با خطاهای نوظهوری قرار گرفته است.<sup>۴</sup> باسو البته در حوزه حقوق و اقتصاد هیچ موضوعی را به‌طور مطلق نیازمند تنظیم‌گری و دخالت قانون‌گذار نمی‌داند. «ممکن است موضوعاتی که برعهده نهاد بازار آزاد نهاده شده‌اند، حال نیازمند قانون و مداخلاتی جمعی باشند یا موضوعاتی که تا پیش از این باید توسط دولت مدیریت می‌شدند، ممکن است قابل هدایت به‌سوی بازار و یا مؤسسات انفرادی باشند.» باسو ترکیب صحیح مداخلات قانونی و فضای در اختیار شرکت‌ها و انتخاب‌های فردی را در ایجاد تعادل نهایی بسیار مؤثر می‌داند. او همچنین یکی از کاستی‌های حقوق و اقتصاد را اجرای ضعیف قانون به ویژه در کشورهای در حال توسعه عنوان می‌کند؛ امری که منجر به فساد می‌شود.<sup>۵</sup>

### ۳.۳. مسئولیت اجتماعی شرکتی: از نادیده گرفتن حق و منفعت تا آسیب به حق و منفعت ذی‌نفعان

در این بند به پرسش بنیادینی دیگری که این نوشتار پیرامون آن شکل گرفته است، می‌پردازیم. چرا برای درکی جامع از مسئولیت کسب‌وکار به رویکردهایی تکثرگرا در نظام حقوقی و البته رویکردهایی فراقانونی- فراحقوقی نیاز داریم. یکی از مهم‌ترین دلایل وجود گزاره‌ای

۱. همان منبع، ص ۱۶۶.

۲. راسخ، محمد، منبع پیشین، ص ۱۴۹.

۳. باسو، کاشیک، منبع پیشین، ص ۲۲۰.

۴. ویکس، ریموند، منبع پیشین، ص ۲۳۲.

۵. باسو، کاشیک، منبع پیشین، ص ۲۸۷.

تحت عنوان ذی‌نفعان شرکت یا سازمان است. اما ذی‌نفع بودن به چه معناست؟ یا به عبارت بهتر ذی‌نفع کیست؟ یوهان خرافلانت از مدل ذی‌نفعان<sup>۱</sup> در همراهی با حقوق مثبت این‌گونه سخن می‌گوید: ذی‌نفعان گروه‌هایی‌اند که سهام یا ادعایی در شرکت دارند. مجموعه ذی‌نفعان، به‌جز سهام‌داران، مثلاً شامل تأمین‌کنندگان، مشتریان، کارکنان، رقبا و کل جامعه است». خرافلانت به نقل از فریمن بیان می‌دارد که هریک از مجموعه‌های ذی‌نفعان، حقی اخلاقی دارند و باید به عنوان غایت ذاتی در نظر گرفته شوند. از منظر او «درست همان‌طور که سهام‌داران حق دارند اقدامات خاصی را از مدیران مطالبه کنند، سایر ذی‌نفعان هم همین حق را دارند.»<sup>۲</sup>

آرچی کارول و آن بوشلت ذی‌نفع را این‌گونه تعریف می‌کنند: «فرد یا گروهی است که یک یا چند نوع از نفع‌ها را در گروه دارد.» آن‌ها انواع نفع‌ها را در سه گروه تقسیم‌بندی می‌کنند: نفع، حق و مالکیت، و در تعریف نفع تنها به مثابه نفع چنین می‌گویند: «زمانی که فرد یا گروهی از تصمیمی تأثیر می‌پذیرند، به این معناست که در آن نفعی دارند.» آن‌ها همچنین معتقدند که برای شناخت چستی مسئولیت سازمانی/شرکتی در برابر ذی‌نفعان بهتر است به تقسیم‌بندی کلاسیک مسئولیت اجتماعی شرکتی به چهار گروه مسئولیت‌های اقتصادی، مسئولیت‌های قانونی، مسئولیت‌های اخلاقی و مسئولیت‌های بشردوستانه توجه کرد. تهدیدات عموماً در قالب مسئولیت‌های قانونی و اخلاقی خود را بروز می‌دهند و فرصت‌ها در قالب مسئولیت‌های بشردوستانه.<sup>۳</sup> گزاره دیگری که در تعریف ذی‌نفع می‌تواند کمک‌کننده باشد، اصل یا معیار مراقبت است. در یک چشم‌انداز مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکتی را برآمده از سه حوزه می‌دانند. «به چستی مفهوم مسئولیت در ذیل پایداری می‌توان از منظر سه سنت اخلاقی پاسخ داد: فلسفه اخلاق سودگرایان، رویکرد مبتنی بر حقوق و فلسفه اخلاق مراقبت. در حقوق مدنی افراد را مسئول می‌دانیم برای کارهایی که به صدمات غیرعمدی اما قابل پیش‌بینی به دیگران منجر می‌شود یا دعوای سهل‌انگاری قابل پیگرد قانونی.»<sup>۴</sup>

۱. خرافلانت این مدل را مدل راینلند نیز می‌نامد که برخلاف مدل آنگلو ساکسون می‌داند که مالکیت خصوصی را تابع محدودیت‌های بیشتری از سوی دولت معرفی می‌کند (همان منبع، ص ۱۹۸).

۲. خرافلانت، یوهان، **اخلاق و اقتصاد، مقدمه‌ای بر بازارهای آزاد، برابری و شادکامی**، ترجمه وحید موسی‌دآور، مؤسسه فرهنگی دکسا، ۱۴۰۲، ص ۶۷.

۳. همان منبع، ص ۱۷۱.

۴. دزاردن، جوزف، **منبع پیشین**، ص ۱۸۶.

ریموند ویکس بر این نظر است که معیار مراقبت معیاری عینی / انضمامی است؛ یعنی رفتار شما به واسطه ارجاع به یک شخص معقول / متعارف مورد قضاوت قرار می‌گیرد. این وظیفه مراقبت در نظام حقوقی بریتانیا مورد توجه قرار گرفته است و آن را برآمده از دستور کتاب مقدس در مورد دوست داشتن همسایه می‌دانند. ویکس پاسخ به کیستی در عالم حقوق را این می‌داند: افرادی که آن‌چنان به من نزدیک بوده و مستقیماً به واسطه عمل من تحت تأثیر قرار گرفته‌اند.<sup>۱</sup> اینجا فرد یا گروهی شایسته این‌گونه مراقبت شناخته می‌شوند که از تصمیمات ما اثر پذیرند. اثرپذیری و اثرگذاری یکی از معیارهایی است که در استانداردها و چارچوب‌های بین‌الملل به‌منظور تعریف و شناسایی ذی‌نفع از آن استفاده می‌شود.<sup>۲</sup>

باید توجه کرد ذی‌حق بودن مفهومی عام‌تر از ذی‌نفع بودن است. قانون ایران معیاری برای شناسایی ذی‌نفع پیش‌بینی نکرده است.<sup>۳</sup> در قانون تجارت ایران نیز فقط از سهام‌دار بحث شده و مفهوم ذی‌نفعان ناشناخته مانده است و حتی جای خالی آن در نوشته‌های حقوقی نیز احساس می‌شود؛ درحالی‌که این مفهوم دارای اهمیت بسیاری است و امروزه، هم شرکت‌ها بر ذی‌نفعان تأثیر می‌گذارند و هم ذی‌نفعان تأثیر فراوانی بر عملکرد و سوددهی شرکت دارند. «حقوق شرکت‌های ایران صرفاً سهام‌دار را به رسمیت می‌شناسد، اما توجه به چگونگی پیدایش شخصیت حقوقی شرکت و ماهیت اجتماعی آن، نشان از آمیختگی این ماهیت با ثالث دارد. این ثالثان در حقوق شرکت‌ها ذی‌نفعان نام گرفته‌اند که به اشخاص تأثیرگذار بر شرکت یا تأثیرپذیر از آن اطلاق می‌گردد.»<sup>۴</sup> در مورد پیشینه مفهوم ذی‌نفع چنین بیان می‌شود: «در مورد پیشینه تاریخ، مفهوم ذی‌نفعان، تحقیقات گسترده‌ای صورت گرفته است. فریمن پس از کاوش‌های فراوان، پیشینه ذی‌نفعان را به سال ۱۹۶۳ دانسته که در اساسنامه داخلی مؤسسه تحقیقات، استنفورد به کار رفته است. در سال‌های بعد مفهوم ذی‌نفع وارد مباحث برنامه‌ریزی راهبردی شد و سپس

۱. ویکس، ریموند، منبع پیشین، ص ۹۷.

۲. نگاه کنید به استانداردهای سازمان جهانی گزارش‌دهی: <https://www.globalreporting.org/>

۳. باقری، محمود و مهرداد صادقیان ندوشن، «تئوری ذی‌نفعان در حقوق شرکت‌ها»، فصلنامه قضاوت، د ۱۶، ش ۸۷، ۱۳۹۵، ص ۳۲.

۴. همان منبع، ص ۴۲.

روش‌های تحلیل ذی‌نفعان در مدیریت توسعه یافت و در ادامه، مدلی از سازمان و محیط آن، باوجود ذی‌نفعان تدوین شد که در فرایند برنامه‌ریزی بنگاه مورد استفاده قرار گرفت.<sup>۱</sup>

حقوق شرکت‌ها از اصول خاصی پیروی می‌کند که از جمله آن‌ها مفهوم حمایت از حقوق ثالث است؛ چراکه شرکت به‌عنوان کانون بسیاری از عملیات‌های تجاری و اقتصادی در بازار، لاجرم با اشخاص و گروه‌های متفاوت در تعامل است.<sup>۲</sup> در بیشتر تعاریف ارائه شده درخصوص ذی‌نفع دو مفهوم محوری به‌عنوان دلیل مورد توجه قرار گرفته است: اثر یا نفع و قرارداد. به‌منظور تقویت پایه‌های حقوقی تئوری ذی‌نفعان، اصول حقوقی گوناگونی از حقوق قراردادهای مسئولیت مدنی و مالکیت را می‌توان مبنای تفسیر قرار داد. اما در چشم‌انداز اخلاقی، ذی‌نفعان ارزش ذاتی دارند و این تعهد اخلاقی را شرکت می‌پذیرد. در بنیان اخلاق، برخلاف بنیان اقتصادی نظریه ذی‌نفعان، ذی‌نفع به دلیل اینکه موجب پیشرفت اقتصادی شرکت و کسب منفعت برای مالکان می‌شود، دارای ارزش نیست؛ بلکه در اینجا خود ذی‌نفعان ذاتاً ارزشمندند، لذا باید مورد توجه قرار گیرند.<sup>۳</sup> البته در برخی دیدگاه‌ها ناظر به جایگاه ذی‌نفعان در گفتمان مسئولیت اجتماعی شرکتی، ذی‌نفع به این سبب شایسته اهتمام است که در خلق ارزش برای شرکت، دخیل بوده است.<sup>۴</sup>

بر این اساس و در یک چشم‌انداز کلی می‌توان سه بنیان مسئولیت اجتماعی شرکتی را در نفع، حق و مالکیت تلقی کرد. اما در این میان نباید فراموش کرد که گاه یک ذی‌نفع شرکت می‌تواند براساس دو یا هر سه این تقسیم‌بندی‌ها در برابر آن شرکت ذی‌نفع قلمداد شود. همان‌گونه که در بند پیش اشاره شد، ماهیت مسئولیت سازمانی / شرکتی در برابر هرکدام از این نفع‌ها می‌تواند متفاوت باشد. به‌عنوان مثال یک کسب‌وکار می‌تواند براساس حق قانونی ذی‌نفع خود، مسئولیت قانونی داشته باشد یا براساس یک نفع ذی‌نفع، مسئولیتی اقتصادی، قانونی یا اخلاقی را برعهده داشته باشد.

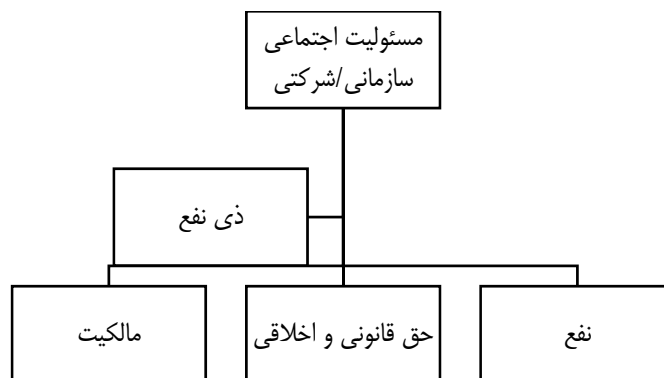
۱. همان منبع، ص ۳۹.

۲. همان منبع، ص ۳۳.

۳. همان منبع، ص ۴۶.

۴. صادقی، محمد و پریسا احمدلو، «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری؛ از تردیدها تا دلالت‌های حقوقی»، *تعالی حقوق*، د ۸، ش ۴، ۱۴۰۱، <https://www.magiran.com/p2555935>.





نمودار ۳

علاوه بر تقسیم‌بندی‌های پیش‌گفته مسئولیت را می‌توان به مسئولیت‌های برآمده از حقوق قانونی، مسئولیت‌های مندرج در حقوق قراردادی یا شبه‌جرم‌ها نیز تقسیم کرد. ریموند و کس معتقد است حقوق شبه‌جرم دامنه گسترده‌ای از منافع را مورد حمایت قرار می‌دهد. جبران‌هایی که در ذیل شبه‌جرم‌ها قرار می‌گیرند، عبارت‌اند از: جبران خسارت پیشگیرانه و غرامت. محمد علی موحد مسئولیت برآمده از سوءاستفاده از حق را در قالب دو نظریه اروپایی تبیین می‌کند: مسئولیت برآمده از تقصیر و خطا و مسئولیت برآمده از اصل نسیت حقوق (به معنایی که صاحب حق نمی‌تواند حق را از هدف اجتماعی خود منحرف کند و سبب آسیب به دیگری شود.<sup>۱</sup> او همچنین با تحلیل قاعده لاضرر بیان می‌کند: «در صورتی که پیشگیری (از ضرر) ممکن نشد و ضرر برخلاف نظر شارع تحقق یافت، قاعده لاضرر مقتضی ازاله و رفع آثار آن است و فرق نمی‌کند که ضرر از ناحیه حکم شارع باشد یا نتیجه افعال مکلفین و در رابطه مردم با یکدیگر حاصل شود و باز فرق نمی‌کند که فعل مکلف مستند بر وجود حقی باشد یا نه.»<sup>۲</sup> اما در نهایت موحد بر این باور است که هر آسیبی در عرف تعبیر به ضرر و زیان نمی‌شود. او وجدان مشترک جامعه را مقام تشخیص‌دهنده مابین آسیب و ضرر و زیان می‌داند. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود،

۱. موحد، محمد علی، منبع پیشین، ص ۱۱۵.

۲. همان منبع، ص ۱۳۳.

مسئولیت‌های تعریف شده در ذیل شبه‌جرم‌ها یا بر محور قاعدهٔ لاضرر می‌تواند در تعریف مسئولیت‌های اجتماعی شرکتی در برابر حق‌های اخلاقی و اشکالی از مالکیت راهگشا باشد. موحد در شرح بیشتر مسئولیت‌هایی از این نوع، بر این مهم تأکید می‌کند که روش صاحب حق در اعمال حق خود باید معقول و مبتنی بر حسن‌نیت باشد. امری که می‌توان آن را در ضرورت‌های حاکم بر رویه‌های تجاری منصفانه و همراه با حسن‌نیت را در ذیل مسئولیت شرکتی مشاهده کرد. او البته تأکید می‌کند که اگر ضرری برآمده از قصد اضرار و ناشی از تقصیر نباشد و در حدود متعارف باشد، قابل تحمل و اگر فاحش باشد، قابل تحمل نخواهد بود. موحد تشخیص فاحش بودن یا نبودن چنین ضرری را با عرف می‌داند و همچنین اضافه می‌کند که اگر صاحب حق بتواند مصلحت موردنظر خود را به طریقی دیگر که ضرری به غیر نرساند یا موجب ضرر کمتری شود برآورده کند، باید از آن طریق عمل کند.<sup>۱</sup> در چنین رویکردی، مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکتی از اقدامات خیرخواهانه فراتر می‌رود. «برخلاف تصور رایج، مسئولیت اجتماعی صرفاً در قالب فعالیت‌های خیرخواهانه تعریف نمی‌شود و باید آن را در راستای خسارت مبتنی بر فعالیت‌ها و آسیب‌های ناشی از رفتار شرکت به جامعه»<sup>۲</sup> نیز توصیف کرد.

بر این اساس، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که مسئولیت‌ها می‌توانند در حین اجرای وظایف اصلی مرتبط با یک نقش به وجود آیند. این وظایف اصلی که به‌طور ذاتی با یک نقش همراه هستند، به دو دسته مسئولیت- قانونی و اخلاقی- تقسیم می‌شوند. به‌عنوان مثال در مورد شرکت‌ها، این مسئولیت‌های قانونی شامل یک طیف وسیع از فعالیت‌های اقتصادی و قانونی است که شرکت‌ها درگیر آنها هستند تا وظیفهٔ اصلی اجرای کسب‌وکار را انجام دهند. در حین پیگیری چنین فعالیت‌هایی، مجموعه‌ای از مسئولیت‌های اخلاقی هم‌زمان بروز می‌کنند. در این میان همان‌گونه که در این بند بیان شد، توجه به مفاهیم «ارتباط تجاری» و «ارتباط تأثیر» با ذی‌نفعان یکی از منابع برای تبیین این‌گونه مسئولیت‌ها هستند.<sup>۳</sup> این مهم که ماهیت این مسئولیت اخلاقی است یا حقوقی، همان‌گونه که بدان اشاره شد، محل اختلاف است. برخی

۱. همان منبع، ص ۱۳۵.

۲. صادقی، محمد و پریسا احمدلو، منبع پیشین، ص ۲۸۳.

3. Tamvada, M. *op.cit*, p 28.

نظریه‌پردازان بر این باورند که این نوع مسئولیت از زیرمجموعه‌های مسئولیت‌های حقوقی است: «مسئولیت اجتماعی شکلی خاص از مسئولیت حقوقی است و در حوزه خسارت‌های معنوی قرار می‌گیرد. به اعتقاد کشورهای کامن‌لا، این مسئولیت، با اخلاق تجاری و رفتار اجتماعی مسئولانه مرتبط است و نیز این مسئولیت فعالیت‌های خیرخواهانه شرکت را دربرمی‌گیرد. براساس یکی از تعاریف قدیمی که در سال ۱۹۷۹م ارائه شده، مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها آسیب‌هایی است که در نتیجه فعالیت و تصمیمات یک شرکت در طول یک دوره زمانی مشخص در زمینه اقتصادی، حقوقی و اخلاقی به جامعه وارد می‌شود.<sup>۱</sup> البته می‌توان این‌گونه جمع‌بندی کرد که مراد از این‌گونه مسئولیت‌های حقوقی، مسئولیت‌های حقوقی اخلاقی و نه تنها قانونی است. به عبارت بهتر مسئولیت اجتماعی شرکتی، فراتر از قانون مسئولیت‌هایی را به شرکت‌ها اعمال می‌کند.

### نتیجه‌گیری

عدم شفافیت و توافق درخصوص چیستی و چرایی مسئولیت اجتماعی شرکتی، چالش‌های بسیاری در مسیر پیاده‌سازی و تنظیم‌گری این حوزه در سراسر جهان قرار داده است. این نوشتار تلاش کرده است که به برخی از چالش‌های حقوق و اخلاقی در تبیین مسئولیت اجتماعی سازمانی/شرکتی بپردازد و با چشم‌اندازی حقوقی برخی از مبانی مسئولیت اجتماعی شرکتی و پاسخ‌گویی برآمده از آن را توصیف و تشریح کند. توجه به مفهوم ذی‌نفع، اصل مراقبت و قاعده لاضرر، لزوم مرزگذاری بر قدرت شرکت‌های تجاری و نقش بازیگران بخش خصوصی در بسط عدالت و توسعه پایدار، مبانی‌ای بود که در این نوشتار به منظور تبیین ماهیت و چرایی مسئولیت اجتماعی شرکتی مورد توجه قرار گرفت. این امر با بررسی حقوقی و اخلاقی و با تأکید بر طبیعت الزامی برخی از وظایف حاکم بر شرکت‌های تجاری که می‌تواند براساس قوانین صریح نباشد، همراه شد.

همچنین در این مقاله بر اهمیت تفکیک و توجه به نقش‌های مختلف نظام حقوقی در اداره، راهبری و تعادل بخشی تأکید شده است. همان‌گونه که بیان شد، در حوزه مسئولیت سازمانی/

۱. نوری یوشانلوئی، جعفر و سعید جوهر، «مفهوم‌شناسی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری در حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و ایران با رویکرد تطبیقی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۳.

شرکتی ما شاهد طیفی از قوانین، سیاست‌ها، اصول، قواعد و استانداردها هستیم. از این رو شناخت تفاوت اصول، سیاست، قاعده، قانون و انواع مسئولیت برآمده از آن در کنار تبیین مفهوم و مبانی نفع در ساحت مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی بسیار اهمیت دارد. این نوع مسئولیت سازمانی / شرکتی، سطح جدیدی از پاسخ‌گویی از سوی شرکت‌های تجاری را شکل می‌دهد که تعهدات شرکتی را به فراتر از سودآفرینی گسترش داده است و از یک مسئولیت در برابر گروهی گسترده‌تر از ذی‌نفعان سخن می‌گوید. در این میان و به منظور درک کامل‌تر از مفهوم، مبانی و چرایی این نوع مسئولیت در کنار توجه به رویکردهای اخلاقی و اقتصادی، به چشم‌اندازهای حقوقی نیز نیاز است.

شایان ذکر است که نظام حقوقی در مفهوم موسع آن می‌تواند نقشی فراتر از قانون‌گذاری و کنترل‌گری داشته باشد. توجه به نقش‌های راهبری حقوق در کنار نقش تعادل‌بخش آن امری است که می‌تواند مسئولیت اجتماعی شرکتی را به ابزاری برای دستیابی به عدالت و منفعت عمومی تبدیل کند. از آنجایی که امروزه ما شاهد مداخلات گسترده‌تر حقوقی در حیطه مسئولیت اجتماعی سازمانی / شرکتی هستیم، توجه به نقش‌ها و آثار متنوع نظام حقوقی فراتر از قانون‌گذاری و الزام‌سازی‌های برآمده از آن می‌تواند راهگشا باشد.

در نهایت شایسته است به این مهم توجه شود که هرگونه مداخله حقوقی در حوزه مسئولیت اجتماعی شرکتی باید با اهتمام به ابزارهای برآمده از دو ساحت حقوق یعنی حقوق عمومی و حقوق خصوصی مورد تحلیل و تفسیر قرار گیرد. برخی تحقیقات نشان می‌دهد تغییر گرایش‌ها در حقوق خصوصی به سمت کنترل و نظارت سختگیرانه‌تر در حوزه مسئولیت اجتماعی شرکتی و فراتر رفتن از روش‌های خودناظری برای موفقیت و اثربخشی (که در اینجا تغییر رفتار شرکت است) نیاز به تطابق با فرهنگ شرکتی دارد «حقوق خصوصی تنظیم‌گرایانه‌تر و قوی‌تر در حوزه مسئولیت اجتماعی شرکتی فقط می‌تواند به شکل غیرمستقیم در جهت بهبود و تغییر رفتار شرکت‌های تجاری عمل کند.»<sup>۱</sup> این مهم شایسته مطالعه و تحقیقات بیشتر است و امری است که نویسندگان این مقاله امیدوارند در پژوهش‌های آینده مورد توجه قرار گیرد.

1. Beckers, A. "Towards a regulatory private law approach for CSR Self-regulation? The effect of private law on corporate CSR Strategies". *European Review of Private Law*, Vol 27, No 2, 2019, p 223.

## منابع

### کتاب

۱. باسو، کاشیک، **جمهوری باورها: رویکردی جدید به حقوق و اقتصاد**، ترجمه غلامرضا بخشی‌خانیک و مجید، امیدی، تهران: انتشارات روزنه، ۱۴۰۰.
۲. بیکس، برایان، **فرهنگ نظریه حقوقی**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، ۱۳۸۹.
۳. دژاردن، جوزف، **اخلاق و محیط زیست، درآمدی بر فلسفه محیط زیست**، ترجمه مهدی کلاهی، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و هنر و ارتباطات، ۱۳۹۶.
۴. راسخ، محمد، **حق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش**، ج ۲، تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
۵. رالز، جان، **اولویت حق و تصورات خیر**، ترجمه علی حقی، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۹.
۶. حاجی عرب، مریم، **دورکین و معرفت‌شناسی حقوقی**، گزیده مقالاتی از مسئله اصل و جدی گرفتن حق‌ها، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۲.
۷. کندی، دانکن، بودوین باکرت، **میرو سیرار، قانون سیاست است**، ترجمه حبیب‌الله فاضلی، تهران: نشر نگارستان اندیشه، ۱۴۰۰.
۸. کارول، آرچی و آن بوشلت، **کسب‌وکار و جامعه: اخلاق و مدیریت ذی نفعان**، ترجمه محمد جعفر نظری، تهران: انتشارات دنیای اقتصاد، ۱۳۹۸.
۹. موحد، محمد علی، **حق و سوءاستفاده از حق**، تهران: نشر کارنامه، ۱۳۹۷.
۱۰. موحد، محمد علی، **در هوای حق و عدالت**. جلد ۱. تهران: نشر کارنامه، ۱۳۸۱.
۱۱. خرافلان، یوهان، **اخلاق و اقتصاد مقدمه‌ای بر بازارهای آزاد، برابری و شادکامی**، ترجمه وحید موسی‌دور، مؤسسه فرهنگی دکسا، ۱۴۰۲.
۱۲. ویکس، ریموند، **حقوق: درآمدی مختصر**، ترجمه سید محمدحسینی و محمد نجفی کیلانی، تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۴۰۰.

## مقاله

۱۳. اکرمی، موسی، «آیا می‌توان کاملاً هابیکی بود؟ عدالت اجتماعی: آرمان دیرین همکاری علمی و فلسفه»، *سیاست‌نامه*، ش ۱۴، ۱۳۹۹، صص ۱۳۵-۱۵۷.  
<https://3danet.ir/social-justice-a-critique-hayek/>
۱۴. باقری، محمود و مهرداد صادقیان ندوشن، «تئوری ذی‌نفعان در حقوق شرکت‌ها»، *فصلنامه قضاوت*، د ۱۶، ش ۸۷، ۱۳۹۵، صص ۲۷-۵۸.  
<https://www.magiran.com/p1655267>
۱۵. چهرقانی، احمد، «آدام اسمیت، اقتصاددان اخلاق‌گرا»، *مجله اقتصادی*، ش ۵ و ۶، ۱۳۹۸، صص ۸۳-۱۰۹. <https://www.magiran.com/p2110520>
۱۶. صادقی، محمد و پریسا احمدلو، «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری؛ از تردیدها تا دلالت‌های حقوقی»، *تعالی حقوق*، د ۸، ش ۴، ۱۴۰۱، صص ۲۸۳-۳۱۱.  
<https://www.magiran.com/p2555935>
۱۷. کاظمی، زمهریر، «از شکست بازار تا شکست دولت مناقشه بازارگرایان و دولت‌گرایان در دوران مدرن»، *پژوهش سیاست نظری*، ش ۱۸، ۱۳۹۴، صص ۱۲۷-۱۶۸. Available from: <https://sid.ir/paper/136156/fa>
۱۸. نوری یوشانلوئی، جعفر و سعید جوهر، «مفهوم‌شناسی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری در حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و ایران با رویکرد تطبیقی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، صص ۶۰۳-۶۲۷. doi: 10.22059/jcl.2014.52957

## References

### Books

1. Basu, Kashik, **Republic of Beliefs: A New Approach to Law and Economics**, translated by Gholamreza Bakhshi Khaniki and Majid Omid, Tehran: Rozena Publications, 2021. (in Persian)
2. Beaks, Brian, **The Language of Legal Theory**, translated by Mohammad Rasek, Tehran: Nay Publishing, 2010. (in Persian)
3. Boeger, N., Murray, R., & Villiers, C. (Eds.), **Perspectives on Corporate Social Responsibility**. Edward Elgar Publishing, 2008.
4. Carroll, Archie and Anne Buchlet, **Business and Society: Ethics and Stakeholder Management**, translated by Mohammad Jaaf Nazari, Tehran: Donyayeh Eqtesad Publications, 2019. (in Persian)
5. Desjardins, Joseph, **Ethics and Environment, An Introduction to Environmental Philosophy**, translated by Mehdi Kolahi, Tehran: Research Institute for Culture, Art and Communication, 2017. (in Persian)
6. Haji Arab, Maryam, **Dworkin and Legal Epistemology, Selected Articles on the Issue of the Principle and Taking Rights Seriously**, Tehran: Negah Moaser Publishing, 2023. (in Persian)
7. Kennedy, Duncan, Baudouin Bakkert, Miro Sirar, **Law is Politics**, translated by Habibollah Fazeli, Tehran: Negarestan Andisheh Publishing House, 2021. (in Persian)
8. Khraafblant, Johan, **Ethics and Economics: An Introduction to Free Markets, Equality, and Happiness**, translated by Vahid Musa Davar, Dexa Cultural Institute, 2023. (in Persian)
9. Movahed, Mohammad Ali, **Right and Abuse of Right**, Tehran: Karname Publishing House, 2018. (in Persian)
10. Movahed, Mohammad Ali, **In Search of Right and Justice**, Tehran: Karname Publishing House, 2002. (in Persian)
11. Rasekh, Mohammad, **Right and Expediency: Essays in the Philosophy of Law, Philosophy of Right and Philosophy of Value**, Vol. 2, Tehran: Nay Publishing House, 2013. (in Persian)
12. Rawls, John, **The Priority of Right and Conceptions of the Good**, translated by Ali Haghi, Tehran: Negah Moaser Publishing House, 2019. (in Persian)
13. Wacks, Raymond, **Law: A Very Short Introduction**, translated by Seyyed Mohammad Hosseini and Mohammad Najafi Kalyani, Tehran: Negah Moaser Publishing House, 2021. (in Persian)

### Articles

14. Akrami, Musa, "Can One Be Completely Hayekian? Social Justice: The Long-Standing Ideal of Scientific and Philosophical Collaboration",

- Siyastanameh*, No. 14, 2019, pp 135-157. <https://3danet.ir/social-justice-a-critique-hayek/> (in Persian)
14. Anderson, G. M., & Tollison, R. D. "Adam Smith's Analysis of Joint-Stock Companies". *Journal of Political Economy*, Vol. 90, NO 6, 1982, PP 1237-1256. <http://www.jstor.org/stable/1830946/>
  15. Bagheri, Mahmoud and Mehrdad Sadeghian-Nadushan, "Stakeholder Theory in Corporate Law", *Judgement Quarterly*, Vol. 16, No. 87, 2016, PP. 27-58. <https://www.magiran.com/p1655267> (in Persian)
  16. Beckers, A. "Towards A Regulatory Private Law Approach for CSR Self-Regulation? The Effect of Private Law on Corporate CSR Strategies". *European Review of Private Law*, 27, No 2. 2019, pp 221-243. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3369596/>
  17. Chahraghani, Ahmad, "Adam Smith, The Moral Economist", *Economic Journal*, No. 5 & 6, 2019. pp 83-109. (in Persian)
  18. Fleckner, Andreas Martin, "Adam Smith on the Joint Stock Company", Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2016-1. Pp 1-57. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2721811/>
  19. Kazemi, Zamhrir, "From Market Failure to State Failure: The Conflict Between Marketists and Statists in the Modern Era," *Journal of Theoretical Politics*, No. 18, 2015. pp 127-168 Available from: <https://sid.ir/paper/136156/fa> (in Persian)
  20. McBarnet, Doreen, "Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, for Law: the new corporate accountability" (U. of Edinburgh School of Law Working Paper No. 2009/03, 2009, pp 1-63. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1369305/>
  21. Nouri Youshanloui, Jafar and Saeed Johar, "Conceptology of Corporate Social Responsibility in German, French, English and Iranian Law with a Comparative Approach", *Comparative Law Studies*, 2014. Pp 603-627. (in Persian) doi:10.22059/jcl.2014.52957
  22. Sadeghi, Mohammad and Parisa Ahmadlou, "Social Responsibility of Commercial Companies; From Doubts to Legal Implications", *Culmination of Law*, Vol. 8, No. 4, 2023, PP. 283-311. <https://www.magiran.com/p2555935/> (in Persian)
  23. Tamvada, M. "Corporate Social Responsibility and Accountability: A New Theoretical Foundation for Regulating CSR". *International Journal Corporate Social Responsibility*, Vol 5, No. 2, 2020. Pp 95-118. <https://doi.org/10.1186/s40991-019-00458>



## **The Evolution of Corporate Social Responsibility Discourse: From Ethical Commitment to Legal Obligation in Light of the Analysis of Right and Interest**

**Hadi Salehi\***

**Neda Kardooni\*\***

Received: 2025.02.10

Accepted: 2025.07.22

### **Abstract**

The role and relationship of corporate social responsibility (CSR) within the legal system have always been a subject of debate. The question of whether CSR is a voluntary or mandatory mechanism is increasingly being questioned today, given the developments in some national and international systems such as the European Union. This article, using legal theory on ethics, highlights the link between legal and ethical responsibilities and outlines a two-way interaction between the economic goals of companies and corporate social responsibilities to show that corporate social responsibility commitments are closely linked to the legal obligations of businesses. Since these commitments are also related to corporate accountability, this paper, focusing on the concept of stakeholders in ethical and legal approaches, shows that a large part of the scope of corporate social responsibility commitments is mandatory, not voluntary. However, this obligation may not arise from a law in the narrow sense and state-centered.

### **Keywords:**

Corporate Law, Economics, Ethical Principles, Policy Making, Stakeholders.

---

\* Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran  
Corresponding Author Email: [hadi.salehi@shirazu.ac.ir](mailto:hadi.salehi@shirazu.ac.ir)

\*\* PhD, Faculty of law, Queens University, Kingston, Canada.



# تالو حقوق بین الملل اقتصادی بر سه ابزار جنگ تجاری: تأملی بر تقابل چین و آمریکا

نوید زمانه قدیم\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۰۵

## چکیده

جنگ‌های تجاری به‌ویژه در سطح بین‌المللی، به‌عنوان یکی از چالش‌های مهم اقتصادی و سیاسی در روابط کشورها شناخته می‌شوند. در این مقاله، به تحلیل سه ابزار اصلی جنگ تجاری، شامل افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، سیاست‌های حمایتی، با تمرکز بر تقابیل اقتصادی چین و آمریکا پرداخته می‌شود. هدف این تحقیق بررسی نحوه تأثیرگذاری اصول و قواعد حقوق بین‌الملل اقتصادی بر این ابزارها و تحلیل چالش‌های حقوقی مرتبط با آنهاست. با روش توصیفی-تحلیلی ضمن بررسی اسناد مرتبط با سازمان تجارت جهانی و توافقات دوجانبه نظیر توافق‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری و نیز نقش صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی، مقاله به‌ویژه بر رویکردهای حقوقی در مواجهه با این ابزارها متمرکز می‌شود و تلاش دارد تا محدودیت‌ها و فرصت‌های موجود را برای حل‌وفصل اختلافات تجاری از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی تبیین نماید. مقاله با نگاهی بر جنگ تجاری چین و آمریکا راهکارهایی برای بهبود هماهنگی حقوقی در عرصه تجارت جهانی ارائه می‌کند.

## کلید واژگان:

جنگ تجاری، افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، سیاست‌های حمایتی، حقوق بین‌الملل اقتصادی، چین، آمریکا.

\* استادیار، مؤسسه آموزش عالی رشدیه، تبریز، ایران

navid.zamaneh@roshdiyeh.ac.ir



Copyright: ©2024 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

جنگ تجاری<sup>۱</sup> به مجموعه‌ای از سیاست‌ها و اقدامات اقتصادی اطلاق می‌شود که با هدف حمایت از صنایع داخلی، اعمال فشار اقتصادی بر کشور مقابل یا تقویت قدرت چانه‌زنی در مذاکرات بین‌المللی انجام می‌گیرد. این اقدامات معمولاً شامل افزایش تعرفه‌ها، اعمال محدودیت‌های غیرتعرفه‌ای (مانند سهمیه‌بندی واردات و استانداردهای سخت‌گیرانه)، تحریم‌های اقتصادی، و سیاست‌های تلافی‌جویانه می‌شود.<sup>۲</sup> جنگ‌های تجاری اغلب زمانی رخ می‌دهند که کشورها در مسیر توسعه اقتصادی، با رقابت‌های شدید بر سر سهم بازار، فناوری‌های استراتژیک یا توازن تجاری روبه‌رو می‌شوند. این نوع درگیری‌ها نه فقط پیامدهای اقتصادی مهمی به دنبال دارند، بلکه می‌توانند به بحران‌های ژئوپلیتیکی نیز منجر شوند.<sup>۳</sup>

جنگ‌های تجاری ریشه‌ای طولانی در تاریخ اقتصاد بین‌الملل دارند. از دوران باستان، کشورها و امپراتوری‌ها برای کنترل مسیرهای تجاری و اعمال محدودیت بر کالاهای خارجی، سیاست‌های تجاری خاصی اتخاذ می‌کردند. در دوران مدرن، یکی از نخستین نمونه‌های برجسته، جنگ تجاری میان بریتانیا و چین در قرن نوزدهم بود که منجر به جنگ‌های تریاک<sup>۴</sup> شد. در این دوره، بریتانیا برای تأمین تراز تجاری خود در برابر چین، به صادرات گسترده تریاک روی آورد، اما سیاست‌های محدودکننده چین موجب تشدید تنش‌ها و در نهایت جنگ شد. در قرن بیستم، یکی از مهم‌ترین جنگ‌های تجاری، اعمال تعرفه‌های سنگین توسط ایالات متحده در قالب قانون تعرفه اسموت-هاولی<sup>۵</sup> در سال ۱۹۳۰ بود. این قانون که با هدف حمایت از صنایع داخلی آمریکا به تصویب رسید، منجر به افزایش قابل‌توجه تعرفه‌های وارداتی شد و به‌عنوان یکی از عوامل تشدید رکود بزرگ اقتصادی شناخته می‌شود.<sup>۶</sup> پس از جنگ جهانی دوم و با تشکیل گات و

1. Trade War

2. Krugman, P., & Obstfeld, M. **International Economics: Theory and Policy**, Pearson, 2022, p.305.

3. Irwin, D. A. **Clashing Over Commerce: A History of US Trade Policy**, University of Chicago Press, 2017, p.212.

4. Opium Wars

5. Smoot-Hawley Tariff Act

6. Eichengreen, B. **Golden Fetters: The Gold Standard and the Great Depression, 1919-1939**. Oxford University Press, 1992, p.164.

سپس سازمان تجارت جهانی، تلاش‌های زیادی برای کاهش تنش‌های تجاری و تنظیم مقررات جهانی صورت گرفت؛ اما رقابت‌های اقتصادی میان قدرت‌های بزرگ همچنان ادامه یافت.

یکی از برجسته‌ترین جنگ‌های تجاری در دهه‌های اخیر، تنش اقتصادی میان چین و آمریکا است که از سال ۲۰۱۸ آغاز شد. این جنگ تجاری با اعمال تعرفه‌های گسترده از سوی دولت دونالد ترامپ علیه کالاهای وارداتی از چین کلید خورد. ایالات متحده با استناد به ماده (۳۰۱) قانون تجارت<sup>۱</sup> و به بهانه نقض مالکیت فکری و اقدامات ناعادلانه تجاری از سوی چین، تعرفه‌هایی به ارزش صدها میلیارد دلار بر کالاهای چینی اعمال کرد. در مقابل، چین نیز با افزایش تعرفه‌ها بر کالاهای آمریکایی و اتخاذ سیاست‌های حمایتی، به این اقدامات واکنش نشان داد.<sup>۲</sup> این جنگ تجاری نه فقط آثار عمیقی بر اقتصاد دو کشور داشت، بلکه موجب ایجاد تنش در زنجیره تأمین جهانی، کاهش رشد اقتصادی، و افزایش نااطمینانی در بازارهای بین‌المللی شد. از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی، این تقابل مسائل حقوقی پیچیده‌ای را درباره میزان مشروعیت اقدامات تعرفه‌ای، تعهدات کشورها در چارچوب سازمان تجارت جهانی، و امکان حل‌وفصل اختلافات از طریق مکانیسم‌های حقوقی مطرح کرد. این مقاله در پی آن است که تأثیر اصول و قواعد حقوق بین‌الملل اقتصادی بر سه ابزار اصلی جنگ تجاری (افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، سیاست‌های حمایتی) را بررسی کند. تمرکز ویژه بر جنگ تجاری میان چین و آمریکا است و تلاش دارد تا با تحلیل چالش‌های حقوقی این درگیری، راهکارهایی را در چارچوب نظام تجارت بین‌الملل ارائه دهد. در ادامه، ابتدا مفهوم ابزارهای جنگ تجاری تشریح می‌شود، سپس پیامدهای حقوقی آن در پرتو حقوق بین‌الملل اقتصادی بررسی خواهد شد و در نهایت، راهکارهای موجود برای حل‌وفصل این تنش‌ها مورد بحث قرار خواهد گرفت.

## ۱. افزایش تعرفه‌ها و وضع تعرفه‌های متقابل: مطالعه موردی ایالات متحده آمریکا و چین

تعرفه‌های تجاری یکی از ابزارهای کلیدی سیاست‌های تجاری کشورها برای حمایت از صنایع داخلی، ایجاد توازن در تراز تجاری، و اعمال فشار اقتصادی بر سایر کشورها محسوب

1. Section 301 of the Trade Act

2. Bown, C. P. *The US-China Trade War and Phase One Agreement*, Peterson Institute for International Economics, 2020, p. 45.

می‌شود. در حقوق بین‌الملل اقتصادی، تعرفه‌ها به‌عنوان مالیات‌های اعمال‌شده بر کالاهای وارداتی تعریف شده‌اند که تأثیر مستقیمی بر قیمت کالاهای خارجی و رقابت‌پذیری آنها در بازار داخلی دارند.<sup>۱</sup> در چارچوب سازمان تجارت جهانی، کشورها به رعایت تعهدات تعرفه‌ای خود براساس موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت موظف‌اند که در ماده (۲) این موافقت‌نامه، کشورهای عضو را از افزایش تعرفه‌ها بالاتر از نرخ‌های توافق‌شده منع می‌کند. باین‌حال، افزایش تعرفه‌ها در موارد خاص تحت شرایط معین قابل توجیه است، ازجمله:

– ماده (۱۹) گات که اجازه اعمال «اقدامات حفاظتی»<sup>۲</sup> را در صورت وارد آمدن آسیب جدی به صنایع داخلی می‌دهد.

– ماده (۲۱) گات که به کشورها اجازه می‌دهد در شرایطی که امنیت ملی در خطر است، اقدامات محدودکننده‌ای، ازجمله افزایش تعرفه‌ها، را اتخاذ کنند.

– همچنین ماده (۳۰۱) قانون تجارت ایالات متحده که به آمریکا اجازه می‌دهد در صورت تشخیص رفتار تجاری ناعادلانه از سوی یک کشور دیگر، اقدامات تلافی‌جویانه، ازجمله افزایش تعرفه‌ها، را اعمال کند.<sup>۳</sup>

حقوق بین‌الملل اقتصادی کشورها را به رعایت تعهدات خود در چارچوب سازمان تجارت جهانی و دیگر موافقت‌نامه‌های تجاری ملزم می‌داند. کشورهای عضو سازمان باید طبق اصل ملت کامله‌الوداد<sup>۴</sup> و اصل تثبیت تعرفه‌ها<sup>۵</sup> عمل نمایند؛ افزایش تعرفه‌ها بدون توجیه قانونی می‌تواند نقض تعهدات بین‌المللی تلقی شود و به طرح شکایت در سازوکار حل اختلاف سازمان تجارت جهانی بینجامد.

جنگ تجاری میان ایالات متحده و چین، که از سال ۲۰۱۸ آغاز شد، نمونه‌ای از استفاده گسترده از ابزار تعرفه برای اعمال فشار اقتصادی و سیاسی است. دولت ترامپ با استناد به ماده (۳۰۱) قانون تجارت آمریکا و ادعای نقض حقوق مالکیت فکری توسط چین، مجموعه‌ای از

1. Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P. C., & Hahn, M. **The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy**, Oxford University Press, 2017, p.152.

2. Safeguard Measures

3. Jackson, J. H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**, MIT Press, 2000, p.265.

4. Most-Favored Nation Principle

5. Tariff Binding

تعرفه‌های تنبیهی را علیه واردات چینی به ارزش ۲۵۰ میلیارد دلار اعمال کرد.<sup>۱</sup> این اقدام، که شامل افزایش تعرفه بر کالاهای الکترونیکی، فولاد، و قطعات صنعتی بود، واکنش شدید چین را به همراه داشت. پکن نیز به‌عنوان اقدام تلافی‌جویانه، تعرفه‌هایی به ارزش ۱۱۰ میلیارد دلار بر کالاهای وارداتی از آمریکا، به‌ویژه محصولات کشاورزی، اعمال کرد.<sup>۲</sup> این افزایش تعرفه‌ها چالش‌های حقوقی قابل‌توجهی ایجاد کرد؛ زیرا ایالات متحده بدون ارجاع اولیه به سازوکار حل اختلاف سازمان تجارت جهانی اقدام به اعمال تعرفه کرد که مغایر با تعهدات آن تحت سند گات تلقی می‌شود. در مقابل، چین نیز با اتخاذ اقدامات متقابل، به‌نوعی از اصل اقدام متقابل در حقوق بین‌الملل اقتصادی بهره برد که مشروعیت آن همچنان مورد بحث است.

مشروعیت افزایش تعرفه‌ها در حقوق بین‌الملل اقتصادی به میزان انطباق این اقدامات با تعهدات کشورها در چارچوب سازمان تجارت جهانی بستگی دارد. از منظر حقوقی، اقدامات تعرفه‌ای آمریکا به این دلایل چالش‌برانگیز است:

اولاً، نقض تعهدات تعرفه‌ای در چارچوب گات: آمریکا تعرفه‌هایی بالاتر از سقف مجاز اعمال کرد که برخلاف ماده (۲) گات است.

ثانیاً، نبود توجیه معتبر تحت استثنائات امنیتی: استناد آمریکا به ماده (۲۱) گات برای توجیه این تعرفه‌ها ازسوی بسیاری از کارشناسان<sup>۳</sup> به‌عنوان تفسیر نادرست از مفهوم «امنیت ملی» در تجارت بین‌الملل تلقی شده است.

ثالثاً، رعایت نکردن فرایندهای حل اختلاف سازمان تجارت جهانی: آمریکا به‌جای طرح شکایت در رکن حل اختلاف سازمان، مستقیماً اقدام به افزایش تعرفه‌ها کرد که با مقررات این سازمان در تضاد است.

در مقابل، چین با اعمال تعرفه‌های تلافی‌جویانه، استراتژی «اقدام متقابل متناسب»<sup>۴</sup> را اتخاذ کرد که هرچند در سیاست بین‌الملل رواج دارد، در حقوق بین‌الملل اقتصادی همچنان محل بحث

1. Bown, C. P. *Op. cit.* p.46.

2. Evenett, S. J. **Trade Wars: The Weaponization of Trade Policy in the US-China Context**, Cambridge University Press, 2019, p.92.

3. Howse, R., & Eliason, A. "The Legality of US Tariffs under the National Security Exception of GATT Article XXI", *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, No. 2, 2019, p.215.

4. Proportional Retaliation

است. برخی کارشناسان<sup>۱</sup> معتقدند که اقدامات چین نیز مغایر با ماده (۲۳) گات است که کشورها را از اقدام یک‌جانبه علیه تخلفات تجاری دیگر کشورها بدون طی روند قانونی منع می‌کند. بنابراین، افزایش تعرفه‌ها و وضع تعرفه‌های متقابل در جنگ تجاری چین و آمریکا نمونه‌ای از چالش‌های حقوقی در نظام تجارت بین‌الملل است. اقدامات ایالات متحده از نظر حقوقی به دلیل عدم رعایت مقررات سازمان تجارت جهانی، مشروعیت کافی ندارد. از سوی دیگر، واکنش چین نیز اگرچه مبتنی بر اصل اقدام متقابل بود، از لحاظ قانونی با محدودیت‌های گات روبه‌رو است. این درگیری نشان داد که نظام تجارت بین‌الملل برای مدیریت منازعات تجاری میان قدرت‌های بزرگ نیازمند اصلاحات و تقویت سازوکارهای حل اختلاف است.

## ۲. ممنوعیت صادرات فناوری: محدودیت‌های جدید بر صادرات فناوری‌های هوش مصنوعی و نیمه‌هادی‌ها از سوی آمریکا

ممنوعیت یا محدودیت صادرات فناوری یکی از ابزارهای کنترل تجارت بین‌الملل است که دولت‌ها از آن برای اهداف امنیتی، اقتصادی، یا ژئوپلیتیکی استفاده می‌کنند. در حقوق بین‌الملل اقتصادی، صادرات فناوری‌های پیشرفته (مانند نیمه‌هادی‌ها و هوش مصنوعی) تحت قواعد کلی تجارت بین‌الملل، به‌ویژه مقررات سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت، قرار دارد. مطابق ماده (۱۱) گات، کشورها به‌طور کلی از اعمال ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های کمی<sup>۲</sup> بر صادرات منع شده‌اند، مگر در شرایط استثنایی که در ماده (۲۱) گات (استثنائات امنیتی) و ماده (۲۰) (استثنائات عمومی) آمده است. دولت‌ها در چارچوب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی به رعایت اصل آزادی تجارت و عدم اعمال محدودیت‌های غیرموجه بر صادرات موظف‌اند. دو اصل کلیدی که پیش‌تر اشاره شد، در این زمینه نیز قابل اعمال‌اند که عبارت‌اند از: اول، اصل ملت کامله‌الوداد؛ کشورها نمی‌توانند صادرات فناوری را علیه یک کشور خاص محدود کنند و همزمان برای دیگر کشورها آزاد بگذارند. دوم، اصل جلوگیری از محدودیت‌های کمی؛ ممنوعیت کامل صادرات، مگر در شرایط استثنایی، ناقض این ماده محسوب می‌شود. باین‌حال، ماده (۲۱) گات

1. Van den Bossche, P., & Zdouc, W. **The Law and Policy of the World Trade Organization**, Cambridge University Press, 2021, p.409.

2. Quantitative Restrictions



اجازه می‌دهد که کشورها در شرایطی که امنیت ملی در خطر است، اقدامات محدودکننده‌ای از جمله ممنوعیت صادرات فناوری را اعمال کنند.

شایان ذکر است، علاوه بر مقررات سازمان تجارت جهانی برخی از اسناد بین‌المللی نیز راجع به ممنوعیت صادرات فناوری مقرره‌هایی در نظر گرفته‌اند<sup>۱</sup> که از میان آنها می‌توان به توافقات دوجانبه و منطقه‌ای درباره محدودیت‌های صادرات فناوری اشاره کرد. قانون کنترل صادرات ایالات متحده<sup>۲</sup> آمریکا را قادر می‌سازد تا فناوری‌های نوظهور مانند هوش مصنوعی، بیوتکنولوژی و نیمه‌هادی‌ها را تحت کنترل شدید قرار دهد. واشنگتن از این قانون برای اعمال ممنوعیت صادرات فناوری به چین استفاده کرده است.<sup>۳</sup> ایالات متحده در سال‌های اخیر مجموعه‌ای از محدودیت‌ها را بر صادرات فناوری‌های پیشرفته به‌ویژه در حوزه نیمه‌هادی‌ها و هوش مصنوعی اعمال کرده است. این محدودیت‌ها که در دوران ریاست‌جمهوری جو بایدن تشدید شد، بخشی از راهبرد گسترده‌تر آمریکا برای مهار پیشرفت فناوری چین محسوب می‌شود. مهم‌ترین اقدامات آمریکا در این زمینه عبارت‌اند از:

در اکتبر ۲۰۲۲، وزارت بازرگانی ایالات متحده قوانینی را تصویب کرد که صادرات نیمه‌هادی‌های پیشرفته و تجهیزات تولید آنها را به چین محدود می‌کند. این مقررات شرکت‌های

۱. الف) معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای (NPT - 1968): این معاهده صادرات فناوری‌های حساس هسته‌ای را به کشورهایی که سلاح هسته‌ای ندارند، محدود می‌کند. کشورهای دارای فناوری هسته‌ای به عدم انتقال دانش و تجهیزات مرتبط به کشورهای غیرهسته‌ای موظف‌اند، مگر اینکه تحت نظارت آژانس بین‌المللی انرژی اتمی باشند. ممنوعیت صادرات برخی فناوری‌های دوگانه (Dual-Use) در این چارچوب قرار می‌گیرد. ب) معاهده تجارت تسلیحات (ATT - 2013): این معاهده صادرات فناوری‌های پیشرفته‌ای را که در تولید سلاح‌های متعارف کاربرد دارند محدود می‌کند. بر اساس این معاهده، کشورها نباید فناوری‌های حساس را به دولت‌هایی که احتمال دارد از آنها برای نقض حقوق بشر استفاده کنند، صادر نمایند. ج) رژیم کنترل فناوری موشکی (MTCR - 1987): هدف اصلی این رژیم جلوگیری از صادرات فناوری‌های مرتبط با توسعه موشک‌های بالستیک و سامانه‌های حمل سلاح‌های کشتار جمعی است که محدودیت‌هایی بر صادرات نرم‌افزارها و تجهیزات مرتبط با تولید موشک‌ها اعمال می‌کند. د) گروه استرالیا (Australia Group - 1985): اعضای این گروه موظف‌اند صادرات برخی فناوری‌های پیشرفته مانند تجهیزات مهندسی ژنتیک را محدود کنند. ه) رژیم واسنا (Wassenaar Arrangement 1996): شامل مقرراتی درباره کنترل صادرات فناوری‌های حساس از جمله هوش مصنوعی، نیمه‌هادی‌ها و فناوری‌های سایبری است. کشورهای عضو موظف‌اند هنگام صادرات این فناوری‌ها، ملاحظات امنیتی و حقوق بشری را در نظر بگیرند.

2. Export Control Reform Act - ECRA 2018.

3. Fergusson, I., & Kerr, D. **US Export Controls on Advanced Technologies: Implications for Global Trade**, Congressional Research Service, 2023, p.87.

آمریکایی مانند NVidia و AMD را از فروش پردازنده‌های گرافیکی پیشرفته (GPU)، که برای توسعه هوش مصنوعی ضروری‌اند، منع کرد. در اکتبر ۲۰۲۳، این محدودیت‌ها با افزودن سیزده شرکت دیگر چینی به «لیست نهادهای» گسترش یافت؛ به‌طوری‌که نه فقط شرکت‌های آمریکایی، بلکه هر شرکت خارجی که از فناوری آمریکایی استفاده می‌کند، ملزم به دریافت مجوز ویژه برای صادرات این محصولات به چین شد.<sup>۱</sup> آمریکا همچنین با همکاری کشورهای متحد مانند هلند و ژاپن، محدودیت‌هایی را بر صادرات تجهیزات لیتوگرافی پیشرفته،<sup>۲</sup> که برای تولید نیمه‌هادی‌های مدرن استفاده می‌شود، وضع کرده است.<sup>۳</sup>

مطابق توافق امنیتی سه‌جانبه آمریکا، بریتانیا و استرالیا،<sup>۴</sup> کشورهای امضاکننده باید صادرات فناوری‌های خاص را به کشورهای غیرعضو محدود کنند. یکی از اهداف این توافق، محدودیت در اشتراک‌گذاری فناوری‌های پیشرفته نظامی و هسته‌ای است.<sup>۵</sup> اتحادیه اروپا در سال‌های اخیر تحریم‌های گسترده‌ای بر صادرات فناوری‌های پیشرفته به چین و روسیه اعمال کرده است. این تحریم‌ها شامل ممنوعیت فروش نیمه‌هادی‌های پیشرفته، تجهیزات مخابراتی و فناوری‌های نظارت دیجیتال است.

باتوجه به آنچه گفته شد، محدودیت‌های صادراتی آمریکا علیه چین از دو جنبه حقوقی قابل بررسی است: اول اینکه، آمریکا ادعا می‌کند این ممنوعیت‌ها براساس ماده (۲۱) گات، که به کشورها اجازه می‌دهد تجارت را در صورت تهدید امنیت ملی محدود کنند، مشروع است. بااین‌حال، این استدلال از نظر حقوقی چالش‌برانگیز است؛ زیرا ماده (۲۱) گات باید به‌عنوان یک استثنا، تفسیر محدود داشته باشد؛ درحالی‌که آمریکا آن را به‌طور گسترده برای توجیه هر نوع محدودیت فناوری به کار می‌برد. رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی در پرونده‌ای مشابه<sup>۶</sup> اعلام کرده است که کشورها نمی‌توانند بدون دلیل معتبر به ماده (۲۱) استناد کنند و باید نشان

1. Evenett, S. J., & Fritz, J. **The New Protectionism: Export Controls and Strategic Rivalry**, Cambridge University Press, 2023, p.108.

2. EUV Lithography Machines

3. Brown, C. **Technology and Trade Wars: Global Supply Chains in a New Era**, Routledge, 2022, p.203.

4. AUKUS – 2021.

5. Medcalf, R. **Indo-Pacific Empire: China, America and the Contest for the World's Pivotal Region**, La Trobe University Press, 2022, p.65.

6. Russia – Traffic in Transit

دهند که تهدید امنیتی «واقعی و فوری» وجود دارد.<sup>۱</sup> دوم اینکه، برخی از کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی معتقدند که آمریکا با محدود کردن صادرات فناوری به چین و نه سایر کشورها، اصل ملت کامله‌الوداد را نقض کرده است. علاوه بر این، این اقدامات به نوعی محدودیت کمی بر صادرات محسوب می‌شود که طبق ماده (۱۱) گات غیرقانونی است. ممنوعیت‌های آمریکا بر صادرات فناوری می‌تواند به فرسایش رژیم حقوقی تجارت بین‌الملل منجر شود؛ زیرا اگر سایر کشورها نیز از همین استدلال برای محدودیت‌های تجاری استفاده کنند، نظام تجارت آزاد تضعیف خواهد شد. تصمیم‌گیری درمورد مشروعیت یا نامشروعیت این اقدامات در آینده ممکن است از طریق سازوکار حل اختلاف سازمان مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳. سیاست‌های حمایتی: کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی

سیاست‌های حمایتی، به‌ویژه در قالب کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، به‌عنوان ابزاری مهم برای حفظ ثبات اقتصادی و امنیت ملی در حقوق بین‌الملل اقتصادی شناخته می‌شوند. با رشد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و پیچیده‌تر شدن روابط اقتصادی، کشورها بیش از پیش به ابزارهای قانونی و مقرراتی برای تنظیم ورود و خروج سرمایه متوسل شده‌اند. کنترل سرمایه به اقدامات قانونی اطلاق می‌شود که برای محدود کردن جریان سرمایه به داخل یا خارج کشور اعمال می‌گردد. این اقدامات ممکن است موقتی یا دائمی باشند و اهدافی چون جلوگیری از بحران‌های ارزی، حفاظت از ذخایر ارزی و مهار سرمایه‌های سوداگرانه را دنبال کنند. به‌رغم انتقادات نتولیرالی علیه کنترل سرمایه، مطالعات نشان داده‌اند که اعمال این سیاست‌ها در شرایط بی‌ثباتی مالی می‌تواند مشروع و مؤثر باشد.<sup>۲</sup> در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، برخی کشورها صراحتاً حق استفاده از کنترل سرمایه را برای خود محفوظ داشته‌اند. با این حال، بسیاری از این معاهدات مقررات روشنی در این زمینه ندارند و این امر ممکن است منجر به بروز اختلافات سرمایه‌گذاری شود.

1. Pauwelyn, J., Guzman, A., & Hillman, J. *International Trade Law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 202.

2. Dolzer, R., & Schreuer, C. *Principles of International Investment Law* (2nd ed.), Oxford University Press, 2012, pp.160-165.

در دهه‌های اخیر، بسیاری از دولت‌ها به اعمال محدودیت‌هایی بر سرمایه‌گذاری خارجی در بخش‌های حساس اقتصادی نظیر انرژی، مخابرات و فناوری اطلاعات روی آورده‌اند. انگیزه اصلی این محدودیت‌ها حفاظت از امنیت ملی، جلوگیری از تملک دارایی‌های راهبردی و حفظ حاکمیت اقتصادی است.<sup>۱</sup> به‌طور خاص، ایالات متحده با گسترش صلاحیت‌های کمیته سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۲</sup> توانسته است سرمایه‌گذاری‌هایی را که تهدید بالقوه برای امنیت ملی تلقی می‌شوند، متوقف یا مشروط کند.<sup>۳</sup> این رویکرد از نظر حقوق بین‌الملل اقتصادی در مرز باریکی میان اعمال حاکمیت ملی و نقض تعهدات معاهداتی قرار دارد.

یکی از مهم‌ترین چالش‌ها، توازن میان حق حاکمیت دولت‌ها برای تنظیم اقتصاد خود و تعهدات بین‌المللی‌شان در قبال سرمایه‌گذاران خارجی است. در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری، دولت‌ها متعهد به رعایت رفتار منصفانه و عادلانه، عدم تبعیض و انتقال آزاد سرمایه‌اند. با این حال، در مواقع اضطراری یا برای حفظ نظم عمومی، برخی استثنای در معاهدات پیش‌بینی شده است. مراجع داور سرمایه‌گذاری در پرونده‌های متعددی از جمله *Salini v. Morocco* و *Continental Casualty v. Argentina* تلاش کرده‌اند میان منافع عمومی و حقوق سرمایه‌گذاران تعادل برقرار کنند؛ اما نبود رویه واحد در این زمینه موجب تردید در حدود مجاز مداخله دولت‌ها شده است.<sup>۴</sup> سیاست‌های حمایتی در قالب کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، گرچه در شرایط خاص اقتصادی و ژئوپلیتیکی ضروری‌اند، اجرای آنها باید با ملاحظات حقوقی دقیق و با احترام به تعهدات بین‌المللی همراه باشد. حقوق بین‌الملل اقتصادی به دولت‌ها اجازه می‌دهد که در شرایط خاص، این ابزارها را برای حفظ ثبات اقتصادی و امنیت ملی به کار گیرند؛ مشروط بر اینکه این اعمال تبعیض‌آمیز، خودسرانه یا مغایر با اصول حقوقی تثبیت‌شده نباشند.

1. Muchlinski, P. **Multinational Enterprises and the Law** (2nd ed.), Oxford University Press, 2007, p.515.

2. The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)

3. Sauvart, K. P. "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned". *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, No. 1, 2015, p.43.

4. Dolzer, R., *Op. cit.*, p.191.

محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی در بخش فناوری در ایالات متحده آمریکا و اتحادیه اروپا امروزه به‌عنوان ابزاری برای حفاظت از امنیت ملی، حاکمیت دیجیتال و تضمین رقابت منصفانه در بازارهای داخلی مورد استفاده قرار می‌گیرند. آمریکا با تصویب قانون اصلاح ریسک سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۱</sup> اختیارات کمیته سرمایه‌گذاری خارجی در ایالات متحده را گسترش داد تا بررسی سرمایه‌گذاری‌های اقلیت و معاملات غیرکنترلی در فناوری‌های حساس به صلاحیت کلی ممنوعیت یا اصلاح معاملات مرتبط با فناوری‌ها افزوده شود. مصداق بارز این مورد در سال ۲۰۲۳ بود که ایالات متحده قوانینی را نهایی کرد که سرمایه‌گذاری در بخش‌های هوش مصنوعی، نیمه‌هادی‌ها و فناوری‌های کوانتومی در چین را محدود می‌کند تا از تقویت قابلیت‌های نظامی خارجی جلوگیری شود. اتحادیه اروپا نیز قوانینی را تصویب کرده است که شرکت‌های بزرگ فناوری را ملزم به رعایت مقررات سخت‌گیرانه‌تری می‌کند تا از انحصار و رفتارهای ضدرقابتی جلوگیری شود. اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۹ مکانیزم غربالگری FDI را تصویب کرد که به کشورهای عضو اجازه می‌دهد سرمایه‌گذاری‌های خارجی را که ممکن است امنیت یا نظم عمومی را تهدید کنند، بررسی نمایند. قانون بازارهای دیجیتال نیز با هدف محدود کردن قدرت شرکت‌های بزرگ فناوری و تضمین رقابت منصفانه در بازار دیجیتال اتحادیه اروپا تدوین شده است.

### ۳.۱. اقدامات چین برای کنترل سرمایه و تقویت یوآن در برابر دلار

جمهوری خلق چین در دهه‌های اخیر مجموعه‌ای از سیاست‌ها را برای مدیریت جریان‌های سرمایه و تقویت واحد پولی خود (رنمینبی<sup>۲</sup> یا یوآن) در برابر دلار آمریکا به کار گرفته است. این اقدامات درحالی صورت می‌گیرد که چین به‌عنوان یکی از بازیگران اصلی اقتصاد جهانی در نظام پولی بین‌المللی نقش فزاینده‌ای یافته است. از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی (شامل مقررات سازمان تجارت جهانی، رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی و اصول صندوق بین‌المللی پول) پرسشی مهم آن است که این سیاست‌ها تا چه حد با تعهدات بین‌المللی چین سازگار است و چه تأثیری بر نظم پولی و تجاری جهانی دارد. در این بند، ابتدا سیاست‌های کنترلی چین بر جریان سرمایه و تلاش‌های این کشور برای ارتقای جایگاه یوآن بررسی، و سپس مطابقت یا تعارض این

1. Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018.

2. The renminbi

اقدامات با تعهدات چین در WTO و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه تحلیل می‌شود. در ادامه، موضع نهادهای بین‌المللی مانند صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی ارزیابی می‌شود و در نهایت پیامدهای حقوقی و اقتصادی اقدامات چین بر نظام پولی بین‌المللی و تجارت جهانی مورد بحث قرار می‌گیرد.

چین از گذشته تا امروز نظامی مبتنی بر حساب سرمایه بسته داشته و جریان ورود و خروج سرمایه را تحت کنترل شدید نگه داشته است. بانک جمهوری خلق چین با نرخ ارز شناور مدیریت شده، این جریان را تنظیم می‌کند. پس از اصلاحات دهه ۱۹۷۰ میلادی، تسهیلاتی در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی ایجاد شد، اما سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم مانند پرتفو و وام، همچنان به شدت محدود باقی ماندند. با وقوع بحران مالی آسیا در سال ۱۹۹۷، سیاست کنترل سرمایه تشدید شد. ورود چین به سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۱، مازاد تجاری بزرگی به همراه آورد و ورود سرمایه سوداگرانه، فشار افزایشی بر رنمینی وارد کرد. چین با سیاست «ورود سخت‌تر و خروج آسان‌تر» تلاش کرد کنترل بیشتری اعمال کند و خروج سرمایه به شکل پروژه‌های واقعی را تسهیل کرد.<sup>۱</sup> از سال ۲۰۱۲ به بعد، چین به‌سوی مدل متوازن‌تری حرکت کرد؛ اقداماتی نظیر اصلاحات تدریجی، افزایش سهمیه‌های سرمایه‌گذاری برون‌مرزی مانند QDII و RQFII، و کاهش محدودیت‌ها در بازار اوراق قرضه داخلی از این قبیل محسوب می‌شوند. اما همچنان در زمان بی‌ثباتی، اداره دولتی ارز خارجی قدرت اعمال مقررات سخت‌گیرانه را حفظ کرده است. مطالعات بانک BIS تأیید می‌کند که کنترل‌ها در چین همچنان «به‌طور قابل توجهی محدودکننده» باقی مانده‌اند.<sup>۲</sup> در مواقعی مانند سال ۲۰۱۶، هم‌زمان با بحران بازار بورس، دولت نظارت‌ها را تشدید و مقررات گزارش‌دهی معاملات مشکوک را الزامی کرد.<sup>۳</sup> مبنای قانونی کنترل سرمایه، قانون مدیریت ارز خارجی چین و آیین‌نامه‌های آن است که اداره دولتی ارز خارجی و کمیسیون توسعه و اصلاحات ملی بر اجرای آن نظارت دارند؛ ابزارهایی چون ثبت

1. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/09/legality-capital-controls-covid-induced-retreat-financial#:~:text=distinct%20phases> [last visited: 1/4/2025].

2. Ma, Guonan, Do China's capital controls still bind? Implications for monetary autonomy and capital liberalization, BIS Working Papers, No 233, 2007.

3. <https://www.centralbanking.com/central-banks/currency/7860946/chinas-capital-controls-here-to-stay#:~:text=Since%20the%20mid,beginning%20of%20stricter%20capital%20controls> [last visited: 20/3/2025].

قراردادهای ارزی، سهمیه‌بندی و نظارت بر پروژه‌های خارجی شرکت‌ها (به‌ویژه از ۲۰۱۷ به بعد) هم در همین راستا اجرا شده‌اند.

در نهایت، این چارچوب کنترلی توانسته است چین را از بسیاری از بحران‌های مالی بین‌المللی در امان نگه دارد و ثبات مالی و استقلال سیاست‌گذاری پولی را حتی در بستر تجارت جهانی حفظ کند.

چین از اواخر دهه ۲۰۰۰ با هدف کاهش وابستگی به دلار و افزایش نفوذ مالی خود در نظام جهانی، پروژه بین‌المللی‌سازی یوان (RMB) را آغاز کرد.<sup>۱</sup> این برنامه در چهار محور اصلی پیگیری شده است:

الف) افزایش استفاده از یوان در تجارت دوجانبه: پس از بحران مالی ۲۰۰۸، چین به شرکت‌های داخلی و شرکای تجاری امکان داد تجارت را با یوان انجام دهند. تا سال ۲۰۱۵، بیش از ۳۰ درصد از تجارت کالایی چین با یوان تسویه می‌شد. یوان به دومین ارز در تأمین مالی تجارت جهانی و پنجمین ارز پر استفاده در پرداخت‌های بین‌المللی تبدیل شد.<sup>۲</sup> ب) ایجاد بازارهای آفشور یوان و تأمین مالی بین‌المللی: هنگ‌کنگ نخستین مرکز برون‌مرزی یوان (CNH) شد و انتشار اوراق قرضه RMB موسوم به اوراق دین سان<sup>۳</sup> به سرمایه‌گذاران خارجی امکان جذب منابع با یوان را داد. این مراکز در شهرهایی مانند لندن و سنگاپور نیز گسترش یافتند. ج) انعقاد سوآپ‌های ارزی دوجانبه: از ۲۰۰۸، بانک خلق چین بیش از ۳۰ توافق‌نامه سوآپ ارزی با کشورهای مختلف امضا کرد که دسترسی به نقدینگی یوان و کاهش وابستگی به دلار را تسهیل کردند. این قراردادها از منظر حقوقی به عنوان تفاهم‌نامه‌های معتبر بین‌المللی شناخته می‌شوند.<sup>۴</sup> د) پیوستن یوان به سبد حق برداشت ویژه:<sup>۵</sup> در سال ۲۰۱۶، یوان با تصویب

1. Liu, Li-Gang, "Why the West Should Welcome Chinese Yuan's Inclusion into the SDR." Op-ed, Peterson Institute for International Economics (originally in South China Morning Post), June 8, 2015.

2. <https://www.piie.com/commentary/op-eds/why-west-should-welcome-chinese-yuans-inclusion-sdr#:~:text=The%20RMB%20is%20now%20the,for%20International%20Settlements%20in%202013> [last visited: 17/3/2025].

3. Dim-Sum Bonds

4. Zhang, L. **Renminbi Internationalization: Achievements, Prospects, and Challenges**, Springer, 2016, p.88.

5. Special drawing rights (SDR)

هیئت اجرایی صندوق بین‌المللی پول به سبد حق برداشت ویژه پیوست و ارزش آن ۱۰۰۹۲ درصد تعیین شد؛ این اقدام، فشارهایی برای اصلاحات مالی بیشتر در چین، از جمله آزادی نرخ بهره و گسترش بازار اوراق قرضه، ایجاد کرد.<sup>۱</sup> (هـ) یوان دیجیتال (ارز دیجیتال بانک مرکزی چین):<sup>۲</sup> از سال ۲۰۲۰، چین پروژه یوان دیجیتال را آزمایش کرد. هدف داخلی، حرکت به اقتصاد بدون پول نقد، و هدف خارجی، ایجاد ابزار پرداخت مستقل از سیستم‌های مالی مبتنی بر دلار بود. برخی تحلیلگران نگران‌اند که یوان دیجیتال بتواند برای دور زدن تحریم‌ها یا کاهش شفافیت مالی استفاده شود.<sup>۳</sup>

### ۳.۱.۱. تطابق یا تعارض اقدامات چین با مقررات سازمان تجارت جهانی (سرمایه‌گذاری و سیاست ارزی)

سیاست‌های ارزی و سرمایه‌ای چین، اگرچه تحت کنترل شدید قرار دارند، به‌طور کلی ناقض صریح مقررات سازمان تجارت جهانی نیستند. مقررات سازمان تجارت جهانی بیشتر ناظر به معاملات جاری (تجارت کالا و خدمات) است، نه جریان آزاد سرمایه. ماده (۱۱) گاتس و تعهدات چین در بخش‌های مالی (بانکداری و بیمه) ایجاب می‌کند که انتقالات پولی مرتبط با خدمات تعهدشده آزاد باشد، و چین در عمل این الزام را تا حدود زیادی رعایت کرده است. چین پس از الحاق به سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۱، برخی مقررات پیشین خود، مانند شرط موازنه ارز و الزام صادرات، را حذف کرد تا با توافق‌نامه تدابیر سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت موسوم به تریمس سازگار شود. با اجرای برنامه‌هایی مثل QFII و RQFII، امکان ورود سرمایه‌گذاران خارجی به بازار اوراق فراهم شد که در چارچوب تعهدات چین قرار دارد.

در حوزه سیاست ارزی، مهم‌ترین انتقاد به چین مربوط به پایین نگه داشتن ارزش یوان پیش از سال ۲۰۱۰ بود. بنابر استدلال برخی دولت‌ها، به‌ویژه آمریکا، این امر به‌مثابه مزیت رقابتی ناعادلانه برای صادرات چین عمل می‌کند. ماده (۱۵) گات ۱۹۹۴ مقرر می‌دارد: اعضا نباید مزایای معاهده را از طریق اقدامات ارزی عقیم سازند و بر همکاری با صندوق بین‌المللی پول تأکید

1. Lagarde, C. IMF Adds Chinese Renminbi to SDR Basket: A Historic Milestone. International Monetary Fund. 2015. Available at:

<https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sdrr121515a/>

2.E -CNY

3. Choer Moraes, H. & Kim, J. "Digital Currencies and the Future of the International Monetary System", *Harvard International Law Journal*, Vol. 63, No. 2, 2022, p.518.



دارد.<sup>۱</sup> با این حال، به دلیل صلاحیت اصلی صندوق بین‌المللی پول در امور ارزی و نبود سازوکار مؤثر در سازمان تجارت جهانی برای مقابله با دست‌کاری ارز، تاکنون هیچ شکایت رسمی علیه چین در این زمینه مطرح نشده است. طبق موافقت‌نامه یارانه‌ها و اقدامات جبرانی (SCM)، مداخله ارزی دولت الزاماً به‌عنوان یارانه مستقیم قابل شناسایی نیست، مگر آنکه نفع خاصی برای صادرکنندگان اثبات شود؛ گرچه وزارت بازرگانی آمریکا تلاش کرده است در حقوق داخلی خود مداخله ارزی را در ارزیابی یارانه‌ها لحاظ کند، اما انطباق آن با حقوق WTO مورد تردید است.

در نهایت، از منظر سرمایه‌گذاری نیز سازمان تجارت جهانی الزام صریحی برای آزادی کامل سرمایه ندارد. توافق‌نامه تریمس الزاماتی مانند حذف الزامات صادرات یا تخصیص ارز خاص را دربردارد و چین آنها را رعایت کرده است. موضوع خروج سود و سرمایه بیشتر در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BITs) مطرح است. بنابراین اقدامات چین در چارچوب قواعد سازمان تجارت جهانی، به‌ویژه در حوزه خدمات و سرمایه‌گذاری مرتبط، در حال حاضر تناقض آشکاری با تعهدات ندارد.<sup>۲</sup> هرچند دغدغه‌هایی درباره دست‌کاری ارزی وجود داشته، ساختار مقررات سازمان تجارت جهانی و نقش محوری صندوق بین‌المللی پول موجب شده است این موضوع بیشتر در سطح سیاسی-اقتصادی باقی بماند تا حقوقی.

### ۳.۱.۲. جایگاه اقدامات چین در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه

چین از فعال‌ترین کشورهای منعقدکننده معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (BIT) است و بیش از ۱۰۰ معاهده با کشورهای مختلف دارد. این معاهدات اصولی چون رفتار منصفانه، حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و آزادی انتقال سرمایه را تضمین می‌کنند. در نسل اول این معاهدات چین (دهه‌های ۱۹۸۰ و اوایل ۱۹۹۰)، انعطاف زیادی برای کنترل سرمایه دیده می‌شد؛ اما از اواخر دهه ۱۹۹۰ به بعد، معاهدات جدید چین، اصل «انتقال آزاد وجوه» را به‌طور صریح

1. McGrady, B. "Necessity Exceptions in WTO Law: Retreaded Tyres, Regulatory Purpose and Cumulative Regulatory Measures", *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, 2009, p.163.

2. Mercurio, GAO, Henry S. "WTO reform and China: Defining or defiling the multilateral trading system?", *Harvard International Law Journal*, Vol. 62, 2021, p.15.

پذیرفته‌اند؛ مانند معاهدات چین- هلند (۲۰۰۱)، چین- آلمان (۲۰۰۳) و چین- کانادا (۲۰۱۲) که به آن تصریح شده است.<sup>۱</sup>

با این حال، چین در بیشتر این معاهدات بندهای استثنایی برای بحران‌های مالی، تراز پرداخت، یا ثبات اقتصادی اضافه کرده است. این بندها معمولاً اجازه می‌دهند دولت‌ها در شرایط بحرانی، محدودیت‌هایی موقتی بر انتقال سرمایه اعمال کنند؛ مشروط بر اینکه این اقدامات بر اساس مقررات صندوق بین‌المللی پول، غیرتبعیض‌آمیز و موجه باشند (مثلاً در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری چین-فنلاند ۲۰۰۴ و چین-مکزیک ۲۰۰۸). از منظر حقوقی، وجود این بندها به چین اجازه می‌دهد بدون نقض معاهده، در مواقع بحرانی کنترل سرمایه را اعمال کند. مشابه چنین استدلالی در پرونده داوری معروف (2008) Continental Casualty v. Argentina پذیرفته شد؛ جایی که اقدامات ارزی آرژانتین تحت بند «امنیت ملی» موجه دانسته شد.

بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری جدید چین همچنین به رعایت قوانین داخلی کشور میزبان مشروط‌اند؛ به این معنا که اگر اقدامات کنترلی طبق قوانین عمومی کشور و به صورت غیرتبعیض‌آمیز اعمال شوند، ممکن است ناقض معاهده تلقی نشوند. با این حال، در برخی داوری‌ها این دفاع کافی نیست، چون تعهدات معاهده‌ای بر قوانین داخلی اولویت دارند. تا به امروز، چین با استفاده از این ساختار حقوقی و وجود بندهای استثنایی، از بروز منازعات جدی در داوری‌های سرمایه‌گذاری جلوگیری کرده است. سرمایه‌گذاران خارجی معمولاً قادر به انتقال سود خود هستند؛ اگرچه انجام آن مستلزم طی مراحل قانونی نظیر ارائه اسناد به SAFE و پرداخت مالیات است. در موافقت‌نامه جامع سرمایه‌گذاری چین و اتحادیه اروپا (CAI) (که در ۲۰۲۰ مذاکره شد)، آزادی انتقالات به رسمیت شناخته شده، هم‌زمان امکان اقدامات احتیاطی برای ثبات مالی نیز لحاظ شده است.<sup>۲</sup>

با وجود این رژیم معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری چین به گونه‌ای طراحی شده که ضمن حفظ اصل حمایت از سرمایه‌گذاران، فضای کافی برای اعمال سیاست‌های کنترلی در شرایط استثنایی

1. Hufbauer, Gary Clyde & Miner, Sean. "China's BITs and Financial Services Liberalization." In: Sauvart, Karl P. & Sachs, Lisa E. (eds.), **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**, Oxford University Press, 2015, p.10.  
2. European Commission & Government of the People's Republic of China. (2020). Comprehensive Agreement on Investment (CAI) – Draft Text. Art.5.

باقی بگذارد. این رویکرد به چین امکان داده است هم با استانداردهای بین‌المللی تطابق یابد، هم استقلال سیاست‌گذاری اقتصادی خود را حفظ کند.

### ۳.۱.۳. موضع صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی نسبت به اقدامات چین

صندوق بین‌المللی پول (IMF) و بانک جهانی همواره سیاست‌های ارزی و سرمایه‌ای چین را زیر نظر داشته‌اند. چارچوب حقوقی اصلی، اساسنامه IMF است که براساس ماده (۸) آزادی معاملات جاری را الزامی می‌داند، اما طبق ماده (۶) اعضا مجازند بر معاملات سرمایه کنترل‌هایی اعمال کنند. در دهه ۲۰۰۰، IMF چین را برای اصلاح نرخ ارز تحت فشار گذاشت و بین سال‌های ۲۰۰۷ تا ۲۰۱۰ RMB را «کم‌ارزش‌گذاری‌شده» اعلام کرد.<sup>۱</sup> بااین‌حال، به‌دلیل نبود تعریف دقیق از «دست‌کاری ارزی» و حساسیت سیاسی موضوع، IMF هیچ بیانیه رسمی علیه چین صادر نکرد. از سال ۲۰۰۵ چین به‌تدریج نرخ ارز را اصلاح کرد و در سال ۲۰۱۵ IMF اعلام کرد RMB دیگر به‌طور مصنوعی پایین نیست.

در موضوع کنترل سرمایه، IMF موضعی تدریجی و انعطاف‌پذیر دارد. گرچه اساسنامه تعهدی به آزادسازی سرمایه ایجاد نمی‌کند، صندوق همواره کشورهای درحال توسعه را به آزادسازی محتاطانه تشویق کرده است.<sup>۲</sup> در همین راستا، چین در ۱۹۹۶ ماده (۸) را پذیرفت و معاملات جاری را آزاد کرد، ولی حساب سرمایه را تحت کنترل نگه داشت. تحول مهم در سیاست صندوق، تصویب «دیدگاه نهادی» در سال ۲۰۱۲ بود که کنترل جریان سرمایه را در شرایط خاص مشروع دانست و تأکید کرد که راه واحدی برای آزادسازی وجود ندارد.<sup>۳</sup> این دیدگاه ضمن پذیرش واقعیت‌های کشورهایمانند چین، حمایت از مدل ترکیبی کنترل و آزادسازی را توجیه‌پذیر دانست. صندوق همچنان از چین می‌خواهد اصلاحات ساختاری بیشتری مانند ارتقای شفافیت مالی و تقویت سیستم بانکی انجام دهد. درمورد بین‌المللی‌سازی یوان، صندوق ورود

1. International Monetary Fund (IMF). (2007–2010). People's Republic of China: Article IV Consultation Reports (2007, 2008, 2009, 2010). IMF Country Reports No. 07/385, 08/235, 09/262, and 10/238. Washington, D.C.: International Monetary Fund.

2. International Monetary Fund (IMF). Annual Report of the Executive Board for the Financial Year Ended April 30, 1997. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 1997.

3. International Monetary Fund (IMF). The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View. IMF Policy Paper, November 14, 2012. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 2012, p.34.

RMB به سبد SDR را در سال ۲۰۱۵ مثبت ارزیابی کرد و آن را عاملی برای پیشبرد اصلاحات دانست.<sup>۱</sup>

بانک جهانی نیز دیدگاهی مشابه دارد. در سال ۲۰۱۶، این نهاد با صدور اوراق قرضه SDR (شامل یوآن) در بازار چین، از نقش جهانی RMB استقبال کرد. همچنین در گزارش "China 2030" توصیه کرد چین به تدریج آزادسازی مالی را همراه با تقویت نهادهای نظارتی و حقوقی پیش ببرد.<sup>۲</sup> در مجموع، موضع نهادهای بین‌المللی نسبت به اقدامات چین ترکیبی از پذیرش محتاطانه و ترغیب به اصلاحات بوده است. صندوق بین‌المللی پول ضمن پذیرش حق چین در کنترل سرمایه (براساس مقررات خود صندوق)، از سیاست‌های ثبات‌محور چین تمجید کرده، اما هم‌زمان چین را به سمت شفافیت بیشتر و همسویی با استانداردهای جهانی سوق داده است. بانک جهانی نیز اقدامات چین را به عنوان بخشی از گذار این کشور به یک اقتصاد پیشرفته می‌بیند و تأکید می‌کند که ادغام کامل یوآن در سیستم مالی جهانی نیازمند تداوم اصلاحات داخلی است. در بُعد حقوقی، هیچ‌یک از این نهادها اقدام چین را ناقض تعهدات بین‌المللی قلمداد نکرده‌اند؛ برعکس، با به‌روزرسانی چارچوب‌های تحلیلی خود، جایی برای مدل چین باز کرده‌اند. برای مثال، صندوق در سند «دیدگاه نهادی ۲۰۱۲» خود صریحاً افزود که توصیه‌های این دیدگاه حقوق و تعهدات اعضا تحت سایر توافقات بین‌المللی (از جمله مقررات سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه) را تغییر نمی‌دهد، بلکه صرفاً راهنمای مشورتی است. این جمله احتمالاً با در نظر داشتن کشورهای چینی اضافه شد تا روشن کند صندوق از اعضا نمی‌خواهد با عمل به توصیه‌های این نهاد، در معرض نقض تعهدات دیگر قرار گیرند. خوشبختانه در مورد چین، چنان که گفته شد، تعهدات مندرج در مقررات سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه هم اجازه انعطاف لازم را می‌دهند و تناقض عملی رخ نداده است.

1. IMF, Review of the Method of Valuation of the SDR—Final Report, 2016, pp. 10–12.

2. World Bank & Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China. China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society. Washington, D.C.: World Bank. 2013, p.120.

#### ۴. تأثیر حقوقی و اقتصادی اقدامات چین و آمریکا بر نظام پولی بین‌المللی و تجارت جهانی

رقابت اقتصادی و سیاست‌گذاری‌های یک‌جانبه چین و ایالات متحده در حوزه سرمایه، ارز، و تجارت فناوری، فراتر از یک تقابل دوجانبه، به سطحی رسیده که آثار ساختاری بر نظم پولی بین‌المللی و رژیم حقوقی تجارت جهانی برجای گذاشته است. از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی، اتخاذ سیاست‌های محدودکننده ازسوی این دو قدرت (چه در قالب کنترل سرمایه توسط چین و چه از طریق اعمال محدودیت‌های صادرات فناوری توسط آمریکا) سؤال‌های مهمی درباره کارایی، توازن و مشروعیت قواعد حاکم بر نظام تجارت و پول بین‌الملل مطرح کرده است. در حوزه پولی، تلاش چین برای بین‌المللی‌سازی یوان و کاهش وابستگی به دلار، در کنار کنترل مستمر سرمایه، به بازتعریف برخی مفاهیم کلاسیک در نظریه لیبرالی تجارت منجر شده است. پیوستن یوان به سبد حق برداشت مخصوص صندوق بین‌المللی پول در سال ۲۰۱۵، درحالی‌که این ارز همچنان تحت کنترل سرمایه قرار دارد، نشان‌دهنده پذیرش ضمنی مدل ترکیبی چین ازسوی نهادهای بین‌المللی است. بااین‌حال، این مدل، پرسش‌هایی درباره حدود مشروعیت کنترل سرمایه در فضای حقوقی بین‌المللی، به‌ویژه در تعامل با تعهدات ناشی از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه و مقررات گتس، پدید آورده است. ازسوی دیگر، اقدامات آمریکا در محدودسازی دسترسی چین به فناوری‌های پیشرفته ازجمله نیمه‌هادی‌ها و هوش مصنوعی، به استناد ماده (۲۱) گات، به نگرانی‌هایی درباره «استفاده ابزاری از استثنائات امنیتی» دامن زده و موجب تضعیف تدریجی اصل عدم تبعیض و پیش‌بینی‌پذیری در تجارت بین‌الملل شده است.

از بُعد اقتصادی، این سیاست‌ها زنجیره تأمین جهانی را با اختلال مواجه کرده، روند جهانی‌سازی را کند کرده و به تشکیل بلوک‌های تجاری-ارزی منطقه‌ای شتاب بخشیده است. چین با ایجاد شبکه سوآپ‌های ارزی دوجانبه و تقویت بازارهای آف‌شور یوان، عملاً بنیانی برای نظام پرداخت غیروابسته به دلار ایجاد کرده است که برخی پژوهشگران<sup>۱</sup> آن را نوعی «چندقطبی شدن پولی» تلقی کرده‌اند. این تحول، چالش‌هایی برای ثبات نرخ ارز، هماهنگی

1. Zhang, *Op. cit.* p.90.

سیاست‌های پولی و وحدت بازارهای مالی ایجاد می‌کند که نظام حقوقی فعلی قادر به پاسخ‌گویی جامع به آن نیست.

از منظر حقوقی، ضعف ساختاری سازمان تجارت جهانی در پاسخ به اقدامات ارزی و سرمایه‌ای آشکار شده است. ماده (۱۵) گات بر لزوم همکاری نزدیک با صندوق بین‌المللی پول تأکید دارد، اما در عمل، فقدان سازوکار اجرایی مؤثر و عدم تعریف دقیق از «دست‌کاری ارزی»، سازمان را از ورود جدی به موضوع بازداشته است. همچنین، فقدان موافقت‌نامه جامع در سازمان درباره سرمایه‌گذاری، موجب شده است کنترل‌های سرمایه‌ای دولت‌ها عمدتاً در حاشیه نظارت سازمان باقی بمانند و مناقشات مربوط به آن بیشتر در چارچوب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه و داوری‌های سرمایه‌گذاری حل‌وفصل شوند.

به‌طور کلی، اقدامات چین و آمریکا نشان می‌دهد که فضای حقوق بین‌الملل اقتصادی نیازمند نوسازی است؛ نوسازی‌ای که نه‌فقط شامل بازنگری در مقررات مربوط به تجارت فناوری و سرمایه‌گذاری خارجی باشد، بلکه باید قواعد نظام پولی بین‌الملل را نیز با واقعیت‌های نوین اقتصاد جهانی (از جمله نقش فزاینده ارزهای دیجیتال، کنترل سرمایه و بلوک‌های ارزی) منطبق سازد. در غیر این صورت، خطر بی‌اعتباری نهادهای چندجانبه و افزایش گرایش کشورها به اقدامات یک‌جانبه افزایش خواهد یافت؛ موضوعی که مشروعیت، ثبات و انسجام رژیم حقوقی تجارت بین‌الملل را در معرض تهدید قرار می‌دهد.

## ۵. راهکارهای حقوقی برای ارتقای نظم تجاری و پولی بین‌المللی در پرتو چالش‌های ناشی از رقابت چین و آمریکا

پویایی‌های اقتصادی اخیر میان چین و ایالات متحده، که در قالب جنگ تجاری، محدودیت‌های فناوری، و رقابت ارزی نمود یافته‌اند، نظام حقوق بین‌الملل اقتصادی را در برابر آزمونی جدی قرار داده‌اند. این وضعیت نشان می‌دهد که رژیم فعلی (با تکیه بر اصولی چون آزادی تجارت، عدم تبعیض و تثبیت قواعد سرمایه‌گذاری) به‌تنهایی قادر به مدیریت تعارضات ژئوپلیتیکی میان قدرت‌های بزرگ نیست. در این راستا، ارائه راهکارهای حقوقی با هدف تقویت

سازوکارهای چندجانبه، کاهش رفتارهای یک‌جانبه و افزایش شفافیت سیاست‌های اقتصادی کشورها ضروری به نظر می‌رسد.

الف) بازتعریف و تقویت همکاری سازمان تجارت جهانی با صندوق بین‌المللی پول در حوزه سیاست‌های ارزی و سرمایه‌ای: فقدان ابزارهای حقوقی لازم در سازمان تجارت جهانی برای نظارت بر دستکاری‌های ارزی و کنترل‌های سرمایه، باعث تضعیف کارایی آن شده است. بازنگری در ماده (۱۵) گات و ایجاد پروتکل همکاری عملیاتی با صندوق می‌تواند به پر کردن این خلأ کمک کند. در این راستا، تعریف دقیق‌تری از «مداخله ارزی مغایر با تجارت» و «کنترل سرمایه غیرموجه» می‌تواند مبنای ارزیابی حقوقی مشترک فراهم آورد. ب) توسعه موافقت‌نامه‌ای جامع در سازمان تجارت جهانی برای سرمایه‌گذاری بین‌المللی: باتوجه به تمرکز موافقت‌نامه‌های فعلی مانند تریمس بر جنبه‌های محدود سرمایه‌گذاری، نیاز به توافقی جامع و چندجانبه مشابه مدل معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BITS) وجود دارد که حقوق و تعهدات سرمایه‌گذاران و دولت‌ها را به‌روشنی مشخص کند و درعین حال استثنائات بحران‌های مالی را به رسمیت بشناسد. چنین توافقی می‌تواند مانع از تفسیرهای متضاد و داوری‌های غیرهمسان در دعاوی سرمایه‌گذاری شود.

ج) ایجاد سازوکار حل‌وفصل اختلافات تخصصی در حوزه فناوری و امنیت اقتصادی: باتوجه به افزایش تنش‌ها بر سر صادرات فناوری‌های پیشرفته، توصیه می‌شود رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی یک نهاد فرعی تخصصی با صلاحیت در حوزه «تجارت و امنیت» تأسیس کند. این نهاد می‌تواند به تفسیر محدود و دقیق از استثنائات امنیتی در ماده (۲۱) گات کمک کند و مانع از سوءاستفاده ابزاری کشورها از این ماده شود.<sup>۱</sup>

د) تدوین چارچوب حقوقی بین‌المللی برای ارزهای دیجیتال ملی: باتوجه به گسترش ارزهای دیجیتال بانکی، ازجمله یوآن دیجیتال، لازم است قواعدی مشترک در سطح بین‌المللی درباره قابلیت استفاده فرامرزی، شفافیت و عدم سوءاستفاده از این ارزها تدوین شود. این

1. Howse, R. "The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary", *European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1, 2016, p.20.

چارچوب می‌تواند در قالب یک موافقت‌نامه تحت نظارت IMF یا BIS تنظیم و مانع از بهره‌برداری ژئوپلیتیکی از ابزارهای نوین پولی شود.<sup>۱</sup>

ه) بازنگری در ضوابط استناد به استثنائات امنیت ملی در گات: توسعه رویه‌های تفسیر ماده (۲۱) گات در رکن حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، همراه با تدوین دستورالعمل‌هایی درباره بار اثبات «تهدید امنیتی واقعی و فوری»، می‌تواند موجب پیش‌بینی‌پذیری بیشتر در حقوق تجارت شود. این امر، به‌ویژه در مواجهه با محدودیت‌های صادرات فناوری، از سوءاستفاده کشورها جلوگیری خواهد کرد.

در مجموع، حفظ مشروعیت و پایداری نظام حقوق بین‌الملل اقتصادی در گروی پاسخ مؤثر به چالش‌های نوظهور است. اقدامات چین و آمریکا به‌عنوان قدرت‌های اقتصادی برتر جهان باید در قالب نظم حقوقی شفاف‌تر، مسئولانه‌تر و چندجانبه‌محور تحلیل و مدیریت شود. ایجاد توازن میان حاکمیت اقتصادی کشورها و الزامات نظم جهانی، اصلی‌ترین هدف این اصلاحات پیشنهادی است.

### نتیجه‌گیری

تحولات سال‌های اخیر در روابط اقتصادی چین و ایالات متحده، به‌ویژه از منظر حقوق بین‌الملل اقتصادی، نمایانگر پیچیدگی فزاینده تعاملات تجاری در عصر جهانی شدن و رقابت‌های ژئوپلیتیکی است. سه ابزار کلیدی جنگ تجاری (افزایش تعرفه‌ها، ممنوعیت صادرات فناوری، و سیاست‌های حمایتی در قالب کنترل سرمایه و محدودیت‌های سرمایه‌گذاری خارجی) هریک به‌نوعی چالش‌های حقوقی مهمی برای نظام تجارت جهانی و نظم پولی بین‌المللی ایجاد کرده‌اند. تحلیل داده‌ها نشان داد که اگرچه اقدامات طرفین، به‌ویژه چین، در برخی موارد با اصول بنیادین حقوق بین‌الملل اقتصادی از جمله تعهدات سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه در تنش قرار گرفته‌اند، در مجموع کشورها توانسته‌اند با بهره‌گیری از استثنای پیش‌بینی‌شده، فضای مانور حقوقی قابل توجهی حفظ کنند. در این میان، چین با استفاده از سیاست‌های کنترل سرمایه، مدیریت نرخ ارز و راهبرد بین‌المللی‌سازی یوآن، توانسته

1. Huang, Y., & Mayer, M. "Digital currencies, monetary sovereignty, and U.S.-China power competition", *Policy & Internet*, Vol. 14, 2022, p.334.



است هم ثبات مالی داخلی را حفظ کند و هم تدریجاً جایگاه پولی و اقتصادی خود را در سطح بین‌المللی ارتقا دهد؛ بدون آنکه به‌طور آشکار تعهدات بین‌المللی خود را نقض کند. در سوی مقابل، ایالات متحده نیز با توسل به استثنائات امنیتی و ابزارهای حقوق داخلی چون ماده (۳۰۱) قانون تجارت و قوانین کنترل صادرات، تلاش کرده است حیطه مشروعیت اقداماتش را از منظر حقوق تجارت بین‌الملل گسترش دهد. این امر اگرچه در کوتاه‌مدت منافع راهبردی خاصی را دنبال می‌کند، در بلندمدت خطر فرسایش قواعد حقوقی چندجانبه و تشویق سایر کشورها به اقدامات مشابه را به همراه دارد.

باتوجه به این وضعیت، به نظر می‌رسد نظام حقوق بین‌الملل اقتصادی در برابر چالش جنگ تجاری چین و آمریکا نه با نقض صریح، بلکه با نوعی «تنش در تفسیر و کاربرد قواعد» مواجه است. برای مواجهه با این وضعیت و حفظ اعتبار نظام چندجانبه، اصلاحات نهادی در سازمان تجارت جهانی، ارتقای انسجام میان نهادهای اقتصادی بین‌المللی (ازجمله صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی) و طراحی سازوکارهای شفاف‌تر برای تبیین مرزهای مشروعیت اقدامات حمایتی و امنیتی ضرورت دارد.

در پایان، تجربه جنگ تجاری چین و آمریکا یک پیام روشن دارد؛ کارآمدی حقوق بین‌الملل اقتصادی در قرن بیست‌ویکم نه در سخت‌گیری بر قواعد، بلکه در انعطاف هوشمندانه و تعادل‌بخش آن میان ملاحظات اقتصادی، امنیتی و حاکمیتی خواهد بود. فقط با چنین رویکردی است که می‌توان به‌سوی نظام تجاری جهانی باثبات‌تر، عادلانه‌تر و قابل پیش‌بینی‌تر حرکت کرد. از منظر پژوهش‌های آتی، بررسی تقاطع سیاست‌های تجاری، پولی و فناورانه در قالب حقوق بین‌الملل اقتصادی اهمیت فزاینده‌ای خواهد یافت. به‌ویژه باتوجه به گسترش استفاده از ارزهای دیجیتال ملی، توسعه مکانیسم‌های پرداخت غیردلاری و شکل‌گیری بلوک‌های جدید اقتصادی، مطالعات میان‌رشته‌ای در حوزه‌های حقوق تجارت، حقوق پولی، و اقتصاد سیاسی بین‌الملل می‌توانند به روشن‌تر شدن ابعاد حقوقی رفتار دولت‌ها کمک کنند. همچنین واکاوی رویه‌های حل اختلاف و داوری‌های مربوط به تعارضات سرمایه‌گذاری و ارزی در سال‌های آینده، بستر مناسبی برای تحلیل پویایی‌های نوظهور در حقوق اقتصادی بین‌المللی فراهم می‌آورد. در این راستا،

شناسایی ظرفیت‌ها و خلأهای نظام حقوقی فعلی و بازطراحی سازوکارهای منصفانه، شفاف و مؤثر، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر برای صیانت از نظم اقتصادی جهانی خواهد بود.

## References

### Books

1. Bown, C. P. **The US–China Trade War and Phase One Agreement**, Peterson Institute for International Economics, 2020.
2. Brown, C. **Technology and Trade Wars: Global Supply Chains in a New Era.**, Routledge, 2022.
3. Dolzer, R., & Schreuer, C. **Principles of International Investment Law** (2nd ed.), Oxford University Press, 2012.
4. Eichengreen, B. **Golden Fetters: The Gold Standard and the Great Depression, 1919-1939.** Oxford University Press, 1992.
5. Evenett, S. J. **Trade Wars: The Weaponization of Trade Policy in the US-China Context**, Cambridge University Press, 2019.
6. Evenett, S. J., & Fritz, J. **The New Protectionism: Export Controls and Strategic Rivalry**, Cambridge University Press, 2023.
7. Fergusson, I., & Kerr, D. **US Export Controls on Advanced Technologies: Implications for Global Trade**, Congressional Research Service, 2023.
8. Hufbauer, Gary Clyde & Miner, Sean. “China’s BITs and Financial Services Liberalization.” In: Sauvant, Karl P. & Sachs, Lisa E. (eds.), **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**, Oxford University Press, 2015.
9. Irwin, D. A. **Clashing Over Commerce: A History of US Trade Policy.** University of Chicago Press, 2017.
10. Jackson, J. H. **The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations**, MIT Press, 2000.
11. Krugman, P., & Obstfeld, M. **International Economics: Theory and Policy**, Pearson, 2022.
12. Matsushita, M., Schoenbaum, T., Mavroidis, P. C., & Hahn, M. **The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy**, Oxford University Press, 2017.
13. Medcalf, R. **Indo-Pacific Empire: China, America and the Contest for the World's Pivotal Region**, La Trobe University Press, 2022.
14. Muchlinski, P. **Multinational Enterprises and the Law** (2nd ed.), Oxford University Press, 2007.

15. Pauwelyn, J., Guzman, A., & Hillman, J. **International Trade Law**, Wolters Kluwer, 2016.
16. Van den Bossche, P., & Zdouc, W. **The Law and Policy of the World Trade Organization**, Cambridge University Press, 2021.
17. Zhang, L. **Renminbi Internationalization: Achievements, Prospects, and Challenges**, Springer, 2016.

#### Articles

18. Choer Moraes, H. & Kim, J. "Digital Currencies and the Future of the International Monetary System", *Harvard International Law Journal*, Vol. 63, No. 2, 2022, [https://doi.org/10.1007/978-981-16-7830-1\\_4](https://doi.org/10.1007/978-981-16-7830-1_4)
19. GAO, Henry S. "WTO reform and China: Defining or defiling the multilateral trading system?", *Harvard International Law Journal*, Vol. 62, 2021, <https://journals.law.harvard.edu/ilj/2021/07/wto-reform-and-china-defining-or-defiling-the-multilateral-trading-system/>
20. Howse, R. "The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary", *European Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1, 2016, <https://doi.org/10.1093/ejil/chw011>
21. Howse, R., & Eliason, A. "The Legality of US Tariffs under the National Security Exception of GATT Article XXI", *Journal of International Economic Law*, Vol. 22, No. 2, 2019, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3759338>
22. Huang, Y., & Mayer, M. "Digital currencies, monetary sovereignty, and U.S.–China power competition", *Policy & Internet*, Vol. 14, 2022, <https://doi.org/10.1002/poi3.302>
23. McGrady, B. "Necessity Exceptions in WTO Law: Retreaded Tyres, Regulatory Purpose and Cumulative Regulatory Measures", *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, 2009, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgn039>
24. Sauvant, K. P. "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, No. 1, 2015, <https://doi.org/10.7916/D82F7T32>

#### Reports & Documents

25. European Commission & Government of the People's Republic of China. (2020). Comprehensive Agreement on Investment (CAI) – Draft Text.
26. IMF, Review of the Method of Valuation of the SDR—Final Report, 2016.

27. International Monetary Fund (IMF). (2007–2010). People's Republic of China: Article IV Consultation Reports (2007, 2008, 2009, 2010). IMF Country Reports No. 07/385, 08/235, 09/262, and 10/238. Washington, D.C.: International Monetary Fund.
28. International Monetary Fund (IMF). Annual Report of the Executive Board for the Financial Year Ended April 30, 1997. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 1997.
29. International Monetary Fund (IMF). The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View. IMF Policy Paper, November 14, 2012. Washington, D.C.: International Monetary Fund. 2012.
30. Lagarde, C. IMF Adds Chinese Renminbi to SDR Basket: A Historic Milestone. International Monetary Fund. 2015. Available at: <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sdrr121515a>.
31. Liu, Li-Gang (2015). "Why the West Should Welcome Chinese Yuan's Inclusion into the SDR", Op-ed, Peterson Institute for International Economics (originally in South China Morning Post), June 8, 2015.
32. Ma, Guonan, Do China's capital controls still bind? Implications for monetary autonomy and capital liberalization, BIS Working Papers, No 233, 2007.
33. World Bank & Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China. China 2030: Building a Modern, Harmonious, and Creative Society. Washington, D.C.: World Bank. 2013.

#### Websites

34. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/09/legality-capital-controls-covid-induced-retreat-financial#:~:text=distinct%20phases> [last visited: 1/4/2025].
35. <https://www.centralbanking.com/central-banks/currency/7860946/chinas-capital-controls-here-to-stay#:~:text=Since%20the%20mid,beginning%20of%20stricter%20capital%20controls> [last visited: 20/3/2025].
36. <https://www.piie.com/commentary/op-eds/why-west-should-welcome-chinese-yuans-inclusion-sdr#:~:text=The%20RMB%20is%20now%20the,for%20International%20Settlements%20in%202013> [last visited: 17/3/2025].

## **The Splendor of International Economic Law on the Three Tools of Trade War: A Reflection on the Confrontation between China and the United States**

**Navid Zamaneh Ghadim \***

Received: 2025.03.22

Accepted: 2025.08.27

### **Abstract**

Trade wars, especially at the international level, are recognized as one of the most important economic and political challenges in relations between countries. This article analyzes the three main tools of trade wars, including tariff increases, technology export bans, and protectionist policies, focusing on the economic confrontation between China and the United States. The aim of this research is to examine how the principles and rules of international economic law affect these tools and analyze the legal challenges associated with them. Using a descriptive-analytical method, while examining documents related to the World Trade Organization and bilateral agreements such as international investment agreements, as well as the role of the International Monetary Fund and the World Bank, the article focuses in particular on legal approaches to dealing with these tools and attempts to explain the limitations and opportunities available for resolving trade disputes from the perspective of international economic law. Finally, the article, looking at the China-US trade war, presents solutions for improving legal coordination in the field of global trade.

### **Key words:**

Trade War, Tariff Increases, Technology Export Bans, Protectionist Policies, International Economic Law, China, USA.

---

\* Assistant Professor, Roshdiye Institute of Higher Education, Tabriz, Iran.  
navid.zamaneh@roshdiye.ac.ir

## **Editorial Note**

### **In the name of God, the Most Gracious and the Most Wise**

The optimal structuring of economic relations is achievable only through a prudent and professional linkage between law and economics. One of the key determinants of the success of economic policies is their proper placement within efficient legal frameworks. At the same time, consideration of economic principles and variables is essential for the formulation of sound legal rules governing economic activities and for the effective implementation of the relevant laws. The discipline of “Economic Law” has emerged from this socially grounded interrelationship, shaped by the practical necessities of contemporary societies. Characterized by its interdisciplinary and applied nature—as well as its tendency toward the adoption of mandatory norms—economic law maintains a close connection with public order, and its rules frequently bear the hallmarks of public law. At the same time, in its pursuit of balance in economic relations, economic law also draws upon the doctrines of private law and the innovations of the private sector. Alongside this applied field, commercial law still continues to serve as one of the traditional yet dynamic pillars of private law, playing a central role in organizing the professional activities of merchants, structuring corporate behavior, and regulating commercial transactions.

The “Journal of Economic and Commercial Law Researches” simultaneously pursues the advancement of scholarship in both economic law and commercial law. Remaining faithful to its scholarly mission, the journal has now entered a new phase of academic activity—one marked by the expansion of intellectual horizons, the organization of specialized forums with leading scholars and researchers, and the publication of innovative and practice-oriented studies. The journal’s inclusion in the international EBSCO indexing database—an acknowledgement of its enhanced scientific and methodological rigor—will facilitate the wider dissemination of the country’s scholarly achievements and open new avenues of dialogue with the global academic community in this field.

In light of these auspicious developments, the journal remains committed to advancing its mission by continuing to publish original research and by supporting interdisciplinary and practice-oriented studies, thereby fulfilling its role in the enduring and effective promotion of economic and commercial law scholarship in the country. Now, with

divine grace, as the eleventh consecutive issue of the journal is published on schedule in the autumn season, it is fitting to express our sincere appreciation for the dedicated efforts of the esteemed Editorial Board, the invaluable cooperation of the journal's administrative staff, the meticulous evaluations provided by our distinguished and expert reviewers, and the continued support of the Scientific Publications Center of Shahid Beheshti University. Our deepest gratitude is owed to the refined and insightful authors whose capable pens and profound ideas constitute the very essence of this publication. We hope that this shared endeavor will further enrich the legal scholarship of our beloved Iran and provide a solid foundation for a thoughtful engagement with the complex economic and commercial challenges ahead.

**Abbas Ghasemi Hamed**

(Editor-in-Chief)

“Journal of Economic and Commercial Law Researches”

Tehran – Autumn 2025



## **Contents**

### **The Legal Nature of the Central Bank In Iran's Legal System**

Vali Rostami-Mostafa Qodsi-Ahmadreza Habibi Babadi..... 40

### **“Assessing the Efficiency of Collective Will Formation in Iranian Private Law: A Transaction Cost Theory Perspective”**

Hossein Simaei Sarraf-Seyed Mahdi Hosseini Modarres-Seyed Amir Ehsan Miri..... 73

### **Global Taxation: Concept and Assessment**

Saeedreza Abadi-Mohammad Mahdi Shirazi ..... 101

### **Identifying the Conflict of Laws Rules on the Governing Law of International Insurance Contracts**

Mohammad Faraji-Mahmood Bagheri..... 130

### **Comparative Study of the Nature of the Reassuring Message of the Competition Council**

Maedeh Karimi Ghahderijani-Abdullah Rajabi ..... 168

### **Disclosure of Documents in International Arbitration**

Saman Mohammadian-Fateme Zeynoudini ..... 195

### **The Evolution of Corporate Social Responsibility Discourse: From Ethical Commitment to Legal Obligation in Light of the Analysis of Right and Interest**

Hadi Salehi-Neda Kardooni ..... 225

### **The Splendor of International Economic Law on the Three Tools of Trade War: A Reflection on the Confrontation between China and the United States**

Navid Zamaneh Ghadim ..... 254

# **Economic and Commercial Law Research**

Shahid Beheshti University Faculty of Law  
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 (Alphabetical Order)**

**Saeed Reza ABADI** (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

**Ebrahim ABDIPOUR FARD** (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Hazrat-e Masoumeh University)

**Iraj BABAEI** (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

**Homayoun HABIBI** (Associate Professor of International Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

**Mirghasem JAFARZADE** (Associate Professor of International Trade Law, Intellectual Property Law & Cyberspace Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

**Abbas KARIMI** (Professor of Private Law Department, Faculty of Law, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

**Ali MOGHADAM ABRISHAMI** (Associate Professor of Private Law Department, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

**Hamid Reza NIKBAKHT FINI** (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Professor of International Trade Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

**Abbas SHIRI VARNAMKHASTI** (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Faculty of Law & Political Sciences, University of Tehran)

**Mohammad ROSHAN** (Associate Professor of Private Law Department, Family Research Institute, Shahid Beheshti University)

**Seyed Jamal SEYFI** (Member of Iran- United States Claims Tribunal, Associate Professor of International Law department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)

**Abbas TOOSI** (Associate Professor of Private Law, Faculty of Law & Political Sciences, Allameh Tabataba'i University)

**Mohammad Hossein ZAREIE** (Associate Professor of Public Law & Economic Law Department, Faculty of Law, Shahid Beheshti University)