



دانشکده حقوق

پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری

(علمی)

تابستان ۱۴۰۵

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صفحه آرا: مهتاب سلیمی

ویراستاران: مونا عیدی - الهام وحدانی فر

طراح جلد: نگار توکل مقدم

تابستان ۱۴۰۵

قیمت: ۲۰۰۰۰۰۰ ریال

نشانی نشریه:

تهران، اوین، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق

شماره تلفن: ۲۲۴۳۱۶۸۱

E-mail: 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

سر دبیر: 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 طباطبائی)

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 طباطبائی)

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 داورای ایران و ایالات متحده آمریکا، دانشیار حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی)

دکتر عباس شیری 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 طباطبائی)

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 طباطبائی)

دکتر حمیدرضا نیکبخت فینی (عضو دیوان داورای 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 دوسوگور (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	Bold ۱۴	B Mitra
اسامی نویسندگان به فارسی	Bold ۱۱	B Mitra
متن چکیده فارسی	Italic ۱۳	B Mitra
تیتراهای داخل متن	Bold ۱۳	B Mitra
کلیدواژه فارسی	Italic ۱۳	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	Bold ۱۳	Times New Roman
اسامی نویسندگان انگلیسی	Bold ۱۱	Times New Roman
تیترا Abstract	Bold ۱۳	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	- نام نویسنده/نویسندگان ذیل عنوان مقاله درج شود. - رتبه علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با تعیین نویسنده مسؤول، در پاورقی صفحه اول درج خواهد شد. - 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. - حجم چکیده حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
	عنوان، چکیده و کلمات کلیدی به زبان انگلیسی	- عنوان مقاله و نام نویسندگان به زبان انگلیسی درج گردد. - رتبه علمی، آدرس پست الکترونیک نویسندگان مقاله همراه با

		تعیین نویسنده مسئول به زبان انگلیسی در پاورقی صفحه دوم درج خواهد شد. - پس از یک خط فاصله از نام نویسندگان، چکیده انگلیسی مقاله باید پس از طرح مقدمه‌ای کوتاه، دستاورد اصلی مقاله را به اختصار بیان نماید. - حجم چکیده انگلیسی حداکثر ۲۵۰ کلمه و تعداد کلید واژگان حداقل ۳ و حداکثر ۵ کلمه خواهد بود.
صفحه سوم 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. - یافته‌ها و نتیجه‌گیری مندرج در پایان مقاله باید حاوی مطالب علمی و منطقی در مورد پرسش‌ها و فرضیات ارائه شده در مقاله باشد. - 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. - کلیه منابع باید به زبان انگلیسی نیز نوشته شوند.

عربه‌منظور 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.
- ع 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:

▪ 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/ پایان‌نامه کارشناسی ارشد، نام دانشگاه، نام دانشکده، سال دفاع.

▪ نمونه: وصالی محمود، منصور، **داوری در حقوق رقابت**، پایان‌نامه 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> \(last visited 28/09/2022\)](#)

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. ۱۱۹-۱۴۲.

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

فهرست مطالب

چابک‌سازی و کاهش هزینه‌های دادخواهی در دادرسی مدنی از طریق ایجاد امکان اصلاح دادخواست در برخی دعاوی نادرست و تشدید اقدامات در مقابله با دعاوی واهی (بررسی مقررات دادرسی مدنی ایران و انگلیس)	
حسین شهسواری شیرازی - سهیل طاهری - سید مرتضی قاسم‌زاده زاویه	۱۱
اصول دادرسی منصفانه در فرایند رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت توسط هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی	
سید علیرضا میرکمالی	۳۹
واکاوی قلمرو تعارض منافع مدیر و شرکت در حقوق شرکت‌های تجاری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان)	
سعید محسنی - فائزه تیموری مقدم - محمدتقی نادی - مهسا رباطی	۶۳
شفافیت مالکیت مؤثر شرکت‌های تجاری در حقوق ایران و آمریکا	
فیروز سکوتی - سید محمد اسدی‌نژاد - اکبر ایمان‌پور	۹۱
توثیق اوراق بهادار؛ تحلیل حقوقی در نظام بانکی ایران	
حبیب رضانی آکردی - وحید غلامی آقابابائی	۱۱۵
نگاهی تطبیقی بر رویکرد حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا نسبت به نحوه تعامل حقوق بنیادین با بازارهای دیجیتال	
محمد جلالی - سوگل سودبر	۱۴۱
مالیات بر رمزارزها: مطالعه تطبیقی ایران و اروپا	
نوید رهبر - محمدرضا افشاری	۱۷۱

تحلیل تطبیقی حقوقی تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه تجارت بین‌الملل نفت ایران و روسیه

سید محمدحسن رضوی- نیلوفر حیدری روچی ۲۰۳

سیاست عمومی برپایه «نظریه حق» با تأکید بر سیاست اقتصادی

مصطفی صادق- سید ضیاءالدین کیالحسینی- مجید رضائی ۲۳۵

تحلیل محدودیت‌های تقنینی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران و آثار آن بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی

جعفر نظام‌الملکی ۲۶۵

چابک‌سازی و کاهش هزینه‌های دادخواهی در دادرسی مدنی از طریق ایجاد امکان اصلاح دادخواست در برخی دعاوی نادرست و تشدید اقدامات در مقابله با دعاوی واهی (بررسی مقررات دادرسی مدنی ایران و انگلیس)

حسین شهسوازی شیرازی*

سپهیل طاهری**

سید مرتضی قاسم‌زاده زاویه***

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۲/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۷/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۸/۱۲

چکیده

در مقررات دادرسی مدنی، آن دست از دعاوی که توأم با غرض و سوءنیت از طرف خواهان طرح می‌شوند و در ماهیت حقی برای خواهان متصور نیست، مشمول ضمانت‌اجراهای پیش‌بینی شده در تبصره ماده ۱۰۹ و ماده ۵۱۵ قانون می‌شوند. این دسته از دعاوی در اصطلاح حقوقی به «دعاوی واهی» موسوم‌اند. در مقابل، دسته‌ای دیگر از دعاوی وجود دارند که خواهان در آنها سوءنیتی ندارد، اما در تنظیم دادخواست خود مرتکب اشتباهی قابل اغماض شده است. این دعاوی را باید «دعاوی نادرست» دانست. قانون‌گذار در چنین مواردی امکان جبران خطا را برای خواهان فراهم ننموده و دعاوی وی را مستوجب قرارهای عدم استماع یا رد دعا می‌داند. این مسئله به‌ویژه در دعاوی مقید به مهلت و خاصه در بیشتر دعاوی اعتراضی، بسیار دارای اهمیت است؛ چراکه خطر وارد آمدن خسارات غیرقابل جبران، و عدم دسترسی به عدالت، ناشی از عدم امکان اصلاح دادخواست، وجود دارد. در این زمینه، نظام دادرسی انگلیس رویکردی انعطاف‌پذیرتر اتخاذ کرده است. پژوهش حاضر با کاربست روش توصیفی-تحلیلی به این نتیجه رسید که مقررات فعلی ایران، اصلاح دادخواست را به موارد شکلی بسیار محدودی منحصر کرده و با رویکردی غیرمنعطف، مانع از تغییرات اساسی نظیر افزودن خوانده می‌شود. این درحالی است که چابک‌سازی نظام دادرسی از طریق گسترش حق اصلاح دادخواست و درعین‌حال، پیش‌بینی سازوکارهایی چون الزام به تأمین خسارت احتمالی خوانده و اعمال جریمه برای دعاوی واهی، ممکن می‌گردد. این رویکرد، توازن عادلانه میان حق دادخواهی خواهان و جلوگیری از تضییع حقوق خوانده برقرار می‌سازد.

کلیدواژه‌گان:

اصلاح دادخواست، اصول دادرسی، دعاوی واهی، دعاوی نادرست.

* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
h.shahsavarishirazi@iau.ac.ir.

** استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران.

*** استاد، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، 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

رویکرد غالب در نظام دادرسی ایران، مبتنی بر اصل تغییرناپذیری عناصر دعواست. «اصل تغییرناپذیری عناصر دعا اقتضا می‌کند که طرفین نتوانند عناصر آن از جمله سبب یا اسباب و خوانده یا خواسته دعا را تغییر دهند»^۱. این اصل دارای استثنائاتی در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی (افزایش یا کاهش خواسته و یا تغییر نحوه دعا یا خواسته) است. افزایش خواسته منوط به آن است که از جنس خواسته مصرح در دادخواست باشد.^۲ ازسویی افزایش خواسته و تغییر نحوه دعا در صورتی مجاز است که در ارتباط با دعوای مطروحه و واجد منشأ واحد باشد. حذف یکی از خواندگان نیز (در فرض تعدد خواندگان) با استرداد دعا نسبت به وی وفق ماده ۱۰۷ قانون یادشده میسر خواهد بود. مقررات ناظر به کاهش خواسته بدون محدودیت زمانی و در تمامی مراحل دادرسی به‌استثنای مرحله فرجام امکان‌پذیر است؛^۳ لکن افزایش یا تغییر خواسته یا درخواست و یا تغییر نحوه دعا صرفاً در مرحله نخستین و طبق ضوابط مقرر در ماده مرقوم ممکن است.

این رویکرد سخت‌گیرانه و پایبندی شدید به ثبات عناصر دعا، هرچند با هدف حفظ حقوق خوانده و جلوگیری از اطاله دادرسی طراحی شده است، در عمل چالش‌های جدی برای خواهان دارای حسن‌نیت ایجاد می‌کند؛ به‌ویژه زمانی که او در تنظیم دادخواست خود مرتکب اشتباهی قابل اغماض شده باشد. اینجاست که یک تقابل اساسی در دادرسی مدنی شکل می‌گیرد که شامل: امکان اصلاح دادخواست برای خواهانی که با حسن‌نیت دعا را طرح نموده، لکن در شیوه طرح آن (تنظیم دادخواست) دچار اشتباه شده است، و حقوق خوانده که ممکن است در نتیجه اعطای این فرصت به خواهان تضییع گردد. هرچند اهمیت امکان ترمیم دادخواست در همه دعاوی وجود دارد، تمرکز اصلی این پژوهش بر دعاوی مقید به مهلت (مانند دعاوی تجدیدنظرخواهی) و دعاوی با هزینه دادرسی معتنا به است. فرض شود در مقام تجدیدنظرخواهی از دادنامه‌ای، مدیرعامل شرکتی رأساً اقدام به تجدیدنظرخواهی نموده است و یا چنانچه تجدیدنظرخواهی مذکور توسط وکیل صورت پذیرفته باشد، و مدیرعامل منفرداً اقدام به امضای

۱. هرمزی، خیرالله، «تغییر نحوه دعا در دادرسی مدنی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۴۶، ش. ۴، ۱۳۹۵، ص. ۶۵۴.

۲. مهاجری، علی، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۳، ص. ۲۲۶.

۳. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج. ۶۳، تهران: دراک، ۱۳۸۴، ص. ۱۶۳.

وکالت‌نامه کرده باشد، با اختلاف نظر چندگانه‌ای که امروزه در رویه قضایی پیرامون شخص ذی‌سمت برای طرح دعوا از سوی شرکت‌های تجاری وجود دارد، چنانچه شعبه مرجوع‌الیه قائل به هریک از نظرات اختلافی مبنی بر ضرورت تقدیم دادخواست از سوی اکثریت هیئت‌مدیره و یا اتفاق هیئت‌مدیره باشد،^۱ بدیهی است دادخواست تقدیمی با صدور قرار ردّ دعوا مواجه شده و از آنجاکه زمان اتخاذ تصمیم توسط دادگاه تجدیدنظر پس از انقضای مهلت تجدیدنظرخواهی خواهد بود، شرکت محکوم‌علیه دیگر فرصت تجدیدنظرخواهی نخواهد داشت.

در مواردی که خواهان هزینه دادرسی پرداخت نموده و مرتکب همان اشتباه اخیر در تقدیم دادخواست شده، الزام به دادخواست جدید، مستلزم پرداخت مجدد هزینه دادرسی خواهد بود؛ این درحالی است که هزینه دادرسی دریافتی، تعادل و تناسبی با نوع تصمیم دادگاه (از حیث عدم ورود به ماهیت دعوا و عدم صرف زمان بیشتر) ندارد.^۲ در این گونه موارد و یا سایر موضوعات مهم، اعطای فرصت به خواهان برای رفع اشتباه و اصلاح دادخواست، نه تنها ضرر خاصی برای دستگاه قضایی یا طرف مقابل دعوا ایجاد نمی‌کند؛ بلکه حتی در صورت ورود احتمالی ضرر ناشی از اشتباه خواهان (به خوانده یا دستگاه قضایی)، می‌توان با قانون‌گذاری مناسب، جبران زیان ناشی از این اشتباه را در همان پرونده پیش‌بینی نمود.

در این نوشتار تلاش می‌شود تا با واکاوی قوانین ایران و تجربه‌های موفق در حقوق تطبیقی، چارچوبی برای اصلاح مقررات مربوط به دادخواست ارائه گردد. بررسی ظرفیت‌های موجود در حقوق ایران برای اصلاح دادخواست، مقایسه آن با حقوق انگلستان و ارائه راهکارهای قانون‌گذاری برای ایجاد تعادل میان حمایت از حقوق خواهان و جلوگیری از اطاله دادرسی از اهداف اصلی این نوشتار است. براین اساس، پژوهش حاضر درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش‌های اساسی است که حدود و ثغور امکان

۱. برای نمونه، شعبه ۷۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۸۲۲۱۳۱۰۰۸۰۷ مورخ ۱۴۰۲/۶/۳۱، ضمن تأکید بر مغایرت تفویض اختیار پس از طرح دعوا با اصول «تغییرناپذیری دعوا» و «احصای دلایل»، مبنای لزوم تصمیم‌گیری جمعی هیئت‌مدیره را یک قاعده کلی دانسته و بیان می‌کند: «علی‌الاصول اختیاری که از طرف اشخاص به عده‌ای برای انجام عملی داده می‌شود... ظاهر در اختیار جمعی است، نه انفرادی؛ بنابراین عملی که از طرف عموم صاحبان اختیار نباشد... دارای اثر و منافع اعتبار نخواهد بود و باید به همان موضوع به‌خصوص که قدر متیقن استثنای از قاعده کلی است، اکتفا شود...».

۲. با این توضیح که هزینه دادرسی مزبور هزینه دادرسی به مفهوم اخص یعنی هزینه احکام و قرارهای صادره خواهد بود (برای مطالعه بیشتر درباره اقسام مختلف هزینه دادرسی ر.ک: شمس، عبدالله، همان منبع، ص. ۵۸) و چنانچه قائل بر آن باشیم که هزینه دادرسی صدور حکم که موجب اشتغال دادگاه در مدت زمان بیشتری است، با هزینه دادرسی قرار ردّ دعوا تناسب نخواهد داشت.

اصلاح دادخواست در نظام دادرسی مدنی ایران چیست و در چه مواردی باید توسعه یابد؟ تجارب حقوقی کشورهایی مانند انگلستان در این زمینه چه نکات مفیدی دارد؟ و نهایتاً چه سازوکارهایی برای پیشگیری از تضییع حقوق خوانده یا تحمیل بار اضافی به دستگاه قضایی هنگام اعطای فرصت اصلاح دادخواست قابل پیش‌بینی است؟

اگرچه در منابع متعدد حقوقی^۱ به موضوع اصلاح دادخواست، افزایش و کاهش خواسته و آثار آن پرداخته شده و مقررات مواد ۹۸، ۱۰۷ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مورد بحث قرار گرفته است، اما پژوهش جامعی که به‌صورت تطبیقی (ایران و انگلستان) به ضرورت چاپک‌سازی دادرسی از طریق اصلاح دادخواست و درعین‌حال راهکارهای مقابله با دعاوی واهی بپردازد، کمتر به چشم می‌خورد. از این رو، ضرورت پژوهشگری حول محور ایجاد امکان اصلاح دادخواست در دعاوی نادرست و تشدید ضمانت‌اجراهای مقابله با دعاوی واهی، انکارناپذیر است. در این راستا، نظام حقوقی انگلیس سوابق قابل‌توجهی در این زمینه دارد و می‌تواند گزینه مناسبی باشد که از رهگذر مطالعه تطبیقی ایران و انگلیس، با حفظ اصول دادرسی، الگویی برای چاپک‌سازی فرایند قضایی از توازن میان انعطاف‌پذیری آیینی و مصالح اجتماعی ارائه کند.

۱. مبانی مفهومی و چالش‌های نظام دادرسی ایران در اصلاح دادخواست

در این بخش، مبانی نظری و چالش‌های عملی حاکم بر نظام دادرسی مدنی ایران در موضوع اصلاح دادخواست، مورد بحث و واکاوی قرار می‌گیرد. این تحلیل با ارائه یک تفکیک مفهومی بنیادین میان «دعاوی واهی» و «دعاوی نادرست» آغاز می‌شود تا ضرورت اتخاذ رویکردهای متفاوت در قبال هریک از آنها تبیین شود. سپس، ظرفیت‌های موجود و مغفول در حقوق ایران برای اصلاح دادخواست به‌صورت تحلیلی بررسی خواهد شد؛ در این راستا، ابتدا نشان داده می‌شود که اعطای امکان افزودن خوانده و رفع ایراد عدم احراز سمت نماینده، تعارضی با اصول بنیادین حاکم بر وضع مقررات دادرسی ندارد و در ادامه، این دو مصداق مهم به‌تفصیل تحلیل می‌شوند. در نهایت، این بخش با ارزیابی انتقادی «طرح الحاق ماده ۸۴ مکرر» به پایان می‌رسد تا مشخص شود این تلاش تقنینی تا چه اندازه می‌تواند به چاپک‌سازی دادرسی و رفع چالش‌های موجود یاری رساند.

۱. از جمله شمس، عبدالله، ۱۳۸۴؛ محسنی، حسن، ۱۳۹۳؛ نهرینی، فریدون، ۱۳۹۶.

۱.۱. تفکیک دعاوی واهی از دعاوی نادرست: ضرورت رویکردی متمایز

به بیان برخی حقوق‌دانان، «دعا در قانون در سه مفهوم مختلف به کار می‌رود: اول دعا، توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح در جهت وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی مربوط است؛ دوم دعا در بعضی مقررات، به مفهوم منازعه و اختلافی آمده است که در مرجع قضاوتی مطرح شده و تحت رسیدگی بوده یا است. بنابراین دعا، بدین مفهوم زمانی محقق می‌شود که دعا در معنای اول (حق قانونی اقدام) به وجود آمده و دارنده حق، آن را اعمال کرده و در معرض رسیدگی مرجع قانونی قرار داده باشد. سوم، دعا در بعضی موارد به معنای ادعا به کار می‌رود که منظور ادعایی است که در مرجع قضاوتی مطرح نشده و یا ادعایی که در خلال رسیدگی به عنوان امر تبعی مطرح می‌شود»^۱.

در تفاوت دو دعاوی واهی و نادرست باید بیان داشت دعاوی نادرست دعوایی است که خواهان بدون آنکه سوءنیتی داشته باشد در تنظیم دادخواست خود مرتکب اشتباهی قابل اغماض شده است؛ به عنوان نمونه ممکن است خواهان به رغم ضرورت، طرح دعا علیه چند خوانده را فراموش کرده باشد، یا در موارد طرح دعا توسط نماینده، مدرک سمت وی دارای نواقصی قابل رفع باشد. در مقابل، هنگامی که خواهان از حق دادخواهی خود سوءاستفاده می‌کند، و با وجود اعتقاد به عدم حقایق خود در موضوعی مبادرت به طرح دعا می‌کند و موجب اضرار به طرف مقابل می‌شود، اقدام به طرح دعوایی کرده است که در ادبیات حقوقی به «دعای واهی» موسوم است. دعاوی واهی دو دسته از هزینه‌ها را در پی دارد: اول، هزینه‌ای که به خوانده جهت دفاع در برابر آنها صرف می‌شود؛ دوم، منابعی که در نظام دادرسی برای رسیدگی به این دعاوی اتلاف می‌شود. در فرضی که دادگاه‌ها با تراکم دعاوی روبه‌رو باشند، وجود دعاوی واهی متعدد در کنار دعاوی واقعی، کیفیت و زمان رسیدگی به دعاوی واقعی را تحت تأثیر قرار می‌دهد و حتی موجب اشتباه دادگاه در روند رسیدگی می‌شود. سوءاستفاده از حق تحت هیچ شرایطی قابل قبول نیست و برای نیل به عدالت از آن باید جلوگیری شود. چنین رفتاری می‌تواند به تخلفات و تضعیف اعتماد عمومی منجر شود. در واقع، اصل چهلم قانون اساسی، که به عنوان یکی از اصول اساسی به نام «حقوق ملت» درج شده، سوءاستفاده از حق را ممنوع اعلام کرده است.

۱. شمس، عبدالله، منبع پیشین، صص. ۳۸۴-۳۱۱.

۱.۲. بررسی تحلیلی ظرفیت‌های اصلاح دادخواست در حقوق ایران

رویکرد این نوشتار فارغ از اصلاح ایراداتی است که در ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مشتمل بر «شرایطی است که ضمانت‌اجرائی برای آن‌ها تعیین نگردیده است؛ شرایطی که ضمانت‌اجرای آنها رد فوری دادخواست می‌باشد و شرایطی که اگر دادخواست نداشته باشد، موجب توقیف آن و صدور اخطار رفع نقص می‌شود»^۱ تمرکز این پژوهش بر دو ایراد ناظر به شرایط اقامه دعوا (یعنی ایراد عدم توجه دعوا و ایراد عدم احراز سمت موضوع بندهای ۴ و ۵ ماده ۸۴) استوار است. درخصوص ایراد اخیر، رویه قضایی در امکان رفع خلل از طریق جلب ثالث وحدت نظر ندارد. رویکردی از محاکم با تأکید بر ماهوی بودن این نقیصه، جلب ثالث را فاقد اثر اصلاحی نسبت به ایراد عدم توجه دعوا به طرف واقعی می‌داند؛^۲ وانگهی دادخواست جلب ثالث موجب افزایش بار مالی دادخواهی برای خواهان خواهد شد و ازسویی ایراد عدم احراز سمت وفق مقررات فعلی با هیچ ابزار جایگزینی مرتفع نخواهد شد. بایسته است دو ایراد مذکور از حیث اصول حاکم بر وضع مقررات مورد واکاوی قرار گیرد.

۱.۲.۱. فقدان تعارض اصول حاکم بر وضع مقررات دادرسی با امکان افزودن خوانده جدید به دعوا و رفع ایراد عدم احراز سمت

اصول حاکم بر وضع مقررات دادرسی اصولی هستند که چارچوب تقنینی نظام دادرسی را شکل می‌دهند و مبنای طراحی قواعد آیین دادرسی قرار می‌گیرند. به بیان دیگر اصول مذکور به معیارها و موازینی اطلاق می‌شوند که قانونگذار و تدوین‌کنندگان مقررات دادرسی هنگام وضع و تدوین قواعد مربوط به دادرسی باید رعایت کنند. ژان والدر، استاد برجسته حقوق در فرانسه، تأکید می‌کند که تدوین قوانین دادرسی باید بر اساس اصولی چون شفافیت، انسجام و قابلیت پیش‌بینی باشد تا زمینه اجرای عدالت فراهم آید.^۳ «شناسایی ارزش بنیادین برای برخی اصول دادرسی، این اصول را از اصول کلی حقوقی متمایز می‌کند و این تمایز در نقش و کارکرد آن‌ها ظاهر می‌شود. قانون‌گذار می‌تواند هرچند

۱. همان منبع، ص. ۲۱.

۲. شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، طی دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۱۳۰۲ بیان داشته: نام شرکت ب. (س). فعلی در زمان تقدیم دادخواست نبوده و پس از تقدیم دادخواست اضافه گردیده است؛ درحالی که حسب مقررات امره قانون آیین دادرسی مدنی، اضافه نمودن نام اشخاص پس از تقدیم دادخواست ممنوع و تنها از طرق قانونی (دعوی وارد ثالث و یا جلب ثالث) امکان‌پذیر است؛ از سویی، شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۱۳۳۹ این گونه نظر داده‌اند: با توجه به محتویات پرونده، نظر به اینکه با طرح دعوی طاری جلب ثالث نیز نمی‌توان نقض و ایراد اساسی دعوی اولیه را مرتفع ساخت و دعوا از ابتدا به شکل درست مطرح نشده است.

3. Waline, Jean, *Droit administrative*, Paris: Dalloz, ۲۶e éd, ۲۰۱۶, pp. 318&454.

به صورت استثنا، اصول کلی حقوقی دادرسی را نقض و مقرراتی برخلاف آنها وضع نماید؛ اما اصول کلی حقوقی دادرسی که ارزشی بنیادین دارند، جایگاهی بالاتر از قانون می‌یابند و به همین جهت قانون‌گذار باید در وضع قانون به این اصول احترام بگذارد و تصویب قانون مغایر با این اصول، به منزله نقض قانون اساسی است»^۱.

در تأیید این سلسله‌مراتب، ژان بولانژه^۲ برای اصول، سلسله‌مراتبی قائل است که در صدر آنها اصول طبیعی نشست‌گرفته از حقوق طبیعی قرار دارد.^۳ از جمله می‌توان حق دفاع را نام برد.^۴ در این نوشتار نقش این اصول در بررسی امکان افزودن خوانده به دادخواست ضروری است.

از منظر اصول حاکم بر وضع مقررات دادرسی، ایجاد امکان افزودن خوانده جدید به دادخواست، نقض این اصول به شمار نمی‌رود؛ بلکه برخلاف آن، می‌تواند گامی در جهت تحقق اهداف عالیه نظام قضایی باشد. این اصول تأکید دارند که نظام دادرسی باید بتواند به طور مؤثر و کارآمد، حقوق طرفین دعوا را مورد حمایت قرار دهد و مانع از ایجاد تناقض در آرای قضایی شود. مهم‌ترین اصول حاکم بر تقنین مقررات دادرسی مدنی عبارت‌اند از: اصل دسترسی به عدالت، اصل برابری طرفین دعوا، اصل تناظر، اصل سرعت و کارایی دادرسی، اصل رعایت حقوق دفاعی اشخاص، اصل قانونی بودن آیین دادرسی.

روشن است که امکان افزودن خوانده جدید با سازوکاری مشخص ناقض اصول مزبور نخواهد بود، در مقابل فقدان مقررات مشخص و سازوکارهای قانونی برای الحاق خوانده جدید، ممکن است به تشکیل پرونده‌های متعدد و متضاد منجر شود که نه تنها به هدررفت منابع قضایی می‌انجامد، بلکه دسترسی به عدالت را نیز محدود می‌کند. از این رو، سازوکاری منظم و شفاف که بر مبنای اصول کلی تدوین مقررات دادرسی باشد، بهبود فرایند قضایی را تضمین خواهد کرد. این سازوکار باید به خواهان امکان دهد تا در جریان دادرسی، ایراد عدم احراز سمت را رفع کرده و نقایص شکلی نمایندگی یا وکالت خود را اصلاح نماید تا از رد دعوا صرفاً به دلایل شکلی جلوگیری شود. بدین ترتیب، این امکان با اصول دسترسی به

۱. خدانی، وحید، محمدباقر عامری‌نیا، قوام کریمی و داریوش بابایی، «اصل راهبردی حاکمیت اراده در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه تحقیقات تطبیقی حقوقی ایران و بین‌الملل، د. ۱۲، ش. ۴۵، ۱۳۹۸ ص. ۲۴۲.

۲. Jean Boulanger: استاد دانشکده حقوق دانشگاه لیل فرانسه.

۳. بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش. ۳۶، ۱۳۷۶، ص. ۷۳.

۴. محسنی، حسن، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمییز این اصول از تشریفات دادرسی»، مجله قانون و کلام، ش. ۱۹۲ و ۱۹۳، ۱۳۸۵، ص. ۱۰۱.

عدالت و سرعت در رسیدگی نیز همخوانی دارد؛ زیرا بدون آن، رسیدگی به اصل دعوا ممکن است به دلیل ایرادات قابل رفع، متوقف شود یا به تعویق افتد. رفع ایراد عدم احراز سمت، مانع تعارض بین مقررات دادرسی و اصول بنیادین آن می‌شود و تضمین می‌کند که دادرسی عادلانه و مطابق قانون به صورت کامل و بدون انحراف صورت پذیرد. بنابراین، فراهم کردن این امکان، ضمن آنکه با اصول مقررات دادرسی سازگار است، برای تحقق اهداف نظام قضایی و تضمین حقوق اصحاب دعوا ضرورت دارد.

۱.۲.۲. امکان اصلاح دادخواست در ایراد عدم توجه دعوا (افزودن خواننده)

هنگامی که خواهان مبادرت به تقدیم دادخواست نموده و به علت‌های گوناگون پس از ثبت دادخواست لازم آمده که خوانندگان دیگری را نیز طرف دعوا قرار دهد، فراهم نمودن امکان اصلاح دادخواست بسیار به چابکی نظام دادرسی کمک می‌کند. گاهی اضافه کردن خواننده موجب افزایش دامنه امتیاز خواهان از حکم احتمالی صادره خواهد شد؛ مانند طرح دعوای مطالبه وجه سند تجاری که خواهان صرفاً علیه صادرکننده طرح می‌کند و در اثنای دادرسی می‌خواهد ضامنین و یا ظهرنویسان را نیز به طیف محکومین دادنامه اضافه نماید تا در وصول محکوم به انتخاب‌های بیشتری داشته باشد، در این خصوص طرح دعوای جلب ثالث با دشواری‌های خاصی همراه خواهد بود؛ چراکه اولاً، دارنده چک برگشتی اگر بخواهد علاوه بر دعوای اصلی که علیه صادرکننده اقامه کرده، علیه ضامن‌ها و ظهرنویس‌ها نیز دعوایی اقامه کند، به اعتقاد برخی محاکم این دعوای جدید جدا از دعوای اصلی بوده و جلب ثالث نیستند، چون لازمه دعوای اصلی نبوده و یا برای اثبات آن لازم نیستند.^۱ ثانیاً، بدیهی است طرح دعوای مستقل نیز علاوه بر تولید هزینه برای خواهان، موجب افزایش حجم کارهای مرجع قضایی خواهد شد.

گاهی نیز رسیدگی به ماهیت دعوا مستلزم وجود خواننده یا خواندگانی است که اساس دعوا به آنها توجه دارد، مانند دعوای الزام به تنظیم سند رسمی که شخص صاحب سند طرف دعوا قرار نگرفته است. در این خصوص نیز امکان طرح دعوای جلب ثالث، دارای وحدت رویه توسط محاکم نیست. فرض قائل شدن بر رفع اشکال با تقدیم دادخواست جلب ثالث، علاوه بر تحمیل هزینه دادرسی مضاعف به خواهان، موجب طولانی شدن بیشتر فرایند دادرسی نسبت به اعطای مهلت اصلاح دادخواست و امکان افزودن خواننده خواهد شد. چنانچه بر این باور باشیم که افزودن خواننده موجب تطویل زمان دادرسی از حیث

۱. قلی‌زاده منقوطای، احد، «تحلیل حقوقی جلب ثالث به عنوان تنها دعوای پیرو»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۵۰، ش. ۲، ۱۳۹۹، ص. ۳۴۹.

رعایت مقررات ناظر بر ابلاغ خواهد شد، دعوی جلب ثالث نیز موجب همین اطاله و بلکه بیشتر خواهد بود؛ زیرا در دعوی اخیر علاوه بر صرف زمان برای ابلاغ، بررسی مقررات شکلی دادخواست نیز زمان بر خواهد بود؛ با این تفاوت که دعوی جلب ثالث برای خواهان هزینه دادرسی دیگری را نیز در بر خواهد داشت. ازسویی، در بُعد قانونگذاری اگر افزودن خوانده دیگر برخلاف اصول کلی دادرسی و یا همان نظم عمومی خواهد گردید، حال چه تفاوتی بین این امکان و دعوی جلب ثالث از حیث مغایرت با نظم عمومی وجود خواهد داشت؟!

در بند ۳ از ۱۲ اصول آیین دادرسی فراملی این‌گونه آمده است: «دادگاه در صورت اقتضا باید اجازه دهد که در جریان دادرسی شخص دیگری جایگزین یا در ردیف یکی از اصحاب دعوا قرار گیرد.» اگرچه اصول آیین دادرسی فراملی جنبه ارشادی داشته و برای نظام‌های دادرسی داخلی لازم‌الاتباع نیست، اما به‌عنوان یک راهنما می‌تواند ایفای نقش نماید و در تقنین مقرراتی که موجب چالاک‌ی نظام دادرسی خواهد شد و در تبیین عدم تعارض موضوع با اصول کلی حاکم بر دادرسی کمک‌کننده باشد.

ممکن است گفته شود که خواهان از ابتدا مکلف به رعایت احتیاط بوده و مردود شدن دعوی او نتیجه بی‌احتیاطی شخص اوست. در پاسخ باید گفت اگرچه ممکن است بعضاً خواهان دقت کافی در این خصوص نکرده باشد، اما در بسیاری موارد خواهان علم و آگاهی کافی از متعهدین اصلی یا اشخاصی که به‌لحاظ رعایت تشریفات دادرسی باید طرف دعوا قرار می‌گرفتند نداشته و در جریان دادرسی متوجه این امر شده است. فرض شود خواهانی دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی یک دستگاه خودرو را ثبت نموده و پس از استعلام توسط دادگاه از مرجع مربوطه جهت احراز مالک واقعی خودرو، کشف می‌گردد که مالکیت خودرو در وضعیت حاضر به نام شخص دیگری ثبت شده است. بدیهی است خواهان در این وضعیت آگاهی کافی از متعهد اصلی نداشته و ابزاری برای کسب این آگاهی نیز در نظام اداری کشور وجود ندارد؛ بنابراین در مواردی که مردود شدن دعوا ناشی از ناآگاهی خواهان نسبت به ضرورت طرح دعوا علیه خوانده جداگانه‌ای باشد (نه غفلت وی)، تحمیل تبعات این نقص به خواهان با انصاف قضایی سازگار نیست و اعطای مهلت برای اصلاح دادخواست اقرب به عدالت است. این رویکرد ضمن حفظ انسجام پرونده با مصلحت کاهش ورودی پرونده به محاکم نیز همسو است.

۱.۲.۳. اصلاح دادخواست در خصوص ایراد عدم احراز سمت نماینده خواهان

ایراد عدم احراز سمت نماینده خواهان نیز همواره از جهات متعددی محل اختلاف نظر محاکم بوده است. برخی محاکم با قائل بودن وصف آمره برای ایراد مذکور، اعتقاد به مردود بودن دعوا با اختیار دادگاه دارند و برخی قائل به لزوم طرح ایراد از سوی خوانده هستند.^۱ فارغ از آمره بودن و یا نبودن ایراد مذکور به نظر می‌رسد صدور اخطار رفع نقص برای خواهان، به خودی خود، ناقض اصول دادرسی نخواهد بود. این امر به‌ویژه در پرتو تعارض آرای قضایی موجود در حوزه احراز سمت نمایندگی - به‌طور خاص در مورد نمایندگان اشخاص حقوقی توجیه‌پذیر است. پرسش‌های بنیادین در این زمینه عبارت‌اند از: چه شخصی صلاحیت طرح دعوا را دارد؟ و یا چه کسی مجاز به اعطای وکالت به وکیل است؟ در چنین شرایطی، ضروری است خطرات ناشی از ردّ دعوا - به‌ویژه در دعاوی اعتراضی مقید به مهلت‌های قانونی - با تبعات احتمالی عدم اخطار، مورد مقایسه و سنجش دقیق قرار گیرد. در فرض ورود ایراد عدم احراز سمت نماینده، چنانچه با قیاس از نهاد حقوقی تنفیذ معاملات فضولی امکان جبران این نقص شکلی از طریق تحصیل اجازه را بپذیریم، پرسش بنیادین آن است که آیا چنین رویکردی با اصول بنیادین دادرسی تعارضی ایجاد می‌کند؟ به‌ویژه آنکه در مواردی که موکل در جریان دادرسی با اعطای اختیارات لازم، عمل وکیل را صراحتاً تنفیذ می‌کند دلیلی اقناع‌کننده برای توقف رسیدگی وجود نخواهد داشت. باین‌حال، مجوز چنین رویکردی منوط به شرایط اساسی است: «آنکه نقص مورد نظر واجد وصف نظم عمومی نباشد، بلکه قابل رفع باشد».^۲

رویه قضایی، غالباً ایراد مذکور در بند ۵ ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی را از ایرادات آمره می‌شناسد و تداوم رسیدگی باوجود ایراد مزبور را عدم رعایت قانون و نقض اصول دادرسی توسط دادگاه می‌شناسد. «برای شناسایی اینکه یک مقرر آمره است یا خیر، باید متن آن و همچنین هدف از وضع آن را با لحاظ موقعیت زمانی و مکانی مورد توجه قرار داد... در هریک از مواد قانونی که خود مشتمل بر یک قاعده

۱. برای نمونه شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات طی دادنامه شماره ۱۲۴ مورخ ۱۳۷۴/۰۸/۰۷ بر آمره بودن ایراد مذکور تأکید دارد و از سویی شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۰۱ معتقد است که ایراد عدم احراز سمت خواهان از قواعد آمره تلقی نمی‌شود.

۲. محسنی، حسن، منبع پیشین، ص. ۱۵۵.

حقوقی است نیز این استعداد و توانایی نهفته است که در پرتو آن بتوان درجه و میزان ارتباط آن را با نظم عمومی سنجید».^۱

از ظاهر مقررۀ بند ۵ مادۀ ۸۴ برمی‌آید که مقررۀ مذکور با نظم عمومی در پیوند نباشد؛ زیرا همان‌طور که عدم پیوست دلیل سمت مطابق مادۀ ۵۹ و مادّتين ۳۴۲ و ۳۴۵ قانون ذکر شده است، می‌تواند از موجبات صدور اخطار رفع نقص گردد. می‌توان مقررات بند ۵ مادۀ ۸۴ را نیز با تلطیف مورد تفسیر قرار داد. شعبۀ ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامۀ شماره ۹۳۰۹۹۸۲۹۲۹۴۰۰۷۲۱ در این خصوص با نگرشی توأم با انصاف قضایی این‌گونه اظهارنظر کرده‌اند: «تجدیدنظرخواهی شهرداری چ. به طرفیت ش. نسبت به دادنامۀ شماره ۱۱۳۴ مورخ ۹۳/۱۰/۱۴ صادرشده از شعبۀ دوم دادگاه عمومی چهاردنگه وارد و موجه است و دادنامۀ مزبور که به موجب آن به دلیل ضمیمه نبودن دلیل سمت خواهان (شهردار) به دادخواست تقدیمی علی‌رغم اعلام آمادگی نمایندۀ خواهان در جلسۀ دادرسی برای ارائه دلیل سمت خواهان (ظرف ۲۴ ساعت) دادگاه با استناد به مادۀ ۸۹ ناظر به بند ۵ مادۀ ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوا صادر نموده است، مغایر با قانون می‌باشد؛ زیرا مطابق مادۀ ۶۶ قانون مزبور در این‌گونه موارد دادگاه مکلف است پرونده را به دفتر اعاده دهد و با صدور اخطار رفع نقص به خواهان، از او بخواهد ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ نسبت به ارائه دلیل سمت و رفع نقص اقدام نماید، با وصف مذکور و برخلاف مفاد مادۀ مرقوم دادگاه با استناد به مادۀ ۸۹ قانون مزبور ناظر به بند ۵ مادۀ ۸۴ همان قانون اقدام به صدور قرار نموده است، درحالی‌که مورد با مادۀ مذکور انطباق ندارد؛ لذا با استناد به مادۀ ۳۵۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار معترض عنه نقض و پرونده جهت ادامه رسیدگی برابر قانون به دادگاه نخستین عودت داده می‌شود. این رأی قطعی است».

چنانچه با لحاظ مقررات جاریۀ دادرسی، رفع ایراد مذکور را در همان دادرسی ممکن ندانیم، و قضات رسیدگی‌کننده را مأخوذ به نص بدانیم، ضرورت دارد قانون‌گذار نسبت به تمهید چنین فرصتی به خواهان مبادرت به تقنین نماید. حال پرسش این است که آیا وضع مقرره‌ای دال بر امکان رفع ایراد در دادرسی با اصول حاکم بر قانون‌گذاری در دادرسی مدنی مغایرتی دارد؟ در اصول حاکم بر مقررات دادرسی

۳. نهرینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی (مراجعات قضایی و غیرقضایی و حدود صلاحیت آنها)، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، ص. ۶۱.

فراملی^۱ اهم اصول مرتبط با این پژوهش عبارت‌اند از: «اصل برابری اصحاب دعوا» و «اصل بی‌طرفی دادرسی» و نیز «اصل تناظر»^۲. هیچ‌یک از این اصول نافی امکان اعطای مهلت برای اصلاح دلیل سمت نماینده خواهان نیست. در مقررات داخلی نیز با مرعی دانستن اصول اخیر به نظر می‌آید ایجاد چنین امکانی مغایرتی با اصول ناظر بر وضع مقررات نخواهد داشت.

مخدوش بودن سمت نماینده خواهان ممکن است با ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی که مشابه آن در بند ۱ ماده ۱۰ اصول آیین دادرسی فراملی آمده است ایجاد تعارض نماید. با این توضیح که چون مقررات اخیر شروع دعوا را مستلزم درخواست خواهان می‌دانند و چون سمت نمایندگی شخص درخواست‌کننده از سوی شخص اصیل دعوا مخدوش است، مردود دانستن چنین دعوایی اولی خواهد بود؛ ولی باید از این ظاهر دست شست و به باطن موضوع نگریست؛ اولاً آنچه در عمل رخ می‌دهد، نماینده به‌واقع دارای سمت نمایندگی است و دلیل سمت او به لحاظ شکلی واجد ایراد است، مثلاً در پاره‌ای از موارد نظیر دعوای مطروحه از سوی مدیرعامل در شرکتی که حسب اساسنامه اختیار طرح دعوا به هیئت‌مدیره تفویض شده است، هرچند ممکن است در بادی نظر چنین اقدامی خودسرانه تلقی شود، در عمل در قریب به اتفاق موارد مدیرعامل می‌تواند تنفیذ بعدی هیئت‌مدیره را دریافت کند و اقدام منفرد او برای طرح دعوا نه از روی تصمیم خودسرانه، بلکه ناشی از فقدان آگاهی یا برداشت نادرست از اختیارات مدیرعامل است.

از سوی دیگر می‌توان با الهام از نهاد تنفیذ معاملات فضولی، این پرسش را مطرح نکرد که آیا در نظام دادرسی نیز می‌توان مجوزی برای تنفیذ عمل شخص فاقد سمت متصور بود؟ زیرا معامله فضولی که به‌صورت مستقیم در اموال شخص ثالث دخالت می‌شود، مورد نهی قانون‌گذار قرار نگرفته است. حال دادرسی که به‌نوعی دخالت غیرمستقیم در اموال و دخالت در امور حقوقی شخصی دیگر است، چرا باید اقدام فضولی و امکان تنفیذ بعدی مورد نهی قرار گیرد، وانگهی با تطبیق موضوع با مصلحت اجتماعی از جمله پرهیز از طرح دعاوی مکرر و جلوگیری از اشتغال مضاعف اوقات محاکم و نیز صرفه‌جویی در هزینه و زمان، ضرورت این تغییر بیشتر محسوس خواهد شد.

۱. برای مطالعه بیشتر درخصوص آیین دادرسی فراملی، ر.ک: غمامی، مجید و حسن محسنی، «پیرامون برخی نوآوری‌ها و نقاط ضعف اصول آیین دادرسی مدنی فراملی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، د. ۴۳، ش. ۲، ۱۳۹۲، صص. ۵۸-۳۹.

۲. پوراستاد، مجید، اصول آیین دادرسی فراملی، ج. ۱، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش، ۱۳۸۷.

۱.۳. تحلیل طرح الحاق ماده ۸۴ مکرر در راستای چاپک‌سازی دادرسی مدنی

یکی از چالش‌های دیرینه نظام دادرسی مدنی ایران، اتکای بیش از حد به تشریفات شکلی است که در موارد بسیاری به صدور قرارهای قاطع دعوا، مانند رد دعوا، ابطال دادخواست و... منجر می‌شود. این رویکرد نه تنها موجب اتلاف وقت و هزینه اصحاب دعوا و دستگاه قضایی می‌شود، بلکه فرایند احقاق حق را نیز با تأخیرهای غیرضروری مواجه می‌سازد.^۱ در همین راستا و با هدف کاستن از این معضل، طرحی تحت عنوان «الحاق ماده ۸۴ مکرر به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی» در تاریخ ۲۸ اسفند ۱۴۰۰ توسط جمعی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی ارائه شد که تا زمان نگارش این پژوهش، هنوز به فرجام نهایی نرسیده است. هدف اصلی این طرح، ایجاد یک فرصت قانونی برای خواهان جهت اصلاح ایرادات شکلی دادخواست پیش از صدور قرار قاطع است.

براساس محتوای این طرح، جز در موارد استثنایی (مذکور در بندهای ۶ و ۱۱ ماده ۸۴)، دادگاه پیش از رد دعوا به دلایل شکلی، با ذکر ایرادات مزبور به خواهان، مهلت بیست‌روزه‌ای برای رفع ایرادات مطروحه تعیین کند. این امکان نه فقط به ابتکار دادگاه، بلکه به درخواست خود خواهان یا وکیل یا نماینده او تا پایان جلسه اول دادرسی نیز پیش‌بینی شده است. نکته قابل توجه در این طرح، تسری این حکم به مرحله تجدیدنظر و حتی دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری است که نشان از رویکرد جامع قانون‌گذار برای حل این معضل در تمامی سطوح دادرسی دارد.

باوجود آنکه کلیات این طرح، گامی مثبت و روبه‌جلو در جهت اولویت‌بخشی به رسیدگی ماهوی و جلوگیری از تضییع حقوق اصحاب دعوا تلقی می‌شود، متن پیشنهادی از منظر شفافیت و دقت در نگارش، با کاستی‌هایی مواجه است که می‌تواند در عمل، اهداف آن را تضعیف کند. یکی از مهم‌ترین این ابهامات، در نحوه رفع ایراد «عدم توجه دعوا» ظهور می‌یابد. در بسیاری موارد، رفع این ایراد مستلزم افزودن خوانده‌ای جدید به فهرست خواندگان دعواست. باین‌حال، در بخشی از طرح آمده است که پس از اصلاح دادخواست، «دادگاه عنداللزوم با ابلاغ تغییرات واقع‌شده در دادخواست یا دعوای مطروحه به خوانده و تشکیل جلسه دادرسی، اقدام به رسیدگی ماهوی می‌نماید». استفاده از واژه «خوانده» به‌صورت مفرد و بدون قرینه‌ای که دلالت بر امکان افزودن شخص جدید داشته باشد، این شائبه جدی را ایجاد می‌کند که ابلاغ تغییرات، صرفاً به خواندگان اولیه امکان‌پذیر است و افزودن خوانده جدید به‌صراحت

۱. نک به مقدمه توجیهی طرح الحاق ماده ۸۴ مکرر به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی.

توسط قانون‌گذار تجویز نشده است. این ابهام می‌تواند کارایی این ماده اصلاحی را در یکی از پرکاربردترین ایرادات شکلی، با چالش مواجه سازد.

۲. مطالعه تطبیقی: رویکرد انعطاف‌پذیر نظام حقوقی انگلیس

نظام آیین دادرسی انگلیس اصلاح دادخواست را به شرط رعایت اصل تناظر و عدم ورود لطمه به حقوق طرف مقابل، پذیرفته است. در این نظام حقوقی، تا قبل از ابلاغ دادخواست به خوانده، امکان اصلاح دادخواست توسط خواهان فراهم است؛ زیرا اصلاح دادخواست بعد از ابلاغ به خوانده نافی اصل تناظر بوده و در صورت ابلاغ مجدد دادخواست، دست‌کم ممکن است موجب ایراد ضرر و زیان به خوانده شود.

۲.۱. بررسی مقررات دادرسی مدنی درخصوص ترمیم دادخواست در نظام دادرسی انگلیس

در حقوق انگلیس، فرایند دادرسی با اظهارات طرفین پرونده^۱ آغاز می‌شود. منظور از این اظهارات «اعلامات دعوا و موضوع اختلاف» است. این مهم شامل نخستین اسنادی است که در جریان دادرسی بین طرفین ردوبدل می‌شود. در این اسناد ابتدا خواهان جنبه موضوعی دعوا را بیان می‌کند و به دنبال آن، دفاع از سوی خوانده به عمل می‌آید و سپس پاسخ احتمالی دیگری از سوی خواهان به پاسخ خوانده داده می‌شود.^۲ پس از طی فرایندی، دادگاه وظیفه دارد براساس ماده ۳-۴ قواعد دادرسی، دعوا را از چند جهت بررسی کند. یکی از این جهات واهی نبودن دعواست. در این خصوص، اگر دعوا واهی باشد، شایسته رسیدگی نیست و از فرایند دادرسی خارج می‌گردد.^۳ همچنین اصلاح دادخواست^۴ فرایندی است که به طرفین اجازه می‌دهد تا تغییرات لازم را در دعوای خود اعمال کنند. این موضوع تحت قواعد آیین دادرسی مدنی تنظیم می‌شود.

مقررات دادرسی مدنی انگلیس، امکان اصلاح دادخواست را در قسمت «مقررات اصلاح دادخواست»^۵ در بخش ۱۷ از مقررات دادرسی مدنی پیش‌بینی کرده است. قاعده ذکرشده در این خصوص امکان اصلاح دادخواست را به صورت کلی در سه بخش پیش‌بینی کرده است:

1. Statment.

۲. نه‌رینی، فریدون، آیین دادرسی مدنی (فرآیند دادرسی و صدور رأی)، ج. ۳، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰، ص. ۹۴.

3. Strike out.

4. Amendment of pleadings.

5. Amendments to statements of case.

نخست آنکه خواهان در هر زمان قبل از ابلاغ دادخواست می‌تواند هرگونه اصلاحی در دادخواست خود اعم از حذف یا افزودن یا جایگزینی یک طرف در دادخواست را انجام دهد. دومین حالت، چنانچه دادخواست به طرف مقابل ابلاغ شده باشد، خواهان در صورتی می‌تواند دادخواست را اصلاح کند که یا طرف مقابل رضایت کتبی در این خصوص بدهد و یا دادگاه رأساً اجازه این اقدام را صادر کند.

حالت سوم، صورتی است که دادخواست به طرف مقابل ابلاغ شده باشد و درخواست اصلاح صرفاً شامل حذف یا افزودن یا جایگزینی طرف مقابل دعوا باشد (منظور آن است که اصلاح ناظر به خواسته و مدعی به نباشد) که در این صورت اصلاح باید با لحاظ ماده ۱۹،۴ صورت پذیرد. ماده اخیر نیز بیان داشته است: برای حذف یا افزودن خواهان، درخواست حذف خوانده به درخواست خواهان و تقاضای اضافه شدن می‌بایست به درخواست خواهان یا شخصی که می‌خواهد به دادرسی وارد شود باشد و این درخواست می‌بایست متکی به دلیل قانع‌کننده باشد. مطابق بخش ۱۹،۲ از مقررات دادرسی مدنی انگلیس، در صورتی که تعهدات طرف حاضر به شخص دیگری منتقل شده باشد، دادگاه نیز ممکن است رأساً با لحاظ مقررات (۱۹،۴(۳) نسبت به افزودن یا جابه‌جایی خوانده با شخصی دیگر، اتخاذ تصمیم کند. حذف بخشی از خواسته یا به طریق اولی استرداد دادخواست مطابق با قسمت ۴ از مقررات ماده ۱۷،۱ نیازی به اجازه دادگاه نداشته و خواهان می‌تواند حتی اگر دادخواست به طرف مقابل ابلاغ شده باشد، بدون اخذ اجازه از دادگاه خواسته خود را کاهش دهد یا دادخواست را مسترد کند. چنانچه اصلاح دادخواست ناظر به اصلاح خواسته باشد، در صورتی که در ارتباط با همان دعوای مطروحه باشد و حاوی همان حقایق باشد، دادگاه برابر ماده (۲) ۱۷،۴ می‌تواند درخواست برای اصلاح را تجویز کند.^۱ در تمام مواردی که اصلاح دادخواست نیاز به مجوز دادگاه ندارد، اگرچه در بدو امر و صرفاً درخواست اصلاح محتاج مجوز قبلی دادگاه نیست، دادگاه طبق ماده ۱۷،۲ این اختیار را دارد که اصلاحیه مربوطه را نپذیرد (اگرچه در مقررات مذکور تصریح نشده است، رد نمودن درخواست اصلاح به استناد ماده قانونی اخیر می‌تواند صرفاً ناظر به اصلاح خواسته باشد و نه استرداد دادخواست). اجازه اصلاح نام خوانده نیز در صورتی که واجد اشتباه باشد، متکی بر ماده (۳) ۱۷،۴ امکان‌پذیر خواهد بود. همچنین شایان ذکر است، به موجب بخش ۱۰ مقررات

1. Camilleri, Simon P. "Amendments to Statements of Case—Learning the Hard Way: PJSC Tatneft v Bogolyubov and others [2016] EWHC 2816 (Comm)," *Civil Justice Quarterly*, p. 299.

مذکور، طرفی که درخواست اضافه کردن یک طرف جدید از طریق اصلاح دادخواست را دارد، مسئول هزینه‌های ناشی از اصلاح نیز خواهد بود.

- برابر موارد فوق می‌توان مقررات اصلاح دادخواست را در نظام دادرسی انگلیس به شرح ذیل طرح کرد:
- اصلاح دادخواست با اجازه دادگاه: علی‌القاعده اصلاح دادخواست باید با تجویز دادگاه صورت پذیرد. دادگاه باتوجه به زمان درخواست، دلیل تغییر و تأثیر آن بر روند پرونده، تصمیم‌گیری خواهد کرد.
- اصلاح در زمان‌بندی مناسب: درخواست اصلاح باید در زمان مناسب انجام شود. معمولاً اگر اصلاحات قبل از تاریخ تعیین‌شده برای محاکمه ارائه شود، احتمالاً با آن موافقت خواهد شد.
- اصلاح متکی به دلایل موجه: باید دلایل موجهی برای اصلاح دادخواست ارائه شود. این دلایل می‌توانند شامل نواقص قانونی، اشتباهات فاحش یا شواهد جدید باشند.
- اصلاح متضمن عدم آسیب به طرف مقابل: اصلاح دادخواست نباید به حقوق طرف مقابل آسیب بزند یا روند دادرسی را به تأخیر بیندازد.
- اصلاحات ساختاری در دادخواست: در نظام‌های مبتنی بر حقوق عرفی، اصلاح دادخواست طیف وسیعی از تغییرات را شامل می‌شود: تعدیل ادعاهای ماهوی، تصحیح اشتباهات شکلی و افزودن یا حذف طرفین دعوا. این سازوکارها نه فقط بر رسیدگی جاری، بلکه بر رویه‌سازی قضایی تأثیر بنیادین می‌گذارد. در آوریل ۲۰۱۳ قاضی عالی‌رتبه‌ای به نام لرد جکسون،^۱ پیشنهادهایی در جهت اصلاح مقررات ناظر بر اصلاح دادخواست داد که بعدها به اصلاحات جکسون موسوم شد، در یک دعوای حقوقی،^۲ آقاضی رسیدگی‌کننده، اصلاحات لازم را که قبلاً توسط لرد جکسون پیشنهاد شده بود، اعمال کرد. اصلاح مذکور آن بود که اصلاحات مندرج در ماده ۱۹۹ نباید موجب تعویق رسیدگی شوند.^۳

۲.۲. تناسب تصمیمات محاکم در انگلیس در مواجهه با دعاوی نادرست و واهی

در نظام دادرسی انگلیس، همان‌گونه که در برخی موارد امکان اصلاح دادخواست برای خواهان فراهم است، سوءاستفاده از حق دادرسی با ضمانت‌اجراهای مناسبی مواجه است. زیرا این امر ابعاد مختلف

1. Lord Justice Jackson.

2. CIP Properties (AIPT) Limited v Galliford.

3. Bekker, T, "The late amendment of pleadings-time for a new approach? Randa v Radopile Projects CC 2012 (6) SA 128 (GSJ)." *Obiter* 38, 2017, p. 187.

حقوقی و اشخاص و نهادهای متعدد را تحت‌تأثیر قرار می‌دهد.^۱ یکی از تضامین مهم، به‌جهت مقابله با دعاوی مزاحم یا ایزایی در ماده ۴۲ قانون محاکم ارشد انگلستان^۲ مصوب ۱۹۸۱ پیش‌بینی شده است. به‌موجب مقررۀ مزبور، دادگاه عالی انگلستان، اختیار لازم برای صدور «قرار دادرسی مدنی»^۳ را داراست. این قرار علیه شخصی صادر می‌شود که اقدام به طرح دعاوی مزاحم می‌کند. ازسوی دیگر، ایجاد تعادل در تضمین حقوق خواندگان و حفظ کارآمدی نظام قضایی دارای اهمیت است و به همین سبب، تبصرۀ ماده ۴۲ قانون محاکم ارشد انگلستان پیش‌بینی کرده است فردی که «قرار دادرسی مدنی» علیه او صادر شده باشد، چنانچه از دادگاه عالی انگلستان کسب اجازه کند، امکان طرح دعوا به‌طور مجدد برای او وجود خواهد داشت. دادگاه عالی برای صدور این مجوز باید پیش از انجام هرگونه اقدامی از جانب فرد مزبور به این نتیجه برسد که دعاوی او دربردارندۀ هیچ‌گونه سوءاستفاده‌ای از پروسۀ دادرسی نیست و می‌تواند در مرحله ماهوی مورد رسیدگی قرار بگیرد.^۴ در حقوق انگلستان، اقامۀ دعاوی ایزایی نوعی شبه‌جرم با عنوان «Malicious civil prosecution» شناخته شده و تحت شرایطی منجر به تحمیل مسئولیت مدنی بر خواهان می‌شود.^۵

به‌موجب بند «ب» قسمت دوم ماده ۳-۴ ق. د. م دادگاه می‌تواند در صورتی که دعاوی خواهان متضمن «سوءاستفاده از فرایند دادرسی»^۶ باشد، دعاوی خواهان را رد کرده و او را به پرداخت هزینه‌های خوانده مکلف کند. در بند ۱-۵ دستورالعمل رویۀ قضایی شماره ۳ الف، مصداقی از دعاوی متضمن سوءاستفاده از فرایند دادرسی ذکر شده است که مفهوم دعاوی واهی را خاطرنشان می‌کند. براین بنیاد، اگر برای دادگاه آشکار شود که دعوا بی‌اساس است، دعوا مشمول بند «ب» قسمت دوم ماده ۳-۴ ق. د. م (سوءاستفاده از فرایند دادرسی) می‌گردد و در این حالت دادگاه دعوا را رد می‌کند و دستور به پرداخت

1. De Young, M. "The day care ritual abuse moral panic, A Sociological Analysis", *Sociology Compass* 2(6), 1719.

۵. به دادگاه عالی انگلستان (High Court of Justice) مستقر در لندن، به‌همراه دادگاه تجدیدنظر (Court of Appeal) و دادگاه پادشاهی انگلستان (Crown Court)، در مجموع محاکم ارشد (Senior Courts) گفته می‌شود و قانون مزبور برای قاعده‌مند ساختن فعالیت این هر سه محاکم، تصویب شده است (Senior Courts Act, ۱۹۸۱).

3. Civil Proceedings Order (CPO).

4. Auerbach, S., "When the Time has Come to Say" 'Stop' to Vexatious Litigants". (2023/05/10), Availabl at: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/auerbach_dealing-with-vexatious-litigants-summer2012.pdf, (last visited 2025/02/24).

۵. بادپا، سحر، و سیروس حیدری، «سوءاستفاده از حق اقامۀ دعوا در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فصلنامه حقوقی پزشکی، ویرژنامه نوآوری حقوقی*، ش. ۱۵، ۱۴۰۰، ص. ۵۵۲.

6. Abuse of the Court's Process.

خسارات خوانده می‌دهد.^۱ این موارد مشتمل بر قصد خواهان برای ایزای خوانده و تحمیل هزینه به او نیز است که به‌عنوان سوءاستفاده از روند دادگاه تلقی می‌شود. به‌علاوه هرگونه سوءاستفاده از فرایند دادرسی نیز تحت عنوان «Abuse of process» به‌عنوان نوعی شبه‌جرم منتهی به ایجاد مسئولیت مدنی خواهد شد. به‌طور کلی، هرگونه استفاده از فرایند دادرسی که برخلاف روش‌های معمول و مرسوم است، می‌تواند به‌عنوان سوءاستفاده از دادرسی تلقی شود.

در بند ۲ ماده ۳-۴ قواعد آیین دادرسی مدنی انگلستان و قسمت ۲ و ۳ بند ۴ ضمانت‌هایی برای مقابله با دعوای واهی معین شده است. در مقررات مذکور بیان شده است که اگر خواهان از قواعد دادرسی یا دستورالعمل‌های دادگاه تبعیت نکند، دادگاه پس از بررسی این امر، در صورتی که دعوای واهی نباشد، دادرسی را ادامه می‌دهد؛ در غیر این صورت، ابتدا دعوای از فرایند رسیدگی خارج می‌شود و سپس دادگاه می‌تواند خواهان را به پرداخت هزینه‌هایی که بر خوانده تحمیل شده است، محکوم کند. در این صورت، تا زمانی که خواهان این هزینه‌ها را پرداخت نکند، قادر به مطرح کردن دعوای مشابه نخواهد بود و در صورت طرح نیز، با درخواست خوانده، دعوای به حالت تعلیق درخواهد آمد.^۲ قانون‌گذار در نظام دادرسی در انگلیس با اتخاذ تدابیر فوق در مواجهه با دعوای واهی مانع طرح هرگونه دعوایی خواهد شد که چابکی دادرسی و تسریع در رسیدگی را با تهدید و مخاطره مواجه سازد. ازسویی دیگر، با تمهید مقرراتی مناسب برای اصلاح و مرمت دادخواست، ضمن پاسداشت اصول دادرسی، گامی دیگر برای عملکرد بهینه نظام دادرسی برداشته است.

۳. راهکارهای پیشنهادی برای نظام حقوقی ایران

در این بخش، با الهام از مطالعه تطبیقی و تحلیل چالش‌های نظام حقوقی ایران، راهکارهای عملی برای برون‌رفت از وضعیت فعلی ارائه می‌شود. این راهکارها بر دو محور اصلی استوار است: نخست، «ضرورت گسترش دامنه اصلاح دادخواست» با اتکا به اصول بنیادین دادرسی تبیین می‌شود و دوم، برای

۱. بهرامی، احسان و مصطفی‌السان، «ضوابط شناسایی دعوای واهی در حقوق ایران و انگلیس؛ مقدمه‌ای جهت صدور قرار تأمین و رد دعوای»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۲۶، ش. ۲، ۱۴۰۱، ص. ۴۴.

۲. السان، مصطفی و محمدرضا فتحی، «مفهوم دعوای واهی و راهکارهای کاهش آن با تأکید بر رویه قضایی ایران و مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، ش. ۱، ۱۴۰۱، ص. ۳۱.

ایجاد توازن و تضمین حقوق خوانده در برابر این انعطاف، «پیشنهاد سازوکارهای جبرانی» مناسب مورد بحث قرار می‌گیرد.

۳.۱. ضرورت گسترش دامنه اصلاح دادخواست در راستای اصول دادرسی

آنچه به‌روشنی از قانون استنباط می‌شود این است که نظام بطلان و تصحیح نقص‌های شکلی، حول محور ضرر می‌چرخد. وجود ضرر موجب بطلان و ارتفاع ضرر موجب تصحیح است؛^۱ چنانچه مانع اصلی فرصت اصلاح دادخواست به خواهان را «ضرر» (خواه ضرر به خوانده، خواه ضرر به دستگاه قضایی) بدانیم، علی‌القاعده باید اتخاذ راهکاری برای رفع ضرر موجب رفع مانع شود. این رویکرد با دو چالش اساسی مواجه است:

اول: ابهام در مفهوم ضرر: تعریف دقیق و قلمرو «ضرر» موجب بطلان روشن نیست. آیا هرگونه ضرری (حتی جزئی) می‌تواند دستاویز عدم امکان اصلاح دادخواست قرار گیرد؟
دوم: تعادل سنجی ناکافی: تأکید صرف بر پیشگیری از ضرر ناشی از نقص شکلی (مثلاً ضرر ناشی از عدم امضای دادخواست یا فارسی نبودن آن برای خوانده)،^۲ ممکن است به نادیده گرفتن ضرر بزرگ‌تر محرومیت از حق دسترسی به عدالت منجر شود. نباید با عذر اجتناب از یک ضرر کوچک (مانند تطویل مختصر دادرسی ناشی از اصلاح دادخواست)، امکان جبران اشتباه را از خواهان سلب کرد و او را در معرض ضرری جبران‌ناپذیر (مانند سقوط حق به‌دلیل مهلت‌دار بودن دعوا) قرار داد. بنابراین در تفسیر ضرر باید جانب احتیاط را رعایت کرد و هرگونه ضرری را نباید مانع اصلاح مقررات و چاپک‌سازی دادرسی پنداشت.

معیار اصلی برای اجازه اصلاح دادخواست توسط خواهان (درمورد اشتباهات بدون سوءنیت) باید این باشد که اصلاح، موجب ضرر غیرقابل جبران به خوانده نشود یا اختلال اساسی در جریان دادرسی ایجاد نکند. ضررهای معمول ناشی از اصلاح، مانند اطاله جزئی دادرسی یا نیاز به ابلاغ مجدد، عموماً قابل جبران (مثلاً با الزام خواهان به پرداخت هزینه‌های اضافی) هستند و نباید مانع مطلق اصلاح تلقی شوند. پذیرش صرف «وجود هر نوع ضرر» به‌عنوان مانع اصلاح، منطقیاً به پرسش‌های بی‌پاسخ می‌انجامد: آیا

۱. مولودی، محمد؛ بیژن حاجی‌عزیزی و مهدی حمزه هوید، «تصحیح اعمال ناقص در دادرسی مدنی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، د. ۱۰، ش. ۱۹، ۱۳۹۷، ص. ۳۳۹.

۲. محسنی، حسن، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، د. ۶ ش ۲، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۶.

صرف محکومیت خوانده در انتهای دادرسی (که نوعی ضرر برای اوست) باید مانع حق دادخواهی خواهان از ابتدا می‌بود؟

در همین راستا باید توجه داشت که اصول حاکم بر دادرسی باید در کنار تضمین حقوق خوانده، حق دسترسی مؤثر خواهان به عدالت را نیز تضمین و از ایجاد اختلال غیرضروری در دادرسی اجتناب کنند. منطق حقوقی و انصاف تأیید می‌کند که علی‌القاعده اصلاح اشتباه خواهان در دادخواست، ضرر غیرقابل جبرانی به خوانده وارد نمی‌آورد. بررسی اصول کلی نیز نشان می‌دهد اصلاح دادخواست در چنین مواردی ناقض این اصول نیست.

۳.۲. پیشنهاد سازوکارهای جبرانی برای حفظ حقوق خوانده

در حقوق ایران، به‌تصریح تبصره ماده ۱۰۹ محکومیت خواهان به پرداخت جریمه نیازمند احراز سوءنیت اوست. براین بنیاد تا زمانی که دادگاه نتواند سوءنیت خواهان را احراز کند، امکان اعمال تبصره ماده ۱۰۹ وجود نخواهد داشت.^۱ در بند ۲ ماده ۵۱۵ قانون نیز خواهان زمانی محکوم به پرداخت خسارات خوانده خواهد شد که عالم به غیرمحقق بودن خود بوده باشد. باوجود این رویه قضایی ایران دراین خصوص یکسان عمل ننموده و بعضاً حتی تفکیکی بین دعوای واهی و نادرست قائل نیست. برای مثال در نشست قضایی برگزار شده در استان بوشهر، قضات آن شهرستان بدون تفکیک دعوای واهی از نادرست، نظری دوگانه در خصوص پرداخت خسارت ازسوی خواهان یک دعوای مردود داشته‌اند.^۲

۱. بهرامی، احسان و مصطفی‌السان، «جریمه مالی دعوای واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و امریکا»، مجله حقوق تطبیقی، د. ۱۵، ش. ۱، ۱۴۰۳، ص. ۵۷.

۲. شخصی مطالبه بهای اراضی به طرفیت شرکت اقامه می‌نماید و در مرحله بدوی حکم به‌نفع ایشان صادر می‌گردد؛ شرکت از حکم صادره تجدیدنظرخواهی و هزینه تجدیدنظرخواهی را پرداخت می‌نماید و در نهایت دادگاه تجدیدنظر پس از تشریفات رسیدگی در نهایت دعوای خواهان... بدوی را با کیفیت مطروحه قابل پذیرش ندانسته و قرار رد دعوای صادر نموده؛ حال شرکت تجدیدنظرخواه در پرونده جداگانه مطالبه هزینه تجدیدنظرخواهی پرداخت‌شده را از خواهان نموده است؛ آیا مستحق دریافت می‌باشد یا خیر؟

نظر هیئت عالی: براساس قواعد فقهی لاضرر و تسبیب و بنا به مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۵۲۱ ق.آ.د.م هزینه تجدیدنظرخواهی از خواهان بدوی (تجدیدنظرخوانده) قابل مطالبه است و نیازی به احراز ورود عمدی خسارت نیست. نظر اکثریت: نظر به اینکه مطالبه خسارت دادرسی از ناحیه خوانده مستلزم احراز دو رکن از جمله ورود عمدی خسارت و همچنین احراز علم به غیرمحقق‌بودن در دادرسی از ناحیه خواهان می‌باشد که این موضوع صراحتاً در ذیل ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره شده است؛ بنابراین صدور قرار و یا حکم در مرحله تجدیدنظر به‌نفع تجدیدنظرخواه (خوانده بدوی) تا زمانی که شروط فوق برای دادگاه احراز نگردد نمی‌توان موجبات محکومیت خواهان بدوی (تجدیدنظرخوانده) به پرداخت هزینه تجدیدنظرخواهی فراهم آورد. ←

عدالت ایجاد می‌کند که ضمانت‌اجرای مقابله با دعاوی واهی و نادرست یکسان نباشد. شایسته است قانون‌گذار نسبت به تفکیک این دعاوی و رویکرد محاکم نسبت به این دو دست دعاوی تدبیری بیندیشد و در وهله نخست، آن‌دست از دعاوی نادرستی را که با رفع اشکال قابل رسیدگی خواهد بود، ترمیم‌پذیر بداند و چنانچه خواهان از فرصت اعطایی استفاده‌ای نکرد، نسبت به شناسایی دعاوی وی به‌عنوان دعاوی واهی و تحمیل ضمانت‌اجراهای قانونی نسبت به وی اقدام کند. باید افزود ضمانت‌اجرای دعاوی واهی بایستی اشد از وضعیت فعلی باشد و درخصوص دعاوی نادرست متعادل‌تر از آنچه اکنون در نظام دادرسی ایران وجود دارد، باشد.

با این اقدام گامی بزرگ در جهت چاپک‌سازی نظام دادرسی برداشته خواهد شد؛ زیرا اولاً اشخاصی که از حق دادخواهی سوءاستفاده نموده‌اند، با تنبیهات مدنی مواجه خواهند شد و این خود اقدامی بازدارنده برای طرح این‌گونه دعاوی است و از تراکم پرونده در محاکم جلوگیری خواهد کرد؛ ثانیاً خواهان دعاوی نادرست که به احتمال بسیار مجدداً همان دعوا را طرح خواهد کرد و موجب اشغال مجدد وقت محاکم خواهد شد، با امکان اصلاح دادخواست، دعاوی مکرری طرح نخواهد کرد و از تحمل هزینه مضاعف برای دادرسی و غیره نیز معاف خواهد شد، وانگهی در دعاوی مقید به مهلت از حق دادخواهی به‌طور کلی محروم نخواهد شد.

نتیجه‌گیری

نظام دادرسی کنونی ایران از حیث محدودیت‌های غیرمنعطف حول محور اصلاح دادخواست، تعادل لازم را با حقوق خواهان برقرار نکرده و اصلاحات بنیادین در این زمینه ضروری است. اعطای حق اصلاح و ترمیم دادخواست و ضائم آن به خواهان، در مقایسه با خطر تضییع احتمالی حقوق خوانده، رویکردی عادلانه‌تر و ارجح محسوب می‌شود. دلیل این ارجحیت آن است که حقوق خوانده در صورت تضییع، عموماً قابل جبران است؛ چنان‌که ماده ۵۱۵ قانون به قاضی اختیار محکوم کردن خواهان دادباخته به پرداخت خسارات وارده به خوانده را می‌دهد، یا دست‌کم قانونگذار می‌تواند دست به ابتکار زده و با قانونگذاری مناسب حقوق تضییع‌شده احتمالی خوانده را توسط خواهان قابل جبران بداند. در مقابل، حقوق از دست‌رفته خواهان در برخی دعاوی، به‌ویژه دعاوی مقید به زمان خاص یا دعاوی اعتراضی،

→ نظر اقلیت: براساس قاعده تسبیب و لاضرر و مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۵۲۱ قانون آیین دادرسی مدنی هزینه تجدیدنظرخواهی از خواهان بدوی قابل مطالبه است.

اغلب غیرقابل بازگشت بوده و ممکن است به محرومیت دائمی وی از حق دادخواهی در آن مورد بینجامد. با این حال، هرگونه اصلاح باید با دقت و رعایت اصول و قوانین مرتبط انجام شود تا از بروز مشکلات جدید جلوگیری شود.

در این راستا پیش‌نویس طرح اصلاح ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی هرچند اقدامی شایسته است، کافی نبوده و لازم است دامنه آن گسترش یابد. همچنین با توجه به مقررات موجود، اعطای امکان اصلاح دادخواست به جهت نقص در سمت نماینده خواهان، ناقض اصول دادرسی نیست؛ بلکه با استناد به ماده ۵۹ همین قانون که عدم ضمیمه کردن دلیل سمت را از موجبات اخطار رفع نقص می‌داند، حتی در مورد مخدوش بودن دلیل سمت نیز می‌تواند مشمول رویه اصلاحی مبتنی بر این ماده در محاکم قرار گیرد. از آنجا که مقررات فعلی آیین دادرسی مدنی، امکان افزودن خوانده به دادخواست را فراهم نمی‌کند، تقنین نص صریح توسط قانونگذار برای ایجاد این امکان برای خواهان ضروری است. چنین قانون‌گذاری با اصول کلی حقوقی مغایرتی ندارد؛ زیرا مشابه آن در دعوی جلب ثالث پیش‌بینی شده است. تفاوت کلیدی آن است که در این طرح، هم شائبه و اختلاف‌نظرهای ناشی از جایگزینی خوانده اصلی با مجلوب ثالث منتفی می‌شود و هم هزینه دادرسی پرداختی خواهان مضاعف نخواهد شد.

بررسی نظام دادرسی انگلیس نیز نشان می‌دهد که اگرچه رویه اصلاح دادخواست در آن با پیچیدگی‌هایی همراه است، اما به‌طور نسبی و با معیار حفظ حقوق خوانده و جلوگیری از سوءاستفاده خواهان، امکان اصلاح دادخواست را فراهم کرده است.

بررسی‌های این پژوهش نشان می‌دهد که چالش اصلی نظام دادرسی مدنی ایران در زمینه اصلاح دادخواست، ریشه در رویکرد غیرمنعطف و شکل‌گرای قانون‌گذار دارد؛ به‌گونه‌ای که اصلاح دادخواست را به‌صورت محدود و صرفاً در حوزه نقایص شکلی (ماده ۵۹) مانند انضمام دلیل سمت نماینده خواهان مجاز می‌داند؛ حال آنکه هرگونه تغییری از جمله افزودن خوانده یا رفع نقص مخدوش بودن سمت نماینده خواهان، به موجب ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی ممنوع است. این محدودیت غیرمنعطف، به‌ویژه در دعوی چندجانبه که شناسایی همه خواندگان در مرحله اقامه دعوا ناممکن است، موجب تکرار دعوی اقامه‌شده می‌گردد و در مواردی از جمله دعوی مقید به مهلت موجبات سلب دائمی حق دادخواهی را فراهم می‌آورد.

یافته‌های این پژوهش همچنین گویای آن است که چاپک‌سازی نظام قضایی، در گروی اتخاذ تدابیر بازدارنده و جبرانی در قبال دعوی واهی و نادرست است. در این راستا، سازوکارهایی مانند الزام به تأمین

خسارت احتمالی (موضوع ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی)، پرداخت خسارات وارده به خوانده یا حتی دستگاه قضایی ناشی از اصلاحات تأخیری و اعمال جریمه‌های مالی برای دعاوی واهی به منزله مکانیزم‌های کلیدی و محرکی اساسی برای چاپک‌سازی نظام قضایی خواهند بود. نهایت آنکه، گسترش موارد حق اصلاح دادخواست با امکان جبران خسارات وارده به خوانده توازن پایدار میان حق دسترسی به عدالت و رفع ضررهای قابل جبران ایجاد خواهد کرد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. پوراستاد، مجید، **اصول و قواعد آیین دادرسی فراملی**، ج ۱، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق شهر دانش، ۱۳۸۷.
۲. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی**، ج ۳، تهران: دراک، ۱۳۸۴.
۳. مهاجری، علی، **قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۳.
۴. نهرینی، فریدون، **آیین دادرسی مدنی (مراجع قضایی و حدود صلاحیت آن)**، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
۵. نهرینی، فریدون، **آیین دادرسی مدنی (فرایند دادرسی و صدور رأی)**، ج ۳، تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.

مقاله

۶. السان، مصطفی و محمدرضا فتحی، «مفهوم دعاوی واهی و راهکارهای کاهش آن با تأکید بر رویه قضایی ایران و مطالعه تطبیقی در حقوق ایالات متحده آمریکا»، *پژوهشنامه حقوق تطبیقی*، د. ۶، ش. ۱، ۱۴۰۱، صص. ۳۸-۲۳. 20.1001.1.24237566.1401.6.1.2.9.۲۳-۳۸
۷. بادپا، سحر، و سیروس حیدری، «سوءاستفاده از حق اقامه دعوا در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، *فصلنامه حقوق پزشکی*، *ویژگی‌نامه نوآوری حقوقی*، ش. ۱۵، ۱۴۰۰، صص. ۵۶۶-۵۵۱.
۸. بولانژه، ژان، «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، ترجمه علیرضا محمدزاده وادقانی، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش. ۳۶، ۱۳۷۶، صص. ۱۰۰-۷۳.

۹. بهرامی، احسان و مصطفی‌السان، «جریمه مالی دعوای واهی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و امریکا»، *مجله حقوق تطبیقی*، د. ۱۵، ش. ۱، ۱۴۰۳، صص. ۶۷-۴۵.
۱۰. بهرامی، احسان و مصطفی‌السان، «ضوابط شناسایی دعوای واهی در حقوق ایران و انگلیس؛ مقدمه‌ای جهت صدور قرار تأمین و رد دعوا»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د. ۲۶، ش. ۲، ۱۴۰۱، صص. ۲۹-۵۲. 20.1001.1.22516751.1401.26.2.4.8
۱۱. خدانی، وحید، محمدباقر عامری‌نیا، قوام کریمی و داریوش بابایی، «اصل راهبردی حاکمیت اراده در حقوق ایران و انگلیس»، *فصلنامه تحقیقات تطبیقی حقوقی ایران و بین‌الملل*، د. ۱۲، ش. ۴۵، ۱۳۹۸، صص. ۲۵۸-۲۳۳.
۱۲. غمامی، مجید و حسن محسنی، «پیرامون برخی نوآوری‌ها و نقاط ضعف اصول آیین دادرسی مدنی فراملی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، د. ۴۳، ش. ۲، ۱۳۹۲، صص. ۵۸-۳۹. 10.22059/jlq.2013.35269
۱۳. قلی‌زاده منقوطای، احد، «تحلیل حقوقی جلب ثالث به‌عنوان تنها دعوای پیرو»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۵۰، ش. ۲، ۱۳۹۹، صص. ۵۰-۲. 20.1001.1.25885618.1399.50.2.9.2
۱۴. محسنی، حسن، «مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی»، *مجله کانون وکلای*، ش. ۱۹۲ و ۱۹۳، ۱۳۸۵، صص. ۱۳۱-۱۰۰.
۱۵. محسنی، حسن، «نقص شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، د. ۶، ش. ۲، ۱۳۹۳، صص. ۱۶۰-۱۳۹.
۱۶. مولودی، محمد، بیژن حاجی‌عزیزی و مهدی حمزه هویدا، «تصحیح اعمال ناقص در دادرسی مدنی»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، د. ۱۰، ش. ۱۹، ۱۳۹۷، صص. ۳۵۸-۳۲۹.
۱۷. هرمزی، خیرالله، «تغییر نحوه دعوا در دادرسی مدنی (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و فرانسه)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۴۶، ش. ۴، ۱۳۹۵، صص. ۶۶۳-۶۴۵. 20.1001.1.25885618.1395.46.4.9.8

منبع برخط

۱۸. قوه قضائیه، «سامانه ملی آرای قضایی»، بی‌تا، قابل دسترسی در:
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/38320> (آخرین بازدید: ۱۴۰۳/۰۴/۱۱)

References

Books

1. Mohajeri, Ali. **The Civil Procedure Code in the Contemporary Legal Order**. Tehran: Fakrsazan, 2014. (In Persian).
2. Nahrini, Fereydoun. **Civil Procedure: Judicial Authorities and Their Jurisdiction; The Scope of Their Competence**. Vol. 1. Tehran: Ganj Danesh Publications, 2017. (In Persian).
3. Nahrini, Fereydoun. **Civil Procedure: The Litigation Process and Issuance of Judgments**. Vol. 3. Tehran: Ganj Danesh, 2021. (In Persian).
Pour Ostad, Majid. **Principles and Rules of Transnational Civil Procedure**. 1st ed. Tehran: Shahr-e Danesh Legal Studies and Research Institute, 2008. (In Persian).
4. Shams, Abdollah. **Civil Procedure**. 63rd ed. Tehran: Derak, 2005. (In Persian).
Waline, Jean. **Droit Administratif**. 26th ed. Paris: Dalloz, 2016.

Articles

5. Auerbach, S. "When the Time Has Come to Say 'Stop' to Vexatious Litigants." Available at: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/auerbach_dealing-with-vexatious-litigants-summer2012.pdf (accessed February 24, 2025).
6. Badpa, S., and S. Heidari. "Abuse of Procedural Rights in the Legal Systems of Iran and England." *Medical Law Journal*, no. 15, 2021, pp. 551–566. (In Persian).
7. Bahramy, E., and M. Elsan. "Penalty as a Sanction for Frivolous Lawsuits: A Comparative Study in Iranian and American Law." *Comparative Law Review*, vol. 15, no. 1, 2024, pp. 45–67. doi:10.22059/jcl.2023.366843.634568. (In Persian).
8. Bahramy, E., and M. Elsan. "The Criterion for Identifying Frivolous Claims in Iranian and English Law: A Precondition for Security for Costs Orders and Striking Out the Claim." *Comparative Law Researches*, vol. 26, no. 2, 2022, pp. 29–52. (In Persian).
9. Bekker, T. "The Late Amendment of Pleadings: Time for a New Approach? *Randa v Radopile Projects* CC 2012 (6) SA 128 (GSJ)." *Obiter*, vol. 38, 2017, pp. 181–192.
10. Boulangeh, Jean. "General Principles of Law and Positive Law." Translated by Alireza Mohammadzadeh Vadghani. *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, no. 36, 1997, pp. 73–100.

11. Camilleri, Simon P. "Amendments to Statements of Case: Learning the Hard Way; PJSC Tatneft v Bogolyubov and Others [2016] EWHC 2816 (Comm)." *Civil Justice Quarterly*, 2017, pp. 297–301.
12. De Young, M. "The Day Care Ritual Abuse Moral Panic: A Sociological Analysis." *Sociology Compass*, vol. 2, no. 6, 2008, pp. 1719–1733. doi:10.1111/j.1751-9020.2008.00169.x.
13. Elsan, M., and M. Fathi. "Frivolous Claims: Concept and Strategies to Reduce Them; A Comparative Study of Iranian Case Law and U.S. Law." *Journal of Comparative Law*, vol. 6, no. 1, 2022, pp. 23–38. doi:10.22080/LPS.2022.23469.1333. (In Persian).
14. Ghamami, M., and H. Mohseni. "About Some Innovations and Weaknesses of the Principles of Transnational Civil Procedure." *Law Quarterly*, vol. 43, no. 2, 2013, pp. 39–58. doi:10.22059/jlq.2013.35269. (In Persian).
15. Gholizadeh Manghutay, A. "A Legal Analysis of Bringing in a Third Party as a Mere Follower in Litigation." *Law Quarterly*, vol. 50, no. 2, 2020, pp. 339–358. doi:10.22059/jlq.2020.281701.1007217. (In Persian).
16. Hormozi, K. "The Change of the Mode of Claim." *Law Quarterly*, vol. 46, no. 4, 2016, pp. 645–663. doi:10.22059/jlq.2016.60015. (In Persian).
17. Judiciary of the Islamic Republic of Iran. "National Judicial Rulings System." n.d. Available at: [insert official URL] (accessed [insert date]).
18. Khandani, V., M. B. Amiri-Nia, G. Karimi, and D. Babaei. "The Strategic Principle of the Sovereignty of Will in Iranian and English Law." *Quarterly Journal of Comparative Legal Research of Iran and International Law*, vol. 12, no. 45, 2019, pp. 233–258. (In Persian).
19. Mohseni, Hassan. "Formal and Substantive Defects in Civil Procedure." *Private Law Research Quarterly*, vol. 6, no. 2, 2014, pp. 139–160.
20. Mohseni, H. "The Concept of Procedural Principles, Their Interpretive Role, and the Distinction Between These Principles and Procedural Formalities." *Journal of Kanun-e Vokala*, nos. 192–193, 2006, pp. 100–131. (In Persian).
21. Moloudi, M., B. Haji Azizi, and M. Hamzehhoweyda. "Modification of Imperfect Acts in Civil Procedure." *Journal of Studies in Islamic Law and Jurisprudence*, vol. 10, no. 19, 2018, pp. 329–358. doi:10.22075/feqh.2017.12323.1247. (In Persian).

Streamlining Civil Litigation and Reducing the Costs of Litigation through Allowing the Amendment of Statements of Claim in Certain Improperly Brought Actions and Strengthening Measures against Vexatious Claims: A Comparative Study of the Civil Procedure Rules of Iran and England

Hossein Shahsavari Shirazi*

Soheil Taheri**

Seyed Morteza Ghasemzadeh Zaviyeh***

Received: 2025.03.05 Revised: 2025.10.09 Accepted: 2025.11.03

Abstract

Under Iranian civil procedure rules, claims brought by a plaintiff with an improper purpose and in bad faith, where no substantive right can be conceived in the plaintiff's favor, are subject to the sanctions prescribed in Note to Article 109 and Article 515 of the Civil Procedure Code. In legal terminology, such claims are referred to as "frivolous claims." By contrast, there is another category of claims in which the plaintiff acts without bad faith but commits an excusable error in drafting the statement of claim. These should be regarded as "incorrect claims." In such cases, the legislature has not provided the plaintiff with an opportunity to cure the defect; rather, the claim is considered to warrant either an order of non-hearing or dismissal. This issue is particularly significant in claims subject to limitation periods, especially in most objection-related proceedings, because the inability to amend the statement of claim may result in irreparable harm and denial of access to justice. In this respect, the English civil justice system has adopted a more flexible approach. Employing a descriptive-analytical method, the present study concludes that the current Iranian rules confine amendment of the statement of claim to very limited formal defects and, through an inflexible approach, prevent substantial amendments such as the addition of a defendant. This is despite the fact that streamlining the civil justice system is possible through expanding the right to amend the statement of claim while, at the same time, establishing mechanisms such as requiring security for the defendant's potential loss and imposing penalties for frivolous claims. Such an approach would strike a fair balance between the plaintiff's right of access to court and the need to prevent prejudice to the defendant's rights.

Keywords:

Amendment of statement of claim, procedural principles, frivolous claims, incorrect claims.

* Ph.D. Student, Faculty of Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran. Corresponding Author's email: h.shahsavarishirazi@iau.ac.ir.

** Assistant Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran.

*** Professor, Faculty of Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran.

اصول دادرسی منصفانه در فرایند رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت توسط هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی

سید علیرضا میرکمالی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۱۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۵/۰۳/۰۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۴/۲۷

چکیده

توجه به حقوق افراد و جامعه، در تمام دادرسی‌ها پیوسته باید مدنظر سیاستگذاران قضایی هر نظام حقوقی باشد. تأمین منافع افراد و حفظ مصالح اجتماع در سایه توجه به معیارهای دادرسی منصفانه میسر است. به همین منظور شناسایی اصول دادرسی منصفانه و رعایت آنها ضرورت دارد، بنابراین لحاظ کردن اصولی مانند اصل برائت، اصل قانونی بودن دادرسی و اصل شفافیت، اصل تناظر، اصل بی‌طرفی و رعایت حقوق دفاعی افراد در دادرسی از اهمیت والایی برخوردار است. معیارهای دادرسی عادلانه مذکور ابتدا در قانون اساسی و سپس در قانون آیین دادرسی کیفری آورده شده است. در این پژوهش رعایت هریک از اصول دادرسی منصفانه در فرایند رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت توسط هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی و چگونگی پرداختن به هریک از اصول مذکور در قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران همراه با بررسی پیشینه این اصول در آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور بررسی می‌شود.

کلیدواژگان:

تخلفات بانکی، اصل برائت، حقوق متهم، قانون بانک مرکزی، آیین‌نامه.

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

a_mirkamali@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

طرح بانک مرکزی در سال ۱۴۰۱ با امضای ۵۷ نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی با تأیید هیئت رئیسه مجلس به صحن علنی مجلس شورای اسلامی راه یافت و در ۱۵ آبان سال ۱۴۰۱ به تصویب رسید. این مصوبه با ایرادات متعدد از سوی شورای نگهبان مواجه و به مجلس شورای اسلامی اعاده شد و پس از چند مرحله رفت و برگشت و با اصلاحات متعددی که توسط مجلس صورت گرفت، در نهایت با باقی ماندن ۵ ایراد شورای نگهبان و اصرار مجلس بر مصوبه خود در تاریخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰ به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد. در مجمع تشخیص مصلحت نظام، موارد اختلافی بین مجلس و شورای نگهبان توسط کمیسیون‌های حقوقی و قضایی و اقتصادی، بازرگانی و اداری مجمع مورد بررسی قرار گرفت و در نهایت مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۴۰۲/۰۸/۱۷ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران را تصویب کرد.

قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تحولات گسترده‌ای در ساختار و جایگاه بانک مرکزی ایجاد کرد و به این نهاد، صلاحیت‌های گسترده‌ای در پیشگیری از وقوع جرائم و تخلفات پولی و بانکی و رسیدگی به تخلفات پولی و بانکی اعطا نمود. این تحول گامی مهم در راستای تقویت ساختار نظارتی این نهاد و مقابله با تهدیدات نوین اقتصادی و مالی، به شمار می‌رود. تصویب این قانون نه تنها مبین تحول در فرایندهای نظارتی است، بلکه بیانگر رویکردی نوین در مقابله با جرائم مالی و اقتصادی است. این قانون در پی پاسخ‌گویی به چالش‌های پیچیده‌تری است که در سایه تحولات اقتصادی، فناوری‌های نوین، و جهانی‌شدن اقتصاد، بر نظام مالی و پولی کشور تحمیل شده است. در این راستا، با تهدیدات نوین و جرائم مالی عصر دیجیتال مطرح می‌شود.

در گذشته، بانک مرکزی فاقد ابزارها و سازوکارهای نظارتی پیشرفته و مؤثر جهت شناسایی و پیگیری جرائم مالی بود و فقط به ابزارهای محدود و پراکنده‌ای دسترسی داشت.^۱ ولیکن پس از تصویب این قانون، بانک مرکزی به‌طور مؤثری قادر به نظارت و برخورد با تخلفات مختلف در حوزه پولی و بانکی، شده است.

۱. بهمن احسانی، عبدالله هندیانی، احمد قاسمی و مرتضی نیازخانی، «الگوی عملیاتی کشف جرم براساس ارزیابی قانون مبارزه با پول‌شویی در ایران»، پژوهش‌های مدیریت/انتظامی، د. ۱۴، ش. ۴، ۱۳۹۸، ص. ۳۶۵.

در این شرایط، تصویب قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تحولی بزرگ به شمار می‌آید. در این قانون شورای پول و اعتبار از ارکان بانک مرکزی حذف و هیئت عالی بانک مرکزی جایگزین آن شده است که از ۱۰ عضو آن، ۷ عضو از کارکنان بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران‌اند. همچنین در این قانون هیئت‌های انتظامی بانک‌ها که عضویت یک نفر از هیئت‌مدیره بانک‌ها را در خود داشت حذف و هیئت‌های انتظامی بدوی و تجدیدنظر بانک مرکزی متشکل از یک قاضی و کارشناسان خبره بانکی جایگزین آن شده است.

قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مقرراتی را برای رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت به‌صورت مستقیم و همچنین از طریق هیئت‌های انتظامی وضع کرده است. پرسش اصلی این پژوهش این است که این مقررات و اصلاحات با اصول دادرسی منصفانه مطابقت دارد و قابلیت و کارآمدی آنها در مقابله با تخلفات تا چه میزان است؟ طبعاً برای پاسخ به این پرسش ابتدا باید معیارهای دادرسی منصفانه مانند حقوق دفاعی افراد نظیر اصل برائت، اصل قانونی بودن دادرسی و اصل شفافیت، رعایت اصل بی‌طرفی و تضمینات دادرسی شناسایی و مطالعه شوند. به همین منظور اصول مذکور در ذیل بررسی می‌شوند.

۱. وجوه تمایز رسیدگی هیئت‌های نظارت بانک مرکزی و رسیدگی کیفری

پیش از ورود به مباحث اصول حاکم بر رسیدگی به تخلفات و پرداختن به اصول دادرسی منصفانه در این خصوص به جهت وجوه افتراق و اشتراکی که بین رسیدگی هیئت‌های نظارت بانک مرکزی و رسیدگی کیفری وجود دارد، در این بند به اختصار وجوه تمایز بین این نهادها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱.۱. تفاوت در ماهیت حقوقی

رسیدگی کیفری، ماهیتی قضایی و کیفری دارد و ناظر بر تحقق جرم و اعمال مجازات‌های مقرر در قانون است. در مقابل، رسیدگی هیئت‌های نظارت بانک مرکزی عمدتاً ماهیت انتظامی - اداری و تخصصی دارد و هدف آن حفظ سلامت نظام پولی و بانکی، تضمین انضباط مالی و نظارت بر عملکرد اشخاص تحت نظارت بانک مرکزی است.

در رسیدگی کیفری، ارزش‌های اساسی نادیده گرفته می‌شود رفتار مرتکب نقض هنجارهای بنیادین جامعه تلقی می‌شود؛ اما در رسیدگی انتظامی بانک مرکزی، تخلف بیشتر ناظر بر نقض مقررات حرفه‌ای، احتیاطی و نظارتی است.

به همین خاطر نوع ضمانت اجرا در این متفاوت است در حقوق کیفری، ضمانت اجراها شامل مجازات‌هایی مانند حبس، جزای نقدی، شلاق، محرومیت از حقوق اجتماعی و مانند آن است. اما هیئت‌های نظارت بانک مرکزی معمولاً ضمانت اجراهای انتظامی و اداری مانند تذکر و اخطار، جریمه مالی، محدودیت فعالیت، سلب صلاحیت حرفه‌ای مدیران، تعلیق و یا لغو مجوز اعمال می‌کنند؛ بنابراین، شدت تعرض به آزادی‌های فردی در دادرسی کیفری معمولاً بیشتر است.

هدف اصلی دادرسی کیفری، حمایت از نظم عمومی، کشف جرم و مجازات مجرم است؛ درحالی‌که هدف رسیدگی هیئت‌های نظارت، تضمین ثبات مالی، سلامت بازار پول و پیشگیری از بحران بانکی است.

در واقع، **رسیدگی کیفری** در دایره «حقوق عمومی» و ذیل مفهوم «سیاست جنایی» تعریف می‌شود و هدف غایی آن، اجرای عدالت کیفری و احیای نظم خدشه‌دار شده در اثر ارتکاب «جرم» است. درحالی‌که رسیدگی در **هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی** بر پایه اصل «نظارت استصوابی و انتظام‌بخشی به نهادهای مالی» استوار است. این مرجع، یک «نهاد شبه‌قضایی» (Quasi-Judicial Body) محسوب می‌شود که هدف آن حفظ «نظم عمومی اقتصادی» از طریق تضمین «سلامت شبکه بانکی» است. به عبارتی می‌توان گفت رویکرد این مرجع رویکرد تنظیم‌گرانه (regulatory) است که به دنبال تضمین سلامت نظام پولی و بانکی کشور است

مشابه این مرجع مراجع رسیدگی به تخلفات بورسی است که در قانون بازار اوراق بهادار (ماده ۳۵) به آن اشاره شده است. طبق این ماده صلاحیت اولیه برای رسیدگی به تخلفات بر عهده بورس‌ها و مرجع تجدیدنظر از آرای صادره توسط آنها، سازمان بورس است. منظور از بورس‌ها در این ماده اعم از بورس تهران، فرابورس، بورس کالا و بورس انرژی است که حسب مورد به تخلفاتی که مرتبط با هر یک از آنها باشد رسیدگی می‌نمایند. با عنایت به ماده فوق مشخص می‌شود دو مرجع اصلی شامل بورس‌ها و سازمان بورس صلاحیت رسیدگی به تخلفات را دارند. به این ترتیب که بورس‌ها به صورت بدوی و سازمان به عنوان مرجع تجدیدنظر به تخلفات رسیدگی می‌کنند.

۱.۲. تفاوت در قواعد شکلی و ادله

رسیدگی کیفری توسط مراجع قضایی مستقل، یعنی دادسرا و دادگاه‌های کیفری انجام می‌شود که بخشی از قوه قضائیه‌اند. اما هیئت‌های نظارت بانک مرکزی، مراجع شبه‌قضایی و اداری تخصصی‌اند که در ساختار بانک مرکزی فعالیت می‌کنند.

بنابراین، استقلال نهادی دادگاه کیفری از حیث ساختاری گسترده‌تر از هیئت‌های نظارتی است، هرچند در رسیدگی‌های انتظامی نیز اصل بی‌طرفی باید رعایت شود.

در دادرسی کیفری، قواعد ادله، تشریفات رسیدگی و استاندارد اثبات بسیار سخت‌گیرانه‌تر است؛ زیرا اصل برائت و خطر تعرض شدید به حقوق و آزادی‌های فردی اقتضا می‌کند که احراز مسئولیت با دقت بیشتری انجام شود. اما در رسیدگی‌های انتظامی بانک مرکزی، انعطاف بیشتری در پذیرش ادله و تشریفات وجود دارد و گاه معیار «اقناع مرجع تخصصی» جایگزین استاندارد سخت اثبات کیفری می‌شود. باین‌حال بنا به دلایل ذیل اصول دادرسی منصفانه در فرایند رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت توسط هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی امری اجتناب‌ناپذیر است:

۱.۲.۱. پیوند با «حقوق بنیادین» و «امنیت شغلی»

احکام صادره توسط هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی، مستقیماً با حق بر شغل (اصل ۲۸ قانون اساسی) و حیثیت حرفه‌ای اشخاص در ارتباط است. هنگامی که هیئت نظارت بانک مرکزی بر اساس اختیارات حاصل از ماده ۲۲ و بند ب ماده ۲۳، فردی را به «سلب صلاحیت دائم یا موقت» از تصدی سمت‌های مدیریتی و یا به «انفصال دائم یا موقت از شغل دولتی» محکوم می‌کند، در واقع نوعی مجازات محرومیت از حقوق اجتماعی را اعمال کرده است. طبق اصول حقوق عمومی، هرگاه تصمیمی قدرت سلب حق یا ایجاد محدودیت جدی برای شهروند را داشته باشد، باید در بستر یک فرایند عادلانه اتخاذ شود تا از استبداد رأی یا برخوردهای سلیقه‌ای جلوگیری به عمل آید.

۱.۲.۲. ماهیت «شبه قضایی» هیئت‌ها

اگرچه هیئت‌های انتظامی ذیل قوه قضائیه نیستند، اما به دلیل «ماهیت رسیدگی» (که شامل احضار، استماع دفاعیات، بررسی ادله و صدور حکم است) در دکترین حقوقی به عنوان «مراجع شبه قضایی» شناخته می‌شوند و مطابق دکترین حقوقی وقتی یک مرجع، «صلاحیت رسیدگی به اختلافات و صدور

۱. ماده ۲۳ قانون بانک مرکزی ب. هیأت انتظامی می‌تواند با توجه به نوع تخلف و متناسب با آن، «شخص تحت نظارت» متخلف را به یک یا چند مورد زیر محکوم کند: ۱- اخطار کتبی به «شخص تحت نظارت» متخلف یا هریک از سهامداران مؤثر و مدیران آن ۲- سلب صلاحیت موقت یا دائم هریک از سهامداران مؤثر و مدیران «شخص تحت نظارت» ۳- اعمال جریمه نقدی برای سهامداران مؤثر «شخص تحت نظارت» تا سقف پانصد میلیارد (۵۰۰,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا ده درصد (۱۰٪) ارزش روز سهام آنها یا پنج برابر میزان تخلف، هر کدام که بیشتر باشد. ۴- اعمال جریمه نقدی برای مدیران «شخص تحت نظارت» تا سقف پنجاه میلیارد (۵۰,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) ریال یا پنج برابر میزان تخلف هر کدام که بیشتر باشد. ۵- انفصال موقت یا دائم هر یک از اعضای هیئت مدیره، هیئت عامل یا مدیران «شخص تحت نظارت» از خدمات دولتی و عمومی.

حکم» را دارد، ملزم به رعایت اصول دادرسی منصفانه (مانند حق داشتن وکیل، حق تفهیم اتهام، حق دفاع و بی‌طرفی قاضی) است؛ در غیر این صورت، رأی صادره فاقد مشروعیت حقوقی خواهد بود.^۱

۱.۲.۳. اصل «تساوی سلاح‌ها»

در رسیدگی‌های انتظامی، یک طرف دعوا «بانک مرکزی» (به‌عنوان نهاد ناظر و قدرتمند) و طرف دیگر «شخص تحت نظارت» است. برای آنکه تعادلی در این رابطه نابرابر ایجاد شود، رعایت اصول دادرسی منصفانه (مانند دسترسی به اسناد پرونده، فرصت کافی برای دفاع و...) ضروری است. عدم رعایت این اصول، تعادل را به نفع نهاد ناظر برهم زده و فرایند رسیدگی را به یک «اقدام یک‌جانبه» تبدیل می‌کند که با مبانی عدالت در تضاد است.

۱.۲.۴. کنترل قضایی (نظارت دیوان عدالت اداری)

طبق قانون دیوان عدالت اداری، آرای هیئت‌های انتظامی قابل شکایت در دیوان هستند. اگر هیئت‌های مذکور اصول دادرسی منصفانه را رعایت نکنند (مثلاً وکیل را راه ندهند، یا به دفاعیات کتبی توجه نکنند)، دیوان عدالت اداری به استناد «نقض تشریفات قانونی» و «نقض حقوق دفاعی»، رأی را نقض خواهد کرد. بنابراین، رعایت این اصول، «پایداری و اعتبار آرای صادره» را در مراجع بالاتر تضمین می‌کند.

۲. اصل قانونی بودن دادرسی

اصل قانونی بودن دادرسی به‌عنوان یکی از ارکان اساسی نظام حقوقی، محدود به تعریف جرائم و مجازات‌ها نبوده، بلکه تمام مراحل رسیدگی قضایی از جمله تشریفات دادرسی و تشکیل مراجع قضایی را نیز دربرمی‌گیرد. این اصل که ریشه در اصول قانون اساسی و قوانین عادی دارد، تأکید می‌کند که هیچ دادگاهی نمی‌تواند خارج از چارچوب قانونی مشخص شده تشکیل شود و هیچ مرجعی حق ندارد صلاحیت خود را فراتر از حدود تعیین شده در قوانین اعمال نماید. به‌ویژه، تأکید بر لزوم رسیدگی در مراجع صالح و منع تشکیل محاکم خودسر، نشان‌دهنده اهمیت این اصل در حفظ حقوق شهروندان و تضمین دادرسی عادلانه است. در این راستا، حتی صدور احکام کیفری نیز باید دقیقاً منطبق با حدود قانونی باشد و از هرگونه تفسیر گسترده یا خودسرانه پرهیز شود. این نگرش که در اسناد حقوقی مختلف

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، چ. ۱، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹، ص. ۴۶.

مورد تأکید قرار گرفته، بیانگر آن است که قانونمندی نه فقط به عنوان یک الزام شکلی، بلکه ضامن عدالت ماهوی در نظام قضایی محسوب می‌شود.^۱

اصل قانونی بودن رسیدگی یا دادرسی، یکی از اصول مسلم دادرسی منصفانه است که در قانون اساسی و مواد ۱۲ و ۱۳ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است. البته این اصل تنها به تعریف جرائم و مجازات‌ها محدود نمی‌شود، بلکه شامل تشریفات دادرسی و تشکیل مراجع رسیدگی نیز می‌گردد و باید در فرایند رسیدگی در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی رعایت گردد. هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی مطابق ماده ۲۲^۲ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، صلاحیت رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت را دارند و این تخلفات شامل تخلفات نظارتی، پولی و بانکی، ارزی، مالی و اداری است. تخلفات مذکور در مواد ۲۳،^۳ ۲۵ و ۶۰ قانون مذکور بیان شده است. جهات قانونی شروع به رسیدگی در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی، درخواست معاون تنظیم‌گری و نظارت بانک مرکزی به عنوان دادستان انتظامی بانک مرکزی و شکایات اشخاص حقیقی و حقوقی است.

۳. حقوق دفاعی

حق دفاع فرد متهم، که اکنون در اسناد ملی و جهانی به مثابه یک اصل تفکیک‌ناپذیر در فرایند محاکمات عادلانه شناخته شده و مورد پشتیبانی قرار می‌گیرد، عبارت است از کلیه تضامین و تسهیلاتی که باید در یک رسیدگی قضایی بی‌طرفانه برای فرد در مظان اتهام فراهم شود. هدف از این تضمین‌ها این است که فرد بتواند در قبال اتهامات مطرح‌شده، که در تضاد با اصل بنیادین بی‌گناهی است، به شکلی شرافتمندانه و بدون اجبار از خود دفاع مؤثری داشته باشد.^۴

۱. میرمحمد صادقی، حسین، **حقوق جزای عمومی (۱) (پدیده مجرمانه)**، تهران: دادگستر، چاپ پنجم، ۱۳۹۸، ص. ۲۸.
۲. ماده ۲۲: به منظور رسیدگی به تخلفات «اشخاص تحت نظارت» یا مدیران و سهامداران مؤثر آنها از قوانین، مقررات و تصمیمات بانک مرکزی شامل دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌ها و نیز برای رسیدگی به کلیه اعتراضات مؤسسات اعتباری از جمله در خصوص تعلیق یا لغو مجوز، تعیین هیئت سرپرستی موقت و گزیر مؤسسه اعتباری و تصمیمات موضوع مواد (۲۷)، (۲۸) و (۲۹) این قانون، هیئت انتظامی بدوی و تجدیدنظر به شرح زیر در بانک مرکزی تشکیل می‌شود:.....
۳. ماده ۲۳- الف - انجام موارد زیر از سوی «اشخاص تحت نظارت» یا سهامداران مؤثر و مدیران آنها تخلف محسوب می‌شود. معاون تنظیم‌گری و نظارت در مقام دادستان انتظامی بانک مرکزی موظف است در صورت مشاهده هر یک از تخلفات، اعمال تنبیهات مذکور در بند «ب» این ماده را از هیئت انتظامی درخواست کند:.....
۴. امید، جلیل و محمد آشوری، **حقوق دفاعی متهم**، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۳، ص. ۲۲۵.

۳.۱. اصل برائت

اصل برائت به‌عنوان یکی از اصول بنیادین دادرسی منصفانه، در نظام حقوقی ایران جایگاهی تثبیت‌شده دارد و شالوده تمامی فرایندهای کیفری و شبه‌کیفری بر فرض بی‌گناهی اشخاص استوار است.^۱ این اصل که در قانون اساسی و قانون آیین دادرسی کیفری به‌صراحت مورد شناسایی قرار گرفته، به‌عنوان یک قاعده عام بر کلیه مراجع رسیدگی‌کننده، اعم از قضایی و اداری، حاکم است و نیازی به تصریح مجدد یا تبیین مبنایی در قوانین خاص ندارد.^۲

اصول قانون اساسی در خصوص اصل برائت بیشتر حقوق متهمان و تشکیل دادگاه‌های صالح برای اثبات مجرمیت را مدنظر داشته درحالی‌که ماده ۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پس از بیان اینکه اصل برائت است بر ضرورت حفظ آزادی‌های فردی و حریم خصوصی افراد با عنایت به کرامت انسانی شهروندان، توسط مقامات قضایی تأکید ورزیده است. بدیهی است که این اصول و قواعد را باید مکمل یکدیگر تلقی نمود.^۳

باتوجه‌به اینکه این اصل مهم و راهبردی در اصل ۳۷ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است: هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد و با لحاظ آثار بسیار مهم و مثبتی که اصل برائت دارد باید از سوی تمامی ارگان‌ها مورد احترام قرار گیرد.

باوجود جایگاه مهم اصل برائت در نظام دادرسی، بررسی قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲ نشان می‌دهد که مقنن در این قانون، قاعده یا سازوکار خاص و متمایزی در خصوص این اصل پیش‌بینی نکرده است. قانونگذار نه‌تنها محدودیتی بر اصل برائت اعمال نکرده، بلکه مقرره‌ای فراتر یا متفاوت از قواعد عمومی نیز در این زمینه ارائه ننموده است؛ امری که بیانگر حاکمیت قواعد عام حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری بر رسیدگی‌های انتظامی بانک مرکزی است.^۴

در چارچوب رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت بانک مرکزی، اصل برائت اقتضا دارد که بار اثبات وقوع تخلف بر عهده مرجع تعقیب انتظامی باشد و شخص تحت نظارت تکلیفی به اثبات بی‌گناهی

۱. آشوری، محمد، **عدالت کیفری (مجموعه مقالات)**، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۷۶، ص. ۱۵۰.
۲. قنبری، حمیرا، «اصل برائت و اماره مجرمیت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱، ص. ۱۱۳؛ خزانی، منوچهر، **فرایند کیفری**، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۷۷، ص. ۱۳۹.
۳. آشوری، محمد و روح‌اله سپهری، «بررسی تطبیقی مرحله تحت نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، د. جدید، ش. ۶ پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص. ۲۸.
۴. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، ج. ۲، چ. ۹، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۳، ص. ۱۸۷.

خود نداشته باشد. این قاعده به‌ویژه در رسیدگی‌هایی که می‌تواند منجر به اعمال ضمانت‌اجراهای شدید انتظامی و محدودیت‌های حرفه‌ای و اقتصادی گردد، نقش مهمی در جلوگیری از تصمیمات شتاب‌زده و غیرمنصفانه ایفا می‌کند.

شناسایی و کاربست اصل برائت در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی تابع اصول و قواعد مسلم عام حقوقی است؛ زیرا قانون بانک مرکزی ۱۴۰۲ درخصوص اصل برائت فاقد مقرره خاصی است. در نتیجه، حصول هرگونه شک و تردید در تحقق عناصر تخلف یا کفایت ادله ارائه‌شده، باید به نفع شخص تحت نظارت تفسیر شود و برای صدور رأی محکومیت باید تخلف فرد براساس ادله متقن و مستندات قانونی احراز و اثبات گردد و سکوت قانون بانک مرکزی در این زمینه، به معنای نفی و عدم شناسایی اصل برائت نیست، بلکه نشان‌دهنده آن است که قانون‌گذار رسیدگی‌های انتظامی را از حیث رعایت این اصل، مشمول همان استانداردهای کلی دادرسی منصفانه دانسته است. بدین ترتیب، اصل برائت همچنان به‌عنوان یک قاعده الزام‌آور، بر تمامی مراحل رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت حکومت دارد،^۱ بنابراین احترام به این اصل تنها وظیفه نهادهای انتظامی و قضایی نیست، بلکه شامل همه اموری که به‌نحوی با قضاوت رفتارهای خلافی که در مقررات برای آنها مجازات انتظامی است نیز می‌شود.

۳.۲. حق برخورداری از وکیل

مهم‌ترین معیار تضمین حق دفاع متهم پیش‌بینی حق انتخاب وکیل برای وی در قوانین است.^۲ به همین جهت تضمین حقوقی دفاعی متهم واجد اهمیت فراوانی است. پذیرش حضور وکیل در فرایند رسیدگی، نه‌تنها به‌عنوان یک حق قلمداد می‌شود، بلکه در زمره اصول دادرسی منصفانه است. نقش و جایگاه وکیل را می‌توان به‌عنوان یاور دادرس در امر دادرسی دانست. علاوه‌بر این حضور او در جریان رسیدگی اجرای عدالت نیز سودمند است.

این حق در آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور مورد توجه واقع نشده بود، ولیکن در بند چ ماده ۲۲ مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی به حضور نماینده اشخاص تحت نظارت در جلسات رسیدگی هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر انتظامی بانک مرکزی آمده بود که متأسفانه در مصوبه

۱. میرکمالی، سید علیرضا، «دسترسی متهم به وکیل در مرحله پیش دادرسی در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، ۱۴۰۱، صص. ۹۵-۱۱۷.

۲. گلدوست جویباری، رجب، آیین دادرسی کیفری، تهران نشر جنگل، ۱۴۰۱ ص. ۱۱۲.

نهایی و متن قانون بانک مرکزی حذف شد، اما با توجه به اصول و مسلمات حقوقی و همچنین به استناد اصل ۳۵ قانون اساسی ایران، تردیدی وجود ندارد که طرفین دعوا می‌توانند از حضور وکیل در جریان رسیدگی در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی برخوردار شوند. در توجیه این حق باید گفت چنانچه نظام‌های حقوقی در پی برقراری عدالت به معنای واقعی آن باشند، منافع عموم شهروندان دغدغه اصلی در فرایند رسیدگی خواهد بود. اما در صورتی که در پی خدمت به حکومت‌ها باشند و امنیت و استمرار آنها را هدف خود بدانند، اولویت‌های نظام سیاسی حاکم را در صدر برنامه‌های رسیدگی قرار می‌دهند، هر چند موازین دادرسی عادلانه نفی گردد.^۱ به همین جهت، سیاست‌گذاران با پیروی از آموزه‌های حقوق بشری، حق طرفین دعوا را در بهره‌مندی از وکیل، در سراسر دادرسی را به رسمیت شناخته‌اند، تا در پرتو آن بتوانند از حقوق خود دفاع نمایند.^۲

علاوه بر این حضور وکیل در جریان فرایند رسیدگی در اجرای عدالت نیز سودمند است و در کانون اصلی توجه اسناد مختلف حقوق بشر قرار دارد.^۳ بنابراین، حق برخورداری از وکیل در فرایند دادرسی در مراجع رسیدگی‌کننده، از حقوق اساسی شهروندان است.

۳.۳. تسریع در رسیدگی

تسریع در رسیدگی به تخلفات، یکی از الزامات تحقق دادرسی منصفانه و کارآمد است که به‌ویژه در رسیدگی‌های انتظامی و شبه قضایی اهمیت مضاعف می‌یابد. تعیین تکلیف سریع وضعیت اشخاص تحت نظارت، از یک سو مانع از استمرار وضعیت بلاتکلیف و آثار منفی اعتباری و اقتصادی برای متهم می‌شود و از سوی دیگر، امکان واکنش به موقع نسبت به تخلفات مؤثر بر ثبات نظام پولی و بانکی را فراهم می‌سازد. از این منظر، اصل سرعت نه تنها در راستای حمایت از حقوق دفاعی اشخاص، بلکه در جهت تأمین منافع عمومی نیز قابل توجیه است.^۴

۱. قپانچی، حسام و حمیدرضا دانش ناری، «الگوهای دوگانه فرایند کیفری کنترل جرم و دادرسی منصفانه»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم رضوی، ۱۳۹۱، ص. ۱۶۹.

۲. هاشمی، سید محمد، «بررسی انصاف و عدالت از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی»، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، ج. ۱، چ. ۱، تهران: نشر گرایش، ۱۳۸۴، ص. ۱۹۴.

۳. شفیع‌زاده، توحید، «مطالعه الگوهای دوگانه عدالت کیفری هربرت پاکر، با تکیه بر ارزیابی عدالت کیفری ایران در پرتو آن الگوها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲، ص. ۴۰.

۴. فضائی، مصطفی، دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، چ. ۱، تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷، ص. ۳۳۶.

یکی از نوآوری‌های مهم قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲، تفکیک رسیدگی به تخلفات بانکی از محاکم دادگستری و واگذاری آن به هیئت‌های انتظامی تخصصی در درون بانک مرکزی است. این رویکرد، با حذف تشریفات سنگین و اطلاع‌زای دادرسی قضایی و تمرکز رسیدگی در مرجعی تخصصی، به‌طور ذاتی زمینه تسریع در رسیدگی را فراهم می‌کند. رسیدگی تخصصی، آشنایی اعضای هیئت‌ها با ماهیت پیچیده تخلفات بانکی و کاهش ارجاع‌های مکرر به کارشناسی، ازجمله عواملی است که موجب افزایش سرعت و کارآمدی رسیدگی در این سازوکار می‌شود.

باین‌حال، تحقق عملی اصل سرعت در رسیدگی‌های انتظامی بانک مرکزی با چالش‌هایی مواجه است. ازجمله این چالش‌ها می‌توان به عدم تصریح دقیق مواعد رسیدگی در قانون و آیین‌نامه‌های اجرایی، تمرکز صلاحیت تعقیب و رسیدگی در درون یک نهاد واحد، و امکان تراکم پرونده‌ها در هیئت‌های انتظامی اشاره کرد. درصورت فقدان زمان‌بندی روشن برای مراحل مختلف رسیدگی، خطر اطلاع دادرسی حتی در ساختار غیرقضایی نیز منتفی نخواهد بود.

چالش دیگر، تعارض بالقوه میان سرعت رسیدگی و تضمین حقوق دفاعی اشخاص تحت نظارت است. تسریع نباید به‌معنای محدودسازی فرصت دفاع، کاهش امکان دسترسی به اسناد، یا عدم اعطای مهلت کافی برای تهیه لایحه و ادله باشد. در فقدان ضوابط شفاف، این نگرانی وجود دارد که سرعت رسیدگی به ابزاری برای تسهیل اعمال اقدامات انتظامی بدل شود، نه تضمینی برای دادرسی منصفانه. ازاین‌رو، تفکیک دقیق میان «رسیدگی سریع» و «رسیدگی شتاب‌زده» ضروری است.

برای رفع چالش‌های مذکور، ضروری است که بانک مرکزی در تدوین ضوابط آیین رسیدگی، مواعد مشخص و الزام‌آور برای مراحل مختلف رسیدگی، سازوکارهای مدیریت حجم پرونده‌ها، و تضمین حداقل استانداردهای حقوق دفاعی را پیش‌بینی نماید. بهره‌گیری از سامانه‌های الکترونیکی برای ثبت، ابلاغ و پیگیری پرونده‌ها، همراه با تفکیک نهادی و کارکردی میان مرجع تعقیب و مرجع رسیدگی، می‌تواند ضمن حفظ سرعت، از تضییع حقوق اشخاص جلوگیری کند. تحقق این امر، نقش مؤثری در افزایش اعتماد عمومی به نظام نظارتی بانک مرکزی و کارآمدی آن در مقابله با تخلفات بانکی خواهد داشت.

۳.۴. ابلاغ اوراق و احکام

ابلاغ صحیح و به‌موقع اوراق و احکام در رسیدگی به تخلفات بانکی از اهمیت بالایی برخوردار است. این امر موجب می‌شود که متهمان و سایر اشخاص ذی‌نفع از مراحل دادرسی مطلع شده و فرصت کافی

برای دفاع از خود داشته باشند. در قانون بانک مرکزی، بر لزوم ابلاغ دقیق و قانونی احکام و اوراق قضایی تأکید شده است تا هیچ فردی بدون اطلاع از روند پرونده، در معرض صدور رأی غیابی قرار نگیرد.^۱

یکی از حقوق شهروندی و طرف‌های دعوا و موضوعات مهم در فرایند دادرسی که در مراجع رسیدگی‌کننده که باید مورد توجه قرار گیرد موضوع ابلاغ است. ابلاغ به معنای آگاه کردن مخاطب از مفاد اوراق قضایی طبق تشریفات قانونی است.^۲ در قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری مواد خاصی در این باره آمده است و مواعیدی نیز برای آن از ۵، ۷، ۱۰ و ۲۰ روز در نظر گرفته شده است. در آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور درخصوص ابلاغ اوراق و احکام در جریان رسیدگی هیئت انتظامی بانک‌ها به تخلفات اشخاص تحت نظارت مقرره‌ای وجود نداشت. در قانون بانک مرکزی نیز مصوبه‌ای وضع نشده است که طبق اصول مسلم حقوقی در موارد سکوت می‌توان به قوانین عام در این حوزه مراجعه کرد. البته در بند «ث» ماده قانون مذکور تعیین احکام مربوط به ابلاغ اوراق و احکام را به ضوابطی که به تصویب هیئت عالی بانک مرکزی می‌رسد، موکول نموده است. طبقاً مقررات ابلاغ که در قالب آیین‌نامه رسیدگی به تخلفات تدوین می‌شود، باید نکات مهم و اصول دادرسی نظیر اعطای مهلت کافی جهت آمادگی برای دفاع و تهیه مدارک و مستندات مورد توجه قرار گیرد.

ابلاغ اوراق باید مطابق با قوانین آیین دادرسی انجام شود و تمام جزئیات مربوط به جلسات، تصمیمات و آرای صادره به‌طور شفاف به طرفین اعلام گردد. استفاده از فناوری‌های نوین، مانند ابلاغ الکترونیکی، می‌تواند به تسریع این فرایند کمک کند و از مشکلات ناشی از ابلاغ سنتی، مانند تأخیر در دریافت اوراق یا عدم دسترسی به متهمان، جلوگیری نماید.

۳.۵. حق اعتراض

گرچه وفق ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی، احکامی که از سوی محاکم صادر می‌شوند دارای وصف قطعیت‌اند و در قانون آیین دادرسی کیفری نیز مبنا بر قطعی بودن رأی است؛ با این حال، در برخی مواقع، قانون‌گذار حق فرجام‌خواهی و اعتراض به آرا را مجاز شمرده است. این امر به فردی که در یک دعوای جزایی یا در یک مرجع رسیدگی به تخلفات محکوم شده است، اجازه می‌دهد تا نسبت به رأی محکومیت خویش در مرجعی قضایی عالی‌تر تقاضای تجدیدنظر نماید.

۱. خالقی، علی، نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری، ج. ۲، تهران: شهر دانش، ۱۴۰۲، صص. ۳۱-۴۰.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج. ۲، چ. ۴۳، انتشارات دراک، پاییز ۱۳۹۸، ص. ۷۸.

حق تجدیدنظر، در حقیقت، به معنای داشتن این امتیاز است که پرونده مورد بحث به صورت دقیق و با تأمل مورد بازبینی قرار گیرد.^۱ این بازبینی، هم جنبه‌های ماهوی و هم جنبه‌های شکلی پرونده را دربرمی‌گیرد. قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در بند «ث» ماده ۲۲ بر غیرقابل اعتراض بودن آرای هیئت انتظامی بانک مرکزی و مصوبات هیئت عالی بانک مرکزی در مراجع قضایی اشاره دارد. این مصوبه براساس اصل قطعی بودن آرا به طور کلی و همچنین بر مبنای لزوم اتخاذ تصمیم و اقدام فوری و قاطع بانک مرکزی جهت تنظیم این حوزه پولی بانکی وضع شده بود که شورای نگهبان با آن مخالفت کرد. مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان درخصوص قابلیت اعتراض نسبت به آرای هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی و اقدامات و تصمیمات نظارتی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، حق تجدیدنظرخواهی نسبت به تصمیمات و اقدامات نظارتی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی و حق تجدیدنظرخواهی نسبت به آرای هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی در مراجع قضایی را به عنوان یک حق مسلم پذیرفت و نهایتاً این امر در بندهای «ج» و «چ» ماده ۲۲ قانون بانک مرکزی تبلور یافت. اعمال این حق به جلوگیری از صدور احکام ناعادلانه کمک می‌نماید و به متهمان فرصت می‌دهد تا در صورت وجود خطاهای قضایی، دفاع مناسبی ارائه دهند. بررسی مجدد پرونده‌ها توسط مراجع بالاتر می‌تواند باعث اصلاح اشتباهات احتمالی و تضمین عدالت در رسیدگی به تخلفات بانکی شود. بنابراین، اجرای این حق نقش مهمی در افزایش اعتماد به دستگاه قضایی و بانک مرکزی دارد.

۴. اصل بی طرفی

بی طرفی و استقلال مرجع رسیدگی، از ارکان اساسی دادرسی منصفانه به شمار می‌آید و ناظر بر آن است که مرجع اتخاذ تصمیم، نه تنها از نظر شخصی فاقد نفع مستقیم یا غیرمستقیم در موضوع دعوا باشد، بلکه از حیث ساختاری و نهادی نیز در موقعیتی قرار نگیرد که امکان تأثیرپذیری از یکی از طرفین رسیدگی وجود داشته باشد. در رسیدگی‌های انتظامی و شبه قضایی، این اصل اهمیتی دوچندان دارد؛ زیرا

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، منبع پیشین، ص. ۲.

۲. ج- آرای هیئت انتظامی بدوی و تجدیدنظر بانک مرکزی در صورت عدم اعتراض محکوم علیه، یا دادستان انتظامی بانک مرکزی یا اشخاص ثالث متضرر ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ رأی، قطعی و لازم الاجراست. چ- آرای هیئت انتظامی تجدیدنظر بانک مرکزی ظرف ده روز از تاریخ ابلاغ، انحصاراً در شبهه قضایی ویژه‌ای که در دیوان عدالت اداری توسط رئیس قوه قضائیه به ترتیب زیر ایجاد می‌شود، قابل تجدیدنظرخواهی است.

مرجع رسیدگی‌کننده غالباً در درون ساختار اداری نهادی فعالیت می‌کند که خود در مقام تنظیمگری یا نظارت، ذی‌نفع محسوب می‌شود.^۱

در نظام پیشین، مطابق ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور و آیین‌نامه اجرایی آن، ترکیب هیئت انتظامی بانک‌ها واجد ایرادات جدی از منظر استقلال و بی‌طرفی بود. عضویت مدیرعامل یکی از بانک‌ها و همچنین حضور یکی از اعضای شورای پول و اعتبار در ترکیب هیئت، موجب می‌شد که مرجع رسیدگی متشکل از اشخاصی باشد که به‌طور بالقوه دارای تعارض منافع نهادی یا صنفی با اشخاص تحت نظارت هستند. این وضعیت، امکان خدشه به اصل بی‌طرفی را فراهم می‌کرد و با استانداردهای دادرسی منصفانه سازگار نبود.

قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲، با اصلاح ساختار هیئت‌های انتظامی و پیش‌بینی تشکیل هیئت‌های بدوی و تجدیدنظر مستقل، گامی مهم در جهت رفع ایرادات ساختاری گذشته برداشته است. حذف نمایندگان ذی‌نفع از ترکیب هیئت‌ها، استفاده از کارشناسان خبره بانکی و پیش‌بینی حضور قاضی در هیئت تجدیدنظر با انتخاب رئیس قوه قضائیه، نشان‌دهنده تلاش قانون‌گذار برای تقویت استقلال شخصی و تخصصی مرجع رسیدگی است.

با این حال، استقلال هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی به‌طور کامل محقق نشده است؛ زیرا بانک مرکزی در بسیاری از موارد، هم‌زمان نقش نهاد ناظر، مرجع تعقیب انتظامی و تنظیم‌کننده آیین رسیدگی را ایفا می‌کند. تمرکز این کارکردها در یک نهاد واحد، این نگرانی را ایجاد می‌کند که هیئت‌های انتظامی، ولو از حیث ترکیب اعضا مستقل باشند، از منظر نهادی در معرض تأثیرپذیری از سیاست‌ها و منافع بانک مرکزی قرار گیرند. این وضعیت به‌ویژه در مواردی که بانک مرکزی رأساً اقدام به اعمال اقدامات نظارتی یا انتظامی می‌کند، برجسته‌تر می‌شود.

برای رفع این چالش، ضروری است که علاوه بر تضمین‌های شخصی، سازوکارهای نهادی مؤثری برای صیانت از بی‌طرفی پیش‌بینی شود. پیش‌بینی امکان ایراد رد عضو هیئت انتظامی، تفکیک شفاف وظایف تعقیب و رسیدگی، و تدوین آیین‌نامه‌ای مستقل و شفاف برای فرایند رسیدگی، از جمله ابزارهایی است که می‌تواند استقلال عملی هیئت‌های انتظامی را تقویت کند. در این میان، احکام سخت‌گیرانه مقرر

۱. خالقی، علی، **نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری**، منبع پیشین، صص. ۳۱-۴۰؛ هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، منبع پیشین، ص. ۲۳۰.

در ماده ۶۰ قانون بانک مرکزی درخصوص مدیریت تعارض منافع، گامی مثبت و ضروری است، اما کفایت آن منوط به اجرای دقیق و نظارت مؤثر بر رعایت این ممنوعیت‌ها خواهد بود.

۵. تضمینات دادرسی

تضمینات دادرسی یکی از اصول اصلی و مهم دادرسی منصفانه محسوب می‌شده و شرط لازم برای کسب اعتماد عمومی نسبت به هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی است. حضوری بودن رسیدگی و دسترسی به اطلاعات مربوط به آیین رسیدگی، از مهم‌ترین نمودهای تضمینات دادرسی است. تسریع در رسیدگی و علنی بودن دادرسی از دیگر اصولی‌اند که در قانون جدید بانک مرکزی مورد توجه قرار گرفته‌اند.

۵.۱. حضوری و علنی بودن رسیدگی

قانون‌گذار در اصل ۱۶۵ قانون اساسی، برگزاری علنی محاکم را به‌عنوان یک قاعده بنیادین تثبیت کرده است؛ دادرسی‌ها به‌صورت علنی برگزار می‌شوند و حضور افراد در آن مجاز است، مگر در مواردی که به‌تشخیص هیئت قضایی، آشکار بودن جلسات، مخل عفت یا نظم عمومی باشد یا اینکه در اختلافات خصوصی، طرفین تقاضای غیرعلنی بودن محاکمه را داشته باشند. شفافیت در رسیدگی‌ها در بسیاری از معاهدات بین‌المللی نیز تصریح شده است؛ ازجمله در اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی یوگسلاوی سابق و اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی رواندا. باوجود این، در آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور، هیچ ماده‌ای به‌صراحت به اصل علنی بودن اختصاص نیافته بود. در قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نیز تنها قسمت مرتبط با اصل علنی بودن، بند «پ» ماده ۲۲ است که این اجازه را به رئیس هیئت انتظامی بانک مرکزی می‌دهد تا از افراد آگاه برای حضور در نشست‌های هیئت دعوت به عمل آورد. بر این اساس، شفافیت در رسیدگی هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی در قانون جدید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، به‌عنوان یک اصل فراگیر مورد پذیرش قرار نگرفته است.

اگر فرایند دادرسی شامل سه دوره پیش، حین و پس از رسیدگی دانسته شود، برخلاف دو دوره پیش و پس از رسیدگی که اصل بر غیرحضوری بودن است، در مرحله رسیدگی اصل بر رسیدگی حضوری است. بنابراین طرفین دعوا حق دارند در جلسه رسیدگی حاضر شده و دفاعیات و ادله خود را به‌صورت حضوری ارائه نمایند. آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور درخصوص رسیدگی

حضور هیئت انتظامی بانک‌ها حکمی بیان ننموده است. این موضوع در بند «ج» ماده ۲۲ مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی در قالب دعوت از مشتکی عنه یا نماینده وی برای حضور در جلسه رسیدگی هیئت بدوی و تجدیدنظر پیش‌بینی شده بود؛ به طوری که در صورت عدم حضور افراد مذکور بدون عذر موجه، هیئت انتظامی بانک مرکزی می‌توانست به صدور رأی غیابی اقدام کند. حکم مذکور در متن نهایی حذف شد و اکنون در قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران هرچند به طور صریح به این موضوع اشاره نشده است، با این حال از بندهای «پ» و «ت» ماده ۲۲ قانون مذکور، که به بیان اختیار رئیس هیئت انتظامی بانک مرکزی در دعوت از اشخاص مطلع برای شرکت در جلسه رسیدگی و همچنین حضور دادستان انتظامی بانک مرکزی در جلسه رسیدگی پرداخته است، می‌توان پذیرش اصل حضوری بودن رسیدگی هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی در قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران را برداشت کرد.

۵.۲. دسترسی به اطلاعات

یکی از تحولات مهم قانون اخیر، این است که در مرحله تحقیقات مقدماتی، فرد متهم حق دارد از جزئیات پرونده مطلع شود و به مطالعه آن بپردازد؛ این امر به تقویت حقوق دفاعی متهم کمک شایانی می‌کند؛ چراکه آگاهی او از روند و محتوای تحقیقات، توانایی‌اش در دفاع از خود را افزایش می‌دهد. با این حال، قانون موارد استثنایی را نیز پیش‌بینی کرده است: هرگاه بازپرس، دسترسی یا مطالعه کل یا بخشی از مدارک، اسناد یا اوراق پرونده را با لزوم کشف واقعیت در تعارض ببیند، یا موضوع اتهام مرتبط با جرائم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور باشد، با ذکر دلایل موجه، قرار منع دسترسی به آنها را صادر خواهد کرد. این قرار به صورت کتبی به متهم یا وکیل او ابلاغ می‌شود و آنها می‌توانند ظرف مهلت سه روز در دادگاه ذیصلاح نسبت به آن اعتراض کنند. دادگاه موظف است خارج از نوبت و فوراً به اعتراض رسیدگی و حکم لازم را صادر کند.^۱

دسترسی به اطلاعات مربوط به آیین رسیدگی یکی دیگر از جلوه‌های اصل شفافیت، دسترسی به اطلاعات مربوط به آیین رسیدگی است. هنگامی که یک مرجع رسیدگی‌کننده برای رسیدگی خود دارای مقررات ویژه است، باید آن را به اطلاع عمومی برساند تا اشخاص بتوانند وضعیت خود را با الزامات خاص آیین دادرسی مرجع مذکور تطبیق دهند و با اطلاع از آن از حقوق خود در فرایند رسیدگی آگاه باشند. این

۱. ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲.

موضوع متأسفانه درخصوص آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور که آیین رسیدگی هیئت انتظامی بانک‌هاست محقق نشده و آیین‌نامه مذکور هرگز توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران منتشر نشده و فقط چند ماده آن در یکی از گزارش‌های مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی یافت شده است.^۱

علاوه بر عدم انتشار آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور به‌عنوان مبنای قانونی کارکرد هیئت انتظامی بانک‌ها توسط بانک مرکزی، شفاف نبودن عملکرد این هیئت و نحوه اطلاع‌رسانی و همچنین فرایند رسیدگی به تخلفات بانک‌ها از جمله ایراداتی است که به عملکرد هیئت انتظامی بانک‌ها وارد است.^۲ در نهایت، تضمینات دادرسی مانند دسترسی به اطلاعات و حق حضور در جلسات رسیدگی، باید به‌طور کامل در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی رعایت شود. قانون جدید بانک مرکزی با پیش‌بینی برخی از این تضمینات، بهبودهایی را نسبت به قوانین گذشته ایجاد کرده است، اما نیاز به تدوین مقررات دقیق‌تر و شفاف‌تر برای اجرای مؤثر این اصول احساس می‌شود.

نتیجه‌گیری

یکی از ویژگی‌های بارز و کلیدی قانون بانک مرکزی ۱۴۰۲، توسعه قابل توجه اختیارات و صلاحیت‌های نظارتی این نهاد در حوزه جرائم مالی است. قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در ماده ۲۲ به بیان تشکیلات و اعضای هیئت‌های انتظامی بدوی و تجدیدنظر بانک مرکزی، چگونگی دعوت از اشخاص مطلع برای شرکت در جلسات رسیدگی، لزوم حضور دادستان انتظامی بانک مرکزی در جلسات رسیدگی و مهلت و چگونگی تجدیدنظرخواهی از آرای هیئت‌های انتظامی بدوی و تجدیدنظر بانک مرکزی پرداخته و سایر موارد مربوط به آیین رسیدگی هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی همچون ترتیب صدور رأی، ابلاغ اوراق و احکام، اخذ دفاعیات، ترتیب درخواست تجدیدنظر از آراء، چگونگی رسیدگی مجدد و اجرای احکام موکول به ضوابطی نموده است که به پیشنهاد بانک مرکزی به تصویب هیئت عالی بانک مرکزی می‌رسد. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد، قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی

۱. جمور، محمد، «آسیب‌شناسی و اصلاحات پیشنهادی درمورد آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور موضوع هیئت انتظامی بانک‌ها، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۴۰۲، شماره مسلسل: ۲۲۰۱۸۹۷۲.

۲. عزیزنژاد، صمد و دیگران، «آسیب‌شناسی نظام بانکی ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، معاونت پژوهش‌های اقتصادی، تابستان ۱۳۹۸، صص. ۲۲۳ و ۲۲۲.

ایران در بیان آیین رسیدگی به تخلفات اشخاص تحت نظارت، نسبت به قوانین سابق عملکرد بهتری داشته و موضوعات مربوط به صلاحیت هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی، تشکیلات و اعضای آنها، احکام مربوط به تشکیل جلسات و چگونگی تجدیدنظرخواهی از آرای هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی را بیان نموده است؛ اما تعیین موضوعاتی همچون حقوق طرفین دعوا در جلسه رسیدگی، چگونگی ابلاغ اوراق و احکام و اخذ دفاعیات را که برای طرفین دعوا موجب حق و تکلیف است، به ضوابط تعیینی بانک مرکزی ارجاع داده است که این اقدام قانونگذار قابل انتقاد است؛ چراکه مشخص نیست منظور از ضوابط چیست و اینکه چرا زمان معینی برای تصویب این ضوابط تعیین نشده و در صورت عدم تعیین ضوابط مذکور، هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی بر چه اساسی اقدام خواهند نمود؟ آیا این ضوابط در صورت تصویب توسط هیئت عالی بانک مرکزی منتشر خواهد شد یا مانند آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور از انتشار عمومی آن خودداری خواهد شد؟ با توجه به سؤالات مذکور، بهتر بود قانونگذار آن بخش از آیین رسیدگی هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی را که به حقوق طرفین دعوا مربوط می‌شود، تعیین می‌کرد و صرفاً تعیین مسائل شکلی ناظر به امور اداری را به ضوابط بانک مرکزی موکول می‌نمود تا اشخاص با اطلاع از آیین رسیدگی هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی از حقوق خود در فرایند رسیدگی آگاه شوند و بتوانند اقدامات لازم را در دفاع از خود در فرایند رسیدگی انجام دهند.

اصل قانونی بودن دادرسی به‌عنوان یکی از ارکان اساسی نظام حقوقی، در رسیدگی‌های هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی نیز باید رعایت شود. قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲ با حذف برخی اختیارات نامشخص و تعیین دقیق صلاحیت‌ها، گام مهمی در جهت تحقق این اصل برداشته است. با این حال، نیاز به شفافیت بیشتر در آیین‌نامه‌های اجرایی و انتشار عمومی آنها برای تضمین حقوق طرفین دعوا احساس می‌شود.

حقوق دفاعی متهمان، از جمله اصل برائت، حق برخورداری از وکیل، و حق تجدیدنظرخواهی، در فرایند رسیدگی هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی باید به‌طور کامل رعایت شود. قانون جدید بانک مرکزی با پیش‌بینی حق تجدیدنظرخواهی و تأکید بر حضور نمایندگان اشخاص تحت نظارت در جلسات رسیدگی، بهبودهایی در این زمینه ایجاد کرده است. با این حال، ضروری است که این حقوق در عمل نیز به‌طور دقیق اجرا شوند تا از تضییع حقوق افراد جلوگیری شود.

بی‌طرفی و استقلال مراجع رسیدگی‌کننده از دیگر اصول کلیدی دادرسی منصفانه است. قانون بانک مرکزی با حذف اعضای ذی‌نفع از ترکیب هیئت‌های انتظامی و پیش‌بینی ضمانت‌های اجرایی

سخت‌گیرانه برای مدیریت تعارض منافع، گام‌های مثبتی در جهت تضمین بی‌طرفی برداشته است. با این حال، نظارت مستقل بر عملکرد این هیئت‌ها و ایجاد سازوکارهای شفاف برای رسیدگی به اعتراضات، می‌تواند به تقویت اعتماد عمومی به این نهادها کمک کند.

علنی بودن رسیدگی‌ها و عدم انتشار عمومی آیین‌نامه‌های اجرایی، می‌تواند به کاهش شفافیت و اعتماد عمومی منجر شود. پیشنهاد می‌شود که قانونگذار با تصویب مقرراتی در این زمینه، به افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی هیئت‌های انتظامی کمک کند. در مجموع، رعایت اصول دادرسی منصفانه در هیئت‌های انتظامی بانک مرکزی نه فقط به تحقق عدالت کمک می‌کند، بلکه به تقویت نظم و ثبات در نظام پولی و بانکی کشور نیز منجر خواهد شد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. آشوری، محمد، بررسی مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، تهران: نشر گرایش، ۱۳۸۳.
۲. آشوری، محمد، عدالت کیفری (مجموعه مقالات)، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۷۶.
۳. امیدی، جلیل و محمد آشوری، حقوق دفاعی متهم، علوم جنایی (مجموعه مقالات)، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۳.
۴. خزانی، منوچهر، فرایند کیفری، تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۷۷.
۵. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، ج. ۲، چ. ۴۳، تهران: انتشارات دراک، پاییز ۱۳۹۸.
۶. شاملو، باقر، اصل برائت در نظام‌های نوین دادرسی، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری)، چ. ۱، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۷. فضائلی، مصطفی، دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، چ. ۱، تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۸۷.
۸. گلدوست جویباری، رجب، آیین دادرسی کیفری، تهران: نشر جنگل، ۱۴۰۱.

۹. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، ج. ۲، چ. ۹، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۸۳.

۱۰. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، **دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)**، چ. ۱، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.

۱۱. خالقی، علی، **نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری**، چ. ۲۲، تهران: شهر دانش، ۱۴۰۲.

۱۲. خالقی، علی، **آیین دادرسی کیفری**، دوره دو جلدی، چ. ۴۲، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۹.

۱۳. میرمحمد صادقی، حسین، **حقوق جزای عمومی (۱) (پدیده مجرمانه)**، چ. ۵، تهران: دادگستر، ۱۳۹۸.

مقاله

۱۴. آشوری، محمد و روح‌الله سپهری. «بررسی تطبیقی مرحله تحت نظر در آیین دادرسی کیفری ایران و فرانسه»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، د. ۱۰، ش. ۶، ۱۳۹۲، صص. ۳-۳۲.

۱۵. میرکمالی، سید علیرضا، «دسترسی متهم به وکیل در مرحله پیش دادرسی در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د. ۲۵، ویژه‌نامه استانداردهای وکالت، ۱۴۰۱، صص. ۹۵-۱۱۷.

10.52547/jlr.2023.228947.2329

پایان‌نامه

۱۶. قنبری، حمیرا، **اصل براءت و اماره مجرمیت**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۱.

۱۷. شفیق‌زاده، توحید، **مطالعه الگوهای دوگانه عدالت کیفری هربرت پارکر، با تکیه بر ارزیابی عدالت کیفری ایران در پرتو آن الگوها**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۲.

گزارش پژوهشی

۱۸. جمور، محمد، «آسیب‌شناسی و اصلاحات پیشنهادی درمورد آیین‌نامه اجرایی تبصره ۲ ماده ۴۴ قانون پولی و بانکی کشور: موضوع هیئت انتظامی بانک‌ها»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات اقتصادی، ۱۴۰۲، شماره مسلسل: ۱۸۹۷۲-۲۲۰.

۱۹. عزیزنژاد، صمد، موسی شهبازی غیاثی و سیدعلی روحانی، «آسیب‌شناسی نظام بانکی ایران»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، معاونت پژوهش‌های اقتصادی، تابستان ۱۳۹۸.

References:

Books

1. Ashouri, Mohammad, **An Examination of the Concepts of Justice and Fairness from the Perspective of the European Convention on Human Rights: Concepts of Equality, Fairness, and Justice**, Tehran: Gerayesh Publishing, 2004. (in Persian)
2. Ashouri, Mohammad, **Criminal Justice (Collection of Articles)**, Tehran: Ganj Danesh Publishing, 1997. (in Persian)
3. Fazaeli, Mostafa, **Fair Trial in International Criminal Proceedings**, Tehran: Shahr-e-Danesh Publishing, 1st Edition, 2008. (in Persian)
4. Goldoust Juybari, Rajab, **Criminal Procedure**, Tehran: Jungle Publishing, 2022. (in Persian)
5. Hadavand, Mehdi, and Moslem Aghaei Toq, **Administrative Special Courts in Light of the Principles and Procedures of Fair Trial (Iranian Law and Comparative Study)**, Tehran: Khorsandi Publishing, 1st Edition, 2011 (in Persian)
6. Hashemi, Seyed Mohammad, **The Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran**, Vol. 2. Tehran: Mizan Publications, 9th Edition, 2004. (in Persian)
7. Khaleghi, Ali, **Notes on the Code of Criminal Procedure**, Tehran: Shahr-e-Danesh Publishing, 22nd Edition, 2023. (in Persian)
8. Khaleghi, Ali, **Two-Volume Course on Criminal Procedure**, Tehran: Shahr-e-Danesh Publishing, 42nd Edition, 2020. (in Persian)
9. Khezani, Manouchehr, **Criminal Procedure**, Tehran: Ganj Danesh Publishing, 1998. (in Persian)
10. Mirmohammad Sadeghi, Hossein, **General Criminal Law (1) – The Criminal Phenomenon**, Tehran: Dadgostar Publishing, 5th Edition, 2019. (in Persian)
11. Omidi, Jalil, and Mohammad Ashouri. **The Defendant's Right to Defense, Criminal Sciences (Collection of Articles)**. Tehran: SAMT Publishing, 2004. (in Persian)
12. Shamloo, Baqer, **The Presumption of Innocence in Modern Judicial Systems, Criminal Sciences (Collection of Articles in Honor of Dr. Mohammad Ashouri)**, Tehran: SAMT Publishing, 1st Edition, 2004. (in Persian)
13. Shams, Abdollah. **Civil Procedure Law**, Vol. 2. Tehran: Derak Publications, 43rd Edition, Autumn 2019. (in Persian)

Articles

14. Ashouri, Mohammad, and Rouhollah Sepehri. "A Comparative Study of Police Custody in the Criminal Procedure of Iran and France." *Criminal Law Doctrines*, Vol. 10, No. 6, 2014, pp. 3–32. (in Persian)
15. Mirkamali, Seyed Alireza, "The Defendant's Access to Counsel in the Pre-Trial Stage in the Legal Systems of Iran and France." *Legal Research Quarterly*, Vol. 25, Special Issue on Advocacy Standards, 2023, pp. 95–117. (in Persian) 10.52547/jlr.2023.228947.2329

Theses

16. Ghanbari, Homeira, **The Presumption of Innocence and the Presumption of Guilt**, Master's Thesis, Shahid Beheshti University, 2002. (in Persian)
17. Shafi'zadeh, Toheed, **A Study of Herbert Packer's Dual Models of Criminal Justice, with Emphasis on Evaluating Iran's Criminal Justice in Light of These Models**, Master's Thesis, Shahid Beheshti University, 2013. (in Persian)

Research Reports

18. Azizznejad, Samad, Mousa Shahbazi Ghiyasi, and Seyed Ali Rouhani, "Pathology of the Iranian Banking System", Research Report of the Iranian Parliament Research Center, Deputy of Economic Research, Summer 2019. (in Persian)
19. Jamour, Mohammad, "Pathology and Proposed Reforms Regarding the Executive Bylaw of Note 2, Article 44 of the Monetary and Banking Law: The Issue of the Banks' Disciplinary Board", Research Report of the Iranian Parliament Research Center, Office of Economic Studies, No. 22018972, 2023. (in Persian)

Principles of Fair Hearing in Proceedings Concerning Violations by Regulated Persons Before the Disciplinary Boards of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran

Seyed Alireza Mirkamali*

Received: 2025.10.09 Revised: 2026.05.30 Accepted: 2026.07.18

Abstract

Judicial policymakers in any legal system must consistently consider the rights of individuals and society in all adjudication processes. Securing the interests of individuals and safeguarding the interests of society are possible only by adhering to the criteria of fair trial. Therefore, identifying and observing the principles of fair trial are essential. Consequently, principles such as the presumption of innocence, the principle of legality in adjudication, the principle of transparency, the principle of adversarial proceeding (*audi alteram partem*), the principle of impartiality, and the protection of defense rights in the trial process are of paramount importance. These criteria for a fair trial are initially codified in the Constitution and subsequently in the Code of Criminal Procedure. This research examines the observance of each of these fair trial principles in the process of adjudicating the violations committed by regulated entities by the Disciplinary Boards of the Central Bank. It also investigates how each of these principles is addressed in the Law of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran, alongside a review of the historical background of these principles in the Executive Regulation of Note 2 of Article 44 of the Monetary and Banking Law of the country.

Keywords:

Banking Violations, Presumption of Innocence, Rights of the Accused, Central Bank Law, Regulations.

* Associate Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Email: a_mirkamali@sbu.ac.ir.

واکاوی قلمرو تعارض منافع مدیر و شرکت در حقوق شرکت‌های تجاری (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و انگلستان)

سعید محسنی*
فائزه تیموری مقدم**
محمدتقی نادی***
مهسا رباطی****

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۰۸ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۹/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۲۹

چکیده

جایگاه و نفوذ مدیران در شرکت‌های تجاری و اثرگذاری تصمیمات آنان بر موفقیت این شرکت‌ها، ازجمله عوامل مهمی است که توجه به موضوع «تعارض منافع مدیر و شرکت» را ضروری می‌نماید؛ وضعیتی که منفعت مدیر در مقابل منفعت شرکت قرار می‌گیرد و مدیر باید یکی از این دو منفعت را برگزیند. ازاین‌رو، در برخی نظام‌های حقوقی همچون انگلستان، ضمن وجود تکلیف قانونی مدیران به اجتناب از موقعیت تعارض، این موضوع در دکترین حقوقی و رویه قضایی نیز از جایگاه مهمی برخوردار است. حال با عنایت به عدم اظهارنظر صریح قانون‌گذار ایرانی درخصوص مسئله تعارض منافع در شرکت‌های تجاری، پژوهش حاضر به شیوه توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از تجربیات نظام حقوقی انگلستان، قلمروی تعارض منافع مدیر و شرکت را از سه جهت قلمروی شخصی، موضوعی و زمانی بررسی می‌کند. مطابق با نتایج این پژوهش، جدای از ضرورت شناسایی مفهوم و اقسام شرکت‌های تجاری، عبارت مدیر شرکت دربرگیرنده تمام اشخاصی است که با هر عنوان و به هر نحو با مدیریت و فعالیت‌های مدیریتی شرکت ارتباط داشته و صاحب‌نفوذند. این مدیران مکلف‌اند از هرگونه تعارض بالفعل و بالقوه در موضوعات مالی، رقابتی و مرتبط با اطلاعات و فرصت‌های شرکت، اجتناب ورزند و منافع شرکت را در اولویت قرار دهند.

کلیدواژگان:

تعارض منافع، رقابت، منافع شرکت، منفعت شخصی، وظیفه امانی.

* دانشیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران (نویسنده مسئول)
s-mohseni@um.ac.ir

** دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

*** دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران

**** دانش‌آموخته دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران (دانشکده‌گان فارابی)، قم، 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

تعارض در لغت به معنای «مزاحم و مخالف هم بودن»^۱ و در اصطلاح به وضعیت رقابت میان دو یا چند عامل متضاد گفته می‌شود که انتخاب یکی از عوامل، مستلزم چشم‌پوشی از دیگر موارد است؛ همچون موقعیت «تعارض منافع»^۲ که منفعت یک شخص در مقابل منفعت شخص یا اشخاصی قرار می‌گیرد که وی وظیفه محافظت از منافع آنان را دارد و بیم آن می‌رود که شخص در تقابل منافع، منفعت خود را ترجیح دهد و از موقعیت پیش‌آمده به سود خود بهره ببرد.

در اندیشه‌های حقوقی و به‌ویژه نظام تقنینی ایران، معمولاً بحث تعارض منافع در حوزه حقوق عمومی و نهادهای دولتی مطرح می‌شود؛^۳ درحالی‌که موضوع تعارض منافع و ضرورت تدوین احکام و قواعد متناسب با آن، مختص نهادهای دولتی نیست و توجه به این مسئله در حقوق خصوصی و به‌ویژه شرکت‌های تجاری نیز دارای اهمیت است؛^۴ شرکت‌هایی که به‌موجب قانون و با هدف کسب سود ناشی از انجام فعالیت‌های تجاری و اقتصادی تشکیل می‌شوند و با ایجاد ارکان مدیریتی و ساختارهای درون‌شرکتی، در جهت تحقق اهداف یادشده گام برمی‌دارند. بنابراین، وجود نقش‌های مختلف در شرکت‌های تجاری و اثرگذاری تصمیمات و اقدامات بازیگران این نقش‌ها بر میزان موفقیت شرکت، ازجمله عواملی است که توجه به مسئله تعارض منافع در شرکت‌های تجاری را بایسته می‌نماید.

هرچند تعارض منافع در شرکت‌های تجاری میان اشخاص مختلف رخ می‌دهد،^۵ بااین‌حال، جایگاه مدیران و تأثیر ناشی از موقعیت آنان در شرکت، مسئله تعارض منافع «مدیر» و «شرکت» را پررنگ‌تر می‌سازد؛ حالتی که منفعت شخصی مدیر و منفعت شرکت در مقابل هم قرار گرفته و مدیر ناگزیر از

۱. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، سرپرست تألیف و ویرایش: فرهاد قربان‌زاده، ج ۱، تهران: اشجع، ۱۳۹۶، ص ۵۷۶.
2. Conflict of interests.

۳. رک. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، **فصلنامه مطالعات حقوق عمومی**، د. ۵۲، ش. ۱، ۱۴۰۱، صص. ۲۹۷-۳۲۱؛ دشتی، محمدتقی، زهرا زندیه و محمد مهدی‌فر، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی)»، **پژوهش‌های نوین حقوق اداری/ایران**، د. ۵، ش. ۲، ۱۴۰۲، صص. ۲۵۵-۲۸۳.
۴. برای مطالعه مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی، رک. بادینی، حسن و سعید سیاه‌بیدی کرمانشاهی، «تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی»، **مجله حقوقی دادگستری**، د. ۸۵، ش. ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص. ۲۰۹-۲۳۱.

۵. برای آشنایی با اشخاص مختلف درگیر در موقعیت تعارض منافع در شرکت‌های تجاری، رک. صادقیان ندوشن، مهرداد و محمود باقری، «تعارض منافع ذی‌نفعان شرکت‌ها و راهکارهای حل آن»، **پژوهش‌های حقوق تطبیقی**، د. ۲۰، ش. ۳، ۱۳۹۵، صص. ۱۳۶-۱۶۳.

انتخاب یکی از این دو منفعت است. به‌رغم اینکه اصولاً مدیران مکلف‌اند با انجام اقدامات احتیاطی و پیشگیرانه از شکل‌گیری موقعیت تعارض جلوگیری کنند یا در صورت وقوع تعارض، ضمن عدم بهره‌برداری شخصی از آن موقعیت، همواره حفظ منافع شرکت را اولویت دهند، در عمل ممکن است مدیران برخلاف این وظیفه عمل کنند و منافع خود را ترجیح دهند. این امر سبب شده تا موضوع تعارض منافع مدیر و شرکت و بررسی وجوه مختلف آن مورد توجه برخی نظام‌های حقوقی همچون انگلستان قرار گرفته و به قوانین داخلی این کشورها راه یابد. در این راستا، ماده ۱۷۵ «قانون شرکت‌های انگلستان ۲۰۰۶»^۱، یکی از وظایف مدیران شرکت‌های تجاری را «وظیفه اجتناب از تعارض منافع»^۲ معرفی می‌کند و به تبیین احکام و قواعد مرتبط با آن می‌پردازد.

با عنایت به اهمیت بحث تعارض منافع در شرکت‌های تجاری، سکوت قوانین داخلی ایران^۳ و فقدان رویه قضایی قابل توجه در این زمینه، پژوهش حاضر در تلاش است تا به شیوه توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از دکتربین حقوقی، قوانین و رویه قضایی موجود در انگلستان (به‌عنوان یک نظام حقوقی پیشرو در بحث تعارض منافع) قلمروی تعارض منافع مدیر و شرکت را بررسی و ضمن پاسخ‌گویی به برخی سؤالات و ابهامات موجود، به غنای ادبیات حقوقی ایران کمک نماید. در این راستا، قلمروی تعارض منافع مدیر و شرکت از جهت اشخاص درگیر (قلمرو شخصی)، مصادیق مختلف تعارض (قلمرو موضوعی) و زمان وقوع تعارض (قلمرو زمانی) مورد تحلیل و واکاوی قرار خواهد گرفت.

۱. قلمرو شخصی

هدف از بررسی قلمروی شخصی تعارض منافع، شناسایی اشخاص مرتبط با موقعیت تعارض است که اصولاً به دو گروه اصلی تقسیم می‌شوند: گروهی از اشخاص یادشده موظف‌اند تا از شکل‌گیری چنین تعارضی جلوگیری کنند یا حداقل در صورت عدم امکان جلوگیری، از آن تعارض به نفع خود استفاده نکنند.^۴ در مقابل، اشخاصی هستند که قانون‌گذار با وضع قوانین ویژه، درصدد حمایت از منافع آنان در

1. Companies Act 2006.

2. Duty to avoid conflicts of interest.

۳. گفتنی است مسئله تعارض منافع مدیر و شرکت در لایحه تجارت (مصوب ۱۴۰۳/۰۱/۲۸ مجلس شورای اسلامی) مورد توجه قرار گرفته است. به همین جهت در خلال مباحث این پژوهش، به مواد مندرج در لایحه که با موضوع نوشتار حاضر مرتبط است نیز پرداخته خواهد شد.

4. Lipton, Phillip, Abe Herzberg and Michelle Welsh, **Understanding Company Law**, Sydney: Thomson Reuters, 2020, p. 383; Langford, Rosemary, **Company Directors' Duties and Conflicts of Interest**, UK: Oxford University Press, 2019, p. 89.

موقعیت تعارض است. بنابراین در ادامه و در دو قسمت (تعارض مستقیم و غیرمستقیم)، قلمروی شخصی تعارض منافع مدیر و شرکت و احکام مرتبط با آن تبیین خواهد شد.

۱.۱. تعارض مستقیم

تعارض مستقیم زمانی رخ می‌دهد که منافع مدیر با منافع شرکت بدون واسطه در تعارض باشد؛ یعنی مدیر در عین حفاظت از منافع شرکت، باید تصمیماتی بگیرد که بر منافع شخصی‌اش هم تأثیر می‌گذارد. در این نوع تعارض، باوجود وضوح نقش مدیر و شرکت، شناسایی مفهوم شرکت و همچنین مدیران و اقسام آن ضروری است.

۱.۱.۱. شرکت تجاری

در حقوق انگلستان، شرکت‌های تجاری شخصیت حقوقی مستقل از شرکا و سهامداران دارند.^۱ در قانون شرکت‌های ۲۰۰۶ نیز ضمن معرفی اقسام شرکت‌های تجاری (مواد ۳ تا ۵)؛ وفق بند نخست ماده ۱ این قانون، صراحتاً شرکتی مشمول مقررات قانون شرکت‌های تجاری دانسته شده که مطابق مقررات قانون یادشده، تشکیل و ثبت شده باشد. بنابراین، رعایت مقررات قانونی جهت به رسمیت شناختن یک شرکت تجاری ضروری است. البته در برخی موارد استثنایی، به‌رغم عدم تشکیل یا ثبت شرکت، همچنان این شرکت‌ها مشمول مقررات قانونی خواهند بود که تفصیل آن در بند دوم ماده ۱ این قانون قابل ملاحظه است.

در قوانین ایران نیز هرچند تعریف صریحی از شرکت تجاری مشاهده نمی‌شود،^۲ بااین حال مقنن در ماده ۲۰ قانون تجارت به معرفی اقسام شرکت‌های تجاری پرداخته است. به‌علاوه در مقررات مربوط به هر شرکت، می‌توان تعریفی از شرکت‌های مزبور ملاحظه کرد.

با عنایت به اینکه برخلاف نظام حقوقی انگلستان، در حقوق ایران معمولاً تشکیل شرکت ملازمه با ثبت آن ندارد و از طرفی قانون‌گذار در ماده ۲۲۰ قانون تجارت از شرکت‌هایی سخن گفته که به‌رغم

1. Wild, Charles, Stuart Weinstein and Josephine Bisacre, **Smith and Keenan's Company Law**, Pearson Education Limited, 2009, pp. 1-2; Bourne, Nicholas, **Essential Company Law**, UK: Cavendish Publishing Limited, 2000, pp. 1-2.

۲. برای ملاحظه تعاریف نویسندگان از شرکت تجاری، رک. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج. ۲، چ. ۲۵، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹، ص. ۲۱؛ عیسائی تفرشی، محمد، **حقوق شرکت‌های تجاری**، ج. ۱، چ. ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۷؛ پاسبان، محمدرضا، **حقوق تجارت**، ج. ۱، چ. ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۱، صص. ۶۴-۶۲.

اشتغال به امور تجاری، خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیاورده و از مقررات مربوط به آن شرکت تبعیت نمی‌کند، بررسی وضعیت تعارض منافع مدیر و شرکت در این نوع شرکت‌ها که در دکتترین حقوقی از آن با عنوان «شرکت عملی» یاد می‌شود، ضروری می‌نماید.

شرکت عملی عنوانی است که با وجود عدم تصریح به آن در قوانین ایران، در میان نویسندگان حقوق داخلی نامی شناخته شده است؛ شرکتی که خارج از قالب‌های مذکور در ماده ۲۰ قانون تجارت تشکیل شده و موضوع آن، انجام اعمال تجاری است. باتوجه به اینکه مطابق ماده ۲۲۰، «هر شرکت ایرانی که فعلاً وجود داشته یا در آینده تشکیل شود و با اشتغال به امور تجاری خود را به صورت یکی از شرکت‌های مذکور در این قانون درنیاورده... شرکت تضامنی محسوب شده و احکام راجع به شرکت‌های تضامنی در مورد آن اجرا می‌شود»، در خصوص ضمانت‌اجرای عدم رعایت قواعد تشکیل شرکت‌های تجاری و در نهایت ماهیت شرکت‌های عملی میان نویسندگان حقوقی اختلاف‌نظرهایی مشاهده می‌شود.^۱ پرسش اصلی این است که آیا شرکت عملی یک شرکت مدنی است که صرفاً از نظر مسئولیت اعضا حکم شرکت تضامنی را دارد، یا مطابق ظاهر ماده ۲۲۰، از هر جهت تابع احکام شرکت‌های تضامنی و در نهایت نوعی شرکت تجاری است؟

در پاسخ به پرسش فوق، برخی^۲ معتقدند به رغم فقدان شخصیت حقوقی در این شرکت‌ها، شرکا به جهت حمایت از اشخاص ثالث، در مقابل طلبکاران مسئولیت تضامنی دارند. بنابراین، این نوع شرکت‌ها فاقد شخصیت حقوقی بوده و فقط از حیث مسئولیت اعضا، از قواعد شرکت‌های تضامنی پیروی می‌کنند. در مقابل، مطابق نظر برخی دیگر از نویسندگان،^۳ هنگامی که قانون‌گذار، شرکتی را تضامنی تلقی می‌کند، منظور آن است که شرکت مشمول کلیه مقررات مربوط به شرکت‌های تضامنی بوده و به عنوان یک شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی است.

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، رک. بهمنی، محمدعلی و روح‌الامین حجتی کرمانی، «چالش‌های حقوقی و فقهی شناسایی و پذیرش جوینت ونچر قراردادی و قرارداد عملیاتی مشترک نفتی در ایران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د. ۲۳، ش. ۹۲، ۱۳۹۹، صص. ۲۷۳-۲۷۷.

۲. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج. ۱، ۵، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۸؛ کاویانی، کوروش، *حقوق شرکت‌های تجاری*، ج. ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۸.

۳. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری)*، ج. ۱، ۱۰، ج. ۲۴، تهران: سمت، ۱۳۹۶، ص. ۸۶؛ کاتوزیان، ناصر، *عقود معین (مشارکت‌ها و صلح)*، ج. ۲، ۱۵، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶، صص. ۲۸-۲۹.

با وجود اختلاف نظر در مورد ماهیت شرکت‌های عملی در حقوق ایران، مقررات مرتبط با شرکت‌های قانونی از جمله لزوم اجتناب مدیران از تعارض منافع، باید در این شرکت‌ها نیز اعمال شود. این وظیفه هم یک تکلیف عمومی است و هم برای حفظ منافع شرکت و شرکا حیاتی است. بنابراین ماهیت شرکت عملی، مانع اجرای احکام تعارض منافع نیست.

۱.۱.۲. مدیر

در تبیین مفهوم مدیر شرکت، به رغم ارائه تعاریف متفاوت در نظام‌های حقوقی مختلف، عنوان مدیر از گستره مفهومی وسیعی برخوردار است. این عنوان نه فقط اعضای هیئت‌مدیره و مدیرعامل، بلکه هر شخصی را که با هر عنوانی فعالیت مدیریتی انجام می‌دهد، دربرمی‌گیرد. این گستردگی به دلیل اهمیت وظایف و نفوذ مدیران در شرکت است. بنابراین ضروری است اصطلاح مدیر را فراتر از افرادی دانست که به طور رسمی به مدیریت شرکت منصوب می‌شوند. از این رو، در یکی از آرای صادره از محاکم انگلستان^۱ احکام تعارض منافع به افرادی که وظایف مدیران را انجام می‌دهند و نیز افرادی که «نفوذ واقعی در امور شرکتی»^۲ دارند گسترش می‌یابد.

برخلاف قانون تجارت ایران که بدون ارائه تعریفی از اصطلاح مدیر^۳ از عناوین مدیر، هیئت‌مدیره و مدیرعامل نام برده، تعریف قانونی اصطلاح یادشده در قانون شرکت‌های انگلستان قابل توجه است. در ماده ۲۵۰ قانون شرکت‌های انگلستان، عنوان مدیر شامل هر شخصی است که با هر نام و عنوانی به امور مدیریتی مشغول است و اصطلاح یادشده منحصر به دو رکن هیئت‌مدیره و مدیرعامل نیست. پذیرش این تعریف گسترده از مفهوم مدیر در قانون شرکت‌های انگلستان، سبب شده تا در مواد بعدی این قانون، از مدیرانی صحبت شود که گرچه به عنوان مدیران رسمی شرکت شناخته نمی‌شوند، اما تکلیف اجتناب از تعارض منافع متوجه آنان نیز است که در این خصوص می‌توان به «مدیر سایه»^۴ که در بند نخست ماده ۲۵۱ قانون شرکت‌های انگلستان تصریح شده است، اشاره کرد. مدیر سایه شخصی است که مدیران شرکت حسب عادت، به دستورها و راهنمایی وی عمل می‌کنند و مطابق با ماده ۱۷۰(۵) قانون یادشده، وظیفه اجتناب از تعارض منافع، متوجه این دسته از مدیران نیز است.

1. Langford, Rosemary, *op. cit.*, p. 60.

2. Secretary of State for Trade and Industry v Devereil [2001] Ch 340 [35].

۳. در تبصره ۱ از ماده ۲۰ قانون جرائم رایانه‌ای ۱۳۸۸، مدیر کسی دانسته شده که اختیار نمایندگی یا تصمیم‌گیری یا نظارت بر شخص حقوقی را دارا است.

4. Shadow director

در حقوق انگلستان از مدیران دیگری با عنوان «مدیر عملی» نیز یاد می‌شود که هرچند در قانون مورد اشاره قرار نگرفته، اما در رویه عرفی شرکت‌ها و دکترین حقوقی، عنوانی شناخته شده و مورد استفاده است؛ مدیری که «با اختیار کامل و به صورت مستقل، فعل مثبتی در جهت اداره کردن و هدایت (شرکت) انجام می‌دهد»^۱ به عبارت دیگر، این دسته از مدیران گرچه از تمام اختیارات و وظایف یک مدیر واقعی برخوردارند، هیچ‌گاه به طور قانونی به سمت مدیریت منصوب نمی‌شوند.^۲ مدیران سایه و مدیران عملی در نحوه عمل تفاوت دارند. مدیر سایه به طور غیرمستقیم و از طریق مدیران رسمی قدرت را اعمال می‌کند؛ درحالی‌که مدیر عملی مستقیماً امور را انجام می‌دهد. بنابراین تفاوت او با مدیر قانونی تنها در عدم انتصاب رسمی است.

در مقام جمع‌بندی، از آنجا که هدف از گسترش مفهومی مدیر شرکت جلوگیری از تقلب و حفظ منافع شرکت است، عنوان مدیر شرکت محدود به هیئت‌مدیره و مدیرعامل نیست و دربرگیرنده تمام اشخاصی است که با هر عنوان و به هر نحو با مدیریت و فعالیت‌های مدیریتی شرکت ارتباط داشته و صاحب‌نفوذند.^۳ بنابراین، الزام آنان به اجتناب از تعارض منافع، ضروری است.

گفتنی است در لزوم اجتناب از تعارض منافع توسط مدیران، تفاوتی میان «مدیر موظف»^۴ و «غیرموظف»^۵ نیست. مدیران موظف برخلاف مدیران غیرموظف، به منظور مدیریت شرکت استخدام می‌شوند؛ حال آنکه مدیران غیرموظف رابطه استخدامی با شرکت ندارند و در مقایسه با مدیران موظف، اختیارات مدیریتی کمتری دارند.^۶

در حقوق ایران، به تفاوت مدیر موظف و غیرموظف، تصریح نشده و از ماده ۱۳۴ لایحه اصلاحی قانون تجارت نیز تنها تفاوت‌های میان این دسته از مدیران از جهت حقوق و مزایا قابل دریافت است.

۱. حسینی، پیمان، «مفهوم مدیر عملی و مقایسه مسئولیت او با مدیر قانونی در شرکت‌های تجاری»، پژوهشنامه حقوق تطبیقی، د. ۲، ش. ۱، ۱۳۹۵، ص. ۱۵۱.

2. See, Goulding, Simon, **Company Law**, UK: Cavendish Publishing Limited, 1999, p. 84; Ridley, Ann and Chris Shepherd, **Key Facts Key Cases Company Law**. London & New York: Routledge, 2015, p. 175.

۳. برای مطالعه بیشتر درخصوص اقسام مدیران در شرکت‌های تجاری، ر.ک. عیسائی تفرشی، محمد و حبیب رضائی اکردی، «مفهوم و مسئولیت مدیر سایه در حقوق شرکت‌های تجاری (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د. ۱۷، ش. ۳، ۱۳۹۲، صص. ۱۱۵-۱۱۸.

4. Executive director

5. Non-executive director

6. Keay, Andrew, **Company Directors' Liability and Creditor Protection**, New York: Informa Law from Routledge, 2023, pp. 8-13; Dignam, Alan and John Lowry, **Company Law**, UK: Oxford University Press, 2012, pp. 296-297.

باوجود این، از این نظر که تفاوت قابل توجهی میان وظایف و مسئولیت‌های مدیران یادشده مشاهده نمی‌شود، هر دو به اجتناب از تعارض منافع مکلف‌اند. مشابه این نظر را در رویه قضایی انگلستان و در پرونده‌ای در سال ۲۰۰۷^۱ می‌توان ملاحظه کرد که قاضی، مدیران غیرموظف را همانند مدیران موظف، مکلف به حفظ امانت‌داری در قبال شرکت دانست و از این حیث تفاوتی قائل نبود.^۲

۱.۲. تعارض غیرمستقیم

مراد از تعارض غیرمستقیم موقعیتی است که ارتباط شرکت و یکی از اشخاص مرتبط با مدیر، اسباب وقوع تعارض میان منافع مدیر و شرکت را فراهم می‌آورد و تعارض بدون دخالت مستقیم مدیر به وقوع می‌پیوندد. در این راستا، به اعتقاد برخی^۳، مدیران موظف‌اند هرگونه روابط احتمالی افراد مرتبط با خود و شرکت را بررسی و اعلام کنند تا از وقوع تعارض منافع جلوگیری شود.

در حقوق ایران، تعارض منافع و اقسام آن مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است، اما از برخی مواد قانون تجارت می‌توان ممنوعیت‌هایی را در ارتباط با تعارض غیرمستقیم مشاهده کرد. ماده ۱۲۹ لایحه اصلاحی قانون تجارت درخصوص ممنوعیت معامله غیرمستقیم مدیران با شرکت و ماده ۱۳۲ در باب ممنوعیت دریافت وام یا اعتبار از شرکت توسط نمایندگان یا برخی از خویشاوندان وی از موارد قابل اشاره است.

در قانون شرکت‌های انگلستان نیز به‌رغم فقدان تقسیم‌بندی صریح از تعارض، ممنوعیت تعارض غیرمستقیم را می‌توان از بند نخست ماده ۱۷۵ برداشت کرد؛ به‌موجب این ماده، لازم است مدیر شرکت از موقعیت‌هایی که در آن نفع مستقیم یا غیرمستقیم دارد و با منافع شرکت در تعارض است، خودداری کند. در این رابطه، در پرونده آبردین^۴ شرکتی، قراردادی برای خرید صندلی با یک شرکت دیگر منعقد کرد که در آن زمان یکی از مدیران شرکت خریدار، شریک شرکت طرف قرارداد بود. مطابق با حکم دادگاه، از آنجاکه در این پرونده، وظیفه مدیر از یک‌سو او را در قبال شرکت، ملزم به تهیه این صندلی‌ها با کمترین قیمت ممکن می‌کرد و از سوی دیگر نفع شخصی مدیر، وی را وادار می‌کرد تا قیمت را تا حد امکان بالا نگه دارد، شرکت خریدار می‌توانست از پذیرش این قرارداد اجتناب کند؛ زیرا در نظر قاضی پرونده، «شرکت به‌واسطه نمایندگان خود عمل می‌کند و نمایندگان موظف‌اند تا به بهترین شکل ممکن

1. Commonwealth Oil & Gas Co Ltd v Baxter [2007] CSOH 198.

2. Goddard, Robert, "Directors' duties", *Edinburgh Law Review*, Vol. 12, No. 3, 2008, pp. 469-470

3. Shopovski, Jovan, "Directors' Conflicts of Interest: Different European Legal Perspectives", *Beijing Law Review*, Vol. 4, No. 2, 2013, p. 175.

4. Aberdeen Rly Co v. Blaikie Bros (1854) 1 Macq 461.

برای ارتقای منافع شرکتی که امور آن را انجام می‌دهند، اقدام نمایند.^۱ بنابراین هنگامی که روابطی میان شرکت و اشخاص مرتبط با مدیر شکل می‌گیرد، لازم است برای جلوگیری از ایجاد تعارض منفعت، مدیران اطلاعات لازم را در اختیار شرکت قرار دهند. باین‌حال، حفظ حقوق مدیران و اشخاص مرتبط با مدیر ایجاب می‌کند که مقصود از اشخاص اخیر را مشخص کرد. در این خصوص، مواد ۲۵۲ به بعد قانون شرکت‌های انگلستان، به تعریف «اشخاص مرتبط^۲» با مدیر پرداخته است. بر مبنای این ماده، در معرفی اشخاص مرتبط با مدیران، به اعضای خانواده مدیر نظیر همسر و فرزندان (ماده ۲۵۳)، شرکتی که مدیر در آن ذی‌نفع است (ماده ۲۵۴)، شرکای مدیر (ماده ۲۵۳) و ... اشاره شده است. بنابراین در نظام حقوقی انگلستان و با بهره‌گیری از مواد یادشده، می‌توان مصادیق اشخاص مسبب ایجاد تعارض غیرمستقیم را شناسایی کرد.

باتوجه به مطالب پیش‌گفته، در حقوق ایران نیز تعیین معیار برای شناسایی اشخاص مرتبط با مدیر بایسته می‌نماید. در این راستا، معیار «مسئولیت مدیر در تأمین یا حفاظت از منافع اشخاص» قابل ذکر است^۳ که در صورت وجود چنین مسئولیتی برای مدیر، وی مکلف است مراتب را به اطلاع شرکت برساند. در نقد این دیدگاه، باید گفت صرف مسئولیت مدیر در تأمین یا حفاظت از منافع سایرین برای شناسایی اشخاص مرتبط کافی نیست و باید به این نکته توجه کرد که آیا در اثر تأمین منافع این اشخاص، نفعی نیز عاید مدیر می‌شود یا خیر. زیرا صرف مسئولیت مدیر در تأمین منفعت این اشخاص، ملازمه‌ای با کسب منفعت توسط وی ندارد. بنابراین، در شناسایی تعارض غیرمستقیم و در نتیجه مسئولیت مدیران، آنچه ضروری است «موقعیت کسب منفعتی است که در اثر ارتباط شخص وابسته به مدیر و شرکت برای مدیر شکل می‌گیرد» و از این‌رو مدیر مکلف به اجتناب از موقعیت فراهم شده و سود ناشی از آن خواهد بود.

۲. قلمرو موضوعی

به دلیل گوناگونی مصادیق تعارض منافع و اهمیت شناسایی آنها، می‌توان انواع تعارض منافع مدیر و شرکت را به سه دسته اصلی تقسیم کرد: امور مالی، امور متضمن رقابت با شرکت، و تعهدات مربوط به حفظ اطلاعات و فرصت‌های شرکت (محرمانگی).

1. Goulding, Simon, *op. cit.* p. 271.

2. Connected persons

۳. آنامردنژاد، داود، سام محمدی و سیدحسن حسینی مقدم، «ضرورت قانونگذاری در مدیریت موقعیت‌های تعارض منافع»، *مطالعات حقوقی*، د. ۱۳، ش. ۴، ۱۴۰۰، ص ۷.

۲.۱. تعارض مالی

تعارض مالی زمانی رخ می‌دهد که مدیر، منافع مالی شخصی خود را بر منافع شرکت ترجیح دهد. این نوع تعارض، که به کسب سود مالی مربوط می‌شود، شامل مواردی مانند ممنوعیت معامله مدیر با شرکت و دریافت وام از شرکت است.

در ممنوعیت انعقاد معامله مدیر و شرکت، از معاملاتی سخن گفته می‌شود که میان مدیر با شرکت یا اشخاصی با شرکت منعقد می‌شود که مدیر به‌نحوی در آن معاملات ذی‌نفع است. در معاملات یادشده، همواره این تهدید بالقوه وجود دارد که تصمیمات مدیران به دلیل وجود تعارض منافع، برخلاف منافع شرکت باشد.^۱ بنابراین در نظر برخی^۲ منع معامله مدیر با شرکت براساس این اصل است که امین نباید در موقعیت تعارض منافع و وظایف قرار گیرد. بنابراین، هرگونه معامله مستقیم یا غیرمستقیم مدیر با شرکت، مگر با رعایت شرایط و ضوابط قانونی، ممنوع است.

در حقوق ایران، مواد ۱۲۹ تا ۱۳۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت، معامله مدیر با شرکت را ممنوع کرده، مگر با مجوز هیئت‌مدیره یا مجمع عمومی. همچنین این ممنوعیت شامل معاملاتی می‌شود که مدیر یا شرکت‌های وابسته به او به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در آن معامله ذی‌نفع باشند. ممنوعیت مندرج در مواد مذکور، در ماده ۵۸۶ لایحه تجارت^۳ نیز تکرار شده، با این تفاوت که احکام مواد ۱۲۹ به بعد، ناظر بر شرکت‌های سهامی است؛ درحالی‌که ماده ۵۸۶، ضمن گسترش تنوع اشخاص ممنوع از معامله، حکم مزبور را به‌عنوان قاعده عام در فصل «احکام مشترک شرکت‌های تجاری»، به همه شرکت‌های تجاری تسری داده است.

درخصوص دریافت وام از شرکت، به‌موجب ماده ۱۳۲ لایحه اصلاحی قانون تجارت، مدیران جز در موارد استثنایی حق دریافت وام از شرکت را ندارند و شرکت نیز نمی‌تواند دیون ایشان را تضمین کند و

1. See, Hopt, Klaus. J., "Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis", *European Company and Financial Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2013, p. 177.
2. Lee, Rebecca Wing Chi, "Fiduciary duty without equity: fiduciary duties of directors under the revised company law of the prc", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47, No. 4, 2007, p. 913.
۳. «شرکا و یا سهامدارانی که بیش از ده درصد سرمایه شرکت را دارند و نیز مدیر یا هریک از اعضای هیئت‌مدیره شرکت و نمایندگان حقیقی اعضای حقوقی هیئت‌مدیره، مدیرعامل، شرکت مادر و شرکت‌های فرعی و یا وابسته شرکت و نیز اشخاص حقوقی که هریک از اشخاص مذکور مدیر، مدیرعامل، شرکت مادر، فرعی و یا وابسته آنها هستند، نمی‌توانند در معاملاتی که با شرکت یا به حساب شرکت انجام می‌شود، بدون اجازه هیئت‌مدیره به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، طرف معامله واقع و یا در آن سهیم شوند».

این گونه عملیات به خودی خود بی اعتبار است. ماده ۵۹۱ لایحه تجارت^۱ نیز دریافت وام و اعتبار از شرکت توسط مدیران شرکت‌های تجاری و نیز تضمین دیون و تعهدات آنان توسط شرکت را ممنوع دانسته و بر بطلان آن تصریح کرده است. ظاهراً ضمانت اجرای یادشده، مبتنی بر قاعده منع معامله مدیر با شرکت است؛ زیرا مدیر به عنوان وکیل و نماینده شرکت، در موقعیتی قرار می‌گیرد که احتمال وقوع تعارض بین منافع او و شرکت را افزایش خواهد داد.

به این مناسبت گفتنی است، در مواردی رویه قضایی برای جبران خلأ مقررات تجاری در حوزه تعارض منافع، به مبانی دیگری متوسل شده است؛ در این راستا سؤال شده است که چنانچه به موجب اساسنامه شرکت، انتقال سهام منوط به موافقت هیئت مدیره باشد، آیا مدیری که خود اقدام به انتقال سهام نموده، در هیئت مدیره حق رأی دارد؟ نظر مشورتی شماره ۷/۱۴۰۰/۷ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱ ممنوعیت مدیر از حق رأی را نیازمند تصریح قانون دانسته و در فرض سؤال به شرط تحقق سوءاستفاده از حق، به استناد اصل ۴۰ قانون اساسی، نظر به ممنوعیت وی از حق رأی داده است. تفاوت مشهود مبنای اخیر با مبنای تعارض منافع، در این است که استناد به اصل ۴۰، مستلزم احراز سوءاستفاده از حق است؛ امری که زمینه جلوگیری از تعارض منافع را محدود می‌کند.

در حقوق انگلستان نیز گرچه احکام تعارض منافع در حقوق شرکت‌ها و به ویژه ارتباط میان مدیران و شرکت از جایگاه مهمی برخوردار است؛ با این حال، مستند به مواد ۱۷۵، ۱۷۷، ۱۸۲ و ۱۹۰ قانون شرکت‌های انگلستان، معاملات مدیران با شرکت با رعایت شرایطی، مجاز دانسته شده است. بدین صورت که مدیر مکلف است پیش از انعقاد قرارداد یا درخصوص قراردادهای موجود، نفع مستقیم یا غیرمستقیم خود در معاملات را افشا و اعلام کند.

در مورد وضعیت دریافت وام و تضمین دیون مدیران توسط شرکت، مطابق بند نخست ماده ۱۹۷ قانون شرکت‌های انگلستان، اعطای وام از طرف شرکت به مدیر و همچنین تضمین دیون مدیر توسط شرکت ممنوع است، مگر اینکه با مصوبه اعضای شرکت (مجمع عمومی) چنین اقدامی از قبل تأیید شده

۱. «دریافت وام یا اعتبار از شرکت برای اشخاص مذکور در ماده ۵۸۶ این قانون و نیز تضمین دیون و تعهدات اشخاص مذکور توسط شرکت ممنوع و باطل است. این ممنوعیت شامل همسر و بستگان نسبی و سببی اشخاص حقیقی مذکور در ماده ۵۸۶ این قانون تا درجه سوم از طبقات سه گانه ارث، می‌شود. تضمین دیون و تعهدات شرکت توسط شرکت مادر یا اعطای وام توسط شرکت مادر به شرکت‌های تابع بلامانع است».

باشد. البته مطابق با بند ۴ این ماده، لازم است پیش از هرگونه موافقت در این زمینه، مواردی از قبیل ماهیت معامله مدیر، میزان وام و هدف مدیر از اخذ آن مشخص و به اطلاع اعضای تصمیم‌گیرنده برسد.

۲.۲. تعارض رقابتی

ممنوعیت رقابت مدیر با شرکت به این علت است که اصولاً رقابت به جهت کسب منفعت صورت می‌گیرد و همین امر موجب می‌شود تا در تقابل میان منفعت شخصی مدیر و منفعت شرکت، مدیر منفعت شخصی خود را اولویت دهد.^۱ براین اساس، هرچند رقابت مدیر با شرکت در قانون شرکت‌های انگلستان صریحاً منع نشده، این ممنوعیت از ماده ۱۷۵ قانون یادشده مبنی بر لزوم اجتناب مدیران از تعارض منافع و با استناد به نظریات دکتربین حقوقی و آرای صادره از محاکم این کشور^۲ قابل اثبات است.^۳

در حقوق ایران، منع رقابت در برخی شرکت‌های تجاری در مواد ۱۳۴، ۱۷۲ و ۱۸۹ قانون تجارت و ماده ۱۳۳ لایحه اصلاحی آن، پذیرفته شده است. به موجب ماده ۱۳۴، در شرکت تضامنی، «هیچ شریکی نمی‌تواند بدون رضایت سایر شرکا ... تجارتی از نوع تجارت شرکت نموده و یا به عنوان شریک ضامن یا شریک با مسئولیت محدود در شرکت دیگری که نظیر آن تجارت را دارد داخل شود». مطابق ماده ۱۷۲ و ۱۸۹، حکم ماده ۱۳۴ در مورد شرکای ضامن شرکت‌های مختلط سهامی و شرکت‌های نسبی نیز جاری است. در شرکت‌های سهامی نیز وفق ماده ۱۳۳ لایحه اصلاحی، «مدیران و مدیرعامل نمی‌توانند معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد انجام دهند». بنابراین به غیر از شرکت با مسئولیت محدود و شرکت مختلط غیرسهامی، رقابت در سایر شرکت‌ها با منع قانونی همراه است که البته شایسته است حکم منع رقابت در همه شرکت‌ها مقرر شود.

باتوجه به ماده ۱۷۲ که از شمول حکم ماده ۱۳۴ درباره شرکای ضامن سخن گفته است، برداشت می‌شود که هدف ماده ۱۳۴ در شرکت‌های تضامنی، نسبی و مختلط سهامی، حمایت از شرکاست؛ درحالی که، منافع جمعی شرکت ایجاب می‌کند که منع رقابت برای حمایت از خود شرکت الزامی باشد. همچنین، باید توجه کرد که منع رقابت فقط محدود به معاملات اشخاص یادشده با شرکت نیست و لازم است دایره مصادیق ممنوعه را گسترده‌تر در نظر گرفت. بنابراین، رقابت مدیر با شرکت صرفاً محدود

1. Pettet, Ben, **Company Law**, Pearson Education Limited, 2005, p. 172.

2. CMS Dolphin Ltd v Simonet

۳. رک. مقدم، عیسی، «مطالعه تطبیقی رقابت مدیر شرکت تجاری با شرکت از طریق انجام معاملاتی مشابه معاملات شرکت در حقوق انگلیس و ایالات متحده آمریکا و ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، د. ۱۲، ش. ۱، ۱۴۰۰، صص. ۳۵۵-۳۵۳.

مورد مذکور در ماده ۱۳۳ نبوده و به‌طور کلی رقابت از طریق (۱) انجام فعالیت مشابه با موضوع شرکت، یا (۲) فعالیت در قامت مدیریت شرکت رقیب، سبب شکل‌گیری موقعیت تعارض خواهد شد.

در مورد نخست، مدیر از انجام فعالیت‌های مشابه با موضوع شرکت منع شده است. شاید در بدو امر، این ممنوعیت با چالش زیادی مواجه نباشد، اما حفظ حقوق مدیر شرکت ایجاب می‌کند که به‌طور دقیق‌تر، حدود فعالیت‌های متضمن رقابت مشخص شود و معیاری برای شناسایی «فعالیت‌های مشابه» ارائه شود. در این راستا، ضمن تأیید دیدگاه برخی،^۱ که شباهت را یک مفهوم عرفی دانسته و برای شناسایی معاملات مشابه با موضوع شرکت، دآوری عرف را برگزیده‌اند، مقصود از فعالیت‌های مشابه، آن دسته فعالیت‌هایی است که مطابق با اساسنامه شرکت، مرتبط با موضوع شرکت است و فعالیت مدیر در همان زمینه، اسباب ضرر و به‌نحوی کاهش منفعت شرکت را فراهم می‌آورد. علت این حکم نیز آگاهی مدیر رقیب از اطلاعات مهم شرکت و البته ضعف‌های آن است که امر رقابت و کسب سود را برای مدیر تسهیل می‌کند. بنابراین برای پرهیز از چنین امری، مدیر صرفاً از انجام فعالیت‌های مرتبط با موضوع شرکت منع شده و چنانچه مشخص شود که فعالیت مورد نظر، مرتبط با موضوع شرکت نیست، ممنوعیت مدیر از فعالیت منطقی نخواهد بود. حتی صرف شباهت فعالیت مدیر با شرکت دلیل کافی برای منع رقابت نیست؛ زیرا هدف اصلی حفظ منافع شرکت است؛ البته می‌توان زبان‌بار بودن فعالیت مشابه را مفروض دانست و اثبات خلاف آن را بر عهده مدیر گذاشت تا به‌نحوی از شرکت نیز حمایت کرد.

در مورد قسم دوم از تعارض رقابتی نیز فعالیت در دو شرکت رقیب سبب شکل‌گیری موقعیت تعارض دانسته شده است. هرچند صرف این فعالیت فی‌نفسه مشکل‌ساز نیست، در مواردی مانند مدیریت هم‌زمان دو شرکت رقیب، وظایف مدیر در یک شرکت می‌تواند با وظایف او در شرکت دیگر تعارض پیدا کند^۲ و موجب شود تا مدیر در رویارویی منافع دو شرکت، یک شرکت را بر دیگری، و منافع یکی از آن دو را ترجیح دهد. در این فرض، گرچه ظاهراً سخن از تعارض میان منافع دو شرکت است و منفعت شخصی مدیر مطرح نیست تا مسئله تعارض منافع مدیر و شرکت پیش آید؛ باید دانست که هنگام ترجیح یک شرکت بر دیگری، مدیر به این نکته نیز توجه دارد که منافع او در اثر موفقیت کدام شرکت بیشتر تأمین می‌شود. بنابراین در این مورد نیز منفعت مدیر، هرچند به‌صورت غیرمستقیم، مورد توجه است. شاید بر همین اساس، در ماده ۱۲۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت، مدیرعامل شرکت‌های سهامی از مدیریت

۱. مقدم، عیسی، همان منبع، ص. ۳۵۹.

2. Pettet, Ben, *op. cit.*, p. 172.

عاملی بیش از یک شرکت منع شده است. البته با عنایت به وحدت ملاک میان مدیر عامل و هیئت‌مدیره در این زمینه، محدود کردن این حکم به مدیرعامل شایسته نیست. این نقیصه در ماده ۵۶۷ لایحه تجارت رفع شده است و به موجب آن، هیچ شخص حقیقی نمی‌تواند اصالتاً یا به نمایندگی از شخص حقوقی، هم‌زمان در بیش از یک شرکت به عنوان مدیر عامل، قائم مقام وی یا عضو هیئت‌مدیره انتخاب شود. در ماده ۵۹۲ لایحه تجارت،^۱ مقنن با اتخاذ نگاهی جامع به بحث ممنوعیت رقابت مدیر و شرکت، علاوه بر اینکه مدیران را از انجام معاملات متضمن رقابت با شرکت منع کرده، بر ممنوعیت عضویت مدیران در شرکت‌های رقیب نیز تأکید داشته است. البته موارد مذکور در صورت مجوز مجمع عمومی عادی، ممنوع نخواهد بود.

۲.۳. تعارض محرمانگی

تعارض محرمانگی، شامل تعهد به حفظ اطلاعات و فرصت‌های شرکت است. مدیران باید اطلاعات شرکت را محرمانه نگاه دارند و از آنها به نفع خود استفاده نکنند. همچنین، ایشان مجوز بهره‌برداری شخصی از فرصت‌های سودآور شرکت را نیز ندارند.

الزام مدیران به حفظ اطلاعات شرکت و عدم استفاده شخصی از آن، از اصول مهمی است که نقض آن، فعالیت‌های شرکت را با مشکل مواجه خواهد کرد.^۲ زیرا «اطلاعات، ارزشمندترین دارایی در بازار رقابت است»^۳ و مدیران شرکت نخستین افرادی‌اند که از تمام اطلاعات و به‌ویژه اطلاعات مهم و دسته اول شرکت آگاه می‌شوند. البته آن‌گونه که برخی^۴ بیان کرده‌اند، مسئولیت مدیر به حفظ اطلاعات شرکت، تمام اطلاعات درونی و بیرونی مرتبط با شرکت را شامل می‌شود؛ مگر زمانی که این اطلاعات به‌نحوی در اختیار عموم مردم قرار گرفته باشد؛ زیرا وظیفه مدیر به حفظ اطلاعاتی که سابقاً منتشر شده است، موجه نیست. ضمن تأیید دیدگاه یادشده، به نظر می‌رسد ممنوعیت بهره‌برداری شخصی مدیران از اطلاعات شرکت زمانی اعمال می‌شود که استفاده از این اطلاعات، عامل اصلی نفع شخصی مدیر باشد و

۱. «مدیر یا اعضای هیئت‌مدیره شرکت نمی‌توانند به عضویت در هیئت‌مدیره یا مدیریت عاملی شرکتی با موضوع فعالیت مشابه و متضمن رقابت با آن شرکت در آمده و یا معاملاتی نظیر معاملات شرکت که متضمن رقابت با عملیات شرکت باشد، انجام دهند. مگر اینکه مجمع عمومی عادی آن را اجازه دهد».

2. Hopt, Klaus, *op. cit.*, pp. 183-184.

۳. عزیززاده، فاطمه، علی رضایی و حجت مبین، «بررسی چالش‌ها و موانع دسترسی به اطلاعات شرکت‌های تجاری توسط ذی‌نفعان»، فصلنامه مجلس و راهبرد، د. ۳۰، ش. ۱۳۰، ۱۴۰۲، ص. ۲۶۵.

4. Hopt, Klaus, *op. cit.*, p. 184.

به منافع شرکت آسیب برساند. البته برای حمایت از شرکت، می‌توان این موضوع را مفروض دانست و اثبات خلاف آن را برعهده مدیر گذاشت.

هرچند منع بهره‌برداری از اطلاعات شرکت، به نحوی ممنوعیت کسب فرصت را نیز دربرمی‌گیرد، این موضوع در حقوق آمریکا و انگلستان، به طور مستقل و تحت عنوان «دکترین فرصت‌های شرکتی»^۱ مطرح شده است. توضیح اینکه مدیران وظیفه دارند از فرصت‌هایی^۲ که برای شرکت ایجاد می‌شود، به نفع خود استفاده نکنند.^۳ به عنوان نمونه در پرونده‌ای در سال ۲۰۰۳ پس از عدم موفقیت یک شرکت خانوادگی، تصمیم گرفته شد که شرکت دیگر ملکی خریداری نکند. باین حال، یکی از مدیران، ملکی را در مجاورت املاک شرکت، با قیمتی مناسب و برای خودش خرید. به گفته قاضی، مدیر خود را در موقعیتی قرار داده بود که منافع شخصی او با وظیفه‌اش در قبال شرکت در تضاد بود؛ چون مدیر به اطلاعات تجاری مهمی دسترسی داشت که باید به شرکت اطلاع می‌داد.^۴

از آنجا که پذیرش ممنوعیت بهره‌برداری از هرگونه فرصت متعلق به شرکت، ممکن است از جهت گستردگی قلمرو، دایره فعالیت مدیر را محدود کند، بایسته است در معیارهایی برای تعیین قلمروی مزبور جست‌وجو کرد. در این راستا، می‌توان براساس یافته‌های پژوهشی،^۵ از دو معیار «توانایی حقوقی» و «توانایی عملی» نام برد.

1. The corporate opportunity doctrine

شایان ذکر است که منع استفاده از فرصت‌های متعلق به شرکت با تعارض منافع رقابتی، هم‌پوشانی بسیاری دارد، اما از این جهت که فعالیت‌های رقابتی لزوماً شامل فرصت‌هایی برای شرکت نیستند، با یکدیگر متفاوت‌اند (رک. پاسبان، محمدرضا و صلاح محمودی، «بررسی تطبیقی وظیفه وفاداری مدیران شرکت و تأثیر آن بر مدیریت تعارض منافع و حفظ اطلاعات در حقوق ایران و انگلستان»، مجله پژوهش‌های حقوقی، د. ۲۳، ش. ۵۷، ۱۴۰۳، صص. ۴۲۵-۴۲۶).

۲. مطابق با نظر برخی (SA) Havenga, Michelle, "Directors in Competition with Their Companies", *Mercantile Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2004, p. 285 «فرصت شرکتی به هر فرصت اقتصادی یا تجاری اعم از دارایی یا حقوق مربوط می‌شود که متعلق به شرکت است یا شرکت به نوعی نسبت به آن ادعا دارد».

۳. مقدم، عیسی، «تصاحب فرصت بستن قرارداد متعلق به شرکت تجاری توسط مدیر و ضمانت اجرای آن (مطالعه در حقوق انگلیس و آمریکا و ایران)»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، د. ۵۰، ش. ۴، ۱۳۹۹، ص. ۸۰۴.

4. See, Dine, Janet and Marios Koutsias, *Company Law*, UK: Palgrave Macmillan Law Masters, 2014, p. 160; Roach, Lee, *Company Law Concentrate: Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, 2014, p. 85.

5. See, Ahren, Deirdre, "Guiding Principles for Directorial Conflicts of Interest", *The Modern Law Review*, Vol. 74, No. 4, 2011, pp. 596-616.

مقصود از معیار توانایی حقوقی، مرتبط بودن فرصت پیش آمده با موضوع شرکت است. نتیجه منطقی این معیار، عدم ممنوعیت مدیر در کسب فرصت‌های خارج از موضوع شرکت است؛^۱ زیرا شرکت خارج از موضوع خود، فاقد اهلیت است و مقصود از موضوع نیز فعالیتی است که شرکت برای انجام آن تشکیل می‌شود.^۲ بنابراین خارج از محدوده مذکور که شرکت توان انجام فعالیت یا انعقاد قرارداد ندارد، ممنوعیت مدیر نیز در این موارد فاقد وجاهت قانونی است.

منظور از توانایی عملی نیز توانایی شرکت جهت بهره‌برداری از فرصت مرتبط با موضوع شرکت است. درواقع ضروری است که شرکت، توان و قابلیت لازم برای بهره‌برداری از فرصت مرتبط با موضوع شرکت را دارا باشد. بنابراین، چنانچه شرکت به هیچ عنوان امکان استفاده از فرصت را نداشته باشد، کسب آن فرصت توسط مدیر با مانعی مواجه نخواهد بود. البته در برخی آرای قضایی انگلستان برخلاف این معیار، حکم داده شده است؛ به عنوان نمونه در پرونده اینداستریال دولوپمنت به‌رغم اینکه مدیر، به صورت شخصی و نه در مقام مدیر شرکت قرارداد را منعقد کرده بود، دادگاه حکم به استرداد سود حاصل از قرارداد به شرکت داد.^۳ بنابراین درحالی که طرف دیگر قرارداد هیچ تمایلی به انعقاد قرارداد مستقیم با شرکت نداشت و امکان انعقاد قرارداد با شرکت فراهم نبود، دادگاه این قرارداد را یک فرصت برای شرکت تلقی حکم به نفع شرکت صادر کرد.^۴ درهرحال، دیدگاه دادگاه در این پرونده قابل انتقاد است؛ نه فقط در صورت عدم توانایی شرکت در بهره‌برداری از فرصت پیش آمده، بلکه در فرضی هم که شرکت تمایلی به کسب آن فرصت ندارد، ممنوعیت مدیر شرکت منطقی نیست.

در حقوق ایران هرچند در وضعیت حقوقی کنونی، مسئله استفاده از اطلاعات و فرصت‌های شرکت توسط مدیر به سکوت برگزار شده، بند ۶ از تبصره ماده ۵۹۸ لایحه تجارت، صراحتاً ممنوعیت مدیر درخصوص سوءاستفاده یا بهره‌برداری شخصی از اطلاعات یا فرصت‌های شرکت را اعلام و بر مسئولیت مدیر دراین خصوص تأکید کرده است.

۱. مقدم، عیسی، منبع پیشین، ص. ۸۰۹؛ بهرامی، حسین، «استفاده شخصی مدیر از اطلاعات محرمانه شرکت و فرصت‌های ناشی از آن با تأملی در حقوق انگلیس»، *مطالعات حقوقی*، د. ۱۴، ش. ۳، ۱۴۰۱، ص. ۱۴۲.

۲. محسنی، سعید و مهسا رباطی، «تحلیل حقوقی اختیارات مدیرعامل شرکت تجاری»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، د. ۲۶، ش. ۱۵، ۱۳۹۸، صص. ۱۶-۱۸؛ سیداحمدی سجادی، سیدعلی و عصمت دانش آرا، «نقش موضوع در اهلیت شرکت‌های تجاری در حقوق انگلیس با نگاهی به حقوق ایران و استرالیا»، *دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی*، د. ۳، ش. ۱، ۱۳۹۵، ص. ۲۸.

3. Dine, Janet and Marios Koutsias, *op. cit.*, p. 159.

4. Bourne, Nicholas, *op. cit.*, p. 78.

۳. قلمرو زمانی

در مسئله تعارض منافع مدیر و شرکت، تعیین زمان وقوع تعارض برای تعیین تکلیف مدیر به اجتناب از آن، بایسته است؛ باید مشخص شود که آیا احکام تعارض فقط در صورت تعارض حال و قطعی اعمال می‌شود یا شامل احتمال وقوع تعارض در آینده نیز هست. همچنین، بررسی تکلیف یا عدم تکلیف مدیر پس از خاتمه مدیریت نیز ضروری است.

۳.۱. تعارض حال و آینده

تعارض منافع می‌تواند به لحاظ زمانی به دو نوع تعارض حال و آینده تقسیم شود. مقصود از تعارض حال، تعارضی است که هم‌اکنون میان منافع مدیر و شرکت محقق است. ولی در تعارض آینده، وقوع تعارض میان منافع مدیر و شرکت در آینده محتمل است. مطابق بخش ۱۷۵(۲) قانون شرکت‌های انگلستان مدیر باید از هرگونه تعارض احتمالی که ممکن است در آینده نیز رخ دهد، اجتناب کند.

با پذیرش مسئولیت مدیر در اجتناب از تعارض احتمالی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا هر احتمال تعارض، سبب ممنوعیت مدیران از فعالیت مزبور خواهد شد؟ پاسخ این پرسش از آن نظر اهمیت دارد که گسترش این دامنه، فعالیت‌های شخصی مدیر را محدود می‌کند و بر شرکت اثر منفی می‌گذارد. لذا باید معیاری ارائه شود تا ضمن حفظ منافع شرکت، فعالیت‌های مدیر نیز محدود نشود. در این راستا، در دکتربین و رویه قضایی انگلستان، به معیار «احتمال معقول»^۱ اشاره شده است. توضیح اینکه، هرگونه احتمال تعارض باید از دیدگاه انسان عاقل و باتوجه به حقایق و شرایط مربوط به مورد خاص، «واقعی [و] معقول»^۲ باشد. معیار فوق به‌صراحت در ماده ۱۷۵ (۴) (الف) قانون شرکت‌های انگلستان نیز ذکر شده است. به این معنا که اگر وضعیت تعارض ادعایی، به‌طور منطقی نتواند به تعارض منافع منجر شود، وظیفه مندرج در ماده ۱۷۵ نقض نخواهد شد.^۴

به‌رغم سکوت قانون تجارت ایران درخصوص تعارض منافع و زمان وقوع آن، با تمسک به عموم و اطلاق احکام موجود در لایحه اصلاحی قانون تجارت درخصوص قلمروی زمانی مسئولیت‌های مدیران مانند ممنوعیت رقابت به زیان شرکت در ماده ۱۳۳ و همچنین حفظ منافع شرکت، لزوم اجتناب مدیران

1. Reasonable possibility.

2. Boardman v Phipps [1967] 2 AC 46, 124.

3. Koh, Pearlie, "A Director's Duty of Loyalty and the Relevance of the Company's Scope of Business: Cheng Wai Tao v Poon Ka Man Jason", *The Modern Law Review*, Vol. 80, No. 5, 2017, p. 942.

4. Keay, Andrew, "The Authorising of Directors' Conflicts of Interest: Getting a Balance", *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 12, No. 10, 2012, p. 133.

از تعارض حال و آینده و کسب منافع بالفعل و بالقوه قابل استنباط است؛ مدیر موظف است تا از هرگونه تعارض احتمالی معقول که ممکن است در آینده رخ دهد، اجتناب کند.

۳.۲. تعارض پس از خاتمه مدیریت

وضعیت تعارض منافع پس از اتمام مدیریت نیز حائز اهمیت است. به بیان دیگر، باید مشخص شود که آیا مدیر سابق، پس از استعفا یا اتمام دوره مدیریت، همچنان موظف به اجتناب از تعارض منافع مستقیم یا غیرمستقیم است یا خیر.

در قانون شرکت‌های انگلستان (بند دوم از ماده ۱۷۰)، مدیر پس از پایان مدیریت در شرکت و درخصوص بهره‌برداری از اموال، اطلاعات و فرصت‌هایی که در زمان مدیریت و به سبب آن از آن مطلع شده، موظف به اجتناب از تعارض منافع است. باین‌حال، در دکترین حقوقی و رویه قضایی انگلستان اختلاف‌نظرهایی درخصوص تکالیف مدیران مستعفی در قبال شرکت مشاهده می‌شود. برخی^۱ با اشاره به اینکه بعد از استعفا، مدیر سابق سمتی در شرکت ندارد و طبیعتاً مسئولیت‌های او نیز در شرکت خاتمه می‌یابد، معتقدند مسئولیت مدیر، منحصر به دوران مدیریت خودش بوده، در آن زمان مکلف به حفظ منافع شرکت می‌باشد. در مقابل، برخی^۲ معتقدند که استعفا لزوماً مانع مسئولیت مدیران، به‌ویژه در مورد سوءاستفاده از فرصت‌ها و منافع متعلق به شرکت نیست.

مطابق ماده ۱۳۶ لایحه اصلاحی قانون تجارت ایران، در صورت انقضای مدت مأموریت مدیران تا زمان انتخاب مدیران جدید، مدیران سابق همچنان مسئول امور شرکت‌اند. با مطالعه این ماده، در وهله نخست می‌توان توسعه اختیارات و مسئولیت‌های مدیران را استنباط کرد. در گام بعد، هرچند موضوع ماده، تداوم مسئولیت مدیران در صورت انقضای مدت مأموریت آنان است؛ باین‌حال، می‌توان این حکم را درمورد استعفای مدیران نیز جاری کرد. زیرا هم عقیده با برخی^۳ علت وضع ماده ۱۳۶ جلوگیری از اختلال در امور جاری شرکت در اثر فقدان رکن مدیریتی است؛ در نتیجه مدیر مستعفی تا زمان تعیین مدیر جدید، مسئول امور شرکت خواهد بود. حال چنانچه اجتناب از تعارض منافع به‌عنوان یکی از تکالیف مدیران در حقوق ایران پذیرفته شود، می‌توان با تمسک به حکم ماده ۱۳۶، تا انتخاب مدیر جدید، همچنان مدیران سابق را مکلف به اجتناب از تعارض منافع دانست.

1. Havenga, Michelle, *op. cit.*, p. 283.

2. Langford, Rosemary, *op. cit.*, pp. 67-68; Dine, Janet and Marios Koutsias, *op. cit.*, p. 164.

۳. حسنی، حسن، **حقوق تجارت**، ج ۲، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴، صص. ۱۱۰-۱۱۱.

در مقام جمع‌بندی، حفظ حقوق مدیران ایجاب می‌کند که مسئولیت آنان برای اجتناب از موقعیت تعارض را محدود به دوران مدیریت و در نهایت تا تعیین مدیران جایگزین دانست؛ مگر در حالتی که تعارض در زمان مدیریت وی رخ داده و او به سبب جایگاه پیشین خود و پس از پایان دوره مدیریت، از منفعتی برخوردار شود. زیرا محدود کردن فعالیت مدیران پس از خروج از سمت پیشین، با آزادی آنان مغایرت دارد و به لحاظ منطقی نیز پذیرفتنی نیست. مانند این دیدگاه در پرونده کیلن^۱ نیز مطرح شده و خواننده باوجود استعفا، به این دلیل که در زمان مدیریت خود از اطلاعات مهمی آگاه شده و بعد از استعفا از آن به نفع خود استفاده کرده بود، محکوم شد.^۲

نتیجه‌گیری

در شرکت‌های تجاری، زمانی که منفعت شخصی مدیر در مقابل منفعت شرکت قرار می‌گیرد و مدیر باید یکی از دو منفعت را برگزیند، تعارض منافع مدیر و شرکت محقق می‌شود. برخلاف حقوق ایران، در انگلستان و بنا بر صراحت ماده ۱۷۵ قانون شرکت‌های ۲۰۰۶، مدیران موظف‌اند تا ضمن جلوگیری از وقوع تعارض، همواره به منافع شرکت اولویت دهند. علت این تکلیف جایگاه و نفوذ مدیران در شرکت است. بنابراین حفظ منافع شرکت و سایر ذی‌نفعان ایجاب می‌کند که با وضع مقرراتی در این زمینه، از منافع آنان محافظت کرد.

تکلیف اجتناب از تعارض منافع، شامل همه اشخاصی است که با هر نام و عنوانی به امور مدیریت شرکت مشغول باشند؛ در نتیجه تکلیف یادشده، به دو رکن هیئت‌مدیره و مدیرعامل منحصر نبوده، اشخاص دیگر نظیر مدیران سایه و عملی هم به رعایت آن مکلف‌اند. البته تعارض منافع گاه به صورت غیرمستقیم و از طریق اشخاص مرتبط با مدیر نیز رخ می‌دهد. در این حالت، علاوه بر لزوم شناسایی اشخاص مرتبط با مدیر، آنچه ضروری می‌نماید «موقعیت کسب منفعتی است که در اثر ارتباط شخص وابسته به مدیر و شرکت برای مدیر شکل می‌گیرد». بنابراین، در چنین وضعیتی مدیر مکلف به اجتناب از موقعیت فراهم‌شده و سود ناشی از آن خواهد بود.

همچنین، تعارض منافع مدیر و شرکت در سه حوزه مالی، رقابتی و محرمانگی قابل تحقق است. در تعارض مالی، سخن از موقعیتی است که امکان ترجیح منافع مالی مدیر بر منافع شرکت و در نتیجه اقدام

1. Killen v Horseworld Ltd [2012] EWHC 363 (QB).

2. Bruce, Martha, **Rights and Duties of Directors 2018/19**, UK: Bloomsbury Publishing Plc, 2019, pp. 275-276.

برخلاف مصلحت شرکت، امری محتمل است. بنابراین کنترل و اعمال محدودیت بر مدیران امری بایسته است که در این رابطه، می‌توان به محدودیت‌های موجود درخصوص معاملات مدیر و شرکت و اخذ وام مدیران اشاره کرد. در تعارض رقابتی نیز با عنایت به وظیفه مدیران در حداکثرسازی منافع شرکت و حفظ حقوق سهام‌داران، مدیران از انجام هرگونه رقابت مستقیم و غیرمستقیم با شرکت ممنوع‌اند. البته این رقابت اصولاً از طریق انجام فعالیت مشابه با موضوع شرکت یا فعالیت در قامت مدیریت شرکت رقیب، سبب شکل‌گیری موقعیت تعارض خواهد شد. در نهایت، قسم سوم تعارض منافع شامل تعهد مبتنی بر حفظ اطلاعات و همچنین فرصت‌های شرکت است. بدین معنا که اولاً، مدیر شرکت تجاری باید در جهت انجام تکلیف اجتناب از تعارض، اطلاعات شرکت را محرمانه حفظ کند و از آن اطلاعات به سود خود یا دیگری بهره‌برداری نکند و ثانیاً، از آنجاکه یک شرکت در طول دوران حیات خود ممکن است با فرصت‌های مختلف و بعضاً پرسودی مواجه شود، در این موارد نیز مدیران مجاز به بهره‌برداری شخصی از این فرصت‌ها نخواهند بود. البته در مورد اخیر، این ممنوعیت زمانی بر مدیران بار می‌شود که شرکت برای استفاده از آن فرصت، توانایی عملی و حقوقی داشته و از کسب آن فرصت، منصرف نشده باشد.

توجه به این نکته نیز شایسته است که به لحاظ زمانی، اولاً تعارضی که هم‌اکنون میان منافع مدیر و شرکت محقق است و تعارضی که در آینده وقوع آن محتمل است، هر دو از اقسام تعارض منافع مدیر و شرکت به شمار می‌روند. ثانیاً، حفظ حقوق مدیران ایجاب می‌کند که مسئولیت آنان برای اجتناب از موقعیت تعارض را محدود به دوران مدیریت و در نهایت تا تعیین مدیران جایگزین دانست؛ مگر در حالتی که تعارض در زمان مدیریت وی رخ دهد و او به سبب جایگاه پیشین خود و پس از پایان دوران مدیریت، از منفعتی برخوردار شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت (شرکت‌های تجاری)**، ج ۱، چ ۲۴، تهران: سمت، ۱۳۹۶.
۲. پاسبان، محمدرضا، **حقوق تجارت**، ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۱.
۳. حسنی، حسن، **حقوق تجارت**، ج ۲، چ ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.

۴. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج. ۱، چ. ۵، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۷۹.
۵. ستوده تهرانی، حسن، **حقوق تجارت**، ج. ۲، چ. ۲۵، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۸۹.
۶. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، سرپرست تألیف و ویرایش: فرهاد قربانزاده، چ. ۱، تهران: اشجع، ۱۳۹۶.
۷. عیسائی تفرشی، محمد، **حقوق شرکت‌های تجاری**، ج. ۱، چ. ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۶.
۸. کاتوزیان، ناصر، **عقود معین (مشارکت‌ها و صلح)**، ج. ۲، چ. ۱۵، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۶.
۹. کاویانی، کوروش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، چ. ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.

مقاله

۱۰. آنامراندزاد، داود، سام محمدی و سیدحسن حسینی مقدم، «ضرورت قانونگذاری در مدیریت موقعیت‌های تعارض منافع»، *مطالعات حقوقی*، د. ۱۳، ش. ۴، ۱۴۰۰، صص. ۱-۲۴.
<https://doi.org/10.22099/jls.2021.40291.4349>
۱۱. انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، د. ۵۲، ش. ۱، ۱۴۰۱، صص. ۲۹۷-۳۲۱.
<https://doi.org/10.22059/jpls.2020.292517.2235>
۱۲. بادینی، حسن و سعید سیاه بیدی کرمانشاهی، «تحلیل مفهوم و مصادیق تعارض منافع در حقوق خصوصی»، *مجله حقوقی دادگستری*، د. ۸۵، ش. ۱۱۶، ۱۴۰۰، صص. ۲۰۹-۲۳۱.
<https://doi.org/10.22106/jlj.2020.129515.3474>
۱۳. بهرامی، حسین، «استفاده شخصی مدیر از اطلاعات محرمانه شرکت و فرصت‌های ناشی از آن با تأملی در حقوق انگلیس»، *مطالعات حقوقی*، د. ۱۴، ش. ۳، ۱۴۰۱، صص. ۱۲۷-۱۶۰.
<https://doi.org/10.22099/jls.2022.40925.4423>
۱۴. بهمنی، محمدعلی و روح‌الامین حجتی کرمانی، «چالش‌های حقوقی و فقهی شناسایی و پذیرش جوینت ونچر قراردادی و قرارداد عملیاتی مشترک نفتی در ایران»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، د. ۲۳، ش. ۹۲، ۱۳۹۹، صص. ۲۷۱-۳۰۲.
<https://doi.org/10.22034/jlr.2020.184675.1542>
۱۵. پاسبان، محمدرضا و صلاح محمودی، «بررسی تطبیقی وظیفه وفاداری مدیران شرکت و تأثیر آن بر مدیریت تعارض منافع و حفظ اطلاعات در حقوق ایران و انگلستان»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، د. ۲۳، ش. ۵۷، ۱۴۰۳، صص. ۴۰۹-۴۳۸.
<https://doi.org/10.48300/jlr.2022.352833.2127>

۱۶. حسینی، پیمان، «مفهوم مدیر عملی و مقایسه مسئولیت او با مدیر قانونی در شرکت‌های تجاری»، *پژوهشنامه حقوق تطبیقی*، د. ۲، ش. ۱، ۱۳۹۵، صص. ۱۰۶-۱۳۷. <https://doi.org/10.22080/lps.2018.11695.1118>
۱۷. دشتی، محمدتقی، زهرا زندیه و محمد مهدی‌فر، «تعارض منافع در بخش عمومی: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی)»، *پژوهش‌های نوین حقوق اداری/ایران*، د. ۵، ش. ۱۶، ۱۴۰۲، صص. ۲۵۵-۲۸۳. [10.22034/mral.2023.560129.1366](https://doi.org/10.22034/mral.2023.560129.1366)
۱۸. سیداحمدی سجادی، سیدعلی و عصمت دانش‌آرا، «نقش موضوع در اهلیت شرکت‌های تجاری در حقوق انگلیس با نگاهی به حقوق ایران و استرالیا»، *دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی*، د. ۳، ش. ۱، ۱۳۹۵، صص. ۲۷-۵۲.
۱۹. صادقیان ندوشن، مهرداد و محمود باقری، «تعارض منافع ذی‌نفعان شرکت‌ها و راهکارهای حل آن»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د. ۲۰، ش. ۳، ۱۳۹۵، صص. ۱۳۶-۱۶۳.
۲۰. عزیززاده، فاطمه، علی رضایی و حجت مبین، «بررسی چالش‌ها و موانع دسترسی به اطلاعات شرکت‌های تجاری توسط ذی‌نفعان»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، د. ۳۰، ش. ۱۱۳، ۱۴۰۲، صص. <https://doi.org/10.22034/mr.2022.4967.4786> ۲۵۳-۲۸۷
۲۱. عیسائی تفرشی، محمد و حبیب رمضانی اکردی، «مفهوم و مسئولیت مدیر سایه در حقوق شرکت‌های تجاری (مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس و ایران)»، *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، د. ۱۷، ش. ۳، ۱۳۹۲، صص. ۱۱۳-۱۳۴. [20.1001.1.22516751.1392.17.3.1.4.134-113](https://doi.org/10.22034/mr.2022.4967.4786)
۲۲. محسنی، سعید و مهسا رباطی، «تحلیل حقوقی اختیارات مدیرعامل شرکت سهامی»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، د. ۲۶، ش. ۱۶، ۱۳۹۸، صص. ۱-۳۱. <https://doi.org/10.22067/le.v26i16.54045>
۲۳. مقدم، عیسی، «تصاحب فرصت بستن قرارداد متعلق به شرکت تجاری توسط مدیر و ضمانت اجرای آن (مطالعه در حقوق انگلیس و آمریکا و ایران)»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، د. ۵۰، ش. ۴، ۱۳۹۹، صص. ۸۰۳-۸۱۸. <https://doi.org/10.22059/jlq.2020.294574.1007316>
۲۴. مقدم، عیسی، «مطالعه تطبیقی رقابت مدیر شرکت تجاری با شرکت از طریق انجام معاملاتی مشابه معاملات شرکت در حقوق انگلیس و ایالات متحده آمریکا و ایران»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، د. ۱۲، ش. ۱، ۱۴۰۰، صص. ۳۵۱-۳۶۸. <https://doi.org/10.22059/jcl.2021.310679.634078>

References:

books

1. Amid, Hassan, **Amid Persian Dictionary** (F. Ghorban Zadeh), 1th Ed, Tehran: Ashja Publishing, 2010. (In Persian)
2. Bourne, Nicholas, **Essential Company Law**, UK: Cavendish Publishing Limited, 2000.
3. Bruce, Martha, **Rights and Duties of Directors 2018/19**, UK: Bloomsbury Publishing Plc, 2019.
4. Dignam, Alan and John Lowry, **Company Law**, UK: Oxford University Press, 2012.
5. Dine, Janet and Marios Koutsias, **Company Law**, UK: Palgrave Macmillan Law Masters, 2014.
6. Erfani, Mahmoud, **Commercial Law**, Vol. 2, 3rd Ed, Tehran: Mizan Publishing, 2007. (In Persian)
7. Eskini, Rabiaa, **Commercial Law (Trading Corporations)**, Vol. 1, 24th Ed, Tehran: SAMT Publishing, 2017.
8. Goulding, Simon, **Company Law**, UK: Cavendish Publishing Limited, 1999.
9. Hasani, Hassan, **Commercial Law**, Vol. 2, 2nd Ed, Tehran: Mizan Publishing, 2015. (In Persian)
10. Isaei Tafreshi, Mohammad, **Commercial Companies Law**, Vol. 1, 3rd Ed, Tarbiat Modares University Press, 2017. (In Persian)
11. Katouzian, Nasser, **Specific Contracts (Partnerships and Settlement)**, Vol. 2, 15th Ed, Tehran: Ganj-e Danesh Publishing, 2017. (In Persian)
12. Kaviani, Kourosh, **Commercial Companies Law**, 4th Ed, Tehran: Mizan Publishing, 2014. (In Persian)
13. Keay, Andrew, **Company Directors' Liability and Creditor Protection**, New York: Informa Law from Routledge, 2023.
14. Langford, Rosemary, **Company Directors' Duties and Conflicts of Interest**, UK: Oxford University Press, 2019.
15. Lipton, Phillip, Abe Herzberg and Michelle Welsh, **Understanding Company Law**, Sydney: Thomson Reuters, 2020.
16. Pasban, Mohammadreza, **Commercial Law**, Vol. 1, 1st Ed, Tehran: Ganj-e Danesh Publishing, 2022. (In Persian)
17. Pettet, Ben, **Company Law**, Pearson Education Limited, 2005.
18. Ridley, Ann and Chris Shepherd, **Key Facts Key Cases Company Law**, London & New York: Routledge, 2015.

19. Roach, Lee, **Company Law Concentrate: Law Revision and Study Guide**, Oxford University Press, 2014.
20. Setudeh Tehrani, Hassan, **Commercial Law**, Vol. 1, 5th Ed, Tehran: Dadgostar Publishing, 2004. (In Persian)
21. Setudeh Tehrani, Hassan, **Commercial Law**, Vol. 2, 25th Ed, Tehran: Dadgostar Publishing, 2010. (In Persian)
22. Wild, Charles, Stuart Weinstein and Josephine Bisacre, **Smith and Keenan's Company Law**, Pearson Education Limited, 2009.

Articles

23. Ahren, Deirdre, "Guiding Principles for Directorial Conflicts of Interest: Re Allied Business and Financial Consultants Ltd; O'Donnell v Shanahan", *The Modern Law Review*, Vol. 74, No. 4, 2011, pp. 596-607. <https://doi.org/10.1111/J.1468-2230.2011.00862.X>
24. Annamoradnejad, Davoud, Sam Mohammadi and Seyyed Hassan Hosseini Moghadam, "Legislation Necessity in Management of Conflict of Interests", *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 4, 2021, pp. 1-24. (In Persian) 10.22099/jls.2021.40291.4349.
25. Ansari, Bagher, "Managing Conflicts of Interest in the Public Sector", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 52, No. 1, 2022, pp. 297-321. (In Persian). 10.22059/jpls.2020.292517.2235.
26. Azizzadeh, Fatemeh, Ali Rezaee, and Hojjat Mobayen, "Investigating the Challenges and Barriers of Access to the Information of Companies by Stakeholders", *Majlis and Rahbord*, Vol. 30, No. 113, 2023, pp. 253-287. (In Persian) 10.22034/mr.2022.4967.4786.
27. Badini, Hassan and Saeed Siahbidi Kermanshahi, "Analysis of the Concept and Examples of Conflict of Interest in Private Law", *The Judiciary Law Journal*, Vol. 85, No. 116, 2021, pp. 209-231. (In Persian) <https://doi.org/10.22106/jlj.2020.129515.3474>.
28. Bahmaei, Mohammad and Rooholamin Hojati Kermani, "Legal and Jurisprudential Challenges to the Recognition and Acceptance of Contractual Petroleum Joint Ventures and Petroleum Joint Operating Agreements in Iran", *Legal Research Quarterly*, Vol. 23, No. 92, 2021, pp. 271-302. (In Persian) <https://doi.org/10.22034/jlr.2020.184675.1542>.
29. Bahrami, Hossein, "Directors' Personal Use from the Confidential Information of Company and Opportunities that Result from it with Recognition in the

- British Legal System”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 3, 2022, pp. 127-160. (In Persian) <https://doi.org/10.22099/jls.2022.40925.4423>.
30. Dashti, Taghi, Zahra Zandie, Mohammad Mahdifar, “Conflict of Interests in the Public Sector: Types and Types of Legal Confrontations (Jurisprudential-Legal Analysis)”, *The Journal of Modern Research on Administrative Law*, Vol. 5, No. 16, 2023, pp. 255-283. (In Persian) 10.22034/mral.2023.560129.1366.
31. Esteban De La Rosa, Gloria and Shopovski, Jovan, “Directors’ Conflicts of Interest: Different European Legal Perspectives”, *Beijing Law Review*, Vol. 4, No. 4, 2013, pp. 174-179. <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2013.44022/>
32. Goddard, Robert, “Directors’ Duties”, *Edinburgh Law Review*, Vol. 12, No. 3, 2008, pp. 468-472.
33. Havenga, Michelle, “Directors in Competition with Their Companies”, *SA Mercantile Law Journal*, Vol. 16, No. 2, 2004, pp. 275-286.
34. Hopt, Klaus. J., “Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, A Comparative Analysis”, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2013, pp. 167-193. <https://doi.org/10.1515/ecfr-2013-0167>
35. Hosseini, Peiman, “The Notion of De Facto Director and Comparison of his Liability with a De Jure Director in the Commercial Companies (A Comparative Study of Iran and French Law)”, *Journal of Comparative Law*, Vol. 2, No. 1, 2016, pp. 106-127. (In Persian) <https://doi.org/10.22080/lps.2018.11695.1118>.
36. Isaeei Tafreshi, Mohammad and Habib Ramzani Akerdi, “The Concept and Liability of Shadow Director in the Companies Law (Comparative Study in English and Iranian Law)”, Vol. 17, No. 3, 2013, pp. 113-134. (In Persian) 20.1001.1.22516751.1392.17.3.1.4
37. Keay, Andrew, “The Authorising of Directors’ Conflicts of Interest: Getting a Balance”, *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 12, No. 10, 2012, pp. 129-162.
38. Koh, Pearlie, “A Director’s Duty of Loyalty and the Relevance of the Company’s Scope of Business: Cheng Wai Tao v Poon Ka Man Jason”, *The Modern Law Review*, Vol. 80, No. 5, 2017, pp. 927-954.
39. Lee, Rebecca Wing Chi, “Fiduciary Duty without Equity: Fiduciary Duties of Directors under the Revised Company Law of the PRC”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47, No. 4, 2007, pp. 897-926.

40. Moghaddam, Issa, "Usurping the Corporate Opportunity by Director and its Sanction (A Study in Law of English, United States & Iran)", *Private Law Studies Quarterly*, Vol. 50, No. 4, 2021, pp. 803-818. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jlq.2020.294574.1007316>
41. Moghaddam, Issa, "Comparative study of Competition of the Director of a Company with the Company through Conducting Transactions Similar to the Company's Transactions in English, United States and Iranian law", *Comparative Law Review*, Vol. 12, No. 1, 2021, pp. 351-368. (In Persian) <https://doi.org/10.22059/jcl.2021.310679.634078>.
42. Mohseni, Saeed and Mahsa Robati, "Legal Analysis of the Managing Director Authorities in the Private Joint Stock Company", *Encyclopedia of Economic Law Journal*, Vol. 26, No. 16, 2019, pp. 1-31. (In Persian) <https://doi.org/10.22067/le.v26i16.54045>
43. Pasban, Mohammadreza, Salah Mahmoodi, "A Comparative Study of the Duty of Loyalty of Company Directors and Its Impact on Conflict of Interest Management and Data Retention in Iranian and English Law", *Journal of Legal Research*, Vol. 23, No. 57, 2024, pp. 409-438. (In Persian) <https://doi.org/10.48300/jlr.2022.352833.2127>
44. Sadeghian Nodoushan, Mahmoud, Bagheri Mahmoud, "Conflict of Interests of Company Stakeholders and Its Strategies", *Comparative Law Researches*, Vol. 20, No. 3, 2016, pp. 136-163. (In Persian)
45. Seyed Ahmadi Sajadi, Seyed Ali, Esmat Danesh Ara, "The Role of Object in The Capacity of Commercial Companies in English Law with a Look into The Iranian and Australian law", *Journal of Comparative Law*, Vol. 3, No. 1, 2016, pp. 27-52. (In Persian)

Analysis of the Scope of Conflict of Interest between Director and Company in Commercial Company Law (A Comparative Study in Iranian and English Law)

Saeed Mohseni*
Faezeh Teymouri Moghaddam**
Mohammad Taqhi Nadi***
Mahsa Robati****

Received: 2025.09.30 Revised: 2025.12.04 Accepted: 2026.02.18

Abstract

The influence and position of directors in commercial companies and the impact of their decisions on the success of their respective organizations is a critical factor that highlights the necessity to consider the "Conflict of Interest Between Director and the Company" issue. In such cases, the interests of the director are pitted against those of the company, compelling the director to choose between the two. Consequently, in certain legal systems like the United Kingdom, in addition to the legal obligation of directors to avoid conflict of interest situations, this matter also holds significant importance in judicial procedures and legal doctrine. Given the lack of explicit commentary by the Iranian legislative system regarding conflict of interest in commercial companies, the present research employs a descriptive-analytical approach and draws upon the experiences from the English legal system to examine the scope of director-company conflict of interest from personal, subject-related, and time-related perspectives. According to the research findings, apart from the necessity of identifying the concept and types of commercial companies, the term "director" encompasses all individuals who, under any title and in any manner, are connected with company management and management activities. These directors are obligated to avoid any actual and potential conflicts in competitive, financial, and information-related company matters, instead prioritizing the interests of the company.

Keywords:

Competition, Conflict of interests, Fiduciary duty, Interests of the Company, Personal interest.

* Associate Professor, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran. Corresponding Author's email: s-mohseni@um.ac.ir.

** Ph.D. Student, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

*** Ph.D. Student, Faculty of Law and Political Science, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

**** Ph.D. in Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University (Farabi College), Qom, Iran.

شفافیت مالکیت مؤثر شرکت‌های تجاری در حقوق ایران و آمریکا

فیروز سکوتی*
سید محمد اسدی نژاد**
اکبر ایمان پور***

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۸/۱۱ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۱/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۳/۱۹

چکیده

شفافیت مالکیت مؤثر شرکت‌های تجاری به مفهوم لزوم مشخص بودن هویت ذی‌نفعان شرکت‌های تجاری است. مسئله این است، با اینکه شرکت تجاری شخصیت حقوقی دارد، آیا مشخص بودن ذی‌نفعان آن لازم است؟ اقتصاددانان معتقدند که حریم خصوصی امن موجب کارایی اقتصادی خواهد شد، اما چنین کارکردی می‌تواند موجب سوءاستفاده از شخصیت حقوقی شرکت شود. قانون شفافیت شرکتی در حقوق آمریکا، شرکت‌های تجاری را ملزم می‌کند که مشخصات ذی‌نفعان شرکت را در اختیار دولت قرار دهند، اما این اطلاعات در اختیار عموم مردم قرار نمی‌گیرد. در این سیستم، با احترام به حریم خصوصی افراد، رازداری جایگزین محرمانگی شده است. قانون‌گذار ایرانی در لایحه جدید قانون تجارت با بی‌توجهی به حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها، اطلاعات مربوط به شرکت‌های تجاری را غیرمحرمانه اعلام کرده است. از سوی دیگر، در حقوق ایران عمده توجه قانون‌گذار در مبحث شفافیت شرکتی به ارکان مدیریتی و مؤسسان شرکت مربوط است و نه ذی‌نفع واقعی. نگارندگان این نوشتار با روش توصیفی-تحلیلی چنین استنباط می‌کنند که شفافیت شرکتی موجب می‌شود تا از فعالیت شرکت‌های کاغذی جلوگیری شده، افراد نتوانند از شخصیت حقوقی شرکت برای انجام فعالیت‌های غیرقانونی استفاده کنند.

کلیدواژه‌ها:

حریم خصوصی، شرکت پوسته، شرکت ناشناس، شفافیت شرکتی، مالکیت مؤثر.

* دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه گیلان، رشت، ایران (نویسنده مسئول).

firoozsokouti@gmail.com

** دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

*** استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه گیلان، رشت، 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

وجود نفع مادی در افراد انگیزه‌ای می‌شود تا موجودیتی اعتباری به نام شرکت خلق کنند که به‌طور مستقل دارای اهلیت است.^۱ حقوق و تکالیف شرکت اصولاً مربوط به شخصیت حقوقی بوده، ارتباطی به ذی‌نفعان ندارد. چنین کارکردی موجب می‌شود که افراد با پنهان کردن هویت خویش، فعالیت‌های اقتصادی را در پوشش شرکت‌های تجاری انجام دهند. مزایای پنهان ماندن هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها و به تعبیر بهتر، حریم خصوصی امن در تجارت، قابل انکار نیست. امروزه تعاملات اقتصادی صرفاً تابع قیمت نیست و تمایلات شخصی افراد از قبیل نژاد، دین و قومیت، در مراودات تجاری بسیار تأثیرگذار است. حریم خصوصی امن و فعالیت افراد در قالب شرکت‌های تجاری موجب می‌شود که به‌جای تمایلات شخصی، صرفاً کیفیت کالا و خدمات ملاک انتخاب باشد.

پرسش این است که آیا باوجود شخصیت حقوقی مستقل شرکت تجاری، شناسایی ذی‌نفعان شرکت و افرادی که در ورای شخصیت حقوقی شرکت به فعالیت تجاری می‌پردازند، ضرورت دارد؟ اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، وارد موضوع شفافیت مالکیت مؤثر شرکت‌های تجاری خواهیم شد؛ چراکه این اصطلاح به مفهوم لزوم دسترسی و ثبت اطلاعات مربوط به مالکان ذی‌نفع شرکت‌هاست.

هرچند شفافیت شرکتی یک تاکتیک کلیدی است که به حاکمیت مرتبط بوده، موجب ایجاد سیستم مالی باثبات و قابل اعتماد می‌شود،^۲ افشای هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها ما را با چالش نقض حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها مواجه می‌کند. آیا برای جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی افراد از شخصیت حقوقی شرکت، باید از آثار مفید پنهان بودن هویت افراد در قبال شرکت تجاری چشم‌پوشی کرد و با آشکار کردن هویت آنان، حریم خصوصی صاحبان شرکت‌ها را نقض کرد؟ ظاهراً قانون‌گذار ایرانی در ماده ۵۰۸ لایحه جدید قانون تجارت (مصوب ۱۴۰۳/۱/۲۸) به این سؤال پاسخ مثبت داده و اطلاعات مربوط به اشخاص حقوقی را نزد مرجع ثبت شرکت‌ها غیرمحرمانه اعلام کرده است؛ اما در حقوق آمریکا، از موضعی متفاوت به موضوع پرداخته شده است. در سال ۲۰۲۱، در کشور آمریکا قانونی فدرال تحت عنوان

۱. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم‌زاده، **حقوق مدنی اشخاص و مجبورین**، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۳، ص. ۱۶۸.

2. Bhimavarapu, Venkata Mrudula, and Shailesh, Rastogi, "Effects of Corporate Transparency: Literature Review and Research Agenda", *Empirical Economics Letters*, No. 20, 2021, p. 284.

قانون شفافیت شرکتی (CTA)^۱ به تصویب رسید که از سال ۲۰۲۴ لازم‌الاجرا شد. غایت نهایی تصویب این قانون، اشراف نسبت به هویت ذی‌نفعان شرکت‌هاست؛ اما فقط دولت است که از هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها آگاهی دارد و چنین اطلاعاتی در دسترس عموم قرار نمی‌گیرد. در واقع، کارکرد قانون شفافیت شرکتی در حقوق آمریکا چنین است که «رازداری» جایگزین «محرمانگی» شده و از این طریق حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها از تجاوز مصون مانده است؛ به این مفهوم که هرچند هویت ذی‌نفعان شرکت‌های تجاری برای سازمان‌های مجری قانون معلوم است، عموم مردم به این اطلاعات دسترسی ندارند.^۲

انتخاب مطالعه تطبیقی حقوق ایران و آمریکا درخصوص شفافیت مالکیت مؤثر شرکت‌های تجاری برای درک بهتر تفاوت‌های موجود صورت گرفته است. از تمایزات اساسی این دو سیستم حقوقی می‌توان به دامنه مالکیت مؤثر شرکت‌های تجاری و نیز حفاظت از اطلاعات حریم خصوصی اشاره داشت. درحالی‌که که افق دید قانون‌گذار ایرانی عمدتاً مربوط به ارکان مدیریتی شرکت‌هاست، در حقوق آمریکا کشف و ارائه اطلاعات ذی‌نفع واقعی شخصیت حقوقی مدنظر قرار دارد. ازسوی دیگر، برخلاف لایحه جدید قانون تجارت کشور ما که نسبت به لزوم احترام به حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها بی‌توجه است، این مهم در حقوق آمریکا با اهمیت بالاتری لحاظ شده است. هدف از این پژوهش تبیین آثار مثبت قواعد مربوط به شفافیت شرکتی در حقوق آمریکا و تطبیق موضوع با موضع قانون‌گذار ایرانی است تا از این طریق نواقص قانونی موجود در حقوق ایران شناسایی و راهکاری برای ترمیم آن ارائه شود. این نوشتار با روش تحقیق توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای تدوین یافته است.

۱. شخصیت حقوقی شرکت‌ها؛ محرک اقتصادی یا پوشش سوءاستفاده؟

شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری به این مفهوم است که شرکت به تجویز قانون‌گذار و به صورت مستقل از اعضا، صلاحیت دارا شدن حق و تکلیف را دارد.^۳ از دیرباز عقیده اقتصاددانان بر این بوده است که حریم خصوصی امن موجب تجارت بهتر خواهد شد.^۴ حتی امروزه نیز بسیاری معتقدند تعاملات

1. "Corporate Transparency Act," H. R. 6395—1217.

https://www.fincen.gov/system/files/shared/Corporate_Transparency_Act.pdf.

2. Moon, William J., "Anonymous Companies", *Duke LJ*, No. 71, 2022, p. 1436.

۳. پاسبان، محمدرضا، *حقوق تجارت، اشخاص حقوقی و شرکت‌های تجاری*، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۲، ص. ۳۹.

4. Williams, Mary-Anne, "Privacy Management, The Law and Global Business Strategies: A Case for Privacy Driven Design", In *AAAI Spring Symposium: Social Semantic Web: Where Web 2.0 Meets Web 3.0*, 2009, p. 71.

اقتصادی صرفاً تابع کیفیت و قیمت کالا نیست و ممکن است گرایش‌های شخصی افراد بر نحوه تعاملات اقتصادی تأثیرگذار باشد.^۱ برخی بر این باورند که قالب‌های شرکتی برای پنهان کردن هویت افراد ذی‌نفع، این امکان را به اقلیت رانده شده از صحنه اجتماع می‌دهد که در تجارت، رقابت عادلانه‌ای داشته باشند؛ به گونه‌ای که به جای گرایش‌های جنسی، عقیدتی و سیاسی، صرفاً کیفیت کالا یا خدمات ملاک اصلی رقابت باشد.^۲ در این بخش، ابتدا آثار اقتصادی مثبت وجود شخصیت حقوقی شرکت بررسی شده، سپس به چگونگی سوءاستفاده افراد از شخصیت حقوقی و آثار منفی شرکت‌های کاغذی پرداخته خواهد شد.

۱.۱. شخصیت حقوقی شرکت به عنوان محرک اقتصادی

قالب شخصیت حقوقی شرکت، موجب پنهان ماندن هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها شده، از این طریق، بهترین فرصت برای انجام برخی فعالیت‌های مثبت ایجاد می‌شود. رقابت تجاری عادلانه و به دور از تعصبات شخصی، افزایش خطرپذیری در فعالیت‌های اقتصادی و اجرای طرح‌های مربوط به سیاست‌های حکومت، فقط برخی از مزایای فعالیت در ورای شخصیت حقوقی شرکت است.

۱.۱.۱. رقابت تجاری عادلانه و بدون تعصب شخصی

احترام به حریم خصوصی و پنهان ماندن هویت ذی‌نفعان شرکت‌های تجاری منافع اقتصادی مهمی را ایجاد خواهد کرد. امروزه بسیاری از تعاملات تجاری از عوامل شخصی همچون قومیت، مذهب، نژاد، و گرایش‌های سیاسی تأثیر می‌پذیرند. تحقیقات نشان می‌دهد که رابطه منفی معناداری میان قوم‌گرایی و تمایل به خرید کالاهای خارجی وجود دارد.^۳ در صورتی که در چنین جامعه متعصبی، افراد از غیربومی بودن ذی‌نفعان شرکت‌های تجاری آگاه شوند، تعاملات تجاری ایشان تحت تأثیر قرار خواهد گرفت؛ همچنین است در صورتی که در جوامع متعصب اسلامی، مردم از غیرمسلمان بودن ذی‌نفعان شرکت‌ها مطلع شوند.

حل و فصل چنین تعصباتی که ریشه در فرهنگ و عقاید جوامع دارد به آسانی میسر نیست. باورهای که در طول سالیان شکل گرفته‌اند به سختی منعطف خواهند شد. امروزه در کشوری همچون آمریکا نیز

1. Calo, Ryan, "Privacy and markets: a love story", *Notre Dame L. Rev.* No. 91, 2015, p. 649.

2. Moon, "Op.cit", p. 1465.

۳. لاریجانی، نرگس و همکاران، «بررسی رابطه بین قوم‌گرایی و تفکر جهانی مصرف‌کنندگان با تمایل به خرید محصولات خارجی از طریق تعدیل گرای قضاوت درباره محصولات داخلی»، *دومین کنفرانس مدیریت و اقتصاد در قرن ۲۱*، تهران، ۱۳۹۵، ص. ۹۱۲.

عقاید نژادپرستانه همچنان یکی از تمایلات رایج در بسیاری از افراد جامعه است که بر تعاملات تجاری و اقتصادی افراد تأثیرگذار است و حتی شروع جنبش عدالت نژادی از سال ۲۰۲۰ دستاورد سیاسی و حقوقی چندانی نداشته است.^۱ استفاده از قالب‌های شرکتی بهترین راهکار برای دور زدن تعصبات شخصی است. افراد با هر دین، نژاد، قومیت و با هر دیدگاه سیاسی می‌توانند با پنهان کردن اطلاعات شخصی خویش، در قالب شرکت‌های ناشناس فعالیت داشته باشند. چنین وضعیتی موجب می‌شود کیفیت کالا یا خدمات، مؤلفه اصلی رقابت باشد.

۱.۱.۲. افزایش خطرپذیری در فعالیت‌های اقتصادی

تشکیل شرکت برای پذیرش ریسک اقتصادی بسیار مفید است.^۲ قالب شرکت‌های ناشناس بهترین فرصت را برای سرمایه‌گذاران خطرپذیر فراهم می‌کند. این گروه از سرمایه‌گذاران افرادی‌اند که ریسک بالای سرمایه‌گذاری در شرکت‌های نوپا را که اغلب دانش‌بنیان‌اند، از منظر اقتصادی می‌پذیرند.^۳ سرمایه‌گذاری در چنین پروژه‌هایی از طریق شرکت‌های تجاری و پنهان بودن هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها این امکان را به‌وجود می‌آورد که در صورت شکست پروژه، اعتبار تجاری صاحبان سرمایه خدشه‌دار نشود.

۱.۱.۳. اجرای طرح‌های مربوط به سیاست‌های حکومتی

گاهی سیاست‌های کلی حاکمیت، اقتضای اجرای طرح‌هایی را دارد که با منافع شخصی یا عقاید برخی گروه‌ها همخوانی ندارد. ناشناس بودن هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها لازمه انجام چنین فعالیت‌هایی است. در جامعه کنونی ایران، سیاست‌های کلی در مورد انتقال آب از یک منطقه به منطقه‌ای دیگر بهترین مثال برای این کارایی شرکت‌های ناشناس است. پروژه‌های انتقال آب معمولاً با مخالفت مردمان محلی مواجه می‌شود. چنین مخالفت‌هایی در برخی موارد موجب درگیری‌های بسیار شدید نیز شده است؛ برای نمونه در سال ۱۳۹۵ در استان سیستان و بلوچستان به دلیل مخالفت مردم با پروژه انتقال آب از سبزکوه به بروجن، درگیری‌هایی به‌وجود آمد که موجب کشته و زخمی شدن ۳۱ نفر شد.^۴ واضح است که

1. Hamilton, Vivian E., "Reform, retrench, repeat: The campaign against critical race theory, through the lens of critical race theory", *Wm. & Mary J. Race Gender & Soc. Just.*, No. 28, 2021, p. 91.

2. Haward, Samuel., "Procedure at the Intersection of Law and Equity: Veil Piercing and the Seventh Amendment", *Notre Dame L. Rev.*, No. 98, 2022, p. 1799.

۳. سلطانی، محمد و نسیم گهرسودفرد، «سرمایه‌گذاری خطرپذیر و سهام ممتاز»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، ش. ۳۷، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۶.

۴. به نقل از سایت خبر آنلاین (<https://www.khabaronline.ir>)، کد خبر: ۵۵۸۲۳۹ تاریخ خبر: ۱۳۹۵/۴/۳۰ ساعت ۰۴:۵۲.

ناشناس بودن هویت ذی‌نفعان شرکت‌های پیمانکار مجری چنین طرح‌هایی، بسیار ضروری است. استفاده از قابلیت شرکت‌های ناشناس برای انجام فعالیت‌های خطرناک در آمریکا نیز مسبوق به سابقه است. در شرایطی که به دلیل ترس از فعالان ضد سقط جنین، هیچ شرکتی حاضر به مشارکت در توزیع داروی سقط جنین نبود، اولین دوره از داروهای سقط جنین در سال ۱۹۹۰ در آمریکا از سوی شرکت‌های ناشناس عرضه شد.^۱ باید توجه داشت که در آن زمان، نگرانی از مخالفان سقط جنین بسیار جدی بود؛ چراکه در جریان خشونت‌های ایجادشده از جانب این افراد، چندین پزشک که در فعالیت‌های سقط جنین مشارکت داشتند به قتل رسیدند.

۱.۲. شرکت‌های کاغذی

تحقق شرکت‌های کاغذی^۲ (پوسته) از مهم‌ترین مصادیق سوءاستفاده افراد از شخصیت حقوقی شرکت است که واجد آثار منفی بسیاری خواهد بود. در حقوق ایران، بند ۱۲ ماده نخست دستورالعمل اجرایی شناسایی و پیشگیری از تشکیل و فعالیت شرکت‌های صوری (مصوب ۱۴۰۳/۵/۲۷)، این شرکت را چنین تعریف می‌کند: «شخصیت حقوقی که مطابق با تشریفات قانونی به ثبت می‌رسد؛ به نحوی که در تمام یا بخشی از دوره فعالیت خود اقدام به فعالیت غیرواقعی یا کاغذی نظیر صدور و فروش صورت حساب‌های غیرواقعی یا واگذاری امتیازات یا در اختیار قرار دادن حساب‌های بانکی، فرارهای مالیاتی، پول‌شویی، قاچاق کالا و ارز، احتکار، گران‌فروشی، اخذ تسهیلات مالی یا ارزی، عام‌ایفای تعهدات یا مسئولیت‌های قانونی و یا سایر موارد به نفع خود و دیگران عمل می‌نماید».

۱.۲.۱. تمایز شرکت کاغذی از شرکت ناشناس^۳

برخی حقوق‌دانان معتقدند که ناشناس بودن هویت افراد، عنصری مهم برای فعالیت‌های غیرقانونی است.^۴ هرچند ناشناس بودن ذی‌نفعان، یکی از عناصر مهم شرکت‌های ناشناس و شرکت‌های کاغذی است، اما ضرورت دارد میان این دو مفهوم تفاوت قائل شویم؛ همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان غربی بیان داشته‌اند، عبارت «شرکت ناشناس» لزوماً حاوی بار معنایی منفی نیست.۵ ناشناس ساختاری مجزا از

1. Moon. *Op.cit.*, p. 1426.

2. Shell Companies.

3. Anonymous Companies.

۴. طباطبایی حصار، نسرين و سروش صفی‌زاده، «شرکت‌های کاغذی و راهکارهای مقابله با آنها در پرتو آسیب‌شناسی نظام ثبت شرکت‌ها»، *مجله حقوقی دادگستری*، ش. ۸۷، ۱۴۰۲، ص. ۲۴۹.

5. Das, Ishita. "Shell Companies and Their Role in Corporate Restructuring", *Available at SSRN 2315455*, 2013, P. 2.

شرکت کاغذی و صوری دارد. همسان دانستن این دو مفهوم از آنجا ناشی شده که تمایزی میان شرکت و فعالیت آن صورت نگرفته و صرفاً به فعالیت‌های منفی این شرکت‌ها پرداخته شده است. برای یافتن تمایز این دو مفهوم باید ساختار عملی آنها بررسی شود. شرکت کاغذی یا همان شرکت پوسته، شرکتی است که عملاً فاقد ساختار مادی بوده، هیچ کسب‌وکار فعالی ندارد و صرفاً به‌شکلی صوری تشکیل شده است تا به‌عنوان پوسته و پوششی برای شرکت‌های دیگر باشد.^۱ در مقابل، شرکت ناشناس شرکتی است که هرچند عموم مردم از مشخصات مالکان شرکت بی‌اطلاع‌اند،^۲ این شرکت در عرصه تجارت به‌وجود آمده و عملاً دارای فعالیت اقتصادی است و صرفاً هویت ذی‌نفعان شرکت برای عموم مردم آشکار نیست. در حقوق آمریکا بین شرکت ناشناس و کاغذی تمییز قائل شده‌اند و معیار این تمییز نیز در ساختار مادی شرکت نمود یافته است. بخش H. R. 6395-1222 قانون شفافیت شرکتی، شامل مقرره‌هایی است که در صورت رعایت شدن، شرکت از الزامات مربوط به اطلاع‌رسانی ذی‌نفعان معاف خواهد شد. این موارد عبارت‌اند از: ۱- شرکت در آمریکا حضور فیزیکی داشته باشد. ۲- شرکت بیش از ۲۰ نفر را استخدام کند. ۳- درآمد سالانه شرکت بیش از ۵ میلیون دلار باشد.

۱.۲.۲. شرکت‌های کاغذی به‌عنوان پوشش سوءاستفاده

شرکت‌های کاغذی در ظاهر، نهادی قانونی و مستقل‌اند که برای جداسازی و پنهان کردن هویت مالکان واقعی خود استفاده می‌شوند.^۳ چنین کارکردی، امکان بالقوه انجام فعالیت‌های غیرقانونی را فراهم می‌آورد که فرار مالیاتی، دور زدن تحریم‌های بین‌المللی، پول‌شویی و فرار از مسئولیت‌های قراردادی، نمونه‌هایی از این فعالیت‌هاست.

۱.۲.۲.۱. امکان دور زدن تحریم‌های بین‌المللی

یکی دیگر از نتایج فعالیت در قالب شرکت تجاری و پنهان بودن هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها، امکان دور زدن تحریم‌های بین‌المللی است. نمونه بسیار مشهور بین‌المللی درمورد مدیریت پنهان شرکت، مربوط است به یک تبعه چینی ۶۷ ساله به نام لو ژوانگ.^۴ در سال ۲۰۰۹، یک هواپیمای روسی که در مسیر پرواز از کره شمالی به ایران جهت سوخت‌گیری در بانکوک فرود می‌آید. طبق اطلاعات بارنامه،

1. O'Leary, Brendan. "The Corporate Transparency Act: A step toward broken shells", *J. Legis*, No. 47, 2021, p. 136.

2. Moon, "Op.cit", p. 1426.

3. Jancsics, D., **Shell companies and government corruption**. In *Global encyclopedia of public administration, public policy, and governance*, 2018, p.1.

4. <https://www.icij.org/investigations/offshore/geoffrey-taylor/>

هوایما حامل تجهیزات یدکی حفاری نفت بوده است؛ اما در بازرسی از هوایما، مواد منفجره‌ای به میزان ۳۰ تن کشف می‌شود. با توجه به اینکه هر دو کشور ایران و کره شمالی از سوی سازمان ملل متحد تحریم شده‌اند، لذا تلاش‌ها برای شناسایی عاملان این مبادله آغاز، و معلوم می‌شود که هوایما از سوی شرکت SP Trading اجاره شده که تنها مدیر آن فردی است که با نام لو ژوانگ ثبت شده است. جالب اینکه کاشف به عمل می‌آید که وی به عنوان یک آشپز در رستورانی مشغول به کار بوده و کاملاً از موضوع بی اطلاع است. او صرفاً اقدام به امضای اوراق مدیریتی شرکت کرده بود.^۱

۱.۲.۲.۲ پولشویی

شرکت‌های پوخته، بخش جدایی‌ناپذیر از فرایند پول‌شویی‌اند؛ چراکه افتتاح حساب از طریق این شرکت‌ها فرایند شناسایی مالک ذی‌نفع را بسیار دشوار می‌سازد.^۲ برای نمونه، یکی از مشهورترین پرونده‌های دادگاه‌های آمریکا درخصوص پول‌شویی از طریق شرکت‌های پوخته، مربوط به پسر رئیس‌جمهور گینه است که در ایالت کالیفرنیا با استفاده از چندین شرکت ناشناس پوخته، مبلغ ۳۵ میلیون دلار پول‌شویی کرده است.^۳

۱.۲.۲.۳ فرار مالیاتی

روش استفاده از شرکت‌های کاغذی برای فرار مالیاتی این گونه است که زنجیره‌ای از شرکت‌هایی که هویت ذی‌نفعان آنها ناشناس است در حوزه‌های قضایی کشورهای مختلف تشکیل می‌شوند.^۴ گسترش لایحه‌های مختلف شرکت در حوزه‌های قضایی متفاوت امکان ناشناس بودن را فراهم می‌کند؛ چراکه کشورهای مختلف از سیاست‌های یکسانی درخصوص شفافیت پیروی نمی‌کنند و وجود برخی از لایحه‌های شرکت در کشورهایی که نسبت به شفافیت شرکتی بی‌توجه‌اند، امکان انتقال دارایی به این شعبات و فرار مالیاتی را تسهیل می‌کند.

۱. هرچند لو ژوانگ به دلیل ارائه اطلاعات نادرست در نیوزلند مجرم شناخته شد، اما به دلیل عدم مداخله در اعمال مجرمانه بسیار زود آزاد شد:

"<https://www.icij.org/investigations/offshore/geoffrey-taylor/...>".

2. Tiwari, Milind, Adrian Gepp, and Kuldeep Kumar, "Using Data Analytics to Distinguish Legitimate and Illegitimate Shell Companies," *Journal of Economic Criminology*, Vol. 7, 2025, p. 100123. P: 1.

3. Congress, U. S., "Senate hearings", *Committee on Finance, Tariff Act of*, No. 5, 1929 : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CRECB-1929-pt5-v70/pdf/GPO-CRECB-1929-pt5-v70-4-1.pdf>

4. Pacini, Carl, and Nate Wadlinger, "How shell entities and lack of ownership transparency facilitate tax evasion and modern policy responses to these problems", *Marq. L. Rev.*, No. 102, 2018, p. 129.

۲. رویکردهای نظارتی در حقوق آمریکا و ایران

سوءاستفاده افراد از شخصیت حقوقی شرکت برای انجام فعالیت‌های غیرقانونی و ظهور شرکت‌های کاغذی و پوسته، قانون‌گذاران ایرانی و آمریکایی را بر آن داشته است تا با رصد اطلاعات هویتی مالکان ذی‌نفع شرکت‌ها، در مقام محدود نمودن دامنهٔ چنین فعالیت‌هایی باشند. اما رویکرد قانون‌گذاران ایران و آمریکا درخصوص دامنهٔ شفافیت کاملاً متفاوت است.

۲.۱. قانون شفافیت شرکتی در حقوق آمریکا

اولین توجه جدی به آثار منفی حفاظت مطلق از هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها و لزوم تحقق شفافیت شرکتی، مربوط به آوریل سال ۲۰۱۶ است. در این سال از یک منبع ناشناس تعداد ۱۲ میلیون سند محرمانه که قدمت آنها به اوایل سال ۱۹۷۰ بازمی‌گشت از شرکت پانامایی Massack Fonesca درز کرد که بعدها به اسناد پاناما معروف شد.^۱ مفاد اسناد حاکی از این بود که بسیاری از ثروتمندان و سیاستمداران همچون پوتین و پادشاهان سعودی و کسانی که در فعالیت‌های غیرقانونی مانند پول‌شویی و مواد مخدر فعالیت دارند، از قالب شرکت‌های پوسته برای محافظت از دارایی‌های مشکوک استفاده می‌کنند.^۲

اسناد پاناما سوءاستفاده برخی افراد از منطقهٔ امن حریم خصوصی و لزوم مداخلهٔ دولت را آشکار ساخت. در همین راستا، اتحادیهٔ اروپا و نیز کشورهای آسیای شرقی قوانین مختلفی در خصوص لزوم شفافیت ارائه کردند. اما نمی‌توان منکر شد که هنوز ارادهٔ مطلق بین‌المللی برای شفافیت مالکیت مؤثر وجود ندارد و به‌دلیل کارشکنی برخی سیاستمداران، شفافیت به‌کندی پیش می‌رود.^۳ قانون شفافیت شرکتی در حقوق آمریکا به‌عنوان بخشی از قانون مجوز دفاع ملی در دسامبر سال ۲۰۲۰ از سوی کنگره تصویب شد.^۴ در این سال با تصویب قانون شفافیت شرکتی (CTL)، شرکت‌ها به ارائهٔ اطلاعات مربوط به ذی‌نفعان به دولت ملزم شدند.

۲.۱.۱. الزامات گزارش‌دهی شرکت‌ها

بخش ۶۳۹۵-۱۲۱۸ قانون شفافیت شرکتی که مربوط به الزامات گزارش اطلاعات مالکیت ذی‌نفع است، مقرر می‌دارد که هرگاه فردی درخواست تشکیل یک شرکت تجاری و یا فعالیت شرکت خارجی در

1. Zaidi, Syed Haider Ali, et al., "Panama Papers and the dilemma of global financial transparency", *International Journal of Modern Research in Management* 1, No. 2, 2017, p. 18.

2. Weisbord, Reid K., "A catharsis for US trust law: American reflections on the Panama papers", *Colum. L. Rev. Online*, No. 116, 2016, p. 93.

3. Sorger, Andreas-Johann. "Breaking the trust: the case for regulating anonymous shell companies", PhD diss., University of St Andrews, 2020. P: 26.

4. Pub. L. No. 116-283, 134 Stat. 3388, 2021.

ایالات متحده آمریکا را ثبت کند، باید نام قانونی، تاریخ تولد، آدرس فعلی و نیز شماره شناسایی کارت ملی یا گذرنامه به همراه تصویر مدرک شناسایی درخواست‌کننده از سوی نهاد گزارش‌دهنده به شبکه مقابله با جرایم مالی ارائه شود. شبکه مقابله با جرایم مالی موظف است اطلاعات ارائه‌شده از سوی نهاد گزارش‌دهنده را به مدت پنج سال پس از خاتمه فعالیت شرکت نگهداری کند؛ این اطلاعات محرمانه است و قابل انتشار نخواهد بود.^۱

۲.۱.۲. شرایط معافیت از قانون

در حقوق آمریکا، دامنه قانون شفافیت شرکتی، مربوط به شرکت‌های خصوصی و کوچک است. بخش H. R. 6395-1222 این قانون مقرر می‌دارد: شرکت‌هایی که بیش از ۲۰ نفر را استخدام کنند یا درآمد سالانه شرکت بیش از ۵ میلیون دلار باشد، از الزامات این قانون معاف خواهند بود. در واقع در حقوق این کشور، شرکت‌های بورسی تابع قوانین سخت‌گیرانه‌ای تحت عنوان قانون بورس و اوراق بهادار ۱۹۳۴^۲ هستند. براساس ماده 13D و 13G این قانون، افشای اطلاعات اشخاص و نهادهایی که بیش از ۵ درصد از سهام یک شرکت بورسی را در اختیار داشته باشند، الزامی است.^۳ به‌منظور محدود کردن شمول قانون به شرکت‌های کوچک، بخش ۶۳۹۵-۱۲۲۰ همین قانون مقرر کرده است که شرکت‌های سهامی عام، بانک‌ها و مؤسسات اعتباری بزرگ که تابع قوانین خاصی‌اند، از شمول قانون شفافیت شرکتی خارج‌اند. از سوی دیگر، برای شرکت‌های راکد (غیرفعال) شرایطی در نظر گرفته شده است که این شرکت‌ها را از الزامات گزارش‌دهی معاف می‌کند. به‌موجب بخش ۶۳۹۵-۱۲۲۳ قانون یادشده، اگر شرکتی که غیرفعال و فاقد هرگونه دارایی است، سابقاً به مدت بیش از یک سال فعالیت داشته، اما در وضعیت فعلی به هیچ فعالیت تجاری مشغول نباشد و به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم متعلق به افراد خارجی نباشد، مشروط به اینکه در یک سال آخر فعالیت شرکت، تغییری در مالکیت آن به‌وجود نیامده و جوهی بیش از هزار دلار را کسب نکرده باشد، از الزامات گزارش‌دهی معاف خواهد بود.

۲.۱.۳. ضمانت اجرای عدم شفافیت

ضمانت اجرای تخلف از الزامات گزارش‌دهی شرکت‌ها، در بخش ۶۳۹۵-۱۲۳۴ قانون مذکور درج شده و مجازات‌های تعیین‌شده نیز بسیار سنگین است. ارائه آگاهانه اطلاعات نادرست یا ناقص،

۱. بخش ۶۳۹۵-۱۲۲۷ قانون شفافیت شرکتی.

2. Securities Exchange Act of 1934.

3. Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78m(d), Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78m(g).

دست‌کاری اطلاعات و نیز عدم به‌روزرسانی اطلاعات، موجب جریمه مدنی روزانه ۵۰۰ دلار (تا زمان تکمیل و یا تصحیح اطلاعات) و نیز جزای نقدی تا سقف ده هزار دلار و تا دو سال زندان خواهد بود. چالش به‌وجود آمده درخصوص مسئولیت پرداخت جریمه مدنی و جزای نقدی این است که آیا ذی‌نفع شرکت ملزم به پرداخت این مبالغ خواهد بود یا خود شرکت؟ در رویه قضایی، برخی قضات آمریکایی، ذی‌نفعان شرکت‌ها را مسئول پرداخت این جریمه‌ها می‌دانند و مبنای استدلال آنان چنین است که هرچند قانون‌گذار در قانون شفافیت شرکتی، اشخاص حقوقی داخل و خارجی را تعریف می‌کند، اما در بخش مجازات‌ها، از چنین عباراتی استفاده نمی‌کند؛ افزون‌بر این، تعیین مجازات حبس نیز بیانگر این است که عبارات قانون می‌تواند صرفاً بر افراد ذی‌نفع تفسیر شود و نه نهادهای گزارش‌دهنده.^۱

۲.۲. شفافیت شرکتی در حقوق ایران

تاکنون در حقوق ایران قانون‌گذار موضع صریحی در این خصوص ارائه نکرده است، اما از برخی مواد، همچون ماده ۵۰۸ لایحه جدید قانون تجارت مصوب ۱۴۰۳، می‌توان استنباط نمود که این مهم اخیراً و به‌صورت کاملاً سطحی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. برخلاف قانون تجارت و نیز قانون ثبت شرکت‌ها که درخصوص شرکت‌های غیربورسی در باب افشای عمومی اطلاعات مربوط به مالکیت شرکت‌ها الزامی ایجاد نکرده‌اند، دستورالعمل اجرایی افشای اطلاعات شرکت‌های ثبت‌شده نزد سازمان بورس و اوراق بهادار (مصوب ۱۳۸۶/۵/۳ هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) به این مهم پرداخته است. به‌موجب بند «ج» ماده ۱۳ این دستورالعمل، در صورتی که تغییرات عمده‌ای در ساختار مالکیت ناشر ایجاد شود، به‌گونه‌ای که کنترل شرکت تغییر یابد یا این تغییر موجب ادغام، تحصیل یا ترکیب مالکیت گردد، ناشر مکلف به افشای فوری این اطلاعات است.

۳. ذی‌نفعان شرکت؛ رویکرد متفاوت در حقوق ایران و آمریکا

در حقوق آمریکا، عملکرد قانون شفافیت شرکتی این‌گونه است که شرکت‌ها را ملزم می‌کند هویت ذی‌نفعان خود را به fincen^۲ اعلام کنند؛^۳ اما اطلاعات ذی‌نفعان محرمانه محسوب می‌شود و در اختیار

1. Nat'l Small Bus. United v. Yellen, 721 F.Supp. 3d 1260, 1269 (N.D. Ala. 2024).

2. Financial Crimes Enforcement Network.

3. O'Leary, Brendan. "The Corporate Transparency Act: A step toward broken shells", *J. Legis*, No. 47, 2021, p. 138.

عموم قرار نمی‌گیرد.^۱ در حقوق این کشور، مالک ذی‌نفع، فرد یا افرادی حقیقی است که به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم و از طریق هرگونه قرارداد، تفاهم، رابطه و غیره، بر شرکت کنترل اساسی دارد؛ یا ۲۵ درصد از سهام شرکت تحت مالکیت یا کنترل او باشد؛ در این صورت، کنترل شرکت می‌تواند در قالب مدیریت شرکت یا نمایندگی از شخص ثالث صورت پذیرد.^۲

در حقوق ایران، ماده ۵۰۸ لایحه جدید قانون تجارت مصوب ۲۸ فروردین ۱۴۰۳ مقرر می‌دارد که اطلاعات مربوط به اشخاص حقوقی نزد مرجع ثبت، غیرمحرمانه محسوب می‌شود و براین اساس، مرجع ثبت شرکت‌ها مکلف شده است که این اطلاعات را به‌صورت الکترونیکی در دسترس عموم قرار دهد. به‌موجب مواد ۵۱۴ و ۵۱۵ لایحه یادشده، این اطلاعات مربوط است به شخص حقوقی، هویت مؤسسان و نیز تعیین مالک آورده‌های غیرنقدی. چنین رویکردی از این نظر که امکان دسترسی به بخش بزرگی از اطلاعات مربوط به شرکت‌های تجاری را برای عموم فراهم می‌سازد، بسیار کاربردی خواهد بود. باوجوداین، رویکرد قانون‌گذار از دو جهت دارای ایراد اساسی است: اول اینکه هیچ توجهی به امکان نقض حریم خصوصی صاحبان شرکت‌ها نکرده و این درحالی است که دسترسی گسترده عموم به اطلاعات مالکان ذی‌نفع شرکت‌ها ممکن است آنان را تحت فشار قرار دهد و به‌مانند شمشیری عمل نماید که حسن نیت موجود در ورای شفافیت شرکتی را قطع کند.^۳ چالش دیگری که در حقوق ایران وجود دارد این مهم است که هرچند ماده ۵۶۱ لایحه پیش‌گفته، سمت مدیریت را قائم به شخص اعلام کرده است تا از این طریق امکان سوءاستفاده از سمت مدیریت را با کاربرد قالب‌هایی همچون وکالت یا نمایندگی محدود نماید، اما الزامات مربوط به شفافیت صرفاً درخصوص ارکان مدیریتی و مؤسسان شرکت‌ها است و قانون‌گذار توجهی به مفهوم ذی‌نفع واقعی (به مفهوم فردی حقیقی که حتی به شکل غیرمستقیم و از طریق نمایندگی یا وکالت بر شرکت کنترل قابل توجهی داشته باشد) نداشته است.

همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، در حقوق آمریکا، منظور از مالکان ذی‌نفع، فرد یا افراد حقیقی‌اند. فی‌الواقع در حقوق این کشور، اگر یکی از مؤسسان شرکت، شخص حقوقی باشد، سلسله شفافیت‌سازی باید تا آنجا گسترش یابد تا به یک فرد حقیقی منتهی شود. این درحالی است که در حقوق ایران، مستنبط

۱. بخش ۱۲۲۷-۶۳۹۵ قانون شفافیت شرکتی.

۲. بخش ۱۲۱۸-۶۳۹۵ قانون شفافیت شرکتی.

3. Lakhani, Avnita, "Imposing Company Ownership Transparency Requirements: Opportunities for Effective Governance of Equity Capital Markets or Constraints on Corporate Performance", *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.*, No. 16, 2016, p. 130.

از تبصره ۲ ماده ۵۱۵ لایحه یادشده، شخص حقوقی نیز می‌تواند مؤسس شرکت باشد و در چنین وضعیتی، صرف اعلام مشخصات مربوط به شخص حقوقی برای ثبت شرکت کفایت خواهد کرد. در واقع، از آنجا که قانون‌گذار در ماده ۵۰۳ این لایحه، اشخاص حقوق خصوصی ثبت‌نشده در ایران را تابع قانون کشوری اعلام کرده که در آنجا به ثبت رسیده‌اند، این امکان فراهم است که شرکت‌های ناشناس پوستانه‌ای که در خارج از کشور به ثبت رسیده‌اند، به عنوان مؤسس در داخل کشور اقدام به تأسیس شرکتی کنند که هویت ذی‌نفعان واقعی آنها عملاً ناشناس باشد.

۴. تعارض حریم خصوصی امن و شفافیت شرکتی

یکی از مهم‌ترین مباحثی که در باب شفافیت شرکتی مورد توجه قرار می‌گیرد، تعارض آن با احترام به حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌هاست. اهمیت موضوع آن چنان زیاد است که برخی معتقدند بزرگ‌ترین هزینه شفافیت شرکتی، نقض حریم خصوصی صاحبان شرکت‌ها است.^۱ از یک سو، مقابله با فعالیت‌های غیرقانونی در کالبد اعتباری شرکت، مستلزم دسترسی به اطلاعات مربوط به مالکان ذی‌نفع است و از سوی دیگر، احترام به حریم خصوصی ذی‌نفعان، امری ضروری است. سؤال این است که چنین تعارضی چگونه قابل حل خواهد بود؟

۴.۱. نظریه فقدان تعارض

برخی حقوق‌دانان معتقدند که اساساً تعارضی میان احترام به حریم خصوصی و شفافیت شرکتی وجود ندارد؛ چرا که شفافیت شرکتی صرفاً اطلاعات مربوط به مالکیت را افشا می‌کند و موضوع مالکیت نیز یک امر عمومی است؛ اما جنبه‌های حساس‌تر مانند گرایش مذهبی، جنسی و سیاسی فرد از طریق احترام به حریم خصوصی افراد حفظ می‌شود.^۲ از نظر مبنایی، این استدلال به سبب اینکه بین شناسایی فرد و حریم خصوصی تفاوت قائل می‌شود، درست به نظر می‌رسد. توضیح اینکه بخشی از اطلاعات شخص دارای دو رکن موضوع (شخص موردنظر) و محمول (اطلاعات مربوط به آن شخص) است. برای مثال، وقتی گفته می‌شود دکتر مصدق لایحه قانونی استقلال قانون وکلای دادگستری را تصویب کرد، در این جمله دکتر مصدق، موضوع، و تصویب لایحه قانونی استقلال قانون وکلای دادگستری، محمول است.

1. Lakhani, Avnita, "Ownership Transparency Requirements", 2016, p. 161.

2. Knobel, Andres, "Privacy Washing & Beneficial Ownership Transparency-Dismantling the Weaponisation of Privacy Against beneficial Ownership Transparency", Available at SSRN 4783010, 2024, pp. 9-11.

وقتی موضوع یک جمله، معلوم و محمول آن مجهول باشد، با حریم خصوصی مواجهیم و برعکس، در صورتی که محمول جمله مشخص باشد، اما موضوع برای ما مجهول باشد، ناشناس بودن مطرح می‌شود.^۱ به نظر می‌آید افشای هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها، زمینه تعرض به حریم خصوصی آنها را فراهم می‌سازد. با پیشرفت تکنولوژی، کاوش در اطلاعات خصوصی افراد به سهولت انجام‌پذیر است. امروز هویت هر فرد، بخشی مهم از حریم شخصی اوست؛ به گونه‌ای که می‌توان گفت افشای عمومی هویت افراد، به منزله باز کردن درهای تجاوز به این حریم است.

۴.۲. ممنوعیت سوءاستفاده از حق

ممکن است جنبه مبنایی لزوم نقض حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها در راستای شفافیت شرکتی با توسل به قاعده فقهی لاضرر در حقوق اسلام و منع سوءاستفاده از حق در حقوق غرب توجیه شود. حق بهره‌مندی از حریم خصوصی امن و ممنوعیت تعرض به حریم خصوصی افراد، گاهی موجب می‌شود که برخی افراد در پوشش شرکت‌های تجاری، فعالیت‌های غیرقانونی انجام دهند. از آنجاکه قواعد لاضرر و منع سوءاستفاده از حق، هرگونه حکم ضرری را نفی می‌کنند؛^۲ لذا ممکن است سوءاستفاده ذی‌نفعان شرکت‌ها از حریم خصوصی امن، موجب اباحه تعرض به این حریم و افشای هویت ذی‌نفعان شرکت‌ها شود. چنین استدلالی شایسته دفاع نیست، چراکه حق ذی‌نفع در مورد احترام به حریم خصوصی، با انجام عمل غیرقانونی خلط شده است. سوءاستفاده از حق، به زمانی مربوط می‌شود که عمل صورت گرفته قانونی است، اما به دلیل ضرری که به دیگران وارد می‌آورد انجام آن ممنوع است؛ این درحالی است که اعمال غیرقانونی ذی‌نفعان شرکت‌ها از نفس احترام حریم خصوصی امن منتزع نمی‌شوند و چنین رفتاری در مرحله بعدی حادث می‌شود. در واقع مبنای تمایز این است که اگر صاحب حق از حدود اختیاری که قانون به او داده است، تجاوز کند، برخلاف حق رفتار نموده، اما نمی‌توان گفت که از حق سوءاستفاده کرده است.^۳

1. Skopek, Jeffrey M., "Reasonable expectations of anonymity", *Va. L. Rev.*, No. 101, 2015, p. 718.

۲. کریمی، عباس و هادی شعبانی‌کندسری، «رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش. ۲، ۱۳۹۳، ص. ۱۴۹.

۳. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۶، ص. ۳۱۳.

۴.۳. تقدم نظم عمومی بر احترام به حریم خصوصی

از آغاز قرن بیستم، عقاید اجتماعی طرفداران زیادی پیدا کرده است و دولت‌ها در تمام سطوح زندگی اقتصادی و اجتماعی اشخاص به نام حفظ مصالح عمومی مداخله می‌کنند.^۱ سوءاستفاده از شخصیت حقوقی، درعین حال که موجب کسب نفع شخصی برای برخی افراد است، باعث ورود ضرر به جامعه خواهد بود. آیا نمی‌توان گفت که حفظ نظم عمومی بر حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها مقدم است؟ آیا نباید با ترجیح نظم عمومی بر اهمیت احترام به حریم خصوصی افراد، امکان بالقوه سوءاستفاده از پنهان بودن هویت در قبال حجاب شرکتی را خنثی کرد؟ چنین تفکری در تبصره ماده ۵۰۸ لایحه جدید قانون تجارت (مصوب فروردین ۱۴۰۳) نمودار شده است که به موجب آن، معیار اطلاعات غیرقابل انتشار مربوط به اشخاص حقوقی، نظم عمومی است.

به نظر می‌رسد چنین استدلالی نمی‌تواند دفاع قابل باشد. همان‌گونه که برخی قضات آمریکایی اعلام نموده‌اند، این واقعیت که بعضی افراد ممکن است از عدم افشای هویت برای مقاصد غیرقانونی استفاده کنند، نمی‌تواند رفتار دولت در نقض حقوق مالکان ذی‌نفع را توجیه کند.^۲

۴.۴. امکان جمع نظم عمومی و احترام به حریم خصوصی

به نظر می‌رسد بر طبق قاعده جمع (الْجَمْعُ مَهْمَا امْكِنَ اُولَى مِنْ الطَّرَحِ) می‌توان تعارض ظاهری نظم عمومی با لزوم حفظ احترام به حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها را رفع کرد، بدون اینکه این حل تعارض به نقض حریم خصوصی افراد منتهی شود. جمع این دو، از طریق جایگزین شدن رازداری به جای محرمانگی یا افشای عمومی اطلاعات مقدور خواهد بود. رازداری به مفهوم درجه‌بندی اطلاعات مربوط به حریم خصوصی است؛ در واقع، اطلاعات مربوط به حریم خصوصی، نه یک امر بسیط، بلکه دارای درجات مختلفی است؛ به گونه‌ای که می‌توان بخشی از اطلاعات شخصی را نسبت به عموم افراد جامعه مخفی نگه داشت، اما برخی افراد از این اطلاعات مطلع باشند.^۳ رازداری موجب خواهد شد در عین احترام به حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها و حفظ آثار مثبت پنهان بودن هویت افراد در تجارت، بر اعمال شرکت نیز نظارت صورت گیرد.

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵، ص. ۱۶۴.

2. O'Leary, "The Corporate Transparency Act shells": p. 141.

3. Skopek, Jeffrey M, *Ibid*, p. 712.

۵. رویه قضایی حقوق آمریکا در خصوص قانون شفافیت شرکتی

باینکه قانون شفافیت شرکتی در حقوق آمریکا از قوانین فدرال محسوب می‌شود، دادگاه‌های ایالت‌های مختلف در نحوه اعمال این قانون از موضع مشترک برخوردار نیستند. در برخی ایالت‌ها، دادگاه‌ها از اجرای این قانون خودداری می‌کنند. مهم‌ترین مبنای مخالفت برخی دادگاه‌ها، این است که آیا اساساً کنگره ایالات متحده آمریکا صلاحیت تصویب چنین قانونی را داشته است؟ در سال ۲۰۲۴، قاضی آنتونین اسکالیا در پرونده‌ای که در ایالت آلاباما مطرح شد، به این سؤال پاسخ منفی داد.^۱ از سال ۲۰۲۴ به موجب تصمیم دادگاه، اجرای قانون شفافیت شرکتی در ایالت تگزاس نیز به حالت تعلیق درآمد.^۲ استدلال دادگاه بر این مبنا قرار داشت که اولاً از آنجا که تشکیل شرکت براساس قوانین ایالتی است، نظارت بر آن نیز باید به موجب قوانین ایالتی باشد و نه قوانین فدرال؛ ثانیاً این قانون به ویژگی ناشناس ماندن در ورای شرکت که از سوی دولت‌های بسیاری طراحی شده است، پایان می‌دهد. اما به موجب تصمیمی که در ۱۸ فوریه سال ۲۰۲۵ اتخاذ شد،^۳ شرکت‌ها به اجرای قانون شفافیت شرکتی ملزم شده‌اند. باین حال، فرصت ارائه گزارش مربوط به اطلاعات ذی‌نفعان از ۱۹ فوریه ۲۰۲۵ به مدت ۳۰ روز تمدید شده است.^۴

نتیجه‌گیری

شخصیت حقوقی شرکت تجاری این امکان را فراهم می‌کند تا افراد در پوشش شرکت، فعالیت‌های تجاری انجام دهند و از این طریق هویت صاحبان شرکت‌ها برای عموم مردم ناشناس بماند. از نظر عملی، پنهان بودن هویت صاحبان شرکت‌ها موجب کارایی اقتصادی خواهد بود؛ چراکه سبب می‌شود به جای تمایلات شخصی، صرفاً کیفیت کالا و خدمات ملاک تجارت باشد. شفافیت شرکتی به مفهوم لزوم افشای هویت ذی‌نفعان شرکت‌هاست و پرسش اصلی این است که آیا ضرورت دارد هویت افرادی که در ورای شخصیت حقوقی شرکت و به عنوان گردانندگان آن، از فعالیت‌های شرکت کسب سود می‌کنند، معلوم باشد؟

1. Case No. 5:22-cv-1448-LCB.

2. Texas Top Cop Shop, Inc. et al. v. Garland et al., No. 4:24-cv-478-ALM (E.D. Tex.; 12/24).

3. Smith, et al. v. U.S. Department of the Treasury, et al., 6:24-cv-00336 (E.D. Tex.).

4. <https://chambers.com/articles/corporate-transparency-act-its-back>.

با کشف ابعاد منفی سوءاستفاده افراد حقیقی از شخصیت حقوقی شرکت‌های پوسته و ناشناس و انجام فعالیت‌های غیرقانونی از قبیل پول‌شویی و فرار مالیاتی، دولت‌ها خود را ملزم به کنترل جنبه منفی شخصیت حقوقی شرکت و ارائه راهکاری جهت منع افراد نسبت به سوءاستفاده از شرکت‌های تجاری برای انجام اعمال غیرقانونی دانسته‌اند.

با مطالعه در حقوق کشورهای ایران و آمریکا، چنین استنباط می‌شود که در چند سال اخیر قانون‌گذاران هر دو کشور به موضوع سوءاستفاده از شخصیت حقوقی شرکت‌ها توجهی جدی داشته‌اند. در همین راستا در سال ۲۰۲۱، قانونی فدرال تحت عنوان قانون شفافیت شرکتی (CTL) در کشور آمریکا تصویب و از سال ۲۰۲۴ لازم‌الاجرا شد که شرکت‌های تجاری را ملزم کرد مشخصات ذی‌نفعان شرکت را به مقامات دولتی ارائه کنند. در حقوق ایران نیز در لایحه جدید قانون تجارت (مصوب ۱۴۰۳/۱/۲۸) به موضوع شفافیت شرکتی و لزوم معین بودن صاحبان شرکت‌ها پرداخته شده است.

در حقوق آمریکا اطلاعات مربوط به ذی‌نفعان شرکت‌ها صرفاً در اختیار مقامات دولتی قرار دارد، ولی عموم مردم به این اطلاعات دسترسی ندارند. اما در حقوق ایران و در لایحه جدید قانون تجارت، اطلاعات مربوط به شرکت‌های تجاری (از جمله اطلاعات مربوط به پدیدآورندگان شرکت) غیرمحرمانه اعلام شده است؛ به گونه‌ای که عموم مردم می‌توانند به این اطلاعات دسترسی داشته باشند. در واقع، برخلاف رویکرد قانون‌گذار ایران که نسبت به نقض حریم خصوصی صاحبان شرکت‌ها بی‌توجه است، در حقوق آمریکا با جایگزین کردن رازداری به جای محرمانگی، از تجاوز به حریم خصوصی ذی‌نفعان شرکت‌ها جلوگیری شده است. از سوی دیگر، برخلاف حقوق ایران که توجه قانون‌گذار صرفاً به ارکان مدیریتی و مؤسسان شرکت‌ها معطوف شده است، در حقوق آمریکا مفهوم ذی‌نفعی در مبحث شفافیت شرکتی بسیار گسترده بوده، شامل هر فرد حقیقی می‌شود که به گونه‌ای کنترل قابل توجهی بر شرکت داشته یا از آن کسب سود می‌کند.

براین اساس، به نظر می‌رسد اصلاح مقررات مربوط به شفافیت شرکتی در حقوق ایران، هم از جهت احترام به حریم خصوصی صاحبان شرکت‌ها و هم از نظر گسترش مفهوم ذی‌نفعی، برای تمامی افراد حقیقی موجود در ورای شخصیت حقوقی شرکت بسیار ضروری می‌نماید.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری**، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۲.
۲. پاسبان، محمدرضا، **حقوق تجارت، اشخاص حقوقی و شرکت‌های تجاری**، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۴۰۲.
۳. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم‌زاده، **حقوق مدنی اشخاص و محجورین**، تهران: انتشارات سمت، ۱۴۰۳.
۴. کاویانی، کوروش، **حقوق شرکت‌های تجاری**، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۴۰۱.

مقاله

۵. سلطانی، محمد و نسیم گهرسودفرد، «سرمایه‌گذاری خطرپذیر و سهام ممتاز»، *فصلنامه بورس/وراق بهادار*، ش. ۳۷، ۱۳۹۶، سال دهم، صص. ۱۲۵-۱۴۹.
۶. طباطبایی حصار، نسرين و سروش صفی‌زاده، «شرکت‌های کاغذی و راهکارهای مقابله با آنها در پرتو آسیب‌شناسی نظام ثبت شرکت‌ها»، *مجله حقوقی دادگستری*، د ۸۷، ش. ۱۲۳، پاییز ۱۴۰۲، صص. ۲۴۵-۲۶۶. 10.22106/jz.2023.1975510.5087
۷. لاریجانی، نرگس، آرمین گلی و امیر پرویزگلی، «بررسی رابطه بین قوم‌گرایی و تفکر جهانی مصرف‌کنندگان با تمایل به خرید محصولات خارجی از طریق تعدیل گرایي قضاوت درباره محصولات داخلی»، *دومین کنفرانس مدیریت و اقتصاد در قرن ۲۱*، ۱۳۹۵. <https://elmnet.ir/doc/20759538-17101>
۸. مظهری محمد و سمیه مرندي، «بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی»، *نشریه علمی دانش حقوق مدنی*، د. ۷، ش. ۱، فروردین ۱۳۹۷، صص. ۶۷-۷۶.

References:

Books

1. Jancsics, D., **Shell companies and government corruption**. In Global encyclopedia of public administration, public policy, and governance, Springer, Cham., 2018.
2. Kaviani, Kourosh, **Law of Commercial Companies**, Tehran: Mizan Legal Foundation, 2022. (in Persian)
3. Michel, Casey, and Kleptocracy Initiative, The United States of Anonymity, Hudson Institute, 2017.
4. Pasban, Mohammad Reza, **Commercial Law, Legal Entities and Commercial Companies**, Tehran: Ganj Danesh, 2023. (in Persian)
5. Safaei, Seyyed Hossein and Seyyed Morteza, Ghasemzadeh **Civil Rights of Individuals and Disabled Persons**. Tehran: Samt, 2024. (in Persian)
6. Skinni, Rabia, **Commercial Law, Commercial Companies**, Tehran: Samt, 2023. (in Persian)

Articles

7. Bhimavarapu, Venkata Mrudula, and Shailesh Rastogi. "Effects of Corporate Transparency: Literature Review and Research Agenda." *Empirical Economics Letters*, vol: 20, (2021), pp. 283-323.
8. Calo, Ryan. "Privacy and markets: a love story." *Notre Dame L. Rev.* vol: 91, 2015, pp. 649-690. Available at: <https://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2025/07/Privacy-and-Markets-A-Love-Story.pdf>
9. Hamilton, Vivian E. "Reform, retrench, repeat: The campaign against critical race theory, through the lens of critical race theory." *Wm. & Mary J. Race Gender & Soc. Just.*, Vol: 28 2021, pp. 61-102. Available at: <http://ssrn.com/abstract=4061132>
10. Haward, S., "Procedure at the Intersection of Law and Equity: Veil Piercing and the Seventh Amendment", *Notre Dame L. Rev.*, Vol.98, 2023, p.1799-1822. Available at: https://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2023/06/NDL413_Haward_cropped.pdf
11. Knobel, Andres. "Privacy Washing & Beneficial Ownership Transparency- Dismantling the Weaponisation of Privacy Against beneficial Ownership Transparency. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4783010
12. Larijani Narges, Goli Armin, Parviz Goli Amir, "Investigating the relationship between ethnocentrism and global thinking of consumers with the tendency to

- buy foreign products through moderationism in judgments about domestic products”, *The Second Conference on Management and Economics in the 21st Century*, Tehran, 2016. (in Persian). Available at: <https://elmnet.ir/doc/20759538-17101>
13. Lakhani, Avnita. "Imposing Company Ownership Transparency Requirements: Opportunities for Effective Governance of Equity Capital Markets or Constraints on Corporate Performance." *Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L.* vol: 16, 2016, pp. 122-163. Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1133&context=ckjicl>
14. Moon, W. J., "Anonymous Companies”, *Duke LJ*, Vol.71, No.7, 2022, pp. 1425-1489. Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol71/iss7/1/>
15. Mazhari, Mohammad, and Somayeh Marandi. "The Legal Effects of the Distinction between Competence in Public Law and Capacity in Private Law." *Scientific Journal of Civil Law Knowledge*, Vol. 7, No. 1, 2018, pp. 67-76. Available at: <https://ensani.ir/file/download/article/1577781450-clk-volume-7-issue-1-pages-67-75-1-.pdf>
16. O'Leary, Brendan. "The Corporate Transparency Act: A Step Toward Broken Shells." *J. Legis.* Vol.:47, 2021, pp. 133-155. Available at: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1726&context=jleg>
17. Pacini, Carl, and Nate Wadlinger. "How shell entities and lack of ownership transparency facilitate tax evasion and modern policy responses to these problems." *Marq. L. Rev.* Vol: 102, 2018, pp. 111.-166. Available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5380&context=mulr>
18. Rengel, Alexandra. "Privacy as an international human right and the right to obscurity in cyberspace." *Groningen Journal of International Law* 2.2 (2014): 33-54. Available at: <https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/31121>
19. Renaud, K., & Gálvez-Cruz, D., "Privacy: Aspects, definitions and a multi-faceted privacy preservation approach”, In *2010 Information Security for South Africa*, 2010, pp. 1-8. IEEE. DOI:10.1109/ISSA.2010.5588297
20. Soltani Mohammad and Nasim, Gohar Soodfar "Venture Capital and Preferred Stocks”, *Quarterly Journal of the Iranian Stock Exchange*, Vol. 37, 2017, pp. 125-149. (in Persian) Available at: <https://www.ensani.ir/file/download/article/1540206853-9455-192.pdf>
21. Skopek, Jeffrey M. "Reasonable expectations of anonymity." *Va. L. Rev.*, vol:101, 2015, pp. 691-762. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2523393

22. Tabatabaei Hesari, Nasrin, Soroush, Safizadeh "Anonymous Shell Companies and Strategies to deal with them in the light of the Pathology of the Companies Registry System", *The Judiciary Law Journal*, Vol. 87, No. 123. 2023, pp. 245-266. (in Persian) 10.22106/jlj.2023.1975510.5087
23. Tiwari, Milind, Adrian Gepp, and Kuldeep Kumar, "Using Data Analytics to Distinguish Legitimate and Illegitimate Shell Companies," *Journal of Economic Criminology*, Vol. 7, 2025, p. 100123. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2949791424000757>
24. Williams, M. A. "Privacy Management, The Law and Global Business Strategies: A Case for Privacy Driven Design", In *AAAI Spring Symposium: Social Semantic Web: Where Web 2.0 Meets Web 3.0*, 2009. DOI:10.1109/CSE.2009.478
25. Weisbord, Reid K. "A catharsis for US trust law: American reflections on the Panama papers." *Colum. L. Rev. Online*, vol: 116, 2016, pp. 93-107. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=2856042>
26. Zaidi, Syed Haider Ali, et al. "Panama Papers and the dilemma of global financial transparency." *International Journal of Modern Research in Management* 1.2, 2017, pp.18-35.

Thesis and dissertation

27. Sorger, Andreas-Johann, **Breaking the trust: the case for regulating anonymous shell companies**, PhD dissertation, University of St Andrews, 2020.

Cases

28. Smith, et al. v. U.S. Department of the Treasury, et al., 6:24-cv-00336 (E.D. Tex.)
29. Texas Top Cop Shop, Inc. et al. v. Garland et al., No. 4:24-cv-478-ALM (E.D. Tex.; 12/24).

Reports

30. Michel, Casey, and Kleptocracy Initiative. The United States of Anonymity. Hudson Institute, 2017. Available at: <https://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/United States of Anonymity.pdf>
31. Congress, U. S., "Senate hearings", *Committee on Finance, Tariff Act of*, No. 5, 1929 :<https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CRECB-1929-pt5-v70/pdf/GPO-CRECB-1929-pt5-v70-4-1.pdf>

Online Sources, Instruments, and Documents

32. CorporateTransparencyLaw: https://www.fincen.gov/system/files/shared/Corporate_Transparency_Act.pdf. (last visited 28/07/2026)

33. <https://www.icij.org/investigations/offshore/geoffrey-taylor/> (last visited 28/07/2026).
34. Securities Exchange Act of 1934:
<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1885/pdf/COMPS-1885.pdf>.
(last visited 28/07/2026)
35. <https://chambers.com/articles/corporate-transparency-act-its-back>. (last visited 28/07/2026).

Transparency of Effective Ownership of Commercial Companies in Iranian and American law

Firooz Sokouti*

Seyed Mohammad Asadinezhad**

Akbar Imanpor***

Received: 2025.11.02 Revised: 2026.02.06 Accepted: 2026.06.09

Abstract

Corporate transparency refers to the need to identify the identity of the beneficiaries of commercial companies. The question is, despite the fact that a commercial company has a legal personality, is there a need to identify the company's beneficiaries? Economists believe that secure privacy will lead to economic efficiency, but such a function can lead to abuse of the legal personality of the company. In American law, the Corporate Transparency Act requires commercial companies to provide the government with the details of the company's beneficiaries, but this information is not made available to the public. In this system, secrecy has replaced confidentiality, respecting the privacy of individuals. The Iranian legislator has declared information related to commercial companies as non-confidential in the new Commercial Law bill, disregarding the privacy of the company's beneficiaries. On the other hand, in Iranian law, the legislator's main attention in the issue of corporate transparency has been on the management bodies and founders of the company, and not the real beneficiaries. This article, using a descriptive and analytical method, concludes that corporate transparency prevents the activities of shell companies and prevents individuals from using the legal personality of the company to carry out illegal activities.

Keywords:

Privacy, corporate transparency, shell company, anonymous company, Effective ownership

* Ph.D. Student, Faculty of Law, University of Guilan, Rasht, Iran Corresponding Author's email: firoozsokouti@gmail.com.

** Associate Professor, University of Guilan, Rasht, Iran.

*** Assistant Professor, University of Guilan, Rasht, Iran.

توثیق اوراق بهادار؛ تحلیل حقوقی در نظام بانکی ایران

حبیب رمضانی آکردی*

وحید غلامی آقابابائی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۷/۲۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۸/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۱/۰۵

چکیده

توثیق اوراق بهادار در نظام بانکی ایران، در تسهیل تخصیص منابع، مدیریت ریسک و افزایش نقدشوندگی نقش دارد. پژوهش حاضر با هدف تحلیل مبانی حقوقی، چالش‌های اجرایی و ظرفیت‌های اصلاحی توثیق اوراق بهادار در چارچوب قوانین و مقررات جدید و توجه به نظام حقوق بانکی انجام شده است. روش پژوهش توصیفی-تحلیلی بوده و منابع و داده‌ها از طریق مطالعات کتابخانه‌ای گردآوری شده است. یافته‌ها نشان می‌دهد که عقد رهن به دلیل محدودیت‌های قانونی، ظرفیت مناسبی برای توثیق اوراق بهادار ندارد. در مقابل، استفاده از صلح وثیقه‌ای و قراردادهای نامعین، به عنوان راهکارهایی کارآمدتر بررسی شدند. همچنین تصویب قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها تحول چشمگیری در حوزه وثایق را رقم زده است که مهم‌ترین آن، گسترش دامنه اموال قابل توثیق، از جمله اوراق بهادار، به عنوان وثیقه است. با این حال، چالش‌هایی همچون نبود بازار شفاف برای اوراق بهادار غیربورسی، ابهام در حقوق وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر و نوسانات ارزش همچنان مطرح است. راهکارهای پیشنهادی شامل ایجاد بازارهای معاملاتی برای اوراق بهادار غیربورسی، تدوین مقررات شفاف در خصوص حقوق طرفین و طراحی قراردادهایی با پوشش ریسک نوسانات ارزش است. یافته‌ها می‌تواند در اصلاح قوانین، مقررات و سیاست‌های بانکی و بهینه‌سازی رویه‌های اجرایی توثیق اوراق بهادار کاربرد مؤثر داشته باشد.

کلیدواژه‌گان:

توثیق، اوراق بهادار، بانک، رهن، بورس.

* دانشیار، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران.

** دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران (نویسنده مسئول)
Vahid.Gholami@edu.ikiu.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 نظام بانکی ایران، توثیق اوراق بهادار به عنوان سازوکاری مؤثر در بهبود فرایند تخصیص منابع، ارتقای مدیریت ریسک اعتباری و تقویت سطح نقدینگی مؤسسات اعتباری عمل می‌کند و با کاهش ریسک نکول، تسهیل تأمین مالی و افزایش شفافیت در معاملات بانکی، می‌تواند به نظام مالی کشور کمک کند. باین حال، توثیق اوراق بهادار در نظام بانکی ایران همچنان با چالش‌های متعددی مواجه است. در حال حاضر قوانین مدنی، تجاری و بانکی رویکردهای متفاوتی نسبت به توثیق اوراق بهادار دارند. قانون مدنی وثیقه از طریق رهن را به اموال عینی محدود کرده است،^۱ در حالی که مقررات بانکی و بازار سرمایه امکان توثیق این اوراق را فراهم کرده‌اند. با توجه به اهمیت این موضوع، پژوهش حاضر در تلاش است تا با بررسی مبانی حقوقی توثیق اوراق بهادار، جایگاه آن را در مقررات بانکی ایران تحلیل و چالش‌های اجرایی آن را شناسایی کند. همچنین، این مطالعه به دنبال ارائه راهکارهایی برای اصلاح و بهبود نظام حقوقی و اجرایی توثیق اوراق بهادار در شبکه بانکی کشور است. از همین رو سؤالات اصلی پژوهش عبارت‌اند از:

۱. مبانی حقوقی توثیق اوراق بهادار در نظام بانکی ایران چیست و چه جایگاهی در مقررات بانکی دارد؟
 ۲. مهم‌ترین چالش‌های حقوقی و اجرایی توثیق اوراق بهادار در نظام بانکی ایران کدام‌اند؟
 ۳. چه اصلاحاتی در نظام حقوقی و مقررات بانکی می‌تواند به بهبود فرایند توثیق اوراق بهادار کمک کند؟
- این تحقیق با رویکرد توصیفی-تحلیلی انجام شده و داده‌های آن از طریق مطالعات کتابخانه‌ای، بررسی قوانین، مقررات اجرایی و رویه‌های مرتبط با نظام بانکی گردآوری شده است. هدف پژوهش، تحلیل حقوقی و انتقادی مقررات موجود و ارائه راهکارهایی برای اصلاح و بهبود اجرای توثیق اوراق بهادار در نظام بانکی ایران است که می‌تواند برای بانک‌ها، قانون‌گذاران، نهادهای مالی و محاکم قضایی مفید واقع شود.

۱. مفهوم توثیق اوراق بهادار

واژه توثیق در لغت به معنای «بستن و محکم کردن چیزی با ریسمان» آمده است.^۲ همچنین، برخی منابع آن را به معنای «استوار کردن کامل یک چیز» دانسته‌اند.^۳ مشتقات این واژه، از جمله وثیق، وثاق و

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی- عقود معین، جلد چهارم: عقود اذنی- وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص. ۵۳۸.

۲. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، ج. ۴، قم: الثقافة الاسلامیة، بی‌تا، ص. ۴۴۶.

۳. محمد بن کرم، ابن منظور، لسان العرب، ج. ۵، قم: نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵، ص. ۲۱۲.

وثیقه، نیز همگی به مفهوم استحکام و محکم‌سازی اشاره دارند.^۱ برخی از حقوق‌دانان وثیقه را به عمومی و خاص تقسیم کرده‌اند؛ در وثیقه عمومی، تمام دارایی بدهکار تضمین بدهی‌های اوست و وثیقه خاص، شامل وثیقه شخصی (دینی یا ذمه‌ای) و عینی است.^۲ وثیقه شخصی یعنی شخصی بدون وابستگی به مال معین، تعهد بدهکار را تضمین می‌کند، مانند ضمانت یا کفالت. در مقابل، وثیقه عینی به اختصاص مال یا حق عینی برای تأمین دین اشاره دارد، مانند عقد رهن.^۳

وجود دین یا سبب آن در وثیقه نیاز نیست.^۴ در این راستا با دقت در مواد ۱۱۴ تا ۱۱۶ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت درمی‌یابیم که وثیقه سهام مدیران شرکت‌های سهامی در مقابل دین مشخصی نیست، بلکه به‌منظور تضمین انجام تعهدات و وظایف قانونی است. در نتیجه می‌توان گفت توثیق، مفهومی عام به‌معنای تضمین کردن پرداخت دین یا انجام تعهد توسط شخص دیگر یا به وسیله مال است؛ قانون‌گذار در بند ض ماده ۱ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۲ در دیدگاهی متفاوت در تعریف وثیقه بیان داشته است: «مال یا دارایی که به‌منظور ایجاد اطمینان و ضمانت قرارداد، در گرو قرار داده می‌شود؛ در این قانون مال مرهون در حکم وثیقه است.» در این تعریف وثیقه به اموال و دارایی‌ها محدود شده است و وثیقه اشخاص از تعریف خارج شده است.

در گذشته، قوانین ایران تعریف دقیقی از اوراق بهادار ارائه نمی‌داد؛^۵ این موضوع تا حدودی ناشی از آن بود که اوراق بهادار در چارچوب سستی معاملات کمتر مورد توجه حقوق‌دانان قرار گرفته بود و در نظام حقوقی ما، کمتر مجالی برای بازشناسی دقیق آن پدید آمده بود. اما با تصویب قانون بازار اوراق بهادار، گامی مهم در جهت رفع این کاستی برداشته شد و در قانون جدید بازار سرمایه، اوراق بهادار این چنین تعریف شده است که «هر نوع ورقه یا مستندی است که متضمن حقوق مالی قابل نقل و انتقال برای مالک عین و یا منفعت آن باشد...». با اتکا بر تعاریف قانونی موجود، می‌توان توثیق اوراق بهادار را چنین تعریف کرد: گرو نهادن اوراق بهادار به‌منظور ایجاد اطمینان یا ضمانت قرار داد.

۱. باقری اصل، حیدر، **توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳، ص. ۲۲.
 ۲. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص. ۴۹۵ و ۴۹۶؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق مدنی - رهن و صلح**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰، ص. ۱۲۳؛ رودیجانی، محمد مجتبی، **حقوق مدنی ۷ (عقود معین اذنی و وثیقه‌ای)**، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۱.
 ۳. همان منبع، صص. ۱۰۱ و ۱۰۲.
 ۴. مشهدی‌زاده، علیرضا و غلامرضا عباسی، **آثار معاملات معارض بر اسناد رهنی بانکی**، تهران: میزان، ۱۳۹۹، ص. ۲۱.
 ۵. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری (جلد دوم)**؛ شرکتهای سهامی عام و خاص، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸، ص. ۹۸.

بانک‌ها به دلیل ماهیت خاص فعالیت خود، از جمله اشخاصی‌اند که به وثایق نیاز دارند؛ به عبارت دیگر بانک‌ها برای اطمینان از حسن انجام تعهدات مشتریان و بازپرداخت مطالبات خویش، وثیقه اخذ می‌کنند. بنابراین امکان توثیق اوراق بهادار اهمیت ویژه‌ای برای بانک‌ها خواهد داشت.^۱

۲. رابطه توثیق و رهن

در برخی موارد، اصطلاحات توثیق، وثیقه و رهن به صورت مترادف به کار می‌روند، درحالی‌که از منظر حقوقی تفاوت‌هایی میان آنها وجود دارد. رهن در لغت به معنای ثبات، دوام و پابرجا بودن تعریف شده است.^۲ برخی از حقوق دانان نیز رهن را به عنوان عقدی تعریف کرده‌اند که به موجب آن، مال مدیون به عنوان وثیقه طلب قرار می‌گیرد.^۳ برخی دیگر معتقدند که ماهیت رهن به تثبیت حقوق طلبکار نسبت به مال مرهونه بازمی‌گردد.^۴

براساس ماده ۷۷۱ قانون مدنی، رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را به عنوان وثیقه در اختیار داین قرار می‌دهد. به این ترتیب، رهن عقدی معین محسوب می‌شود که برای طلبکار یک وثیقه عینی ایجاد کرده و موجب ایجاد حق عینی تبعی برای او می‌شود؛ از سوی دیگر، وثیقه لزوماً به دین وابسته نیست، درحالی‌که عقد رهن تنها زمانی امکان‌پذیر است که دینی از پیش وجود داشته باشد.^۵ بنابراین، رابطه میان وثیقه و رهن از نوع عموم و خصوص مطلق است؛ به این معنا که هر رهنی نوعی وثیقه محسوب می‌شود، اما هر توثیقی الزاماً رهن نیست.^۶ این تمایز مفهومی در برخی از قوانین و مقررات نیز منعکس شده است.^۷

۱. مشهدی‌زاده، علیرضا و غلامرضا عباسی، منبع پیشین، ص. ۳۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ص. ۲۲؛ امامی، حسن، **حقوق مدنی**، ج. ۲، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۵، ص.

۳۳۱؛ فخرالدین طریحی، منبع پیشین، ص. ۲۳۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۴۹۶.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ص. ۲.

۵. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، صص ۴۹۷ و ۵۶۴؛ امامی، حسن، منبع پیشین، ص. ۳۳۱.

۶. رودیجانی، محمد مجتبی، منبع پیشین، ص. ۱۰۱.

۷. به عنوان نمونه، درحالی‌که در قانون مدنی، اصطلاح رهن مورد استفاده قرار گرفته است، در «قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» مصوب ۱۴۰۲ اصطلاح توثیق به کار رفته است.

۳. امکان سنجی توثیق اوراق بهادار در پرتو قانون مدنی

۳.۱. ترهین اوراق بهادار

به‌طور سنتی، عقد رهن رایج‌ترین قالب برای توثیق مال محسوب می‌شود.^۱ این عقد در نظام بانکی به‌ویژه نسبت به املاک کاربرد فراوان دارد. در بند ۲ ماده ۴۷ «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی» مصوب ۱۳۸۷ حقوق رهنی نسبت به سهام شرکت‌ها به‌عنوان یکی از مصادیق اوراق بهادار به‌طور ضمنی مورد پذیرش قرار گرفته است. برخی قرارداد رهنی نسبت به اوراق بهادار را پذیرفته‌اند.^۲

همچنین در رویه ثبتی، کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران در رأی شماره ۶۷/۸۰۲۸ و- مورخ ۱۳۸۹/۰۹/۲۰، درباره امکان تنظیم اسناد ترهین سهام شرکت‌ها، دیدگاه خود را به این شرح اعلام کرد: «مستفاد از مواد ۲۴ و ۳۹ و ۴۰ و ۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ ورقه سهم، سند قابل معامله‌ای است که نشانگر میزان مشارکت و تعهدات صاحب آن در شرکت است و بنابراین وفق منطوق و مفهوم مخالف ماده ۷۷۳ قانون مدنی با رعایت اساسنامه شرکت وثیقه نهادن آن بلامانع و مآلاً قابل صدور اجرائیه است...». این رأی تأکید می‌کند که سهام شرکت‌ها می‌تواند به‌عنوان وثیقه در نظر گرفته شود و با ایجاد رویه یک راهکار اجرایی برای دفاتر اسناد رسمی ارائه داده است که می‌تواند اختلافات احتمالی در نحوه ثبت وثیقه سهام را کاهش دهد. باین‌حال دو نکته قابل توجه است: نخست اینکه این رأی بر وثیقه نهادن سهام شرکت‌ها تمرکز دارد و به سایر اوراق بهادار تعمیم نیافته است؛ دوم آنکه هرچند گفته شده است در رویه کانون سردفتران و دفتریاران سهم عین معین و قابل ترهین تلقی شده است،^۳ باین‌حال در صورت سؤال، واژه «ترهین» استفاده شده است، اما رأی به‌جای استفاده از این واژه، اصطلاح «وثیقه نهادن» را به کار برده است. با توجه به اینکه تفاوت رهن و وثیقه را پیش‌تر بررسی کردیم، این تغییر واژگان بدون توضیح دقیق، همچنان باعث باقی ماندن ابهام در تفسیر رأی می‌شود که منظور کمیسیون از وثیقه نهادن همان ترهین سهام است یا وثیقه را

۱. ذوالفقاری، سهیل، محمد ابوعطا، و حمید مسجدرایی، «تأملی بر توثیق سهام در شرکت‌های سهامی»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ش. ۴۲، ۱۳۹۷، ص. ۲۰۷.

۲. مشهدی‌زاده، علیرضا و غلامرضا عباسی، منبع پیشین، ص. ۳۵.

۳. سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه‌ای، «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، فصلنامه بورس اوراق بهادار، ش. ۱۷، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۰.

همچنان به معنای عام خود که پیش‌تر بررسی کردیم، به کار برده است؟ به نظر می‌رسد با توجه به سیاق متن و نحوه استدلال کردن و مستندات قانونی مقصود کمیسیون همان تهرین سهام است.

در رویه قضایی نیز می‌توان به دادنامه‌ای از شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد که با طرح دعوی شرکت «ا. و ن.» علیه شرکت خارجی «ر.» و سایر خواندگان آغاز شد. مهم‌ترین خواسته خواهان به طور خلاصه اعلام بطلان عقد رهن سهام است. در بخشی از دلایل وکلای خواهان آمده است: «به موجب حکم صریح ماده ۷۷۴ قانون مدنی ... سهام با نام شرکت های سهامی عین نیستند وثیقه‌گذاری آنها با عنوان عقد رهن به حکم ماده مرقوم باطل و بی اعتبار است...». در این باره دادگاه تصریح کرد: «سهام مذکور در حکم عین است و عنوان دین یا منافع بر آن صادق نیست، عدم جواز فقهی رهن دین عدم امکان قبض آن بوده که به واسطه قابلیت قبض اسناد تجاری و اوراق بهادار از جمله سهام شرکت این مانع مرتفع گردیده است و علی‌الاصول با توجه به قابل نقل و انتقال بودن سهام مادامی که ممنوعیتی برای تهرین سهام ایجاد نشده باشد نمی‌توان آن را ممنوع دانست.» در نهایت دادگاه حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر و دادگاه تجدیدنظر نیز با تأیید استدلال‌های دادگاه بدوی، دادنامه تجدیدنظر خواسته را عیناً تایید کرد.^۱ در این دادنامه دادگاه اوراق بهادار را قابل رهن می‌داند و سهام را در حکم عین و قابل قبض و اقباض می‌داند، البته تا زمانی که رأی وحدت رویه صادر نشود، ممکن است دادگاهی دیگر با مطابق با نظرات مخالف و برداشت دیگری از قوانین رأی متفاوت صادر نماید. در عین حال در نظام حقوقی ایران تهرین اوراق بهادار با چالش‌هایی روبه‌رو است که ناشی از محدودیت‌های عقد رهن در قانون مدنی است؛ نخست، شرط عینیت مال مرهون محل اختلاف است. مطابق ماده ۷۷۴ قانون مدنی، مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است، بنابراین امکان تهرین اوراق بهادار منوط به تفسیری است که از ماهیت آن می‌نماییم، نظرات مختلفی از ماهیت اوراق بهادار شده است. با این حال چالش اصلی وقتی است که حسب یک دیدگاه ماهیت اوراق بهادار از جمله سهام به حق دینی توصیف شده است.^۲ با این وصف، تهرین اوراق بهادار با اشکال روبه‌رو می‌شود، گرچه نظرات مخالف نیز وجود دارد.^۳ همچنین برخی گفته‌اند که در حقوق کنونی ارزش‌هایی

۱. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر تهران، «دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۸۲۰۰۵۶۸ مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۰۴»، سامانه آرای قضایی قابل دسترس در: <<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/24053>> (۱۴۰۴/۰۱/۱۵)

۲. سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه‌ای، منبع پیشین، ص ۱۴۳.

۳. باریکلو، علی‌رضا، «ماهیت سهم و بازخرد آن توسط شرکت صادرکننده»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، ش. ۱، ۱۳۸۵، صص. ۲۳-۲۶؛ عیسی تفرشی، محمد و رضا سکوتی نسیمی، «بیع سهام شرکتهای سهامی»، مجله علوم اجتماعی و

شناخته شده است که قابل مبادله با پول است؛ ولی نه بر شخص دیگری (دینی) است و نه بر عینی، و آن را گروهی ویژه از اموال نو ظهور می‌دانند.^۱ البته در دیدگاه اخیر نیز همچنان اشکال دیدگاه نخست باقی است. دوم، شرط قبض مال مرهون، چالش برانگیز است. ماده ۷۷۲ قانون مدنی، تحقق عقد رهن را مشروط به قبض دانسته است. از این رو، مال مرهون باید عینیت خارجی داشته باشد تا امکان قبض و اقباض آن، به معنای متعارف، فراهم گردد. قانون‌گذار ایران با پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، رهنه را تنها در عین معین معتبر دانسته و رهن دین و منفعت را باطل اعلام کرده است؛ با تأمل در مبانی استدلالی این فقها نشان می‌دهد که علت اصلی این دیدگاه، تردید آنان در امکان قبض اموال غیرعینی و در نتیجه دشواری استیفای مرهون از محل ثمن عین در زمان نیاز است.^۲ درخصوص اموال فیزیکی، قبض از طریق انتقال ید محقق می‌شود، اما در مورد اوراق بهادار که ماهیتی اعتباری دارند، شیوه تحقق قبض تابع مقررات خاص آنها خواهد بود،^۳ لذا اجرای این شرط دشوار است.

به هر حال اگر در نظام بانکی از عقد رهن برای توثیق بهادار استفاده شود، در صورت عدم تأدیه بدهی مدیون در موعد مقرر و طرح دعوی در دادگاه همواره امکان اعلام بطلان عقد و صدور رأی علیه بانکها وجود خواهد داشت.

۳.۲. صلح وثیقه‌ای اوراق بهادار

مطابق ماده ۷۵۲ قانون مدنی، «صلح ممکن است در جهت رفع تنازع موجود یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و موارد مشابه انجام شود». در تعریف صلح آمده است: «صلح معامله‌ای مستقل است که مبتنی بر تسالم بوده و در ردیف عقود معینه‌ای همچون بیع، هبه و اجاره قرار دارد».^۴ در دیدگاه دیگری، صلح به عنوان «توافقی برای ایجاد یا رفع یک یا چند اثر حقوقی، بدون آنکه وابسته به احکام خاص عقود معینه باشد» تعریف شده است و صلح وثیقه‌ای را راهی برای توثیق اوراق بهادار می‌داند.^۵

→ انسانی دانشگاه شیراز، ش. ۴۱، ۱۳۸۳، ص. ۵۰؛ مصباحی مقدم، غلامرضا، سجاد سیاح و محمد مهدی نادری نورعینی، «امکان سنجی وقف سهام و پول؛ مدل صندوق وقف سهام و پول در ایران»، جستارهای اقتصادی با رویکرد اسلامی، ش. ۱۲، ۱۳۸۸، ص. ۷۰.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳، ص. ۲۳.

۲. شکری، فریده، «رهن دین در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ش. ۷۵، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۴.

۳. ذوالفقاری، سهیل، محمد ابوعطا و حمید مسجدسرای، منبع پیشین، ص. ۴۲.

۴. امامی، حسن، منبع پیشین، ص. ۳۲۰.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ص. ۲۳۳.

این نظر با توجه به ماده ۷۵۸ قانون مدنی قابل تأیید است. مطابق این ماده، در صورتی که از طریق عقد صلح، اوراق بهادار را توثیق کنیم، نیازی به رعایت احکام خاص عقد رهن و محدودیت‌های آن، نظیر عین بودن مال مرهونه و قبض آن، نخواهیم داشت. در نظام بانکی، استفاده از صلح وثیقه‌ای اوراق بهادار می‌تواند این امکان را فراهم کند که بانک‌ها و مؤسسات مالی بتوانند به راحتی و با انعطاف بیشتر از منابع مالی مشتریان خود بهره‌برداری کنند، بدون آنکه محدودیت‌های مربوط به قراردادهای رهنی که معمولاً با پیچیدگی‌هایی همراه است، به آنها تحمیل شود. اشکالی که می‌توان به این دیدگاه وارد کرد، این است که اگرچه ممکن است صلح وثیقه‌ای برای توثیق اوراق بهادار قابل پذیرش باشد، این سؤال مطرح می‌شود که چرا باید از قالب‌های سنتی و عقود معین برای توثیق اوراق بهادار استفاده کرد؟ البته صلح وثیقه‌ای اوراق بهادار می‌تواند جواب‌گوی آن دسته از اشخاصی که همچنان بر استفاده از عقود معین در معاملات خود اصرار دارند باشد. البته همان‌طور که در ادامه خواهیم دید، راهکارها و نظریات جدید، باعث شده است که به این راهکار آن‌چنان توجه نشود.

۳.۳. توثیق از طریق قرارداد نامعین

عقود غیرمعین به قراردادهایی اطلاق می‌شود که قانون برای آنها نام مشخصی تعیین نکرده و شرایط ویژه‌ای نیز برای تحقق آنها مقرر نشده است.^۱ بنابراین قراردادهای وثیقه‌ای که براساس ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم می‌شود، ماهیتی مستقل از عقد رهن دارند. از این رو، قواعدی از رهن که مبتنی بر عینی بودن مال مورد وثیقه (به معنای مال مادی و محسوس) و لزوم قبض آن به شیوه سنتی است، در خصوص وثیقه قراردادی قابل اجرا نخواهد بود.^۲ در تعریف این نوع توثیق گفته شده است: «نوعی عقد نامعین است که براساس حاکمیت اراده بر عقود در حقوق اسلامی و ماده ۱۰ ق.م. در حقوق موضوعه منعقد می‌گردد ... این نوع عقد در مقابل عقد رهن و توثیق قضایی، عینی، ذمه‌ای و شخصی به کار می‌رود».^۳ از همین رو ایراداتی به این نوع توثیق وارد آمده است^۴ که برخی به آنها پاسخ داده و در نهایت توثیق در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی را پذیرفته‌اند.^۵

۱. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹، ص. ۴۷.

۲. سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه‌ای، منبع پیشین، ص. ۱۵۵.

۳. باقری اصل، حیدر، منبع پیشین، ص. ۲۳.

۴. پرداختن به ایرادات و پاسخ‌های آن بحثی مفصل و خارج از موضوع مقاله است.

۵. باقری اصل، حیدر، منبع پیشین، صص. ۲۵۰-۲۵۶.

پذیرش وثیقه‌گذاری اوراق بهادار از طریق قراردادهای نامعین در نظام بانکی می‌تواند به‌عنوان یکی از کارآمدترین شیوه‌ها مورد توجه قرار گیرد. این روش، باتوجه به ماهیت انعطاف‌پذیر خود، امکان انطباق با نیازها و مقتضیات متغیر اقتصادی و مالی را فراهم می‌آورد. در نظام بانکی که همواره با تحولات سریع در بازارهای مالی و تغییرات مقرراتی مواجه است، استفاده از قراردادهای نامعین می‌تواند به بانک‌ها این امکان را بدهد که بدون گرفتار شدن در چارچوب‌های از پیش تعیین‌شده، به شیوه‌ای کارآمد و متناسب با شرایط روز، اقدام به اخذ وثیقه در قالب اوراق بهادار کنند.

افزون بر این، چنین رویکردی زمینه را برای طراحی ابزارهای نوین مالی و مدیریت ریسک فراهم می‌سازد و امکان بهره‌گیری از شیوه‌های متنوع در تضمین مطالبات بانکی را ایجاد می‌کند. ازسوی دیگر، قابلیت انعطاف قراردادهای نامعین در تطبیق با استانداردهای بین‌المللی نیز یک مزیت مهم محسوب می‌شود؛ زیرا بانک‌ها را قادر می‌سازد تا در تعاملات مالی خود با نهادهای خارجی، از شیوه‌های مدرن و به روز بهره ببرند. در مجموع، پذیرش وثیقه‌گذاری اوراق بهادار از طریق قراردادهای نامعین نه تنها به تقویت کارایی نظام بانکی کمک می‌کند، بلکه از حیث حقوقی نیز می‌تواند با اصول آزادی قراردادی و اصل حاکمیت اراده که از مبانی حقوق قراردادهای محسوب می‌شوند، سازگار باشد.

۴. مقررات بازار سرمایه

با تصویب «دستورالعمل توثیق اوراق بهادار» مصوب ۱۳۸۹ چارچوبی برای نحوه توثیق اوراق بهاداری که در شرکت سپرده‌گذاری مرکزی، سپرده شده بودند تعیین شد (بند ب ماده ۱) و در مواد مختلف خود، الزامات و فرایندهای اجرایی توثیق را تعیین کرده و تأکید دارد که عملیات توثیق با ارسال درخواست کتبی ازسوی وثیقه‌گذار به شرکت سپرده‌گذاری مرکزی امکان‌پذیر است (ماده ۲). براساس ماده ۱، توثیق به معنای مسدودسازی اوراق بهادار در پایگاه داده‌ها، به نفع وثیقه‌گیر تعریف شده است.

یکی از نقاط قوت این دستورالعمل، ثبت فرایند توثیق در سامانه شرکت سپرده‌گذاری مرکزی است (ماده ۵) که از توثیق مضاعف اوراق بهادار جلوگیری می‌کند و شفافیت مالکیت را افزایش می‌دهد. همچنین حقوق وثیقه‌گیر در این دستورالعمل حفظ شده (مواد ۶، ۷، ۹، ۱۱ و ۱۳) و امکان دسترسی به اطلاعات وضعیت اوراق بهادار برای او فراهم شده است (ماده ۸). این موضوع، به ویژه در نظام بانکی، از آن جهت حائز اهمیت بود که ریسک اعتباری کاهش یافته و امکان نظارت دقیق‌تر بر وثایق فراهم می‌شود.

با وجود این نقاط قوت، دستورالعمل توثیق اوراق بهادار با چالش‌ها و محدودیت‌هایی نیز مواجه است. یکی از مهم‌ترین مشکلات، محدودیت دامنه شمول این دستورالعمل است که تنها اوراق بهادار ثبت شده در شرکت سپرده‌گذاری مرکزی را دربرمی‌گیرد (بند الف ماده ۱). در ماده ۵ «دستورالعمل ثبت، سپرده‌گذاری، تسویه و پایاپای» مصوب ۱۳۸۸ نیز تصریح شده است که فقط اوراق بهادار سپرده‌گذاری شده نزد شرکت سپرده‌گذاری مرکزی قابل وثیقه‌گذاری‌اند؛ بنابراین سایر اوراق بهادار از جمله سهام شرکت‌های سهامی خاص را شامل نمی‌شود؛ به عبارت دیگر حوزه دستورالعمل مذکور، مربوط به معاملات بورسی است.^۱ علاوه بر این، دستورالعمل برای مدیریت ریسک ناشی از نوسانات ارزش اوراق بهادار توثیق شده راه‌حلی ارائه نکرده است، درحالی‌که نوسانات قیمتی اوراق می‌تواند تأثیر مستقیم بر حقوق وثیقه‌گیر داشته باشد. اتهامات مربوط به حق تقدم در افزایش سرمایه، سود اوراق توثیق شده و نحوه اعمال رأی وثیقه‌گیر نیز از دیگر نقاط ضعف این دستورالعمل است. در عرف تجاری و مقررات بازار سرمایه، الزامات مربوط به عینی بودن و معین بودن مال مورد وثیقه مورد توجه قرار نگرفته و رعایت آنها الزامی دانسته نشده است.^۲ از منظر حقوقی، در این دستورالعمل با توجه به ایرادها و تعارضی که ممکن است ماهیت اوراق بهادار با برخی قوانین موجود داشته باشد از عقد رهن استفاده نشده است؛ به عبارت دیگر، قرارداد توثیق چنین اموالی چهره‌ای جدید از عقود تضمینی را نمایان می‌سازد.^۳ اگرچه دستورالعمل توثیق اوراق بهادار با قوانین بازار سرمایه همسو است، پذیرش توثیق این اوراق در قالب قراردادهای خصوصی نیز می‌تواند برای توسعه امکان توثیق اوراق بهادار استفاده شود.

۵. رویکرد نظام بانکی

بانک‌ها در قراردادهای تخصیص منابع، از مشتریان تضامین کافی دریافت می‌کنند.^۴ مطابق با «آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها»،^۵ صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از سوی بانک‌ها، منوط به اخذ وثیقه نزد بانک صادرکننده و با رعایت شرایط مندرج در آیین‌نامه مزبور بود. در بند «پ» ماده ۲ آیین‌نامه مزبور، برگ وثیقه انبارهای عمومی مربوط به کالا و سهام شرکت‌هایی که در

۱. ذوالفقاری، سهیل، محمد ابوعطا، و حمید مسجدرایی، منبع پیشین، ص ۲۱۶.

۲. همان منبع، ص ۲۱۵.

۳. شوشی نسب، نفیسه، ماهیت حقوقی اوراق بهادار، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴، ص ۵۳.

۴. السان، مصطفی، حقوق بانکی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳، ص ۲۶۴.

۵. «ابلاغیه شماره م/۱۶۲ مورخ ۱۳۸۰/۰۲/۲۹ بانک مرکزی».

بورس اوراق بهادار پذیرفته شده‌اند، ازجمله وثایق مورد قبول برای صدور ضمانت‌نامه محسوب می‌شدند. این تصریح، دلالت بر آن داشت که مطابق آن آیین‌نامه اوراق بهادار مذکور، قابلیت توثیق نزد بانک‌ها را داشت و بانک‌ها با مانعی روبه‌رو نبودند. باین‌حال، آیین‌نامه فوق‌الذکر، حسب ماده ۶۵، «دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی)» مصوب ۱۳۹۶ نسخ شده است و برخلاف آیین‌نامه منسوخ که به‌صراحت از امکان توثیق سهام پذیرفته‌شده در بورس سخن می‌گفت، در دستورالعمل جدید، اشاره‌ای مستقیم به این قبیل وثایق نشده است. باوجود این، حذف تصریح مزبور را نمی‌توان به‌معنای رد و نفی امکان پذیرش اوراق بهادار به‌عنوان وثیقه تلقی کرد؛ چراکه در ماده ۴۶ دستورالعمل به مؤسسه اعتباری اختیار داده شده است تا در چارچوب ضوابط مصوب هیئت‌مدیره خود، نوع وثایق را تعیین کنند. بدین‌ترتیب، درحالی‌که آیین‌نامه پیشین نوع وثایق را احصا کرده بود، در دستورالعمل جدید نوعی انعطاف دیده می‌شود که با واگذاری تعیین نوع وثیقه به هیئت‌مدیره مؤسسات اعتباری، نظام ارزیابی ریسک و انتخاب وثیقه را از قواعد خشک و یکسان فاصله داده و به‌اقتضای شرایط مؤسسات و مشتریان، در اختیار نظام بانکی نهاده است.

در قوانین بودجه اخیر، توسعه و تسهیل فرایند توثیق اوراق بهادار به‌عنوان یک ابزار کلیدی برای تقویت دامنه وثایق بانکی و تسهیل دسترسی به تسهیلات خرد در شبکه بانکی مطرح شده است. در قانون بودجه سال ۱۴۰۱^۱، وزارت امور اقتصادی و دارایی به همراه بانک مرکزی موظف شده‌اند تا زیرساخت‌های لازم برای توثیق برخط اوراق بهادار مانند سهام، اوراق مالی اسلامی و واحدهای سرمایه‌گذاری در صندوق‌های سرمایه‌گذاری قابل معامله در بورس را فراهم کنند. این روند در سال ۱۴۰۲^۲ با تأکید بر اتصال تمامی بانک‌های دولتی و خصوصی به سامانه برخط ادامه یافت و درقانون بودجه سال ۱۴۰۳^۳ و ابلاغیه بانک مرکزی^۴ که پیرو آن صادر شده است با گسترش دامنه وثایق به و سهام عدالت، امکان توثیق این دارایی نیز به‌عنوان یکی از اوراق بهادار برای تأمین تسهیلات به وجود آمد.

در نهایت، این رویکردها به‌طورکلی نشان‌دهنده تغییرات در سازوکار نظام بانکی و تلاش برای تسهیل دسترسی به تسهیلات از طریق توثیق اوراق بهادار است. با بررسی مجموعه قوانین و مقررات ناظر بر عملیات بانکی و مالی، می‌توان نتیجه گرفت که توثیق اوراق بهادار در نظام حقوق بانکی ایران،

۱. «جزء ۵ بند تبصره ۱۶ قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور».

۲. «جزء ۲ بند تبصره ۱۶ قانون بودجه سال ۱۴۰۲ کل کشور».

۳. «جزء ۸ بند تبصره ۱۳ قانون بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور».

۴. «ابلاغیه شماره ۰۳/۲۶۰۵۶۲ مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۲۴ اداره اعتبارات بانک مرکزی با موضوع تسهیل و تسریع در پرداخت تسهیلات قرض‌الحسنه ازدواج و فرزندآوری سال ۱۴۰۳».

جایگاه حقوقی مستقلی یافته است و همچنین به‌عنوان روشی پذیرفته‌شده برای تضمین تعهدات در معاملات بانکی و اعتباری شناخته شده و واجد ساختاری قابل اتکا شده است. این تحول نشان از گسترش افق دید نظام حقوقی در مواجهه با اقتضائات اقتصادی نوین دارد و با تکیه بر سازوکار توثیق اوراق بهادار از چالشی که در تطبیق مفاهیم عقد رهن حقوق مدنی با نیازهای پیچیده مالی معاصر وجود داشت، عبور کرده و به راهکارهای کارآمدتر و قابل انطباق با ماهیت دارایی‌های مالی و واقعیت‌های اقتصادی دست یابند.

۵.۱. ویژگی‌های وثایق بانکی

براساس ماده ۴۶ «دستورالعمل ناظر بر ضمانت‌نامه بانکی (ریالی)»، تعیین نوع و میزان وثایق، چهار ویژگی برای اعتباربخشی به وثیقه تعیین شده است: اعتبار وثیقه، سهولت فروش (سهل‌البیع بودن)، نقدشوندگی بالا و بلامعارض بودن. این چهار ویژگی را می‌توان در چارچوب مفاهیم نظام حقوقی و بانکی مرتبط با اوراق بهادار ارزیابی کرد.

اوراق بهادار، به‌ویژه آن دسته که در بازار ثانویه از قابلیت خرید و فروش برخوردارند (نظیر سهام شرکت‌های بورسی)، واجد ویژگی نقدشوندگی بالا و سهولت در فروش‌اند. افزون بر آن، بلامعارض بودن اوراق بهادار که به‌معنای فقدان هرگونه ادعا یا دعوی ثالث نسبت به دارایی موضوع وثیقه است، با توجه به ثبت متمرکز^۱، شفافیت مالکیت و قابلیت ردیابی حقوقی این اوراق، تضمین می‌شود. این ویژگی‌ها، موجب ارتقای جایگاه آنها به‌عنوان وثیقه‌ای مقبول می‌گردد.

۵.۲. رویه‌های موجود

مطابق تبصره ماده ۴۳، «قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» مصوب ۱۳۹۰، بانک مرکزی مکلف است فرم‌های یکنواختی برای هریک از عقود اسلامی که منجر به تسهیلات می‌شود و نحوه اخذ ضمانت‌نامه‌ها را تهیه کند و بر حسن اجرای آن نظارت نماید. این موضوع در بخشنامه‌های متعدد بانک مرکزی نیز مورد ابلاغ، تصریح و تأکید قرار گرفته است.^۲ از همین رو کلیه اعضای شبکه بانکی باید در

۱. «بند ۷ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۴.

۲. «در بخشنامه‌های شماره ۹۲/۲۰۶۵۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۱۱، شماره ۹۳/۱۲۰۲۸۵ مورخ ۹۳/۰۵/۱۳۹۳، شماره ۹۳/۳۴۶۰۵۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳ و شماره ۹۴/۲۴۹۶۰۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۰۲ این موضوع ابلاغ گردیده و در بخشنامه‌های شماره ۹۵/۳۱۳۲۳۸ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۰۵، شماره ۹۶/۲۹۰۰۰۳ مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۱۳ و شماره ۹۹/۲۹۸۳۲۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۱۹ مورد تصریح و تأکید بانک مرکزی قرار گرفته است.»

یک رویه واحد و مطابق با نظر بانک مرکزی عمل کنند به همین خاطر رویه‌های متنوع در قراردادهای و نحوه اخذ ضمانت‌نامه‌ها نباید وجود داشته باشد. برای مثال در «بخشنامه شماره ۹۳/۳۴۶۰۵۵» مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲۳ بانک مرکزی، فرم نمونه قرارداد قرض‌الحسنه ابلاغ شده است و در پیروی از این الگوی یکنواخت، بانک ملی ایران در قالب قرارداد نمونه شماره ۳۸۱۸ و نیز بانک پاسارگاد در فرم قرارداد نمونه شماره ۲-۴۱۱، عیناً از فرم پیشنهادی بانک مرکزی تبعیت کرده‌اند.^۱ در ماده ۱۲ این قرارداد، از اصطلاح وثیقه یا وثایق بهره گرفته شده که این انتخاب واژگان، حاکی از دقت نظر در استعمال واژه‌ها و توجه به مفاهیم حقوقی دارد؛ چراکه بهره‌گیری از این اصطلاح، ناظر به شمول انواع گوناگون تضمین‌ها در چهارچوب مفهوم وثیقه، و توثیق اوراق بهادار نیز در این قراردادهای امکان‌پذیر است.

براساس بند ۱۶ ماده ۴ «اساسنامه بانک سپه» مصوب ۱۴۰۰، این بانک مجاز است اوراق بهادار را بپذیرد، نگهداری کند و آنها را توثیق کند. این موضوع نشان می‌دهد این بانک فعالیت خود را در زمینه پذیرش دارایی‌های مالی گسترش داده است. همچنین در بند ۱۱ ماده ۴ آیین‌نامه تضمین معاملات مشارکت عمومی- خصوصی نیز درباره پذیرش توثیق اوراق بهادار به این موضوع اشاره دارد که سهام پذیرفته‌شده در بورس می‌تواند در دوره‌های مختلف به‌عنوان تضمین استفاده شود. این موضوع نشان می‌دهد که استفاده از توثیق اوراق بهادار، به‌ویژه سهام بورسی، به‌عنوان ابزاری معتبر برای تأمین تضامین در پروژه‌های مشارکت عمومی- خصوصی است.

همچنین بانک‌ها صرفاً وثیقه‌گیر به شمار نمی‌روند، بلکه گاهی نیز خود به‌عنوان وثیقه‌گذار عمل می‌کنند. برای مثال مطابق نامه ۱۵/۱۶۲۷۷ مورخ ۱۴۰۴/۰۲/۱۷ «شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه» بانک سامان به طرفیت شرکت مذکور، برخی از اوراق بهاداری متعلق به خود را توثیق کرده است.^۲

شیوه‌نامه اخذ وثیقه از مؤسسات اعتباری^۳ نیز قواعد مشخصی برای اخذ وثیقه از مؤسسات اعتباری در قبال اضافه برداشت از بانک مرکزی تعیین کرده است. باوجود آنکه در بازارهای مالی انواع مختلفی از

۱. البته سایر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری نیز مکلفاند نمونه فرم‌های ابلاغی بانک مرکزی را به کار ببرند؛ بالاین حال، دو بانک مورد اشاره فرم‌های داخلی خود را با شماره‌گذاری و نشان اختصاصی بانک و درعین حال مطابق با فرم‌های نمونه بانک مرکزی در وب‌گاه خود منتشر کرده‌اند.

۲. بانک سامان، «اطلاعیه شماره ۱۳۴۳۶۲۵»، سامانه کدال قابل دسترس در: www.codal.ir (۱۴۰۴/۰۲/۲۵).

۳. «شیوه‌نامه اخذ وثیقه از مؤسسات اعتباری در قبال اضافه برداشت و واگذاری و فروش وثایق دریافتی مصوب ۱۴۰۱/۰۶/۱۲».

اوراق بهادار مانند سهام، اوراق رهنی، اختیارات معامله، قراردادهای آتی، حق خرید سهام و اوراق قابل تبدیل مورد معامله قرار می‌گیرند،^۱ مطابق مواد ۱ و ۴ شیوه‌نامه مذکور صرفاً اوراق بهادار دولتی، اوراق بدهی شرکتی و سهام پذیرفته شده در بورس و فرابورس به استثنای سهام مؤسسات اعتباری و نمادهای معاملاتی در بازار پایه فرابورس به عنوان وثیقه مورد قبول بانک مرکزی قرار می‌گیرند. این موضوع نشان‌دهنده پذیرش اصل توثیق اوراق بهادار در رویه‌های رسمی بانک مرکزی و اهمیت آن در تنظیم روابط مالی میان مؤسسات اعتباری و نهاد ناظر است. باین حال بانک مرکزی در پذیرش وثیقه بر اوراق بهاداری تأکید دارد که از قیمت‌گذاری شفاف، نقدشوندگی و ثبات بیشتری برخوردار باشند.

علاوه بر این، مطابق با مفاد ماده ۹ شیوه‌نامه، فرایند توثیق اوراق بهادار نزد بانک مرکزی منوط به ثبت رسمی وثیقه‌گذاری در شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه است. این حکم، از یک سو بر لزوم ثبت وثایق در یک نهاد تخصصی و رسمی تأکید داشته و از سوی دیگر حاکی از آن است که بانک مرکزی دیدگاه سازمان بورس و اوراق بهادار را مورد پذیرش قرار داده است. چنین مقرره‌ای به تقویت اعتبار و قابلیت توثیق اوراق بهادار کمک می‌کند و بیانگر نوعی هم‌گرایی نهادی میان بانک مرکزی و سازمان بورس و اوراق بهادار در خصوص قابلیت توثیق این اوراق است.

۵.۳. نوآوری‌ها در قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها در حوزه وثایق

برای بهبود تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، قانونی جدید در این حوزه تصویب شده است که مطابق بند ۱ ماده ۱ آن مؤسسات اعتباری تحت پوشش بانک مرکزی نیز مشمول آن خواهند بود. در این قانون ایجاد سامانه‌ای برای ثبت وثایق، گسترش دامنه دارایی‌های قابل وثیقه و بهبود فرایندهای اجرایی است؛ برخی مشکلات پیشین در توثیق اوراق بهادار را رفع کرده و اصلاحات مهمی در نظام وثایق به وجود آورده است؛ نخست برخلاف رویه‌های پیشین که ثبت وثایق شفافیت کافی نداشت، براساس بند «ژ» ماده ۱ این قانون با پیش‌بینی ایجاد سامانه جامع وثایق سامانه‌ای متمرکز برای ثبت، ارزیابی و اجرای وثایق فراهم ساخته است که به کاهش اختلافات و افزایش اعتماد در فرایندهای اجرایی کمک می‌کند. دوم آنکه دامنه وثایق قابل توثیق گسترش یافته است. در گذشته، برخی اموال از شمول وثایق خارج بودند؛ اما مطابق ماده ۷ این قانون: «کلیه اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت، طلب و حقوق مالی،

۱. نیکومرام، هاشم، فریدون رهنمای رودپشتی، و زهرا امیرحسینی، اقتصاد مالی (مبانی بر رویکرد تحلیل اوراق بهادار)، تهران: انتشارات ترمه، ۱۳۹۲، ص. ۱۳.

اموال منقول و غیرمنقول، اموال مادی و غیرمادی مانند ...اوراق بهادار... عواید قابل تصرف از سهام ...قابل توثیق می‌باشند». سومین نکته نیز رفع ابهام در لزوم قبض در قراردادهای وثیقه است. تبصره ماده ۷ این قانون به صراحت بیان می‌کند که قبض شرط صحت وثیقه نیست، هرچند نهادهای وثیقه‌پذیر می‌توانند در صورت نیاز، مال یا دارایی را قبض کنند. قبل‌تر نیز برخی در پیشنهاد به اصلاح قانون مدنی به این نکته اشاره کرده بودند.^۱ چهارمین مورد نیز ناظر به تعهد نهادهای وثیقه‌پذیر به آزادسازی وثایق مازاد است. پیش‌تر، گاهی پس از کاهش بدهی، وثایق آزاد نمی‌شد؛ اما در ماده ۸ این قانون نهادهای وثیقه‌پذیر را ملزم کرده است که وثایق مازاد را آزاد کنند.

۶. چالش‌ها

۶.۱. وضعیت توثیق اوراق بهادار غیربورسی

توثیق اوراق بهادار در قوانین و مقررات جدید پذیرفته شده است. باین‌حال اکثر قوانین و مقررات چهارچوب توثیق اوراق بهادار پذیرفته شده در سازمان بورس و اوراق بهادار تبیین می‌کنند و درخصوص اوراق بهادار غیربورسی مانند سهام شرکت‌های سهامی خاص احکامی ندارند. با توجه به اینکه در ماده ۷ «قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها» تمام اموال و دارایی‌ها را قابل توثیق دانسته است و از طرفی با تصریح عام به اوراق بهادار و استثنا نکردن این دسته از اوراق بهادار، این دسته از اوراق بهادار نیز قابل توثیق‌اند. ولی باید به دو نکته توجه کرد: نخست آنکه درخصوص شرکت‌های سهامی خاص مطابق «رأی وحدت رویه شماره ۸۵۶» مورخ ۱۴۰۳/۱۰/۰۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور «...چنانچه...[طبق اساسنامه]، انتقال سهام منوط به موافقت هیئت‌مدیره شده باشد و دارنده سهم بدون رعایت حق تقدم سایر سهام‌داران و موافقت هیئت مذکور، مبادرت به انتقال سهام خود به شخص ثالث نماید، انتقال صورت‌گرفته غیرنافذ و با عدم تنفیذ هیئت مدیره محکوم به بطلان است». براین‌اساس، پذیرش سهام این‌گونه شرکت‌ها به‌عنوان وثیقه توسط بانک‌ها، در عمل با چالش‌های جدی در اجرای حقوق وثیقه همراه است؛ زیرا در صورت عدم تنفیذ انتقال توسط هیئت‌مدیره، انتقال سهام محقق نمی‌شود. همچنین در صورت طرح دعوا، احتمال صدور رأی دادگاه مبنی بر بطلان انتقال که به ضرر بانک است، وجود دارد. برای پیشگیری از چنین مشکلاتی، ضروری است که بانک‌ها در هنگام توثیق سهام شرکت‌های سهامی خاص، پیشاپیش موافقت هیئت‌مدیره را اخذ کنند تا امکان اعمال حقوق وثیقه‌گیر بدون مانع حقوقی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ص. ۳۰۲.

فراهم آید. دومین چالش درخصوص این گونه اوراق بهادار، نبود یک بازار معاملاتی شفاف و کارآمد است. از آنجا که این اوراق در بازارهای رسمی معامله نمی‌شوند، نه تنها معیار دقیق و معتبری برای ارزیابی قیمت آنها وجود ندارد، بلکه در عمل نیز ممکن است خریداری برای آنها یافت نشود. به بیان دیگر، پرسش این است که در فرایند ارزش‌گذاری این اوراق باید به چه معیاری تکیه کرد؟ آیا صرفاً قیمت اسمی آنها ملاک است، یا باید با بررسی میزان دارایی‌ها و بدهی‌های شرکت، ارزش واقعی را تعیین کرد؟ درخصوص شرکت‌های دانش‌بنیان، آیا باید ارزش ایده‌ها و دارایی‌های نامشهود آنها را نیز در محاسبه قیمت لحاظ کرد؟ حتی اگر بتوان از طریق روش‌هایی که در علم مدیریت مالی و حسابداری مطرح است، ارزش این اوراق را مشخص کرد، چالش دیگری همچنان باقی می‌ماند که آیا در زمان عرضه، خریداری حاضر خواهد شد این اوراق را به قیمتی منطبق یا حتی نزدیک به ارزش برآورد شده خریداری کند؟ بنابراین، مسئله اصلی در این زمینه، ابهام در ارزش‌گذاری و نبود بازاری برای معاملات شفاف و نقدشونده این اوراق است.

۶.۲. ابهام در حقوق وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر

حقوق طرفین در فرایند توثیق اوراق بهادار، در موضوعاتی همچون دریافت سود، اعمال حق تقدم در افزایش سرمایه و استفاده از حق رأی در مجامع، به‌صراحت مشخص نشده است. این ابهام می‌تواند منشأ اختلاف میان وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر گردد؛ زیرا از یک سو، وثیقه‌گیر در اعتماد خود به اوراق توثیق‌شده با تردید مواجه می‌شود و ازسوی دیگر، وثیقه‌گذار نیز در تعیین حدود اختیارات خود در مدیریت این اوراق و بهره‌مندی از منافع آن دچار سردرگمی خواهد شد. چالش مذکور زمانی پیچیده‌تر می‌شود که میزان سهام وثیقه‌گذار به حدی باشد که بتواند در تعیین اعضای هیئت‌مدیره نقش مؤثر داشته باشد یا حتی خود به‌عنوان عضو هیئت‌مدیره انتخاب شود. در چنین شرایطی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا وثیقه‌گذار می‌تواند با استفاده از موقعیت مدیریتی خود، تصمیماتی اتخاذ کند که به ضرر وثیقه‌گیر تمام شود؟ به‌ویژه اگر این تصمیمات به کاهش قیمت اوراق بهادار شرکت بینجامد، تکلیف حقوقی وثیقه‌گیر چه خواهد بود؟ آیا وی می‌تواند با استناد به این اقدامات، جبران خسارت را مطالبه کند؟ برای مثال، در صورتی که یک بانک اوراق بهادار شرکت را به‌عنوان وثیقه بپذیرد و وثیقه‌گذار در ترکیب هیئت مدیره شرکت حضور داشته باشد، این امکان وجود دارد که وی تصمیماتی اتخاذ کند که برخلاف مصالح بانک باشد. مانند آنکه وثیقه‌گذار از جایگاه خود در هیئت مدیره برای افزایش تعهدات مالی شرکت یا پذیرش ریسک‌های سنگین استفاده کند و ارزش سهام کاهش یابد و در نتیجه، بانک با تضییع حقوق خود مواجه شود.

۶.۳. نوسانات ارزش اوراق بهادار

نوسانات قیمت اوراق بهادار از چالش‌های اساسی در توثیق این دارایی‌ها به شمار می‌آید و کاهش ارزش اوراق می‌تواند حقوق وثیقه‌گیر را با مخاطره مواجه سازد. جدول زیر نشان‌دهنده ارزش بازار بورس اوراق بهادار تهران در دو ماه متوالی است:^۱

ارزش بازار بورس اوراق بهادار تهران ^۲			
	۱۳۹۹/۰۵/۳۱	۱۳۹۹/۰۶/۳۱	درصد تغییرات
سهام	۵۹,۷۶۹,۳۶۹	۶۶,۱۵۵,۹۷۳	-۹/۶۵
اوراق بدهی	۱۳۲,۳۵۷	۱۲۲,۳۰۱	۸/۲۲
ETFs	۳۶۵,۸۶۱	۲۱۵,۸۳۴	۶۹/۵۱
مجموع	۶۰,۲۶۷,۵۸۷	۶۶,۹۴۹,۱۰۸	-۹/۳۶

چنان‌که مشاهده شد، ارزش بازار بورس طی یک ماه با کاهش چشمگیری مواجه گردید. با این حال، قوانین و مقررات موجود چارچوب مشخصی برای مدیریت چنین ریسکی و حفظ حقوق بانک‌ها ارائه نکرده‌اند.

۷. راهکارها

۷.۱. ایجاد بازار معاملاتی برای اوراق بهادار غیر بورسی

به‌منظور کاهش آثار چالش نخست و افزایش شفافیت معاملاتی و بهبود نقدشوندگی اوراق غیربورسی، می‌توان نسبت به ایجاد بازارهای معاملاتی خارج از بورس اقدام کرد. این‌گونه بازارها در بند ۸ ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۴ مورد شناسایی و تعریف واقع شده‌اند. با ایجاد بازار خارج از بورس طیف وسیعی از معاملات اوراق بهادار که امکان دادوستد در تابلوی بورس را ندارند انجام خواهد شد؛ هرچند این بازار به‌دلیل فقدان شفافیت ناشر اوراق بهادار مخاطره بیشتری به همراه دارد، به خروج بازار سرمایه از بن‌بست و جلوگیری از پنهان بودن معاملات منجر خواهد شد.^۳

۱. مرکز پژوهش و توسعه و مطالعات اسلامی، «گزارش وضعیت بازار سرمایه - شهریور ماه ۱۳۹۹»، سازمان بورس و اوراق بهادار قابل دسترسی در: https://rdis.seo.ir/media/seo_reports/Monthly_Report_Shahrvir_99.pdf (۱۴۰۴/۰۱/۳۱)

۲. ارقام به میلیارد ریال است.

۳. باقری، محمود و عباس احضاری، «ماهیت بازار خارج از بورس و تمایز آن از بورس اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش. ۸۶، ۱۳۹۸، ص. ۷۰.

همچنین می‌توان اظهار داشت که گسترش به‌کارگیری توثیق اوراق بهادار غیربورسی در نظام بانکی، مستلزم ایجاد یک بازار معاملاتی رسمی و کارآمد برای این اوراق است؛ زیرا تا زمانی که چنین بازاری سامان‌دهی نشود، به‌دلیل چالش‌های پیش‌گفته، بانک‌ها و سایر نهادهای مالی تمایل کمتری به پذیرش این‌گونه اوراق به‌عنوان وثیقه خواهند داشت.

۷.۲. لزوم وضع مقررات جدید و اتخاذ تدابیر قراردادی

در جهت رفع چالش دوم، یعنی ابهام در حقوق وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر، می‌توان تدابیر لازم را از سه دیدگاه بررسی کرد:

نخست، می‌توان با وضع مقررات آمره، به‌منظور پیشگیری از اختلاف میان حقوق طرفین، روابط میان ایشان را سامان داد. ایراد این دیدگاه آن است که توثیق اوراق بهادار ماهیتی قراردادی دارد و نمی‌توان در چارچوب قرارداد، اراده طرفین را نادیده گرفت.

دوم، می‌توان رابطه میان طرفین را صرفاً قراردادی تلقی کرد و دخالت قانونی در آن را ناموجه دانست. با این حال، ایراد این دیدگاه آن است که در مواردی که طرفین نسبت به حقوق خود در قرارداد سکوت کرده یا اختلاف نظر داشته باشند، معیاری برای حل و فصل اختلاف در دسترس نخواهد بود.

سوم، وضع مقررات تکمیلی که در مواقعی که طرفین خلاف آن را در قرارداد خود مقرر نکرده باشند، به‌عنوان ملاک عمل قرار گیرد، راه‌حلی است که می‌تواند هر دو ایراد نظریات پیشین را برطرف سازد.

بنابراین، راهکار پیشنهادی به‌منظور رفع ابهام در حقوق طرفین در توثیق اوراق بهادار، وضع مقررات تکمیلی است که ضمن حفظ آزادی قراردادی، چارچوبی روشن و قابل اتکا برای حل اختلافات فراهم می‌آورد.

در پرتو دیدگاه اخیر، حقوق بانک‌ها و سایر اشخاص به نحو مطلوب‌تری رعایت خواهد شد؛ زیرا این رویکرد ضمن فراهم آوردن امکان انعطاف در تنظیم قراردادها، در مواردی که حقوق طرفین در قرارداد ذکر نشده باشد، مقررات تکمیلی مربوطه به‌عنوان مبنای حل اختلاف عمل خواهد کرد. با این حال، همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، در حال حاضر بانک‌ها درخصوص قراردادهای تسهیلات از آزادی اراده برخوردار نیستند و به‌موجب الزام قانونی، به استفاده از نمونه قراردادهای ابلاغی بانک مرکزی ملزم‌اند. در نتیجه، اعضای شبکه بانکی امکان اتخاذ تدابیر قراردادی به‌صورت مستقل را ندارند و درج چنین تدابیری مستلزم بازنگری و اصلاح نمونه قراردادهای بانکی توسط بانک مرکزی است.

۷.۳. رعایت نسبت پوششی کاهش از ارزش وثیقه

درخصوص چالش سوم، شایان توجه است که تغییرات قیمتی به‌طور ذاتی در بازار وجود دارد. بااین‌حال، یکی از راهکارهای پیشنهادی، پیش‌بینی تدابیری در قراردادهای تخصیص منابع بانکی است که براساس آن، مبلغ تخصیصی همواره کمتر از ارزش ارزیابی‌شده اوراق بهادار تعیین شود تا درصدی از ارزش برای پوشش ریسک باقی بماند. برای مثال، مؤسسات اعتباری می‌توانند باتوجه به نوع اوراق بهادار، حدود ۳۰ درصد از ارزش ارزیابی‌شده را به‌عنوان نسبت پوششی کاهش از ارزش وثیقه در نظر بگیرند. علاوه بر این، در صورتی که ارزش اوراق به‌طور شدید کاهش یابد و فاصله میان ارزش وثیقه و میزان بدهی به حداقل برسد، بانک این اختیار را خواهد داشت که نسبت به نقد کردن وثیقه اقدام کند. البته اجرای قسمت اخیر پیشنهاد مستلزم امکان‌سنجی حقوقی است.

نتیجه‌گیری

توثیق اوراق بهادار به‌عنوان یکی از ابزارهای نظام بانکی، نقش مهمی در تسهیل اعطای تسهیلات، کاهش ریسک اعتباری و افزایش نقدینگی نهادهای مالی ایفا می‌کند. باوجود این اهمیت، نظام حقوقی ایران با چالش‌هایی در حوزه قوانین و مقررات، اجرای وثایق و ارزش‌گذاری دارایی‌های مالی مواجه است. پژوهش حاضر با هدف تحلیل بررسی مبانی حقوقی، چالش‌های اجرایی و ظرفیت‌های اصلاحی توثیق اوراق بهادار در نظام بانکی ایران انجام شده است.

یافته‌های پژوهش را می‌توان در چهار محور اساسی تبیین کرد: نخست، بررسی مبانی حقوقی نشان داد که محدودیت‌های موجود در قانون مدنی ازجمله لزوم عین بودن و قبض مال مرهون، توثیق اوراق بهادار را در قالب عقد رهن با موانعی جدی مواجه می‌سازد. دوم، در واکاوی راهکارهای جایگزین، ظرفیت استفاده از صلح وثیقه‌ای و قراردادهای نامعین مورد توجه قرار گرفت که می‌توانند کارآمدی بیشتری در این حوزه داشته باشند. سوم، تحلیل تحولات تقنینی و مقررات بانکی و بازار سرمایه نشان داد که چارچوب‌های جدید حقوقی امکان توثیق اوراق بهادار را فراهم ساخته‌اند. چهارم، بررسی قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها نشان داد که با نوآوری‌هایی مانند پیش‌بینی ایجاد سامانه جامع وثایق، گسترش دامنه اموال قابل توثیق، رفع ابهام درباره لزوم قبض در قراردادهای وثیقه و تسهیل فرایند آزادسازی وثایق مازاد، اصلاحات و تحولات مثبتی در حوزه وثایق ایجاد شده است.

افزون بر موارد ذکر شده، این پژوهش چالش‌ها و راهکارهای مرتبط با توثیق اوراق بهادار را نیز بررسی کرد: نخست، درخصوص توثیق اوراق بهادار غیربورسی، ضرورت رعایت ضوابط خاص در فرایند توثیق و ایجاد بازار معاملاتی برای افزایش نقدشوندگی این اوراق مورد تأکید قرار گرفت. دوم، ابهام در حقوق و تعهدات وثیقه‌گذار و وثیقه‌گیر به‌عنوان مانعی در کارآمدی نظام وثایق شناسایی شد که به‌منظور رفع آن، تدوین مقررات شفاف یا پیش‌بینی تدابیر قراردادی پیشنهاد شد. سوم، با توجه به نوسانات ارزش اوراق بهادار، رعایت نسبت پوششی مناسب در فرایند توثیق و اعطای اختیار به بانک‌ها جهت نقد کردن اوراق در شرایط مقتضی به‌عنوان راهکاری عملی مطرح شد. یافته‌های این پژوهش می‌تواند در تمام نهادهای مالی، بانکی و بازار سرمایه کاربرد داشته باشد. همچنین، این تحقیق می‌تواند به قانون‌گذاران در تدوین مقررات جدید یا اصلاح قوانین مرتبط با وثایق بانکی و افزایش شفافیت حقوقی کمک کند.

در نهایت پژوهش حاضر نشان داد که توثیق اوراق بهادار در نظام حقوقی و بانکی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است، اما با چالش‌هایی روبه‌روست که با راهکارهای بیان شده، حسب مورد تا حد زیادی یا به نحو کامل قابل رفع هستند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت: شرکت‌های تجاری (جلد دوم): شرکت‌های سهامی عام و خاص**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۸.
۲. السان، مصطفی، **حقوق بانکی**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۳.
۳. امامی، حسن. **حقوق مدنی**، ج. ۲، تهران: اسلامیه، ۱۳۷۵.
۴. باقری اصل، حیدر، **توثیق اسناد تجاری در حقوق ایران**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق مدنی - رهن و صلح**، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۶. رودیجانی، محمد مجتبی، **حقوق مدنی ۷ (عقود معین اذنی و وثیقه‌ای)**، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۰.
۷. شوشی نسب، نفیسه، **ماهیت حقوقی اوراق بهادار**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.

۸. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹.

۹. کاتوزیان، ناصر، **دوره حقوق مدنی - عقود معین، جلد چهارم: عقود اذنی - وثیقه‌های دین**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.

۱۰. کاتوزیان، ناصر، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳.

۱۱. مشهدی زاده، علیرضا و غلامرضا عباسی، **آثار معاملات معارض بر اسناد رهنی بانکی**، تهران: میزان، ۱۳۹۹.

۱۲. نیکومرام، هاشم، فریدون رهنمای رودپشتی، و زهرا امیرحسینی، **اقتصاد مالی (مبتنی بر رویکرد تحلیل اوراق بهادار)**، تهران: انتشارات ترمه، ۱۳۹۲.

مقاله

۱۳. باریکلو، علی‌رضا، «ماهیت سهم و بازخرید آن توسط شرکت صادرکننده»، *پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی*، ش. ۱، ۱۳۸۵، صص. ۳۸-۱۳.

۱۴. باقری، محمود و عباس احضاری، «ماهیت بازار خارج از بورس و تمایز آن از بورس اوراق بهادار در نظام حقوقی ایران و آمریکا»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، د. ۲۴، ش. ۸۶، ۱۳۹۸، صص. ۳۸-۱۳.

۱۵. تفرشی، محمدعسی و رضا سکوتی نسیمی، «بیع سهام شرکتهای سهامی»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، د. ۲۱، ش. ۴۱، ۱۳۸۳، صص. ۵۸-۳۵.

۱۶. ذوالفقاری، سهیل، محمد ابوعطا و حمید مسجدسرای، «تأملی بر توثیق سهام در شرکت های سهامی»، *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ش. ۴۲، ۱۳۹۷، صص. ۲۲۹-۱۹۳.

۱۷. سلطانی، محمد و حامده اخوان هزاوه‌ای، «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، د. ۹۱، ش. ۱۷، ۱۳۹۱، صص. ۱۶۱-۱۴۱.

۱۸. شکری، فریده، «رهن دین در نظام حقوقی ایران»، *مجله حقوقی دادگستری*، د. ۷۵، ش. ۷۵، ۱۳۹۰، صص. ۷۵-۱۲۱. <http://dx.doi.org/10.22106/ijl.2011.11077>

۱۹. مصباحی مقدم، غلامرضا، سجاد سیاح و محمد مهدی نادری نورعینی، «امکان سنجی وقف سهام و پول؛ مدل صندوق وقف سهام و پول در ایران»، *جستارهای اقتصادی با رویکرد اسلامی*، د. ۶، ش. ۱۲، ۱۳۸۸، صص. ۸۹-۵۹.

منابع برخط

۲۰. بانک سامان، «اطلاعیه شماره ۱۳۴۳۶۲۵»، سامانه کدال قابل دسترس در: <www.codal.ir> (۱۴۰۴/۰۲/۲۵)
۲۱. شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر تهران، «دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۸۰۲۲۸۲۰۰۵۶۸ مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۰۴»، سامانه آرای قضایی قابل دسترس در: <<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/24053>> (۱۴۰۴/۰۱/۱۵)
۲۲. مرکز پژوهش و توسعه و مطالعات اسلامی، «گزارش وضعیت بازار سرمایه - شهریور ماه ۱۳۹۹»، سازمان بورس و اوراق بهادار قابل دسترس در: <https://rdis.seo.ir/media/seo_reports/Monthly_Report_Shahrivar_99.pdf> (۱۴۰۴/۰۱/۳۱)

ب) منابع عربی

۲۳. محمد بن کرم، ابن منظور، **لسان العرب**، ج. ۵، قم: نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵.
۲۴. طریحی، فخرالدین، **مجمع البحرین**، ج. ۴، قم: الثقافة الاسلامیة، بی‌تا.

References:

Books

1. Bagheri Asl, Heydar, **Mortgage of Commercial Documents in Iranian Law**, Tehran: Majd, 2014. (in Persian)
2. Elsan, Mostafa, **Banking Law**, Tehran: SAMT Research & Development Center of Humanities, 2014. (in Persian)
3. Emami, Hassan, **Civil Law**, Vol. 2. Tehran: ESламиye, 1996. (in Persian)
4. Eskini, Rabia, **Commercial Law: Trading Corporations**, Vol. 2, Tehran: SAMT Research & Development Center of Humanities, 2019. (in Persian)
5. Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Karam, **Lisān al-‘Arab**, vol. 5, Qom: Nashr Adab Hawzah, 1985, . (in Arabic)
6. Jafari Langeroudi, Mohamad Jafar, **Civil Law – Morgage and Compromise**, Tehran: Ganj Dansh, 1991. (in Persian)
7. Katouzian, Nasser, **Course of Civil Law – Specified Contracts**, Vol. 4. Tehran: Enteshar Joint Stock Co., 2010. (in Persian)
8. Katouzian, Nasser, **Introductory Course in Civil Law: Property and Ownership**, Tehran: Mizan, 2014. (in Persian)
9. Mashhadizadeh, Alireza & Gholamreza Abbasi, **Effects of Conflict Transactions on Bank Mortgage**, Tehran: Mizan, 2020. (in Persian)
10. Nikoomaram, Hashem; Fereydoun Rahnamay Roodposhti; Zahra Amir Hosseini, **Financial Economics**, Tehran: Termeh Publishing, 2013. (in Persian)
11. Rudijani, Mohamad Mojtaba, **Civil Law 7: Permissive and Collateral Namine Contracts**, Tehran: Javedaneh / Jangal Publishing, 2011. (in Persian)
12. Safaei, Seyyed Hassan, **Introductory Course in Civil Law: General Principles of Contracts**, Tehran: Mizan, 2020. (in Persian)
13. Shoushi Nasab, Nafiseh, **The Legal Nature of Securities**, Tehran: Mizan, 2015. (in Persian)
14. Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn, **Majma‘ al-Bahrayn**, Qom: al-Thaqāfah al-Islāmiyyah, n.d., vol. 4. (in Arabic)

Articles

15. Bariklou, Alireza, “The Nature of Shares and Their Redemption by the Issuing Company”, *Journal of Law and Political Science*, No. 1, 2006, pp. 13–38. (in Persian)
16. Bagheri, Mahmood, Abbas Ehzari, “The Nature of Over the Counter market and its Distinction from Stock Exchange in Iran and the US Legal systems”, *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, Vol. 24, No. 86, 2019, pp. 65–85. (in Persian)

17. Mesbahi-Moghaddam, Gholamreza; Sajjad Sayyah; Mohamad-Mehdi Naderi Nouraini, "Feasibility of Stock and Cash Waqf: A Financial Stock and Cash Waqf Institution in Iran", *Economic Essays with an Islamic Approach*, No. 12, 2009, pp. 59–89. (in Persian)
18. Shokri, Farideh, "Debt Mortgage in Iranian Legal System", *The Judiciary Law Journal*, Vol. 75, No. 75, 2011, pp. 75–112. DOI: 10.22106/jlj.2011.11077. (in Persian)
19. Soltani, Mohamad & Hamedeh Akhavan Hazaveh, "Legal Nature and Rules of Giving Shares as Security", *Journal of Securites Exchange*, Vol. 91, No. 17, 2012, pp. 141–161. (in Persian)
20. Tafreshi, Mohamad -Īsā & Reza Sokuti Nasimi, "Sale of Shares in Joint Stock Companies", *Journal of Social and Human Sciences of Shiraz University*, Vol. 21, No. 41, 2004, pp. 35–58. (in Persian)
21. Zolghaffari, Sohail; Mohamad Abu Atta; Hamid Masjedsori, "A Reflection on the Pledging of Shares in Joint Stock Companies", *International Legal Research*, No. 42, 2018, pp. 193–229. (in Persian)

Judgements:

22. Branch 10 of the Tehran Court of Appeal. Judgment No. 9109980228200568, dated 26 July 2015. Judicial Rulings System.
<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/24053> (last visited April 4, 2025). (in Persian)
23. Research & Development Center of Islamic Studies. "Report on the Capital Market Status – September 2020." *Securities and Exchange Organization*. Available at:
https://rdis.seo.ir/media/seo_reports/Monthly_Report_Shahrivar_99.pdf (last visited January 31, 2025). (in Persian)

Online Sources

24. Saman Bank. Notice No. 1343625. CODAL System. www.codal.ir (last visited May 15, 2025). (in Persian)

Collateralization of Securities: Legal Analysis in the Iranian Banking System

Habib Ramezani Akerdi*
Vahid Gholami Aghababaei**

Received: 2025.10.19 Revised: 2025.11.20 Accepted: 2026.01.25

Abstract

Collateralization of securities in Iran's banking system contributes to facilitating financing, managing credit risk and enhancing liquidity. This study aims to analyze the legal foundations, implementation challenges and reform capacities of collateralizing securities within the framework of newly enacted laws, banking regulations and capital market rules. The research adopts a descriptive-analytical method and the data and materials have been collected through library-based studies. The findings indicate that due to legal constraints, the pledge contract lacks sufficient capacity for the collateralization of securities. In contrast, collateral compromise contracts and innominate contracts are examined as more efficient alternatives. Moreover, the enactment of the Production and Infrastructures Financing Law has led to significant progress in the collateral framework—most notably, the expansion of eligible assets for collateral and the formal acceptance of securities as collateral instruments. Nonetheless, several challenges persist, including the lack of a transparent market for unlisted securities, legal ambiguities concerning the rights of the collateral provider and taker, and fluctuations in the value of securities. The proposed solutions include establishing trading platforms for unlisted securities, developing clear regulations on the rights of the parties involved and designing collateral agreements that mitigate value fluctuation risks. The findings of this study can effectively contribute to the reform of laws, banking regulations and policies, as well as the optimization of operational practices related to the collateralization of securities.

Keywords:

Collateralization, Securities, Bank, Pledge, Securities Market.

* Associate Professor, Faculty of Social Sciences, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran.

** LL.M. Student, Faculty of Social Sciences, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran. Corresponding Author's email: Vahid.Gholami@edu.ikiu.ac.ir.

نگاهی تطبیقی بر رویکرد حقوق آمریکا و اتحادیه اروپا نسبت به نحوه تعامل حقوق بنیادین با بازارهای دیجیتال

محمد جلالی*
سوگل سودبر**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۳

چکیده

از دهه‌های پایانی سده بیستم، ظهور قدرت دیجیتال، دولت‌ها را به‌سوی اتخاذ رویکرد حقوقی مشخص در مواجهه با عملکرد بازیگران این عرصه به‌طور خاص پلتفرم‌ها سوق داد. مطالعه دو الگوی حاکم در دو سوی اقیانوس اطلس یعنی اتحادیه اروپا و ایالات متحده، درک سیر رویارویی حقوقی با این صاحبان قدرت نوظهور را تسهیل می‌کند. در هر دو نظام موردنظر در سال‌های نخستین تأسیس پلتفرم‌ها، به داده‌های در حال گردش در فضای دیجیتال همچون عوامل تولید نگریسته شده است که گردش هرچه بیشتر آن به معنای دستیابی به سطح بالاتری از سود بود. همچنین در این بازه زمانی و به‌منظور تأمین هدف مذکور، پلتفرم‌ها نسبت به محتوای در حال انتقال از هرگونه مسئولیت حقوقی مصونیت داشتند. از سال‌های نخستین سده بیست و یکم مسیر این دو نظام از یکدیگر فاصله گرفت؛ اتحادیه با ملاحظه تمرکز قدرت در دست پلتفرم‌ها و به‌ویژه نقض حق بر حریم خصوصی کاربران تلاش کرد تا با گردش از رویکرد لیبرالیسم اقتصادی به‌سوی تنظیم‌گری دیجیتال حرکت کند که این جریان ابتدا در بستر رویه قضایی و سپس هنجارهای وضع شده، در رأس آن مقررات عمومی حفاظت از داده‌های شخصی منعکس شد. حال آنکه ایالات متحده همچنان با اصرار بر موازین اولیه عدم دخالت خود بر اعمال مؤلفه‌های بازار آزاد به فضای دیجیتال تأکید کرد. در این پژوهش در پی پاسخ به این پرسش هستیم که مواجهه حقوقی متفاوت اروپا و ایالات متحده با جریان دیجیتال‌گرایی از چه مبنایی پیروی می‌کند. در این راستا یافته اصلی آن است که اروپا با دغدغه تأمین حقوق کاربران در لوای حق بر حریم خصوصی به تنظیم‌گری فضای دیجیتال پرداخته است، لکن ایالات متحده با استناد به حق بر آزادی بیان تعمیم سیاست‌های نظام سرمایه‌داری به این فضا را توجیه می‌کند.

کلیدواژه‌ها:

دیجیتال‌گرایی، لیبرالیسم دیجیتال، گردش آزاد داده، نظام سرمایه‌داری دیجیتال، مصونیت واسطه‌گران آنلاین.

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

** دانش‌آموخته دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

s_soodbar@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

از اواخر سده بیستم با شکل‌گیری مفهومی تحت عنوان قدرت دیجیتال و جلوه بیرونی آن در قالب پلتفرم‌ها، دغدغه نوینی فراسوی نظام حقوقی دولت‌ها پدیدار شد که این امر همانا به‌معنای ضرورت درپی‌گرفتن رویکردی منسجم در مواجهه با عملکرد بازیگران دیجیتال بود. توضیح آنکه اگرچه در نگاه نخست توسعه دامنه عملکرد پلتفرم‌ها با ایجاد قلمرویی نوین و فراخ برای به‌منصه‌ظهور رسیدن حقوق بنیادین بشر مترادف می‌نمود، در عمل بروز تهدیدهایی علیه حقوق اولیه کاربران را نیز به همراه داشت.^۱

به‌طور کلی، واکنش دولت‌ها در برخورد با قدرت بازیگران دیجیتال از منظر حقوق بنیادین را می‌توان در قالب دو رویکرد موجود طبقه‌بندی کرد؛ نخست، اعتماد به ظرفیت‌های بالقوه اینترنت به‌عنوان نیرویی دمکراتیک که مستلزم تعهد دولت‌ها به تضمین یک فضای لیبرال و آزاد بود. در مقابل، رویکرد دوم بر ضرورت تنظیم‌گری و محدودسازی قدرت متمرکز پلتفرم‌های دیجیتال تأکید داشت؛ چراکه فقدان چنین نظارتی می‌توانست حقوق و آزادی‌هایی را که اینترنت در آغاز وعده تقویت آنها را داده بود، به مخاطره اندازد.^۲ رد پای اعمال دوگانه پیش‌گفته را می‌توان تا میزان قابل توجهی در دو سوی اقیانوس اطلس، یعنی اتحادیه اروپا و ایالات متحده، جست‌وجو نمود؛ بدین نحو که این دو نظام حقوقی علی‌رغم برخورداری از نقطه آغازین نسبتاً مشابه در مواجهه با قدرت دیجیتال به مرور زمان و با گردش اروپا از مسیر نخستین خود، هریک به الگوی حقوقی متمایزی بدل شدند. البته چنان‌که در ادامه نیز ملاحظه خواهیم نمود، پیش‌فرض‌های اقتصادی حاکم بر هریک نیز تأثیر انکارناپذیری در تمایز حاصل شده ایفا می‌کند.

در این نوشتار ابتدا به نحوه آغاز و ادامه تلاقی نظم حقوقی اتحادیه اروپا با مظاهر دیجیتال‌گرایی^۳ در پرتو اسناد تأثیرگذار وضع‌شده و رویه قضایی موجود می‌پردازیم و سپس به سراغ ایالات متحده رفته و بنیادین‌ترین پیش‌فرض‌های این الگو را در زمینه ارتباط حقوقی میان کاربر، پلتفرم و دولت واکاوی می‌کنیم. در نهایت نیز تلاش نگارندگان بر آن است تا با تکیه بر سبقه متفاوت اقتصادی و حقوقی دو نظام مورد بحث، دوگانه به وجود آمده را علت‌یابی کنند.

۱. انصاری، باقر، شیما عطار و امیرحسین صالحی، **حقوق داده‌ها و هوش مصنوعی: مفاهیم و چالش‌ها**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۲، ۱۴۰۲، صص ۲۲۶-۴۹.

2. Tushnet, Mark, "The Inevitable Globalization of Constitutional Law", *Virginia Journal of International Law*. Vol. 49, No. 4, 2008, pp. 985-1006.

3. Ip, Eric C., "Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State", *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 636-655.

4. Digitalization.

۱. اروپا از لیبرالیسم دیجیتال تا تنظیم‌گری اینترنت

همان‌گونه که در مقدمه این نوشتار نیز اشاره شد، ساحت دیجیتال در اروپا و ایالات متحده در بدو امر از دریچه یکسانی مورد تحلیل حقوقی قرار می‌گرفت. واقعیت انکارناپذیر نیمه دوم سده بیستم در اروپا آن بود که اقتصاد مؤلفه‌ای تأثیرگذار بر سایر ابعاد حیات جمعی از جمله حقوق و سیاست محسوب می‌شد؛ چنان‌که انعقاد معاهده رم در سال ۱۹۵۷ میلادی هدف اتحادیه را تأسیس بازاری مشترک و هماهنگ کردن سیاست‌های اقتصادی دولت‌های متعاهد اعلام کرد.^۱ البته که بی‌تردید واضعین این سند پیش‌بینی نمی‌کردند که در روزگاری نه‌چندان دور قواعد برخاسته از اندیشه‌های لیبرالیسم اقتصادی با تکنولوژی پیوند خورد و انقلاب ناشی از آن، چهارچوب‌های سیاست و اقتصاد را جابه‌جا کند.

مصونیت واسطه‌گران دیجیتال و تضمین گردش آزاد داده را باید نتیجه ملموس تعمیم سیاست‌های بازار آزاد به عرصه دیجیتال دانست. در این راستا مطالعه سند راهنمای تجارت الکترونیک^۲ ما را در درک رویکرد اقتصادمحور اروپا نسبت به فضای دیجیتال کمک می‌کند. براساس این سند هدف مورد نظر اتحادیه در وهله نخست دستیابی به چهارچوبی مشترک برای تجارت الکترونیک به‌منظور تضمین عملکرد مناسب بازار داخلی از طریق حمایت از گردش آزاد اطلاعات میان دولت‌های عضو اتحادیه بود. پیش از تدوین این سند نیز چنانچه از اهداف متصور برای کمیته اقتصادی-اجتماعی برمی‌آید، کاهش محدودیت‌ها برای تجارت الکترونیک و زمینه‌سازی برای ارتقای سطح اعتماد کاربران دو هدف اصلی مطرح در سطح اتحادیه محسوب می‌شد.^۳

به‌موجب دستورالعمل تجارت الکترونیکی^۴ اتحادیه اروپا، ارائه‌دهندگان خدمات اینترنتی از مسئولیت در قبال رفتارهای غیرقانونی کاربران به عنوان اشخاص ثالث معاف بودند. براساس این دستورالعمل، واسطه‌های آنلاین، به‌ویژه ارائه‌دهندگان خدمات میزبانی، مسئولیتی در برابر اطلاعات یا محتوای ذخیره‌شده توسط کاربران خود ندارند، مگر آنکه ثابت شود از ماهیت غیرقانونی اطلاعات یا محتوا آگاه

1. Mortelmans, Kamiel, "The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?", *Common Market Law Review*. Vol. 35, No. 1, 1998, p. 101.

2. e-Commerce Directive

3. European Union, "Opinion of the Economic and Social Committee on the "Proposal for a European Parliament and Council Directive on Certain Legal Aspects of Electronic Commerce in the Internal Market", OJ C 169 (Official Journal of the European Union, June 16, 1999).

4. E-Commerce Directive.

بوده‌اند. در چنین مواردی، این ارائه‌دهندگان موظف‌اند بلافاصله نسبت به حذف یا غیرفعال‌سازی دسترسی به محتوای غیرقانونی اقدام کنند (سازکار «اعلان و حذف»)^۱.

نتیجه اتخاذ رویکرد پیشین آن است که هیچ مبنایی برای الزام قانونی واسطه‌گران دیجیتال نسبت به نظارت بر محتوای خود وجود ندارد؛ چراکه بار نمودن چنین تکلیفی برعهده پلتفرم‌ها از یک سو هزینه مالی و انسانی بسیار بالایی برای کنترل عملکرد کاربران دارد و از سوی دیگر ممکن است به نقض حریم خصوصی آنها بینجامد. در عوض در این بستر پلتفرم‌ها می‌توانند خود به‌صورتی داوطلبانه و به مقتضای ملاحظات چون حراست از داده‌های کاربران یا حفظ امنیت دیجیتال آنها، به‌طور مستقل بر محتوای در حال انتقال نظارت داشته باشند و بعضاً تحت شرایطی حتی برای حذف آنها نیز اقدام کنند.

تئوری معافیت بازیگران دیجیتال از مسئولیت، تاجایی که پلتفرم‌ها تنها به فراهم آوردن امکان دسترسی کاربران و ارائه خدمات میزبانی بسنده می‌کردند، منطقی به نظر می‌رسید. لکن با ظهور بازارهای تجارت الکترونیک و نقش‌آفرینی موتورهای جست‌وجو و شبکه‌های اجتماعی در راستای سازمان‌دهی و مدیریت محتوا، پیش‌فرض‌های اولیه لیبرالیسم دیجیتال به چالش کشیده شد؛ چراکه در چنین وضعیتی معافیت پلتفرم‌ها به دلیل فقدان عناصر آگاهی و کنترل بر محتوای کاربران فاقد مبنای عقلایی است.

چنان‌که در سطور پیشین نیز اشاره شد، تضمین و بسط گردش آزاد داده‌های شخصی به منظور تحصیل هرچه بیشتر سود، نتیجه دیگر امتداد رویکرد لیبرالیسم اقتصادی به فضای فناوری بود. در این زمینه تصویب دستورالعمل حفاظت از داده‌ها در سال ۱۹۹۵ م. گام هنجاری مؤثری تلقی می‌شد. لازم به توضیح است اگرچه این سند با پیش‌بینی پیش‌فرض‌هایی همچون اخذ رضایت کاربران (افراد موضوع داده) پیش از پردازش داده‌های شخصیشان در ظاهر به تحدید حدود و ثغور لیبرالیسم پرداخته بود، در عمل نظارت‌کنندگان اغلب از مبانی قانونی جایگزین برای پردازش داده‌ها استفاده، یا از موقعیت اقتصادی خود برای پیشبرد اهداف مالیشان بهره‌برداری می‌کردند و در نهایت عدم استفاده از بیانی شفاف در محتوای رضایت‌نامه کاربران رعایت چنین اصولی را به مراحل تشریفاتی تبدیل می‌کرد.^۳

1. Notice and Takedown.

2. European Parliament and Council, "Electronic Commerce Directive: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce)", Directive 2000/31/EC (European Union directive, June 08, 2000), Arts. 12-14.

3. Rouvroy, Antoinette and Yves Poullet, "The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy", eds. Serge→

در سال‌های نخستین سده بیست‌ویکم تحول سریع مناسبات دیجیتال و استیلای همه‌جانبه اقتصاد بر این فضا مبانی لیبرال حاکم بر انتقال داده و محتوا در اتحادیه را به چالش کشید. دست‌کم بروز دو رویداد مهم، زمینه‌ساز حرکت از لیبرالیسم دیجیتال به سوی مرحله‌ای نوین از جریان حقوق اساسی اروپا شد که این دگرگونی تا حد زیادی توسط رویه خلاقانه دیوان دادگستری اتحادیه اروپا هدایت می‌شد.^۱

نخست، ظهور و تثبیت قدرت بازیگران خصوصی جدید در محیط دیجیتال و عامل دیگر شناسایی منشور حقوق بنیادین به‌عنوان منشور حقوق بشر اتحادیه، پس از تصویب معاهده لیسبون.^۲ همچنین از اواخر قرن بیستم کارکرد اینترنت دستخوش تغییراتی اساسی شد. این بستر که زمانی صرفاً برای انتقال و میزبانی اطلاعات ساده، مانند متن‌ها و تصاویر کوچک طراحی شده بود، به محیطی پویا تبدیل شد که اغلب ارائه محصولات، اطلاعات و داده‌ها، عمدتاً از طریق پلتفرم‌های آنلاین در آن جریان دارد؛ به‌عبارتی، اینترنت از یک کانال ارتباطی ساده به لایه‌ای اجتماعی بدل شده که در آن حقوق و آزادی‌ها و مظاهر قدرت عمومی در تعامل با یکدیگر شکل می‌گیرند. این تغییرات زمینه را برای ظهور مدل‌های جدید کسب‌وکار فراهم کرده است که از ظرفیت‌های این شبکه جهانی بهره می‌برند. برخلاف ارائه‌دهندگان سنتی خدمات میزبانی یا دسترسی، پلتفرم‌های آنلاین دیگر تنها به ارائه فضاهای رایگان برای اشتراک‌گذاری نظرات و اطلاعات بسنده نمی‌کنند. در عوض آنها با تحلیل داده‌ها و اطلاعات، درآمدهای قابل‌توجهی از تبلیغات و جذب مشتریان جدید برای محصولات و خدمات خود به دست می‌آورند.^۳ به‌ویژه در شبکه‌های اجتماعی، این پلتفرم‌ها برای مدیریت فضاهای دیجیتال خود از فناوری‌های تصمیم‌گیری خودکار استفاده می‌کنند تا محتوا را نظارت و داده‌های کاربران را پردازش کنند. این سیستم‌ها نه‌تنها با پروفایل‌سازی کاربران و افزایش درآمد از طریق تبلیغات، بلکه با ایجاد فضایی منظم و پایدار، تصویر برند خود را بهبود می‌بخشند و تعهدشان به ارزش‌های اخلاقی را به نمایش می‌گذارند.^۴ این تغییرات، با استفاده از هوش مصنوعی برای سازمان‌دهی محتوا و تحلیل ترجیحات

←Gutwirth et al., (Conference paper) Series: Reinventing Data Protection?. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009, pp. 45-76.

1. See: Pollicino, Oreste, **Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road towards Digital Constitutionalism?** Hart Publishing, 2021.

2. Douglas-Scott, Sionaidh, "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 4, 2011, pp. 645-682.

3. See: Srnicek, N., **Platform Capitalism**, Cambridge: Polity Press, 2016.

4. See: Moore, M. and D. Tambini, eds., **Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple**, Oxford University Press, 2018.

کاربران، پلتفرم‌های آنلاین را از نقش سنتی میزبانی صرف فراتر برده و آنها را به بازیگران اصلی و تأثیرگذار در فضای دیجیتال تبدیل کرده است.

در این چارچوب نوین حقوق اساسی اروپا، دیوان دادگستری اتحادیه، به‌مرور زمان عملکردی مشابه با دادگاه قانون اساسی داشته و منشور حقوق بنیادین به ابزاری کلیدی برای ارزیابی اعتبار و تفسیر قوانین اروپایی تبدیل شده است که باید با چالش‌های برخاسته از حکمرانی دیجیتال و انفعال قانون‌گذاران اروپایی مواجه شود.^۱ این رویه فعال به‌جای تأکید بر جنبه‌های صرفاً شکلی، به کاربرد عملی و اساسی حقوق بنیادین پرداخته است. البته که ایفای چنین نقشی برای دیوان جدید نبوده و حتی پیش از تصویب معاهده ماستریخت نیز این نهاد بر اهمیت حقوق بنیادین به عنوان عامل محدودکننده آزادی‌های اقتصادی و اصول بازار مشترک تأکید داشت.

به‌طور کلی دیوان دادگستری با اتخاذ رویکردی هدف‌محور، حراست از حقوق بنیادین را در برابر تهدیدهای حاصل از فناوری‌های دیجیتال در دستور کار خود قرار داده است. مضافاً آنکه عدم بازنگری در دو قانون اصلی حاکم بر مناسبات دیجیتال، یعنی سند تجارت الکترونیک و حفاظت از داده‌ها، اهمیت و جایگاه رویه قضایی مرجع مورد بحث را تقویت می‌نماید. پیش‌برد چنین جریانی، گذار از نگاه صرفاً اقتصادی به بازتعریف حقوق اساسی و ارزش‌های دمکراتیک را تسهیل کرده و ورود به مرحله‌ای تازه در حقوق اساسی دیجیتال اروپا را میسر ساخته است.

حرکت از اتخاذ رویکرد اقتصادی صرف به‌سوی حقوق بنیادین در بستر فضای دیجیتال به‌وضوح در سیر رویه قضایی دیوان قابل مشاهده است. در ادامه، روند تکاملی این مرجع اروپایی در خصوص مسئولیت مداخله‌گران دیجیتال را در پرتو اشاره‌ای کوتاه به چند پرونده تأثیرگذار مورد واکاوی قرار خواهیم داد.

در پرونده "Google France"^۲ سه شرکت فرانسوی فعال در حوزه مد و کالاهای لوکس، ازجمله برند "Louis Vuitton"، مدعی بودند که پلتفرم گوگل امکان بهره‌برداری فروشندگان محصولات تقلبی از کلیدواژه‌های مربوط به کالاهای اصیل را فراهم کرده است؛ به‌گونه‌ای که کاربران هنگام جست‌وجوی برند مشخص، به سایت‌های فروش کالاهای تقلبی نیز هدایت می‌شوند. به باور خواهان‌ها، این اقدام باید

1. De Búrca, Gráinne, "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 2, 2013, pp. 168-184.

2. Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others), Joined Cases C-236/08, C-237/08 and C-238/08 (Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) March 23, 2010).

برای گوگل مسئولیت قانونی به همراه داشته باشد؛ چراکه به نقض حقوق مالکیت معنوی و برندهای معتبر منجر می‌شود. با این حال، دیوان بر این نظر بود که ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی، چنانچه نقش فعالی در کنترل یا آگاهی از داده‌های ذخیره‌شده نداشته باشد، مسئولیتی در قبال آنها ندارد، مگر آنکه پس از آگاهی از محتوای غیرقانونی، در حذف یا محدودسازی آن درنگ کرده باشد. مشاور دادگاه^۱، پوبارس مادورو، نیز تصریح کرد که نتایج موتور جست‌وجو حاصل عملکرد الگوریتم‌های خودکار است که هدفشان هدایت کاربران به سایت‌هایی است که احتمالاً مورد علاقه‌شان خواهد بود؛ و حتی اگر گوگل از این فرایند نفع اقتصادی هم ببرد، این نفع وابسته به هدایت به مرتبط‌ترین سایت‌هاست، نه سایتی خاص.

دیوان در پرونده لورآل^۲ گامی روبه‌جلو گذاشت. در این پرونده ارائه هرگونه خدمات شامل بهینه‌سازی، نمایش و ارائه تسهیلات خرید^۳ اقدامی بی‌طرفانه محسوب نمی‌شد. جریان این پرونده از این قرار بود که شرکت آرایشی-بهداشتی فرانسوی لورآل با آگاهی از فروش محصولات مشابه تقلبی در سایت ای‌بی^۴ سال ۲۰۰۷ از مسئولین آن سایت تقاضای حذف تبلیغات اجناس تقلبی را نمود. لیکن ای‌بی به این درخواست ترتیب اثر نداد و کماکان موتور جست‌وجوی سایت، کاربر را به صفحات مربوط به محصولات تقلبی هدایت می‌کرد. شرکت لورآل این پرونده را از طریق چند دادگاه مستقر در کشورهای اروپایی پیگیری کرد. دادگاه عالی بریتانیا با ارجاع پرونده به دیوان دادگستری اروپا رسیدگی خود را معلق کرد. دیوان برخلاف پرونده پیشین یعنی “Google France” این‌گونه استدلال کرد که سایت ای‌بی همانند گوگل، در فرایند جست‌وجو عملکردی بی‌طرف و منفعل ندارد و تنها یک مداخله‌گر یا مرجعی واسط محسوب نمی‌شود تا از این طریق از مسئولیت مبرا شود؛ بلکه اثبات کرد که ای‌بی به متقاضیان برای انجام تبلیغات هرچه بیشتر و تأمین بالاترین میزان بازدیدکننده کمک می‌کند.

اتخاذ رویکردی با محوریت حقوق اساسی با طرح پرونده اسکارلت تقویت شد. این پرونده با شکایت انجمن بلژیکی نویسندگان، آهنگسازان و ناشران (SABAM)^۵ علیه شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی اسکارلت^۶ آغاز شد؛ شرکتی که کاربران آن برای تبادل فایل از سیستم همتا به همتا^۷ بهره می‌بردند؛

1. Advocate general.

2. L'Oréal SA v. eBay International AG, No. C-324/09 (High Court of Justice (England & Wales) July 12, 2011).

3. Promotion.

4. Ebay.

5. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs.

6. Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), No. C-70/10 (Cour d'appel de Bruxelles November 24, 2011).

7. Peer to peer file sharing.

بی‌آنکه چنین امکانی به‌طور رسمی در خدمات آن پیش‌بینی شده باشد. انجمن SABAM این وضعیت را ناقض حق کپی‌رایت دانست. دادگاه بدوی بروکسل، شرکت اسکارلت را موظف به نظارت مستمر بر انتقال محتوا برای جلوگیری از نقض مالکیت فکری دانست، اما دادگاه تجدیدنظر با توقف رسیدگی، پرسشی اساسی را به دیوان دادگستری اروپا ارجاع داد: آیا یک دادگاه ملی می‌تواند شرکت ارائه‌دهنده خدمات اینترنتی را ملزم به نظارت دائمی بر محتوای منتقل‌شده توسط کاربران کند؟ دیوان، با استناد به اسنادی همچون EU Directive 2000/31، این الزام را مغایر با حقوق بنیادین کاربران، ازجمله حریم خصوصی و آزادی بیان و همچنین اصول حاکم بر ارائه خدمات اینترنتی دانست. به بیان دیگر، دیوان با تأکید بر ضرورت توازن میان مقابله با محتوای غیرقانونی و احترام به حقوق اساسی، فیلترینگ عمومی را خارج از چارچوب حقوقی پذیرفته‌شده ارزیابی کرد.

علاوه‌بر نقش‌آفرینی دیوان دادگستری در زمینه محتوای درحال انتقال، این مرجع به مرور زمان حراست از داده‌های شخصی و حریم خصوصی کاربران را نیز ازجمله مسئولیت‌های خود قرار داد. پرونده^۱ “Lindqvist” را می‌توان نقطه آغازین ایفای نقش دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در مسیر حفاظت از داده‌های شخصی دانست. در این پرونده، خانم لیندکویست^۲، شهروند سوئدی و عضو داوطلب کلیسا، بدون کسب رضایت همکاران خود، اطلاعات شخصی آنها را در وب‌سایتی ساده و غیرتجاری منتشر کرد. این اطلاعات شامل نام، شماره تلفن، وظایف شغلی و حتی جزئیاتی درباره وضعیت جسمانی یکی از همکارانش بود. هدف او از این اقدام، تسهیل ارتباطات کلیسایی بود و وی در این باره هیچ‌گونه سوءنیتی نداشت. باین‌حال، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا عملکرد وی را مغایر با مفاد دستورالعمل EC/۴۶/۹۵ درباره حفاظت از داده‌ها تشخیص داد؛ چراکه این اقدام بدون رضایت افراد مذکور انجام شده بود. این پرونده به‌طور خاص، نقش مهمی در ایجاد رویه‌ای برای برقراری توازن میان آزادی بیان و حفاظت از داده‌های شخصی و حریم خصوصی ایفا کرد و چهارچوبی اساسی برای تحلیل حقوقی در موارد مشابه فراهم آورد. البته در محتوا و عبارت‌پردازی این پرونده، حقوق نقض‌شده خواهان‌ها بیشتر تحت لوای حق بر حریم خصوصی مورد حمایت قرار گرفته است.

علی‌رغم نقش نوآورانه دیوان دادگستری در پرونده‌های پیش‌گفته در زمینه حفاظت از داده‌های شخصی در درون اروپا و فراتر از آن، چرخش اصلی اروپا از رویکردی مبتنی بر اقتصاد به‌سوی شکل‌گیری

1. Criminal proceedings against Bodil Lindqvist, No. C-101/01 (Göta hovrätt - Sweden, November 06, 2003).

2. Bodil Lindqvist.

یک نظم حقوق اساسی را باید در پرونده "google Spain"^۱ جست‌وجو نمود؛ چراکه این پرونده را می‌توان نخستین تلاش قضایی جهت مواجهه با قدرت پلتفرم‌ها دانست.

این پرونده با شکایت ماریو گونزالز علیه گوگل آغاز شد؛ او که در سال ۱۹۹۸ م. نامش در گزارشی مربوط به مزایده اموال بدهکاران تأمین اجتماعی در روزنامه اسپانیایی "La Vanguardia"^۲ درج شده بود، پس از انتشار نسخه اینترنتی این خبر و با گذشت یازده سال، دریافت که نامش همچنان از طریق جست‌وجوی گوگل به این مطلب قدیمی پیوند می‌خورد.

به دنبال درخواست وی از روزنامه مبنی بر حذف مطلب مذکور، به این تقاضا ترتیب اثر داده نشد و گوگل نیز مسئولیت را متوجه دفتر مرکزی خود در کالیفرنیا دانست. در پی بی‌نتیجه ماندن اقدامات، گونزالز به «آژانس حفاظت از داده‌های اسپانیا»^۳ شکایت کرد. این نهاد با رد شکایت علیه روزنامه، اما پذیرش آن علیه گوگل، این شرکت را ملزم به حذف لینک‌های موردنظر از نتایج جست‌وجو نمود. شکایت گوگل به دیوان عالی ملی اسپانیا^۴ و در ادامه ارجاع پرونده به دیوان دادگستری اروپا، بحث‌هایی چون صلاحیت اتحادیه بر یک شرکت آمریکایی و حدود اجرای دستورالعمل‌های اروپایی از جمله دستورالعمل حفاظت از داده‌ها را در پی داشت. دیوان با استناد به فعالیت تجاری گوگل در اسپانیا از طریق شعبه تبلیغاتی، شمول مقررات اتحادیه را تأیید و در حکمی سرنوشت‌ساز اعلام کرد که در شرایطی، حق حریم خصوصی و حفاظت از داده‌ها بر آزادی اطلاعات تقدم دارد. این حکم، که به «حق فراموش شدن» شهرت یافته است، گوگل را ملزم کرد که لینک‌های مربوط به داده‌های قدیمی و غیرضروری را که دیگر به منافع عمومی ارتباطی ندارند، از نتایج جست‌وجو حذف کند. تولید این حق را باید نقطه عطفی در تثبیت رویکرد تنظیم‌گر اتحادیه قلمداد کرد.

نکته حائز اهمیت درخصوص این رأی، اطلاق عنوان کنترل‌کننده به جای پردازش‌گر داده نسبت به شرکت گوگل است که این امر سبب می‌شود تا بستر مناسبی برای پاسخ‌گو نمودن این پلتفرم در راستای تضمین حقوق کاربران موضوع داده فراهم آید. همچنین دیوان این اختیار را برای موتورهای جست‌وجو پیش‌بینی کرده است تا تحت شرایطی - حتی بدون نیاز به حذف محتوای مورد نظر از وبسایت‌ها - محتوای آنلاین مرتبط با داده‌های شخصی افراد موضوع داده را از فهرست نتایج جست‌وجو حذف کنند و

1. Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, No. C-131/12 (European Court of Justice May 13, 2014).

2. AEPD.

3. Audiencia Nacional.

از همین رو رأی صادره بر مبنای دستورالعمل حفاظت از داده‌ها و با ارائه تفسیری سازگار از منشور، به زایش مفهوم حق بر فراموش شدن انجامید.

علی‌رغم نقش مهم و الهام‌بخش رویه دیوان دادگستری، باید توجه داشت که این آرا برای ایجاد یک نظم حقوق اساسی منسجم در حوزه فناوری‌های دیجیتال کفایت نمی‌کنند؛ بلکه تحقق این امر منوط به تدوین نظامی هنجاری در جهت حراست از داده‌هاست که این هدف تا میزان بسیاری با تدوین سند مقررات عمومی حفاظت از داده‌ها محقق شد.

به لحاظ زمانی پس از تصویب معاهده لیسبون و ایفای نقش دیوان دادگستری اروپا، مقررۀ عمومی حفاظت از داده‌ها تأثیر بلامنازع در مسیر ورود مناسبات حقوق بشر به‌ویژه حق بر حریم خصوصی به فضای دیجیتال داشته است. عمق و دامنه تأثیر این سند زمانی بر ما آشکار می‌شود که مقدمه و مفاد آن را با منبع قانونی هم‌ترازش در گذشته، یعنی دستورالعمل حفاظت از داده، مقایسه کنیم.^۱ ساختار مقررۀ موردنظر به‌گونه‌ای است که پاسخ‌گو نمودن کنترل‌کننده داده را در مرکز توجه خود قرار می‌دهد. نکته حائز اهمیت آن است که این سند از مواضع سنتی حفاظت از داده‌ها که به رعایت قوانین مرتبط با این حوزه توسط کنترل‌کنندگان اکتفا می‌کرد، بسنده نکرده و با اتخاذ رویکردی مبتنی بر خطر، کنترل‌کنندگان را به در نظر گرفتن خطرهای احتمالی ناشی از ذخیره، جمع‌آوری یا پردازش داده‌های شخصی - حتی خارج از مرزهای اروپا - ملزم می‌کند.^۲ در اینجا نیز همچون مقرره‌های وضع‌شده درخصوص حذف محتوا، ردپای آموزه‌های حاصل از رویه‌های قضایی دیوان دادگستری مشهود است.

مقررۀ عمومی حفاظت از داده‌ها تلاش می‌کند تا با ارائه تعریفی پویا و منعطف از مسئولیت کنترل‌کننده داده، مؤلفه‌هایی چون ویژگی‌ها و دامنه پردازش داده‌ها، زمینه و هدف‌های آن پردازش و همچنین خطرات احتمالی برای حقوق و آزادی‌های فردی را مدنظر قرار دهد. براساس این رویکرد، کنترل‌کننده داده باید اقدامات فنی لازم را برای اطمینان از انطباق پردازش با اصول "GDPR" انجام دهد و قادر به اثبات آن باشد.^۳

1. European Union, "Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation)," COM/2012/011 final, 2012, Recitals 1-2.

2. Gellert, Raphael, "Understanding the Notion of Risk in the General Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, No. 2, 2018, pp. 279-288.

3. General Data Protection Regulation, *OP.Cit.* Art. 24.

تضمین قانونی حق بر فراموش شدن که پیش‌تر در پرونده “Google Spain” تجویز شده بود، از جمله نقاط برجسته “GDPR” است.^۱ همچنین واضعین این سند از مفهومی تحت عنوان حق بر عدم تصمیم‌گیری‌های خودکار^۲ سخن به میان آورده‌اند؛ این حق نمونه‌ای از واکنش اتحادیه اروپا به چالش‌های ناشی از فناوری‌های هوش مصنوعی است. به بیان دیگر، براساس یک قاعده کلی در “GDPR”، این حق برای افراد تضمین شده است تا موضوع تصمیمات صرفاً مبتنی بر پردازش خودکار قرار نگیرند؛ چراکه ممکن است این‌گونه تصمیمات، اثرات حقوقی عمیقی را بر کاربران تحمیل نماید.^۳ بدین نحو تلاش شد که از جایگاه افراد در برابر کنترل‌کنندگان که میزان عظیمی از داده‌ها را با استفاده از هوش مصنوعی پردازش می‌کنند، حفاظت شود. در واقع هدف از پیش‌بینی این حق، جلوگیری از به‌حاشیه‌راندن کاربران و حمایت از آنها در برابر قدرت پلتفرم‌هاست.

همان‌گونه که مورد تبیین قرار گرفت، اگرچه نظام حقوقی اتحادیه اروپا در ابتدای مواجهه با قدرت تکنولوژی به ملاحظات اقتصادی خود و سیاست بازار آزاد اولویت بخشید، به مرور زمان رویه قضایی و اسناد هنجاری وضع‌شده مسیر حرکت آن را به‌سوی تنظیم‌گری فضای دیجیتال در راستای حراست از حقوق کاربر به‌ویژه حق بر حریم خصوصی تغییر داد. این درحالی است که، همان‌گونه که ذیل بند پیش‌رو به آن خواهیم پرداخت، ایالات متحده تا حد زیادی بر مواضع اقتصادمحور اولیه خود باقی‌ماند.

۲. ایالات متحده: امتداد نظام بازار آزاد به مختصات حقوقی حاکم بر پلتفرم‌ها

همان‌گونه که ذیل عنوان پیشین نیز اشاره شد، ایالات متحده از همان ابتدای رویارویی با مظاهر دیجیتال‌گرایی، سیاست‌های لیبرال حاکم بر اقتصاد خود را به این حوزه گسترش داد. رد پای لیبرالیسم دیجیتال چه در زمینه منابع حقوقی وضع‌شده با موضوع تنظیم محتوا و چه در خصوص نحوه گردش داده‌های شخصی قابل‌ملاحظه است.

در اواخر سده بیستم، تصویب دو قانون شایستگی ارتباطات^۴ و قانون کی‌رایت هزاره دیجیتال^۵ را می‌توان گام مهمی در تثبیت رویکرد ایالات متحده درباره تنظیم تعامل میان سیستم دیجیتال و حقوق

1. See: Ausloos, Jef, **The Right to Erasure in EU Data Protection Law**, Oxford University Press, 2020.

2. Not to be subject to automated decisions.

3. General Data Protection Regulation, *OP.Cit.* Art. 22.

4. Communication Decency Act; See: United States Congress, “Communications Decency Act of 1996 (CDA)”, 47 U.S.C (June 15, 1995).

5. Digital Millennium Copyright Act.

دانست. به موجب قانون شایستگی ارتباطات، مسئولیت مدنی متوجه مداخله‌گران دیجیتال نیست و این سند هیچ‌گونه تکلیفی مبنی بر استقرار سازکاری همیشگی برای نظارت بر محتوای انتشار یافته توسط اشخاص ثالث را به این بازیگران تحمیل نمی‌نماید؛ چراکه به صورت بنیادین پلتفرم‌ها نسبت به محتوای مورد میزبانی از معافیت برخوردارند. یکی از مهم‌ترین دستاوردهای قانون کپی‌رایت هزاره دیجیتال که به آن نیز شناخته می‌شود، آن است که قانون مذکور ارائه‌دهندگان خدمات آنلاین را از مسئولیت معاف می‌کند؛^۱ البته مشروط به آنکه پس از اطلاع از انتشار محتوای غیرقانونی به سرعت آن را حذف کنند.^۲

در ایالات متحده برخلاف مدل اروپایی، سازوکاری منسجم و یکپارچه در سطح فدرال به منظور حفاظت از داده‌های شخصی پیش‌بینی نشده است. چنانچه بدان پرداختیم، در اروپا حفاظت از حریم خصوصی و داده‌های شخصی زیر چتر حمایتی حقوق بنیادین قرار گرفته و با ارزش‌هایی چون کرامت انسانی و خودآیینی او پیوند یافته است.^۳ لکن در ایالات متحده مسئله حفاظت از داده‌های شخصی در پرتو متمم چهارم قانون اساسی و نظریه موزاییکی برخاسته از آن مورد تفسیر قرار می‌گیرد.

نظریه موزاییکی بر این اصل استوار است که هر قطعه از داده‌ها به تنهایی ممکن است بی‌معنی یا کم‌اهمیت به نظر برسد، اما هنگامی که این داده‌ها به صورت جمعی و در یک چهارچوب کلی تحلیل شوند، می‌توانند تصویری جامع و معنادار از زندگی خصوصی افراد ارائه دهند؛ در نتیجه، جمع‌آوری مداوم و گسترده داده‌ها از سوی نهادهای دولتی یا خصوصی می‌تواند به مثابه نقض حریم خصوصی تلقی شود، حتی اگر هر اقدام منفرد به طور جداگانه از آستانه نقض حقوق عبور نکند. نظریه موزاییکی با ارائه این تحلیل جامع‌نگرانه، در پی تطبیق اصول سنتی متمم چهارم با چالش‌های ناشی از فناوری‌های نوین است که امکان نظارت گسترده و جمع‌آوری حجم عظیمی از داده‌های شخصی را فراهم آورده‌اند. به این ترتیب، این نظریه تلاش دارد میان حفاظت از حریم خصوصی و نیازهای نظارتی توازن ایجاد کند، هرچند که در عمل با انتقاداتی درباره پیچیدگی اجرا و کاهش شفافیت روبه‌رو شده است.^۴

1. The 105th United States Congress, "Digital Millennium Copyright Act (DMCA)", 17 U.S.C. (October 28, 1998), sec. 512.

2. Mehra, Salil K. and Marketa Trimble, "Secondary Liability, ISP Immunity, and Incumbent Entrenchment", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. suppl-1, 2014, pp. 685-705.

3. Floridi, Luciano, "On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy", *Philosophy & Technology*, Vol. 29, No. 4, 2016, pp. 307-12.

4. Kerr, Orin S., "The Mosaic Theory of the Fourth Amendment", *Michigan Law Review*, Vol. 111, No. 3, 2012, pp. 311-354.

عدم پیش گرفتن موضعی شفاف درخصوص حفاظت از داده‌های شخصی، ابهام‌های ناشی از اعمال نظریهٔ موزاییکی و از همه مهم‌تر استقرار نظریهٔ لیبرالیسم دیجیتال سبب گردیده تا از منظری اقتصادی و به‌طور خاص از دریچهٔ حقوق مصرف به گردش داده‌های شخصی نگریسته شود. در این راستا، حتی مقرراتی مانند قانون حفاظت از حریم خصوصی کالیفرنیا که گامی روبه‌سوی ارتقای حفاظت از داده‌ها محسوب می‌شود، همچنان با رویکرد حقوق اساسی اروپا که به نحوی ساختارمند، چه در سطح هنجاری چه در بطن رویهٔ قضایی، حراست از داده‌های شخصی را در دستور کار خود قرار داده، فاصلهٔ بسیاری دارد. در حقیقت در ایالات متحده از حقوق افراد در قالب حقوق مصرف‌کننده بهره‌مند از خدمات نوآورانه فناوری‌های دیجیتال در برابر تهدید شکست بازار محافظت می‌شود.^۱

فقدان چهارچوب قانونی منسجم برای حفاظت از داده‌ها سبب شده تا متمم اول قانون اساسی با موضوع آزادی بیان در این زمینه مجال حکومت یافته و قوانین مصوبی که این آزادی بیان را محدود سازند، بر اساس رویکرد سخت‌گیرانه دیوان^۲ نسبت به این موضوع ملغی گردند.

دیوان عالی ایالات متحده از آغاز سدهٔ بیستم تا کنون تفاسیر متفاوت و گاه متعارضی از آزادی بیان در پرتو متمم اول ارائه کرده است؛ برای مثال قاضی هلمز^۳ در پروندهٔ «شنک علیه ایالات متحده»،^۴ آنجایی که دبیرکل حزب سوسیالیست آمریکا در زمان جنگ جهانی اول به توزیع اعلامیه با محتوای ترغیب شهروندان به مخالفت با خدمت اجباری نظامی پرداخته بود، با طرح نظریهٔ «خطر واضح و حاضر»^۵ اعلام داشت که علی‌رغم تأکید متمم اول بر ضرورت حراست از حق بر آزادی بیان، در شرایط جنگی آن زمان اقدام فرد مذکور مخاطره‌ای علیه امنیت کشور محسوب می‌شود و لذا این حق باید محدود شود.

در پروندهٔ مشهور دیگری، قاضی هلمز به بیان نظریهٔ «بازار آزاد ایده‌ها»^۶ می‌پردازد. جریان پرونده بدین شرح است که جیکوب أبرامز و چهار نفر دیگر، که همگی مهاجران روسی بودند، اعلامیه‌هایی را در نیویورک توزیع می‌کردند که به‌موجب آن از کارگران صنایع جنگی تقاضا شده بود تا در اعتراض به

1. Anupam, Chander, Margot E. Kaminski, and William McGeeveran, "Catalyzing Privacy Law", *Minnesota Law Review*, No. 105, 2021, pp. 1733-1802.

2. Schwartz, Paul M., and Karl-Nikolaus Peifer, "Transatlantic Data Privacy Law", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, No. 1, 2017, pp. 115-179.

3. Strict scrutiny test.

4. Oliver Wendell Holmes Jr.

5. *Schenck v. United States*, No. 249 U.S. 47 (Supreme Court of the United States March 03, 1919).

6. Clear and present danger.

7. Marketplace of ideas.

سیاست‌های نظامی ایالات متحده در روسیه دست به اعتصاب بزنند. این گروه در مراجع مربوطه به نقض قانون جاسوسی^۱ متهم شدند. در پی طرح این پرونده در دیوان عالی براساس رأی اکثریت قضات، تحدید آزادی بیان در شرایط موصوف و مستند به نظریه «خطر واضح و حاضر» موجه دانسته شد. البته که بنابر رأی دو قاضی مخالف از جمله قاضی هلمز، مورد مذکور مصداقی از نظریه پیش‌گفته نبوده و در عوض اصل «بازار آزاد ایده‌ها» باید نسبت به آن حکومت کند.^۲ حدود سه دهه بعد در پرونده «راملی علیه ایالات متحده»^۳ نظریه هلمز مبنای تصمیم‌گیری قرار گرفت.

از مطالعه در پرونده‌های پیش‌گفته درمی‌یابیم که سمت‌وسوی حرکت دیوان عالی در برخورد با مسئله آزادی بیان، حاکی از کاربست مفهوم آزادی منفی نسبت به این حق است؛ به این معنا که عدم مداخله دولت و تعمیم مؤلفه‌های اقتصاد نئوکلاسیک به این عرصه برای حراست از آزادی بیان کفایت می‌کند.^۴ در سال‌های پایانی سده بیستم، همراه با تبلور قدرت در بستر فضای دیجیتال، رویکرد پیش‌گفته دیوان عالی به مناسبات این فضا نیز تعمیم یافت. در پرونده «رنو علیه ACLU»^۵ دیوان بخشی از قانون شایستگی ارتباطات^۶ را که به جرم‌انگاری انتشار محتوای ناشایست یا غیراخلاقی برای افراد زیر ۱۸ سال می‌پرداخت، مغایر با قانون اساسی دانست. این پرونده در پی دادخواهی توسط اتحادیه آزادی‌های مدنی آمریکا^۷ به همراه مجموعه‌های دیگری شامل کتابخانه‌های عمومی، ناشران و سازمان‌های حمایت از آزادی بیان مبنی بر تعارض قانون مذکور با مقصود اصلی متمم اول طرح شده بود. دیوان در این پرونده بر تفاوت میان رسانه‌های سنتی و اینترنت تأکید و این‌گونه استدلال کرد که در فضای اینترنت امکان مواجهه تصادفی کاربر با محتوای غیراخلاقی بسیار کمتر از دیگر رسانه‌های جمعی همچون تلویزیون یا

1. The 65th United States Congress "Espionage Act of 1917", No. Pub. L. 65-24, United States federal law (June 15, 1917).

2. Abrams v. United States, No. 250 U.S. 616, Docket no. 316 (Supreme Court of the United States November 10, 1919).

3. United States v. Rumely, No. 345 U.S. 41 (U.S. Supreme Court March 09, 1953).

در پرونده United States v. Rumely، ویلیام روملی، مدیر یک سازمان توزیع کتاب‌های سیاسی محافظه‌کارانه، از افشای اسامی افرادی که این کتاب‌ها را خریداری کرده بودند، به یک کمیته تحقیقاتی کنگره خودداری کرد. این کمیته قصد داشت تأثیر تبلیغات و انتشارات سیاسی بر قانون‌گذاری را بررسی کند. روملی استدلال کرد که افشای چنین اطلاعاتی حق آزادی بیان و حریم خصوصی را نقض می‌کند. دیوان عالی رأی داد که درخواست کنگره فراتر از اختیارات قانونی آن بوده و افشای اسامی خریداران می‌تواند آزادی بیان و انتشار را که تحت متمم اول حفاظت می‌شوند، تهدید کند.

4. Coase, Ronald Harry, "The Market for Goods and the Market for Ideas", *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 2, 1974, pp. 384-391.

5. Reno v. ACLU, No. 521 U.S. 844 (Rehnquist Court June 26, 1997).

6. CDA.

7. American Civil Liberties Union.

مطبوعات است و کاربر در جست‌وجوی اطلاعات نقش فعالی ایفا می‌کند. همچنین به‌نظر قاضی استیونز، اینترنت بازار نوینی از ایده‌هاست و در نتیجه فراهم آوردن شرایطی برای تضمین آزادی بیان در این بستر بر اتخاذ رویکردی مبتنی بر سانسور ارجحیت دارد. نحوه نگرش دیوان در این پرونده سبب شد تا به‌طور کلی در فضای حقوقی ایالات متحده تصویب قوانینی که در صدد تحدید آزادی بیان در اینترنت بودند، خلاف قانون اساسی تلقی شوند و از همین رو ایده خودتنظیمی بازیگران دیجیتال و امتناع دولت از مداخله در محتوای در حال انتقال تقویت شود.

در طول زمان نه‌فقط از سخت‌گیری دیوان‌عالی نسبت به آزادی بیان در فضای دیجیتال کاسته نشده، بلکه با ملاحظه پرونده‌ای چون «پکینگهام علیه کارولینای شمالی»^۱ به تقویت مواضع لیبرال آن پی خواهیم برد. این پرونده به قانونی در کارولینای شمالی مربوط می‌شد که دسترسی آن‌دسته از مجرمان جنسی که اطلاعاتشان در پایگاه داده رسمی دولتی ثبت شده بود، به شبکه‌های اجتماعی، به‌منظور جلوگیری از ارتباط با افراد زیر سن قانونی ممنوع می‌کرد؛ توضیح آنکه پکینگهام در سال ۲۰۰۲ میلادی به دلیل داشتن رابطه جنسی با فردی زیر سن قانونی محکوم شده بود. وی در سال ۲۰۱۰ م. به انتشار پستی در فیس‌بوک با این محتوا که «خدا را شکر می‌کنم که جریمه رانندگی از من برداشته شد» اقدام کرد. انتشار این پست سبب شد تا مقامات ذی‌صلاح قضایی از وجود حساب کاربری وی مطلع شوند و مستند به قانون مربوطه تحت پیگرد قانونی قرار گیرد. وی در دفاع از خود اقدام صورت‌گرفته را نقض متمم اول قانون اساسی و حق مشارکت وی در گفتمان عمومی تلقی کرد. در ادامه قضات دیوان در رأی خود اعلام داشتند که شبکه‌های اجتماعی از جمله مهم‌ترین عرصه‌ها برای تبادل افکار عمومی محسوب می‌شوند.

با کمی دقت در نحوه مواجهه نظام حقوقی ایالات متحده با مظاهر قدرت دیجیتال درمی‌یابیم که اگرچه متمم اول قانون اساسی در محدود کردن قدرت مقامات عمومی موفق عمل کرده، در مقابله با مسئله سوءاستفاده از حق توسط بازیگران خصوصی دیجیتال توفیق چندانی نیافته است. مبنای اتخاذ این رویکرد را باید فارغ از چتر حمایتی قانون اساسی، نظام مسئولیتی حاکم در آموزه‌های لیبرالیسم دیجیتال و تفکیک سخت میان اقتدار عمومی و نظام خصوصی جست‌وجو کرد.

تعامل و ارتباط شکل‌گرفته میان کاربران و پلتفرم‌ها به‌عنوان طرفین یک قرارداد نیز مصداقی بارز از عدم توازن قراردادی است و این امر بسان سدی مانع از پاسخ‌گویی بازیگران دیجیتال و فعالیت

1. Packingham v. North Carolina, No. 582 U.S. 98 (Supreme Court of the United States June 19, 2017).

دمکراتیک آنها می‌شود.^۱ به‌طور کلی حمایت‌های ویژه متمم اول و نظام قراردادی حاکم بر روابط میان کاربران و پلتفرم‌ها به خلق قدرتی بلامنازع انجامیده که در بسیاری از موارد دست سیستم حقوق از تنظیم و مقررگذاری برای آن کوتاه مانده است. در چنین وضعیتی بر فرض تلاش دیوان عالی به منظور مقابله با سوءاستفاده از این قدرت نوظهور، عدم تسری قاعده عملکرد دولت^۲ و^۳ به بازیگران دیجیتال و فقدان سازکار دادرسی افقی که در آن ادعای نقض حق توسط افراد علیه بازیگران خصوصی قابل طرح باشد، موجب تقویت هرچه بیشتر موضع پلتفرم‌ها در برابر کاربران می‌شود.

۳. دوگانه آزادی بیان و حریم خصوصی در دو سوی اقیانوس اطلس

با مقایسه نحوه بسط جریان دیجیتال‌گرایی در دو سوی اقیانوس اطلس به تفاوت و واگرایی رویکرد دو نظام حقوقی اروپا و ایالات متحده در مواجهه با قدرت الگوریتمی دیجیتال پی بردیم. ذیل مطالب پیشین ملاحظه کردیم درحالی که در ایالات متحده ظهور و توسعه پلتفرم‌ها بستری فراخ برای تبلور حق‌ها و آزادی‌ها تلقی می‌شود، به همین امر در اروپا به‌عنوان تهدیدی علیه حقوق اساسی دمکراتیک نگریسته می‌شود. مطالعه رویه قضایی دو الگوی حقوقی مورد بحث، موضع ما را در درک تفاوت‌های موجود تقویت می‌کند. عدم پذیرش دکنترین اثر افقی در دیوان عالی آمریکا را می‌توان بزرگ‌ترین مانع قضایی بر سر پاسخگو نمودن بازیگران دیجیتال تلقی کرد. همچنین وجود تفاوت رویکرد نسبت به حق بر آزادی بیان از دیگر عوامل واگرایی مورد بحث است؛ به این معنی که برخلاف ایالات متحده که در آن حق مذکور در پرتو متمم اول به‌طور مطلق مورد حمایت قرار گرفته، در بسیاری از دولت‌های اروپایی مظاهری از آن محدود شده است؛^۴ برای مثال در پرونده «یاهو علیه لیکرا»^۵ به‌دنبال فروش اشیای یادبود حزب نازی

1. See: Radin, Margaret Jane, **Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law**, Princeton University Press, 2013.

۲. اصل عدم تسری قاعده عملکرد دولت به اعمال بازیگران خصوصی را باید در تصمیم دیوان در پرونده Civil Rights Cases (1883)، جست‌وجو کرد. در این پرونده دیوان عالی ایالات متحده به بررسی قانون حقوق مدنی ۱۸۷۵ پرداخت که تبعیض نژادی در اماکن عمومی، مانند هتل‌ها، تئاترها و وسایل حمل‌ونقل، را ممنوع می‌کرد. دیوان با رأی ۸ به ۱ این قانون را خلاف قانون اساسی دانست و استدلال کرد که متمم چهاردهم قانون اساسی فقط اقدامات تبعیض‌آمیز دولت (State Action) را محدود می‌کند و شامل تبعیض توسط افراد یا نهادهای خصوصی نمی‌شود.

3. State action

4. Pollicino, Oreste and Marco Bassini, "Free Speech, Defamation and the Limits to Freedom of Expression in the EU: A Comparative Analysis", in **Research Handbook on EU Internet Law**, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 508-542.

5. Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme, No. 433 F.3d 1199 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit January 12, 2006).

همچون مدال، پرچم و کتاب‌ها در سایت یاهو، دو گروه حقوق بشری فرانسوی علیه یاهو نزد مراجع صالح این دولت طرح دعوا کردند و خواستار حذف این محتوا شدند. دادگاه مذکور تقاضای خواهان‌ها را پذیرفت و بیان کرد که یاهو باید آن محتوا را حذف کند. این دادگاه دستور داد که یاهو باید ابزارهای لازم را برای شناسایی کاربران فرانسوی به کار گیرد و دسترسی آنها به این محتوا را مسدود کند. لکن یاهو به رأی صادره ترتیب اثر نداد و علیه آن در دادگاه فدرال ایالات متحده طرح دعوی کرد. این پلتفرم در دفاع از خود اعلام داشت که علاوه بر دشواری فنی مسدود کردن محتوایی خاص براساس مناسبات جغرافیایی، محتوای موردنظر براساس متمم اول قانون اساسی آمریکا که از آزادی بیان حمایت می‌کند، مجاز است و همچنین اجرای قوانین فرانسه برای کاربران جهانی نقض حاکمیت اینترنت و آزادی بیان است. در نهایت دادگاه فدرال آمریکا، اجرای حکم دادگاه فرانسه را به معنای نقض متمم اول دانست. البته علی‌رغم عدم اجرای رأی مرجع فرانسوی، یاهو طی زمان با ایجاد تغییراتی در الگوریتم‌های خود دسترسی کاربران فرانسوی به بخشی از محتوای مورد بحث را محدود کرد که این امر را باید ناشی از فشار افکار عمومی و ایجاد نوعی مسئولیت اجتماعی تلقی کرد.

در اتحادیه اروپا اتخاذ رویکرد مبتنی بر خطر، گاه ضرورت تحدید آزادی بیان در فضای دیجیتال را توجیه می‌کند. همچنین در این نظام حقوقی برخلاف ایالات متحده که عدم مداخله دولت در مناسبات دیجیتال را با تضمین حقوق و آزادی‌ها مترادف می‌انگارد، شورای اروپا خواستار ایجاد تعهدی مثبت و ایجابی به منظور تنظیم‌گری حقوق کاربران در مواجهه با قدرت پلتفرم‌هاست.^۱

شاید بتوان یکی از مبانی و علل تفاوت رویکرد اروپا و ایالات متحده در مواجهه با قدرت بازیگران دیجیتال را در مسئله‌ای بنیادین‌تر، یعنی ماهیت و کارکرد اصلی اساسی‌گرایی در بطن آن دو جست‌وجو کرد. رویه محاکم ملی و فراملی اروپا، در رأس آنها دیوان اروپایی حقوق بشر، همواره از گونه‌ای تلاش مستمر و پویا برای برقراری سطحی از توازن میان حق‌های مختلف و همچنین میان حقوق بشر و منافع عمومی حکایت می‌کند. براساس نگرش اروپایی، جز موارد محدودی چون حق حیات و منع شکنجه، سایر حق‌ها شامل حق بر آزادی بیان باید در بستری متوازن مورد حمایت قرار گیرند.^۲ به دیگر سخن،

1. Kuczerawy, Aleksandra, "The Power of Positive Thinking", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 8, 2017, pp. 226-237; Frantziou, Eleni, **The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: A Constitutional Analysis**, Oxford University Press, 2019.

2. Kuczerawy, *Ibid*

این نظام حقوقی اتخاذ رویکردی مطلق‌نگر نسبت به یک حق و تنظیم سایر حقوق و یا منافع عمومی در ارتباط یک‌سویه با آن را بر نمی‌تابد. لکن رد پای کاربست چنین اسلوبی که در قالب دکترینی چون آزمون تناسب متبلور می‌شود، در ایالات متحده به وضوح قابل‌پیگیری نیست که ریشه این امر را می‌توان عدم استقرار گفتمانی میان‌سیستمی در جامعه ایالات متحده دانست؛ توضیح آنکه حق‌های فردی اغلب در سیستم‌های مختلف اجتماعی چون سیاست، اقتصاد، آموزش، خانواده و تکنولوژی زاییده می‌شوند و سپس توسط سیستم حقوق مورد شناسایی و تضمین قرار می‌گیرند. حال چنانچه قدرت و نفوذ یکی از این سیستم‌ها از سایرین فزونی یابد، همانند آنچه در ایالات متحده به وقوع پیوسته است، دستیابی به مجموعه‌ای متوازن با مانع مواجه می‌شود.

از دیگر دلایل تفاوت مورد بحث، نحوه نگرش دو نظام حقوقی به منشأ تهدیدهای ناشی از حکمرانی دیجیتال است. در ایالات متحده فرض بر آن است که حقوق و آزادی شهروندان تنها به وسیله اقتدار عمومی مورد تهدید قرار می‌گیرد؛ در نتیجه چتر حقوق اساسی و حمایت‌های برخاسته از آن بر روابط و تعاملات میان افراد و بازیگران خصوصی از جمله پلتفرم‌ها گسترانیده نمی‌شود. گویی در این نظام، تلقی شبکه‌ای از قدرت به‌طور کامل در مختصات حقوقی راه نیافته است و حتی آنجا که پلتفرم‌ها کارکردی مشابه با نهادهای عمومی را انجام می‌دهند، همچنان رژیم حقوقی حاکم از رویارویی با آن امتناع می‌ورزد.

اتخاذ رویکرد لیبرالیسم دیجیتال سبب شده است تا نظام حقوقی ایالات متحده گاه به شکل عملی با بن‌بست‌های حقوق اساسی مواجه شود. صدور فرمان “Executive Order on Preventing Online Censorship” در سال ۲۰۲۰ م. توسط دونالد ترامپ^۱ را می‌توان نمونه‌ای از نمایش این چالش قلمداد کرد. براساس این فرمان، پلتفرم‌ها نباید در سانسور محتوای انتشار یافته توسط کاربران اختیار مطلق داشته و در این راستا مفاد قانون شایستگی ارتباطات نیازمند اصلاح است. به نظر رئیس‌جمهور وقت آمریکا پلتفرم‌ها از قدرت خود برای سرکوب و حذف محتواهای خاص، به ویژه دیدگاه‌های محافظه‌کارانه جمهوری‌خواه، سوءاستفاده می‌کنند. البته که این فرمان یک سال بعد با روی کار آمدن دولت بایدن و عدم همسویی آن با کابینه‌اش لغو شد. به هر تقدیر، این فرمان اجرایی به‌دلیل سکون و عدم فعالیت کنگره آمریکا در حوزه تنظیم مقررات پلتفرم‌ها طی دو دهه گذشته، نقطه عطفی غیرمنتظره به شمار می‌رود و چالش‌های

1. “Executive Order on Preventing Online Censorship” (The President of the United States of America, May 28, 2020).

تفکیک قوا و محدودیت‌ها و تضادهای موجود در قانون اساسی آمریکا در برخورد با قدرت‌های دیجیتال را به نمایش می‌گذارد.

فرمان مذکور نه فقط با قوانین موضوعه پیشین در مغایرت بود، بلکه با رویکرد دیوان عالی و سایر محاکم در زمینه سانسور محتوای انتشار یافته توسط کاربران نیز در تضادی آشکار قرار داشت؛ برای مثال در پرونده «لويس عليه يوتيوب»^۱ خواهان ادعا کرد که یوتیوب ویدئویی را که وی در آن درخواست بازگشت به کار داشت، به طور غیرقانونی حذف کرده است. این ویدئو مربوط به اختلافات وی با یک شرکت بود و او از یوتیوب خواسته بود که این ویدئو را دوباره منتشر کند. در جریان رسیدگی، دادگاه با استناد به ماده ۲۳۰ از قانون شایستگی ارتباطات اعلام کرد که یوتیوب از حمایت‌های قانونی این ماده بهره‌مند بوده و به دلیل حذف ویدئو قابل تعقیب قضایی نیست. دیوان عالی در پرونده «پکینگهام علیه کارولینای شمالی» رسانه‌های اجتماعی را به معنای فضایی فراخ برای تجلی ارزش‌های دموکراسی در اینترنت تعریف می‌کند.

به طور کلی با مطالعه سیر رویه قضایی آمریکا درمی‌یابیم، نتیجه‌بخش نبودن فرمان اجرایی ترامپ ریشه در عدم اساسی‌سازی صلاحیت مداخله دولت در آزادی بیان داشته است؛ فلذا موضوعی تعجب‌برانگیز به نظر نمی‌رسد. از سوی دیگر، در پرونده‌ای به نام “Manhattan Community Access Corp. v. Halleck”^۲ نیز دیوان تسری دکنترین عملکرد دولت به بازیگران خصوصی را صراحتاً محدود کرده است و این رویکرد در آرای دیگری چون “Gomez v. Zuckerberg”^۳، آنجا که خواهان از حذف پست خود توسط فیس‌بوک نزد دادگاه شکایت کرد، تکرار شد.

یکی از دغدغه‌های مطرح در رویه قضایی آمریکا پاسخ به این پرسش است که آیا می‌توان با وحدت ملاک از مفاهیمی چون حمل و نقل عمومی^۴ یا مکان‌های عمومی^۵ - که مکلف به ارائه خدمات عمومی بدون تبعیض به شهروندان- با پلتفرم‌ها نیز به گونه‌ای مشابه رفتار کنیم؟ این موضوع به‌ویژه پس از نظر موافق قاضی توماس در پرونده “Biden v. Knight First Amendment” درباره مدیریت

1. Jan LEWIS, Plaintiff and Appellant, v. YOUTUBE, LLC, Defendant and Respondent. H041127 (Court of Appeal, Sixth District, California. December 28, 2015).

2. Manhattan Community Access Corp. v. Halleck, No. 587 U.S. (more) 139 S. Ct. 1921; 204 L. Ed. 2d 405 (Supreme Court of the United States June 17, 2019).

3. Gomez v. Mark Zuckenburg Facebook, Inc, (UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF NEW YORK December 03, 2020).

4. Common Carriage.

5. Places of Public Accommodation

محتوای کاربران توییتر توسط دونالد ترامپ، مورد توجه قرار گرفت. سوزان کرافورد، استاد حقوق، معتقد است که پرداختن به مفاهیمی مانند «حمل‌ونقل عمومی» در حقوق اساسی آمریکا می‌تواند به‌نجوی حمایت‌های متمم اول را متعادل سازد، بدون آنکه محدودیت‌های غیرضروری بر آزادی بیان اعمال شود.^۱ ازسوی دیگر، فرانک پاسکوالی در زمینهٔ موتورهای جست‌وجو به خطرات دیگری همچون ارائهٔ اطلاعات نادرست و تبعیض‌آمیز در نتایج جست‌وجو اشاره می‌کند که فراتر از نقض حریم خصوصی است.^۲ بالین‌حال، به‌نظر می‌رسد که در نظام حقوقی آمریکا، اعمال این راه‌حل‌ها در عمل دشوار باشد؛ چراکه این نظام عموماً در برابر هرگونه مداخله‌ای که آزادی‌های پلتفرم‌های دیجیتال را محدود کند، مقاومت می‌نماید؛ به‌عنوان نمونه، دستور اجرایی بایدن برای ترویج رقابت در اقتصاد آمریکا، نشان‌دهندهٔ بازگشت ایالات متحده به رویکرد بازار آزاد برای مقابله با قدرت پلتفرم‌های آنلاین است.^۳ باوجود تلاش‌های فراملی، مانند شورای تجارت و فناوری اتحادیهٔ اروپا-ایالات متحده،^۴ این تفاوت‌های بنیادی میان مدل‌های حقوقی اروپا و آمریکا، همچنان چالش‌های قابل‌توجهی را در مسیر تنظیم پلتفرم‌ها ایجاد می‌کنند.

ایالات متحده در دو دههٔ اخیر، با اتخاذ رویکرد نئولیبرال، به‌جای تنظیم مستقیم فضای دیجیتال، شرایطی را فراهم کرده است که شرکت‌های فناوری بتوانند قدرت و نفوذ خود را در مقیاس جهانی گسترش دهند. متمم اول قانون اساسی به‌عنوان ابزاری قدرتمند، مانع از مداخلهٔ مستقیم دولت در این حوزه شده است. این عدم مداخله به شرکت‌های آمریکایی این امکان را داده است که بدون محدودیت‌های چشمگیر ازسوی دولت، استانداردها و سیاست‌های خود را در سراسر جهان اجرا کنند. بالین‌حال، این سیاست غیرمداخله‌گرایانه به‌جای تنظیم‌گر در واقع شکلی غیرمستقیم از اعمال قدرت دولت است. ایالات متحده با انتخاب این مسیر، هم از مزایای اقتصادی و سیاسی رشد شرکت‌های فناوری پیشرو بهره‌مند شده و هم توانسته است جایگاه خود را به‌عنوان قطب جهانی فناوری تثبیت کند. این رویکرد همچنین تنظیم مستقیم این شرکت‌ها را محدود کرده است؛ چراکه چنین اقدامی می‌تواند به

1. Crawford, Susan, "First Amendment Common Sense", *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, pp. 2343-2391.

2. Pasquale, Frank, "Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines", *University of Chicago Legal Forum*, 2008, pp. 263-300.

3. "Promoting Competition in the American Economy" (The President of the United States of America, July 9, 2021).

4. "EU-US Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement" (The President of the United States of America, 29 September 2021).

تضعیف رشد و نفوذ جهانی آنها منجر شود. البته، رابطه دولت و شرکت‌های فناوری بدون چالش نبوده است. همکاری‌های غیرعلنی میان دولت و این شرکت‌ها، به‌ویژه در حوزه امنیت ملی، نشان‌دهنده نوعی مذاکره و چانه‌زنی پنهان میان آنهاست.^۱ افشاگری‌های ادوارد اسنودن نمونه‌ای از این تعاملات پنهانی بود که نشان داد چگونه دولت آمریکا از پلتفرم‌های دیجیتال برای برنامه‌های نظارتی خود استفاده می‌کند.^۲ به‌طور خلاصه، استراتژی ایالات متحده بر این اصل استوار است که بخش خصوصی قدرت خود را در سطح جهانی اعمال کند و در عین حال، دولت نیز به شکل غیرمستقیم از این فرایند بهره‌مند شود. در اروپا، رویکرد متفاوتی در مواجهه با سرمایه‌داری دیجیتال و تمرکز قدرت پلتفرم‌ها ملاحظه می‌شود. اتحادیه اروپا با ارائه طرح اقدام دموکراسی^۳ به دنبال ترویج ارزش‌های حقوق اساسی خود در ساحت فراملی است.^۴ برخلاف رویکرد نئولیبرالی ایالات متحده یا مدل‌های اقتدارگرایی که در برخی کشورها جریان دارد، این نظام حقوقی مسیر سومی را در پیش گرفته است که بر حفظ حقوق بنیادین و ارزش‌های دموکراتیک در برابر مداخله قدرت‌های خصوصی در مقیاس جهانی تأکید دارد؛ به عبارت دیگر، اتحادیه اروپا نه با اتکای صرف بر رونق اقتصادی بر آزادی عمل مطلق پلتفرم‌های دیجیتال صحنه گذاشته و نه نظارت سخت‌گیرانه توسط اقتدار عمومی دولت را پذیراست، بلکه درصدد برقراری توازن میان دو رویکرد پیش‌گفته است.

با اهمیت یافتن بیش‌ازپیش هوش مصنوعی، شکاف حقوقی میان اروپا و آمریکا ابعاد گسترده‌تری یافت؛ برای مثال در حال حاضر، “ChatGPT” از داده‌های کاربران برای یادگیری و بهینه‌سازی عملکرد خود استفاده می‌کند. این فرایند به این معناست که با هر تعامل جدید، داده‌های اضافی از کاربران جمع‌آوری می‌شود تا تجربه کاربری بهبود و کارایی سیستم افزایش یابد. با این حال، سؤالی که مطرح می‌شود این است که چه زمانی سطح استفاده از این داده‌ها به آستانه‌ای رسیده که مصداقی از نقض حریم خصوصی محسوب شود؟ به‌طور کلی در ایالات متحده جز موارد محدود مانند شماره تأمین اجتماعی یا گواهینامه رانندگی، سایر داده‌هایی که کاربران داوطلبانه به اشتراک می‌گذارند، تحت شمول

1. Elkin-Koren, Niva and Eldar Haber, “Governance by Proxy: Cyber Challenges to Civil Liberties”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 82, 2016, pp. 105-162.

2. See: Lyon, David, *Surveillance after Snowden*, Cambridge: Polity Press, 2015.

3. Democracy Action Plan.

4. European Union, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the European Democracy Action Plan”, COM/2020/790 final (Brussels: European Commission, December 03, 2020).

حوزه عمومی قرار می‌گیرند.^۱ البته که برخی ایالات همچون کالیفرنیا این برخورد حقوقی باز را مخاطره‌ای علیه حریم خصوصی کاربران دانسته و تصویب قانون “CCPA” واکنشی قانونی در برابر این امر است.

برخلاف ایالات متحده بر اساس استانداردهای “GDPR” کاربر حین شروع به استفاده از “ChatGPT” بای N نسبت به جمع‌آوری یا عدم جمع‌آوری داده‌ها و نحوه استفاده از آنها توسط کنترل‌کننده آگاه باشد؛ به‌عنوان نمونه، نظام حقوقی ایتالیا به دلیل عدم سازگاری عملکرد “ChatGPT” با مقررات عمومی، به‌طور موقت استفاده از آن را برای شهروندان خود ممنوع کرد. دلیل این امر نبود روش تأیید سن کاربران، عدم اطلاع‌رسانی شفاف درباره جمع‌آوری داده‌ها و فقدان مبنای قانونی برای پردازش گسترده اطلاعات عنوان شد. در پی این امر شرکت توسعه‌دهنده “ChatGPT” یعنی “openAI” با پیش‌بینی سازوکارهایی مانند ارائه توضیحات شفاف در وبسایت، امکان انصراف کاربران از پردازش داده‌ها و اضافه کردن گزینه تأیید سن برای کاربران ایتالیایی، زمینه را برای ادامه حیات قانونی خود در این کشور فراهم کرد.^۲

چنان‌که از مطالعه تطبیقی نحوه بسط جریان دیجیتال‌گرایی در دو سوی اقیانوس اطلس (اتحادیه اروپا و ایالات متحده) برداشت می‌شود، در آمریکا عدم مداخله دولت در عملکرد پلتفرم‌ها و گردش آزاد داده تحت لوای حق بر آزادی بیان توجیه می‌گردد؛ حال آنکه در اروپا همچنان‌که از تلاش‌های هنجاری صورت‌گرفته، همچون تصویب مقررات عمومی حفاظت از داده‌های شخصی برمی‌آید، حراست از حریم خصوصی کاربر در قالب اصل حفاظت از داده‌های شخصی مصرانه دنبال می‌شود.

نتیجه‌گیری

همواره مناسبات و ملاحظات اقتصادی جوانب دیگر حیات اجتماعی همچون سیاست و حقوق را تحت تأثیر خود قرار داده است؛ به‌گونه‌ای که در بسیاری از موارد نظام حقوقی هر دولت به‌طور چشمگیری تابعی از رویکرد اقتصادی حاکم بوده است. هم‌زمان با شکل‌گیری نخستین مظاهر قدرت دیجیتال نحوه سامان‌دهی حقوقی به این فضا نیز تحت تأثیر هسته سخت اقتصاد، یعنی مؤلفه سود، قرار گرفته و همین

1. Public domain.

2. Fernandez, Jonathan A., “A Comparative Analysis of Privacy and Humanitarian Rights of Citizens against Data Collection through Artificial Intelligence between the European Union and the United States: Will ChatGPT Own Your Data?,” *Journal of international law & comparative studies*, Vol. 1, No. 2, 2024, pp. 167-174.

امر چه در سطح اتحادیه اروپا و چه در ایالات متحده به پیش‌بینی اصل مصونیت بازیگران دیجیتال در برابر محتوای در حال انتقال و گردش آزاد داده انجامیده که این اصول توسط منابع هنجاری مرتبط همچون قانون تجارت الکترونیک و دستورالعمل حفاظت از داده‌ها در اروپا و قانون شایستگی ارتباطات و کمی‌رایت هزاره دیجیتال در امریکا مورد حمایت قرار می‌گرفت.

با گذشت حدود دو دهه و مواجهه محاکم و در رأس آن دیوان دادگستری اروپا با آثار گسترده و عمیق حاصل از عدم پاسخ‌گویی پلتفرم‌ها نسبت به محتوا و اصل قرار دادن گردش آزاد داده به‌عنوان یک پیش‌فرض اقتصادی به‌تدریج قضات با تأکید بر ضرورت حراست از حق بر حریم خصوصی به‌سوی پیش‌بینی سطحی از پاسخ‌گویی دیجیتال حرکت کردند و این کوشش در نهایت در قالب تصویب مقررات عمومی حفاظت از داده‌های شخصی در اتحادیه به‌منصه ظهور رسید. لکن ایالات متحده متأثر از استقرار سیاست بازار آزاد همچنان بر مواضع لیبرالیسم دیجیتال تأکید می‌کند و بدین ترتیب عدم مداخله دولت در جریان گردش داده‌ها به‌عنوان یک اصل اولیه تحت لوای متمم اول قانون اساسی و حق بر آزادی بیان مورد توجیه قرار می‌گیرد.

ردپای تفاوت رویکرد دو نظام حقوقی مورد بحث در مظاهر اخیر پیشرفت تکنولوژی همچون هوش مصنوعی و بازار رمزارزها نیز، تنظیم‌گری نظام اتحادیه اروپا و تثبیت خودتنظیمی شرکت‌های صاحب تجارت‌های دیجیتال را آشکار می‌کند که مطالعه عمیق در بستر هریک از این موضوعات و تطبیق عینی نظام هنجاری و رویه‌ای حاکم مجال پژوهشی دیگری را طلب می‌کند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. انصاری، باقر، شیما عطار و امیرحسین صالحی، **حقوق داده‌ها و هوش مصنوعی: مفاهیم و**

چالش‌ها، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۲.

References:

Books

1. Ansari, Bagher, Shima Attar and Amir Hossein Salehi, **Data Protection and Artificial Intelligence: Concepts and Challenges**,. 2nd ed. Tehran: Sherkat-e Sahāmi-ye Enteshār, 2023. (in persian)
2. Ausloos, Jef, **The Right to Erasure in EU Data Protection Law**, Oxford University Press, 2020.
3. Frantziou, Eleni, **The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union: A Constitutional Analysis**, Oxford University Press, 2019.
4. Lyon, David, **Surveillance after Snowden**, Cambridge: Polity Press, 2015.
5. Moore, M. and D. Tambini, eds., **Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple**, Oxford University Press, 2018.
6. Pollicino, Oreste and Marco Bassini, "Free Speech, Defamation and the Limits to Freedom of Expression in the EU: A Comparative Analysis", in **Research Handbook on EU Internet Law**, Edward Elgar Publishing, 2014,.
7. Radin, Margaret Jane, **Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law**, Princeton University Press, 2013.
8. Srnicek, N., **Platform Capitalism**, Cambridge: Polity Press, 2016.

Articles

9. Anupam, Chander, Margot E. Kaminski, and William McGeveran, "Catalyzing Privacy Law", *Minnesota Law Review*, No. 105, 2021, pp. 1733-1802. Doi: 10.24926/265535.4205
10. Coase, Ronald Harry, "The Market for Goods and the Market for Ideas", *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 2, 1974, pp. 384-391.
11. Crawford, Susan, "First Amendment Common Sense", *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, pp. 2343-2391.
12. De Búrca, Gráinne, "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, No. 2, 2013, pp. 168-184. doi: 10.1177/1023263X1302000202
13. Douglas-Scott, Sionaidh, "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, No. 4, 2011, pp. 645-682. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr038>
14. Elkin-Koren, Niva and Eldar Haber, "Governance by Proxy: Cyber Challenges to Civil Liberties", *Brooklyn Law Review*, Vol. 82, 2016, pp. 105-162.

15. Fernandez, Jonathan A., "A Comparative Analysis of Privacy and Humanitarian Rights of Citizens against Data Collection through Artificial Intelligence between the European Union and the United States: Will ChatGPT Own Your Data?," *Journal of international law & comparative studies*, Vol. 1, No. 2, 2024, pp. 153-174.
16. Floridi, Luciano, "On Human Dignity as a Foundation for the Right to Privacy", *Philosophy & Technology*, Vol. 29, No. 4, 2016, pp. 307-312. <https://doi.org/10.1007/s13347-016-0220-8>
17. Gellert, Raphael, "Understanding the Notion of Risk in the General Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review*, Vol. 34, No. 2, 2018, pp. 279-288. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.003>
18. Ip, Eric C., "Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State", *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 636-655.
19. Kerr, Orin S., "The Mosaic Theory of the Fourth Amendment", *Michigan Law Review*, Vol. 111, No. 3, 2012, pp. 311-354. <https://doi.org/10.1093/icon/moq033>
20. Kuczerawy, Aleksandra, "The Power of Positive Thinking, Intermediary Liability and the Effective Enjoyment of the Right to Freedom of Expression", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 8, No. 3, 2017, pp. 226-237.
21. Mehra, Salil K. and Marketa Trimble, "Secondary Liability, ISP Immunity, and Incumbent Entrenchment", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. suppl1-1, 2014, pp. 685-705. <https://doi.org/10.5131/AJCL.2013.0041>
22. Mortelmans, Kamiel, "The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?", *Common Market Law Review*. Vol. 35, No. 1, 1998, p. 101-136. <https://doi.org/10.54648/159616>
23. Pasquale, Frank, "Internet Nondiscrimination Principles: Commercial Ethics for Carriers and Search Engines", *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2008, 2008, pp. 263-300.
24. Pollicino, Oreste, "Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech", *European Law Journal*, Vol. 25, No. 2, 2019, pp. 155-168. <https://doi.org/10.1111/eulj.12311>
25. Rouvroy, Antoinette and Yves Poullet, "The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy", eds. Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul Hert, Cécile Terwangne and Sjaak Nouwt, (Conference paper) Series: Reinventing

- Data Protection?. Dordrecht: Springer Netherlands, 2009, pp. 45-76. https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9498-9_2
26. Schwartz, Paul M., and Karl-Nikolaus Peifer, "Transatlantic Data Privacy Law", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 106, No. 1, 2017, pp. 115-179.
27. Tushnet, Mark, "The Inevitable Globalization of Constitutional Law", *Virginia Journal of International Law*. Vol. 49, No. 4, 2008, pp. 985-1006.

Documents & Reports

28. European Parliament and Council, "Electronic Commerce Directive: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce)", Directive 2000/31/EC (European Union directive, June 08, 2000). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj/eng/> (Last visited 24/07/2025)
29. European Parliament and European Council, "Data Retention Directive: Directive on the Retention of Data Generated or Processed in Connection with the Provision of Publicly Available Electronic Communications Services or of Public Communications Networks", European Union Directive: Directive 2002/58/EC (Official Journal of the European Union, March 15, 2006). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/24/oj/eng/> (Last visited 24/07/2025)
30. European Union, "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the European Democracy Action Plan", COM/2020/790 final (Brussels: European Commission, December 03, 2020). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0790/> (Last visited 24/07/2025)
31. European Union, "Opinion of the Economic and Social Committee on the "Proposal for a European Parliament and Council Directive on Certain Legal Aspects of Electronic Commerce in the Internal Market"", OJ C 169 (Official Journal of the European Union, June 16, 1999), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:51999AC0457>. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:51999AC0457/> (Last visited 24/07/2025)
32. European Union, "Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation)," COM/2012/011 final, 2012.

Cases

33. *Abrams v. United States*, No. 250 U.S. 616, Docket no. 316 (Supreme Court of the United States November 10, 1919).
34. Criminal proceedings against Bodil Lindqvist, No. C-101/01 (Göta hovrätt - Sweden, November 06, 2003).
35. *Gomez v. Mark Zuckerberg Facebook, Inc.* (UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF NEW YORK December 03, 2020).
36. *Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others*, Joined Cases C-236/08, C-237/08 and C-238/08 (Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) March 23, 2010).
37. *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, No. C-131/12 (European Court of Justice May 13, 2014).
38. *Jan LEWIS, Plaintiff and Appellant, v. YOUTUBE, LLC, Defendant and Respondent*. H041127 (Court of Appeal, Sixth District, California. December 28, 2015).
39. *L'Oréal SA v. eBay International AG*, No. C-324/09 (High Court of Justice (England & Wales) July 12, 2011).
40. *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, No. 587 U.S. (more) 139 S. Ct. 1921; 204 L. Ed. 2d 405 (Supreme Court of the United States June 17, 2019).
41. *Packingham v. North Carolina*, No. 582 U.S. 98 (Supreme Court of the United States June 19, 2017).
42. *Reno v. ACLU*, No. 521 U.S. 844 (Rehnquist Court June 26, 1997).
43. *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, No. C-70/10 (Cour d'appel de Bruxelles November 24, 2011).
44. *Schenck v. United States*, No. 249 U.S. 47 (Supreme Court of the United States March 03, 1919).
45. *United States v. Rumely*, No. 345 U.S. 41 (U.S. Supreme Court March 09, 1953).
46. *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme*, No. 433 F.3d 1199 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit January 12, 2006).

Acts and Legislations

47. "EU-US Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement" (The President of the United States of America, 29 September 2021).
48. "Executive Order on Preventing Online Censorship" (The President of the United States of America, May 28, 2020).
49. "Promoting Competition in the American Economy" (The President of the United States of America, July 9, 2021).
50. The 105th United States Congress, "Digital Millennium Copyright Act (DMCA)", 17 U.S.C. (October 28, 1998).
51. The 65th United States Congress "Espionage Act of 1917", No. Pub. L. 65-24, United States federal law (June 15, 1917).
52. United States Congress, "Communications Decency Act of 1996 (CDA)", 47 U.S.C (June 15, 1995).

A Comparative Analysis of the U.S. and EU Approaches to the Interaction Between Fundamental Rights and Digital Markets

Mohammad Jalali*

Sogol Soodbar**

Received: 2025.05.24 Revised: 2025.05.10 Accepted: 2025.04.15

Abstract

Since the closing decades of the twentieth century, the emergence of digital power has compelled states to adopt distinct legal approaches toward the activities of digital actors, particularly online platforms. Examining the two dominant regulatory models on either side of the Atlantic- the European Union and the United States- facilitates an understanding of the evolution of legal responses to these emerging centers of power. In both jurisdictions, during the early stages of platform development, data circulating in the digital environment were primarily regarded as a factor of production, with the free flow of data viewed as a means of maximizing economic profit. To advance this objective, platforms were granted broad immunity from legal liability for content transmitted through their services. Beginning in the early twenty-first century, however, the regulatory trajectories of the two systems diverged. Recognizing the growing concentration of power in the hands of digital platforms, particularly its implications for users' right to privacy, the European Union gradually shifted from an economic liberalism paradigm toward digital regulation. This transformation first emerged through judicial practice and was subsequently institutionalized in legislative instruments, most notably the General Data Protection Regulation (GDPR). By contrast, the United States continued to adhere to its longstanding non-interventionist approach, emphasizing the application of free-market principles to the digital sphere. This study seeks to answer the following question: what normative foundations explain the divergent legal responses of the European Union and the United States to digitalization? The principal finding is that the European regulatory model is primarily driven by the protection of users' rights, particularly the right to privacy, whereas the United States justifies extending the principles of the capitalist market order to the digital environment by relying on the constitutional protection of freedom of expression.

Keywords:

Digitalization, Digital liberalism, Free Circulation of Data, Digital Capitalism, Online Intermediaries' Immunity.

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

** Ph.D. in Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Corresponding Author's email: s_soodbar@sbu.ac.ir.

مالیات بر رمزارزها: مطالعه تطبیقی ایران و اروپا

نوید رهبر*
محمدرضا افشاری**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۱۲/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۴/۰۷

چکیده

با گسترش روزافزون فعالیت‌های رمزارزی در حوزه‌های معامله‌گری، سرمایه‌گذاری، استخراج و پرداخت، مالیات‌گذاری بر این دارایی‌های دیجیتال به یکی از چالش‌های اساسی سیاست‌گذاری مالی در سطح جهانی تبدیل شده است. ماهیت غیرمتمرکز رمزارزها، ناشناس بودن نسبی تراکنش‌ها و امکان جابه‌جایی سریع فرامرزی، کارایی نظام‌های مالیاتی سنتی را با تردید مواجه ساخته است. درحالی‌که بسیاری از کشورها به‌ویژه در اروپا اقدام به تدوین چارچوب‌های مشخص مالیاتی برای رمزارزها کرده‌اند، وضعیت حقوقی و مالیاتی این دارایی‌ها در ایران همچنان با ابهام جدی روبه‌رو است. بررسی تطبیقی نظام‌های مالیاتی کشورهای اروپایی مانند آلمان، فرانسه، اسپانیا و انگلستان نشان می‌دهد که رمزارزها عموماً به‌عنوان دارایی مالی شناخته شده و مشمول مالیات بر درآمد یا سود سرمایه‌اند، هرچند تفاوت‌هایی در نحوه اجرا وجود دارد؛ ازجمله معافیت نگهداری بلندمدت در آلمان یا اعمال مالیات صرفاً در زمان تبدیل به ارز فیات در فرانسه و اسپانیا. همچنین چارچوب DAC8 اتحادیه اروپا نشان‌دهنده تلاش برای استانداردسازی گزارش‌دهی و کاهش فرار مالیاتی است. در مقابل، در ایران مالیات‌ستانی از رمزارزها فاقد مبنای قانونی مستقل و شفاف است و عمدتاً در چارچوب کلی قانون مالیات‌های مستقیم و از طریق کنترل تراکنش‌های بانکی اعمال می‌شود. بخشنامه‌ها و مقررات نهادهای ناظر، به‌ویژه بانک مرکزی، بیشتر ناظر بر سامان‌دهی صرافی‌ها و پیشگیری از جرائم مالی است تا ایجاد یک نظام مالیاتی منسجم. این خلأ قانونی موجب افزایش عدم شفافیت، تشدید فرار مالیاتی و کاهش امنیت سرمایه‌گذاری شده است. مقاله حاضر پیشنهاد می‌کند ایران با بهره‌گیری از تجارب اروپایی، چارچوبی اختصاصی و شفاف برای مالیات‌گذاری رمزارزها تدوین کند.

کلیدواژه‌گان:

رمزارز، مالیات بر سود سرمایه، گزارش‌دهی مالیاتی، فرار مالیاتی، سیاست‌گذاری مالیاتی.

* استادیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

n_rahbar@sbu.ac.ir

** دانش‌آموخته کارشناس ارشد، 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

مالیات‌گذاری بر رمزارزها بر دو رکن اساسی استوار است: نظام گزارش‌دهی کارآمد برای شناسایی و رهگیری تراکنش‌ها و تدوین مقررات مالیاتی دقیق که تعادلی میان حمایت از نوآوری و جلوگیری از فرار مالیاتی برقرار کند. از آنجا که بلاک‌چین ماهیتی غیرمتمرکز دارد و مالکان دارایی‌های رمزارزی به راحتی قابل شناسایی نیستند، رهگیری و گزارش‌دهی مالیاتی این تراکنش‌ها چالش‌برانگیز است. در بسیاری از کشورها، الزام صرافی‌ها به ارائه گزارش‌های مالیاتی و اجرای سیاست‌های شناخت مشتری^۱ و مقابله با پول‌شویی^۲ برای افزایش شفافیت مالیاتی اجرا شده است. در ایران نیز، الزام گزارش‌دهی تراکنش‌های کلان رمزارزی و ایجاد سازوکارهای خوداظهاری می‌تواند گامی مهم در جهت شفافیت مالیاتی باشد.

چارچوب‌های مالیاتی رمزارزها باید به گونه‌ای تنظیم شوند که ضمن جلوگیری از فرار مالیاتی، مانع خروج سرمایه یا گسترش بازارهای غیررسمی نشوند. سخت‌گیری بیش‌ازحد می‌تواند رشد این حوزه را محدود کند، درحالی‌که نبود مقررات شفاف، زمینه سوءاستفاده را فراهم می‌سازد. از این رو، پوشش جامع فعالیت‌های رمزارزی، از جمله معاملات، ماینینگ و استیکینگ، ضروری است.

تحقق این هدف مستلزم هماهنگی میان نهادهای سیاست‌گذار و توسعه سازوکارهای نظارتی کارآمد، از جمله بهره‌گیری از تحلیل داده‌ها برای شناسایی فعالیت‌های مشکوک است. در نهایت، مالیات بر رمزارزها باید با رعایت اصل بی‌طرفی مالیاتی و براساس ماهیت فعالیت‌ها طراحی شود تا ضمن حفظ کارایی نظام مالیاتی، از نوآوری نیز حمایت شود.

با ورود جهان به عصر دیجیتال، رمزارزها دیگر تنها یک روند گذرا^۳ محسوب نمی‌شوند، بلکه به عنوان ابزارهای مالی^۴ نوین، نقش مهمی در تحول درک عمومی از پول، ثروت و تجارت ایفا می‌کنند. از زمان استخراج اولین بیت‌کوین در سال ۲۰۰۹، ارزش‌های دیجیتال به پیش‌تازان فناوری مالی تبدیل شده و نظام‌های اقتصادی و مالی جهانی را تحت تأثیر قرار داده‌اند.

هجوم سرمایه‌های عظیم به بازار رمزارزها و رشد سریع ارزش این دارایی‌ها، ضرورت وضع مالیات بر آنها را برای دولت‌ها دوچندان کرده است. در زمان نگارش این متن، ارزش کل بازار رمزارزها بیش از سه

1. Know Your Customer.
2. Anti-Money Laundering.
3. Temporary Trend.
4. Financial Instrument.

تریلیون دلار آمریکا برآورد شده است^۱ که این امر نشان می‌دهد مالیات‌گذاری بر این دارایی‌ها نه تنها یک فرصت مالی، بلکه یک ابزار مهم برای ثبات اقتصادی کشورها محسوب می‌شود. دولت‌ها نه تنها به درآمد بالقوه مالیات بر رمزارزها توجه دارند، بلکه این مالیات‌گذاری می‌تواند به عنوان یک ابزار نظارتی برای کنترل فعالیت‌های مالی در این بازار عمل کند.

باتوجه به رشد سریع استفاده از رمزارزها و ادغام آنها در سیستم‌های پرداخت متعارف، تعداد رویدادهای مشمول مالیات افزایش یافته است. مالیات بر رمزارزها نه تنها درآمدهای دولت را افزایش و کسری بودجه را کاهش می‌دهد، بلکه به عنوان ابزاری برای تنظیم بازار و کنترل فعالیت‌های غیرقانونی نیز عمل می‌کند. درحالی که ماهیت غیرمتمرکز رمزارزها چالشی برای دولت‌ها ایجاد کرده است، اما تلاقی این دارایی‌ها با سیستم مالی سنتی (به ویژه در نقاطی که تبدیل رمزارز به ارزهای فیات^۲ صورت می‌گیرد) فرصتی را برای نظارت و دریافت مالیات فراهم می‌آورد.

این پژوهش با رویکردی توصیفی-تحلیلی و تطبیقی، به بررسی سیاست‌های مالیاتی رمزارزها در ایران و کشورهای منتخب اروپایی می‌پردازد. تمرکز اصلی مقاله بر دو بعد «قواعد ماهوی مالیات‌گذاری» و «سازوکارهای گزارش‌دهی و اجرای مالیات» است. نوآوری این مقاله در تلفیق این دو بُعد تحلیلی و ارائه چارچوبی پیشنهادی برای نظام مالیاتی ایران با بهره‌گیری از تجارب تطبیقی است. در این راستا، تلاش شده است تا با تحلیل رویدادهای مشمول مالیات، نحوه محاسبه درآمد و الزامات گزارش‌دهی، تصویری منسجم از وضعیت موجود و مسیرهای اصلاحی ارائه شود.

ساختار مقاله به این صورت است که ابتدا ادبیات موضوع و چارچوب تحلیلی پژوهش ارائه می‌شود، سپس وضعیت مالیات‌گذاری رمزارزها در ایران و کشورهای منتخب اروپایی بررسی تطبیقی می‌شود و در نهایت، پیشنهادهایی برای طراحی یک نظام مالیاتی شفاف و کارآمد در ایران ارائه می‌شود.

۱. پیشینه پژوهش

مطالعات داخلی در حوزه رمزارزها عمدتاً بر ابعاد حقوقی و تنظیم‌گری تمرکز داشته‌اند. ساورایی^۳ (۱۴۰۱) با بررسی ماهیت حقوقی رمزارزها، بر ابهام مفهومی و چالش‌های شناسایی آنها در نظام حقوقی

۱. <https://coinmarketcap.com/charts/>

۲. Fiat Currency

۳. ساورایی، پرویز، «شناخت رمزارز و چالش‌های پیش‌روی نظام‌های حقوقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، (ویژه‌نامه حقوق و فناوری)، ۱۴۰۱، صص. ۱۱۳-۱۴۲.

ایران تأکید می‌کند. در حوزه مالیاتی، پروین و الهیاری فرد^۱ (۱۴۰۳) با تحلیل رویکرد اتحادیه اروپا، نشان می‌دهند که تمرکز سیاست‌گذاران بر فعالیت‌های سوداگری است، هرچند چالش‌هایی نظیر ناشناس بودن و دشواری ارزش‌گذاری همچنان پابرجاست. همچنین، عرفی و همکاران^۲ (۱۴۰۴) با بررسی فرار مالیاتی در بستر رمزارزها، نبود نظارت مؤثر و شفافیت را از عوامل اصلی این پدیده می‌دانند. گزارش‌های سیاستی داخلی نظیر گزارش سازمان امور مالیاتی با عنوان «مبانی نظری مالیات‌ستانی از رمزارزها و تجارب کشورها»^۳ نیز بر چالش‌های مشترکی نظیر شناسایی مؤدیان، تعیین رویدادهای مشمول مالیات و مقابله با فرار مالیاتی تأکید دارند. باوجوداین، ادبیات موجود با چند خلأ اساسی مواجه است: فقدان تحلیل تطبیقی جامع؛ عدم توجه هم‌زمان به قواعد ماهوی مالیات و سازوکارهای گزارش‌دهی؛ نبود چارچوب پیشنهادی منسجم برای ایران. بر این اساس، پژوهش حاضر با رویکردی تطبیقی، به دنبال ارائه چارچوبی منسجم برای مالیات‌گذاری رمزارزها در ایران است.

۲. مبانی وضع مالیات بر رمزارزها

۲.۱. مبانی فنی رمزارزها

با ظهور بیت‌کوین در سال ۲۰۰۹، تحولی اساسی در اقتصاد دیجیتال و سیستم‌های مالی غیرمتمرکز ایجاد شد. این رمزارز که توسط ساتوشی ناکاموتو معرفی شد، نخستین سیستم پولی غیرمتمرکز مبتنی بر فناوری بلاک‌چین بود که امکان انجام تراکنش‌های همتابه‌همتا^۴ بدون نیاز به واسطه‌هایی مانند بانک‌ها را فراهم کرد.^۵ ویژگی‌های اصلی بیت‌کوین، مانند عدم تمرکز، امنیت بالا، شفافیت و مقاومت در برابر کنترل‌های دولتی، آن را به یک جایگزین برای سیستم‌های مالی سنتی تبدیل کرد. با این حال، بیت‌کوین محدودیت‌هایی دارد؛ ازجمله نوسانات شدید قیمتی، مقیاس‌پذیری پایین و مصرف بالای انرژی. همین

۱. الهیاری فرد، علی و خیرالله پروین، «تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها در اتحادیه اروپا»، مجله حقوقی دادگستری، د. ۸۸، ش. ۱۲۶، ۱۴۰۳، صص. ۱۳۹-۱۶۵.

۲. عرفی، مسعود، مهدی عرفی و احمد پورابراهیم، «ارزیابی فرار مالیاتی از طریق داد و ستد رمزارزها در فقه و حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۴۰۴، مقاله الکترونیکی e231830.

3. https://taxresearch.ir/rdsm_report.php?slc_lang=fa&sid=1&mod=report_profile&rep_id=339&rds_id (Accessed: February 25, 2026).

4. Peer to peer.

5. Thomas Jeegers, Understanding Crypto Fundamentals: Value Investing in Cryptoassets and Management of Underlying Risks, Apress, 2023, p. 76.

چالش‌ها، زمینه‌ساز توسعه رمزارزهای جایگزین^۱ (آلت‌کوین‌ها) شد که با هدف اصلاح نقاط ضعف بیت‌کوین و ارائه نوآوری‌های جدید در حوزه فناوری بلاک‌چین طراحی شدند.^۲

۲.۲. آلت‌کوین‌ها و نوآوری‌های رمزارزی

با گسترش پذیرش بیت‌کوین در سال ۲۰۱۳، تعداد آلت‌کوین‌ها به‌طور قابل‌توجهی افزایش یافت. هرچند بسیاری از این رمزارزها صرفاً یک کپی از بیت‌کوین نبودند، برخی نوآوری‌ها نیز در آنها به چشم می‌خورد.^۳ برخی از این رمزارزها، مانند لایت‌کوین، الگوریتم هشینگ متفاوتی دارند و زمان تولید بلاک آنها سریع‌تر از بیت‌کوین است.^۴ در حال حاضر، هزاران آلت‌کوین در بازار وجود دارد، اما فقط تعداد محدودی از آنها موفق به حفظ جایگاه خود شده‌اند. معمولاً معیارهای مختلفی برای سنجش موفقیت یک رمزارز وجود دارد، از جمله ارزش بازار،^۵ حجم معاملات،^۶ میزان فعالیت شبکه بلاک‌چین و حضور در صرافی‌ها.

در زمینه مالیات بر رمزارزها، اشاره به رمزارزهای خصوصی از جمله مونرو^۷ و زی‌کش^۸ از این بابت که رهگیری تراکنش‌های بلاک‌چین را با استفاده از مکانیسم اثبات دانش صفر^۹ حفاظت کرده^{۱۰} و مقدار رمزارز، آدرس گیرنده و آدرس فرستنده مخفی است، حائز اهمیت است.^{۱۱}

1. Alt Coin.

2. George Cornel Dumitrescu, 2017. Bitcoin: A Brief Analysis of the Advantages and Disadvantages, Global Economic Observer, vol. 5, Issue 2, p. 71. Available at: http://www.globeco.ro/wp-content/uploads/vol/split/vol_5_no_2/geo_2017_vol5_no2_art_008.pdf (Accessed: October 12, 2024).

3. Namztohoto, Haraši. "Myth, Machinery and Cryptocoin Avarice." Wizzion, 2013, p. 5. Available at: <https://wizzion.com/data/80.cryptocoin-avarice.pdf> (Accessed: October 13, 2024).

4. Miglietti, Cynthia, et al. "Bitcoin, Litecoin, and the Euro: An Annualized Volatility Analysis", *Studies in Economics and Finance*, Vol. 37, No. 2, 2019, p. 230. Available at: https://www.researchgate.net/profile/Cynthia-Miglietti/publication/334425756_Bitcoin_Litecoin_and_the_Euro_an_annualized_volatility_analysis/links/619ab53ad7d1af224b15ed96/Bitcoin-Litecoin-and-the-Euro-an-annualized-volatility-analysis.pdf (Accessed: October 13, 2024).

5. Market Cap.

6. Trading Volume.

7. Monero.

8. Z Cash.

9. Zero-Knowledge Proof.

10. Zhang, Zongyang, Weihai Li, Haitao Liu, and Jianwei Liu. "A Refined Analysis of Zcash Anonymity." *IEEE Access*, Vol. 8, 2020, pp. 31845–31853. Available at: <https://ieeexplore.ieee.org/iel7/6287639/6514899/08993834.pdf> (Accessed: October 17, 2024).

11. Li, Yannan, Guomin Yang, Willy Susilo, Yong Yu, Man Ho Au and Dongxi Liu, "Traceable Monero: Anonymous Cryptocurrency with Enhanced Accountability," *IEEE Transactions on Dependable and Secure Computing*, vol. 18, no. 2, 2021, pp. 679–691, p. 679.

۲.۳. استخراج رمزارز و مکانیسم اجماع

مکانیسم اجماع به فرایند توافق و اعتبارسنجی تراکنش‌ها در یک شبکه غیرمتمرکز گفته می‌شود. این مکانیسم‌ها، اساس عملکرد بلاک‌چین‌ها هستند و امکان ثبت غیرقابل تغییر تراکنش‌ها بدون نیاز به نهادهای مرکزی را فراهم می‌کنند.^۱ دو مکانیسم اجماع اصلی در دنیای رمزارزها، اثبات کار^۲ و اثبات سهام^۳ هستند. اثبات کار، اولین مکانیسم اجماع در بلاک‌چین بود که توسط بیت‌کوین معرفی شد. در این مکانیسم، ماینرها (استخراج‌کنندگان) برای تأیید تراکنش‌ها، باید یک مسئله رمزنگاری پیچیده را حل کنند.^۴ این فرایند که نیازمند توان محاسباتی بالا و مصرف انرژی زیاد است، امنیت شبکه را تضمین و از حملات سایبری جلوگیری می‌کند.^۵ اثبات سهام، جایگزینی برای اثبات کار است که در رمزارزهای جدیدتری مانند اتریوم^۶، کاردانو و سولانا استفاده شده است. در این روش، شرکت‌کنندگان با قفل کردن^۷ مقدار مشخصی از دارایی خود، حق تأیید تراکنش‌ها و ایجاد بلاک‌های جدید را به دست می‌آورند.^۸

۲.۴. هاردفورک و ایردراپ

علاوه بر سازوکارهای اجماع، برخی رویدادهای خاص در بلاک‌چین می‌توانند بر ارزش و مالیات‌پذیری رمزارزها تأثیر بگذارند.

هاردفورک یک تغییر اساسی در پروتکل بلاک‌چین است که باعث ایجاد دو نسخه متفاوت از یک رمزارز می‌شود، مانند هاردفورک بیت‌کوین که به پیدایش بیت‌کوین کش منجر شد.^۹ در چنین رویدادهایی، دارندگان توکن در بلاک‌چین اصلی، معمولاً توکن‌های جدیدی در فورک جدید نیز دریافت می‌کنند.^{۱۰}

1. Lashkari, Bahareh, and Petr Musilek. "A Comprehensive Review of Blockchain Consensus Mechanisms." *IEEE Access*, vol. 9, 2021. pp. 43620-43652.

2. Proof of Work.

3. Proof of Stake.

۴. گفتنی است که علاوه بر سازوکارهای ذکر شده، سازوکارهای دیگری از جمله اثبات سهام نمایندگی‌شده (Delegated Proof of Stake)، اثبات اعتبار (Proof of Authority)، اثبات سوزاندن (Proof of Burn)، اثبات فضا / اثبات ظرفیت (Proof of Space / Proof of Capacity)، اثبات زمان سپری‌شده (Proof of Elapsed Time)، اثبات فعالیت (Proof of Activity)، اثبات اهمیت (Proof of Importance)، اثبات سهام با رأی‌گیری (Proof of Stake with Voting) نیز وجود دارند که به مراتب کاربرد کمتری نسبت به سازوکار اثبات سهام و اثبات کار دارند.

5. Sheikh, Husnara, et al. "Proof-of-Work vs Proof-of-Stake: A Comparative Analysis and an Approach to Blockchain Consensus Mechanism." *International Journal for Research in Applied Science & Engineering Technology*, Vol. 6, No. 12, 2018, p. 786. Available at: <https://www.academia.edu/download/77515623/PoSvsPoW.pdf> (Accessed: October 14, 2024).

6. *Ibid.*, p. 787.

7. Locking up.

8. *Ibid.*

9. Webb, Nick. "A Fork in the Blockchain: Income Tax and the Bitcoin/Bitcoin Cash Hard Fork." *North Carolina Journal of Law & Technology*, Vol. 19, No. 4, 2018, p. 291. Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=ncjolt> (Accessed: October 14, 2024).

10. *Ibid.*, p. 289.

ایردراپ یک روش بازاریابی است که طی آن، توکن‌های رایگان به کیف پول کاربران ارسال می‌شود تا آگاهی از پروژه‌های رمزارزی جدید افزایش یابد.^۱ هاردفورک‌ها و ایردراپ‌ها از نظر مالیاتی مورد توجه قرار گرفته‌اند، چراکه در بسیاری از کشورها، دریافت توکن جدید می‌تواند مشمول مالیات باشد که در ادامه این پژوهش مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

۳. نظام مالیاتی رمزارزها در حقوق ایران

۳.۱. جایگاه رمزارزها در نظام مالیاتی ایران

طبقه‌بندی مالیاتی رمزارزها در ایران تابع نوع فعالیت مؤدی است و نمی‌توان رژیم مالیاتی واحدی برای آن در نظر گرفت. معاملات مستمر رمزارزی می‌تواند فعالیت تجاری تلقی شده و مشمول مالیات بر درآمد مشاغل شود، درحالی‌که نگهداری بلندمدت به‌عنوان عایدی سرمایه ارزیابی می‌گردد. همچنین، درآمد حاصل از استخراج رمزارزها به‌عنوان فعالیتی تولیدی، مشابه کسب‌وکارهای صنعتی مشمول مالیات بوده و مستلزم گزارش‌دهی به سازمان امور مالیاتی است، هرچند در برخی نظام‌ها مشوق‌ها یا نرخ‌های ترجیحی اعمال می‌شود.

نحوه استفاده از رمزارزها نیز بر مالیات‌پذیری آنها تأثیرگذار است. برای مثال، اگر فردی در ازای ارائه کالا یا خدمات رمزارز دریافت کند، این درآمد ممکن است به‌عنوان درآمد شغلی تلقی شود و مشمول مالیات بر درآمد عادی باشد. در برخی نظام‌های مالیاتی، مبادله رمزارز با کالاها یا سایر رمزارزها به‌عنوان یک رویداد مشمول مالیات شناخته می‌شود و سود یا زیان حاصل از این مبادلات باید ثبت و گزارش شود. نحوه طبقه‌بندی مالیاتی درآمدهای رمزارزی تا حد زیادی به زمینه فعالیت و نوع استفاده از این دارایی‌های دیجیتال بستگی دارد.^۲

باتوجه به نبود قوانین شفاف و جامع در حوزه مالیات رمزارزها در ایران، نظام مالیاتی کشور همچنان در حال بررسی نحوه اعمال مقررات مالیاتی در این زمینه است. در حال حاضر، مبنای مالیات‌ستانی رمزارزها عمدتاً بر اساس قوانین کلی مالیات‌های مستقیم استوار است و اسناد تنظیم‌گری اخیر مانند بخشنامه سامان‌دهی و نظارت بر بازار رمزارزها و چارچوب سیاست‌گذاری بانک مرکزی، در تلاش‌اند تا ضمن

1. 19. Wahby, Riad S., Dan Boneh, Christopher Jeffrey, and Joseph Poon "An Airdrop that Preserves Recipient Privacy" In Financial Cryptography and Data Security, edited by Joseph Bonneau & Nadia Heninger, Lecture Notes in Computer Science, vol. 12059, Cham: Springer International Publishing, 2020, pp. 444-5. https://doi.org/10.1007/978-3-030-51280-4_24

۲. رجبی، ابوالقاسم، «ارز مجازی: قانونگذاری در کشورهای مختلف و پیشنهادهای برای ایران»، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۷، ص. ۱۹. قابل دسترسی در:

<https://www.sid.ir/paper/791284/fa#downloadbottom> (Accessed: October 21, 2024).

ایجاد شفافیت بیشتر، راهکارهایی برای تنظیم این حوزه پیشنهاد دهند. از این رو، طراحی یک چارچوب مالیاتی شفاف و اجرایی می‌تواند به افزایش پایبندی مؤدیان به تعهدات مالیاتی و کاهش ریسک‌های مرتبط با فرار مالیاتی در این بخش کمک کند.

در این مبحث ابتدا قواعد عام مالیاتی را ذیل حقوق ایران بر کارکردهای مختلف رمزارز تطبیق خواهیم داد و سپس با ورود در مباحث پیرامون اسناد خاص رمزارزی که در ماه‌های اخیر تنظیم شده‌اند، چشم‌انداز مالیاتی رمزارزها را در افق آتی نظام حقوقی ایران ترسیم خواهیم کرد.

۳.۲. قواعد عام حاکم بر مالیات رمزارزها در حقوق ایران

۳.۲.۱. احتساب مالیات بر رمزارزها براساس نرخ مالیات بر دارایی

نظام مالیاتی ایران در خصوص مالیات‌ستانی از رمزارزها چارچوب مشخصی را در قوانین مالیات‌های مستقیم ارائه نکرده است، اما براساس اصول کلی، درآمدهای حاصل از فعالیت در این حوزه در دو دسته کلی مالیات بر دارایی و مالیات بر درآمد قرار می‌گیرند. مالیات بر دارایی در گذشته شامل مالیات بر املاک و مستغلات بود که در حال حاضر حذف شده و تنها دو دسته مالیات بر ارث و حق تمبرها باقی مانده‌اند. از منظر مالیات بر دارایی، رمزارزهای به ارث رسیده تحت ماده ۱۷ قانون مالیات‌های مستقیم^۱ مشمول مالیات بر ارث خواهند بود، اما چالش اصلی در شناسایی، ارزش‌گذاری و گزارش‌دهی این دارایی‌های دیجیتال است. علاوه بر این تعیین اینکه کدام‌یک از بندهای ماده ۱۷ بر رمزارزها قابل انطباق است، موضوعی قابل بحث است. در بررسی‌های تطبیقی مالیات رمزارزها، که در مباحث آتی به آن پرداخته خواهد شد، به نظر می‌رسد مقایسه رمزارزها با سهام یا سایر انواع اموال موضوع ماده ۱۷ چندان دقیق نباشد. بنابراین، با یک تفسیر عام از وضعیت مالی رمزارزها، می‌توان آنها را مشمول بند یک ماده ۱۷ قانون مالیات‌های مستقیم دانست. این تفسیر، رمزارزها را مشابه سپرده‌های بانکی، اوراق مشارکت و سایر اوراق بهادار در نظر گرفته و در نتیجه نرخ مالیات بر ارث آنها سه درصد خواهد بود.

۳.۲.۲. احتساب مالیات فعالیت‌های رمزارزی بر مبنای نرخ مالیات بر درآمد مشاغل

معامله‌گران حرفه‌ای رمزارزها که به صورت مستمر خرید و فروش انجام می‌دهند، مشابه فعالان بازار سرمایه و کسب‌وکارهای تجاری، مشمول مالیات بر درآمد مشاغل (ماده ۹۳ قانون مالیات‌های مستقیم^۲)

۱. قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات ۱۳۹۴، ماده ۱۷.

۲. همان، ماده ۹۳.

خواهند بود. این مالیات پس از کسر هزینه‌های مرتبط با فعالیت، مانند برق، تجهیزات، اجاره محل، کارمزد صرافی‌ها و هزینه‌های امنیتی اعمال می‌شود. نرخ مالیات بر درآمد مشاغل بر اساس جدول ماده ۱۳۱ قانون مالیات‌های مستقیم^۱ بین ۱۵ تا ۲۵ درصد به صورت تصاعدی تعیین شده است.

شرکت‌ها و اشخاص حقوقی فعال در حوزه رمزارزها که از استخراج، ارائه خدمات مرتبط، ایجاد صرافی‌های رمزارزی یا پلتفرم‌های معاملاتی درآمد دارند، مشمول مالیات ۲۵ درصدی اشخاص حقوقی (ماده ۱۰۵ قانون مالیات‌های مستقیم^۲) خواهند بود. در صورتی که این شرکت‌ها شامل تخفیف‌ها و معافیت‌های خاص شوند، سازمان امور مالیاتی می‌تواند بررسی‌های لازم را درخصوص آنها انجام دهد.

همچنین، اگر کارفرمایان حقوق و مزایای کارکنان خود را از طریق رمزارز پرداخت کنند، این پرداخت‌ها مشمول مالیات بر درآمد حقوق مطابق ماده ۸۲ قانون مالیات‌های مستقیم^۳ خواهد بود. این بدان معناست که کارفرما موظف است مالیات را بر اساس نرخ تعیین شده برای حقوق کارکنان خود اعمال و پرداخت کند.

۳.۲.۳. احتساب مالیات فعالیت‌های رمزارزی بر مبنای نرخ مالیات بر درآمد اتفاقی

پاداش‌های رمزارزی، ایردراپ‌ها، جوایز ماینینگ و سایر درآمدهای بلاعوض که بدون ارائه خدمات مشخص دریافت می‌شوند، طبق ماده ۱۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، در دسته مالیات بر درآمد اتفاقی قرار می‌گیرند.

این مالیات معمولاً بر دارایی‌هایی اعمال می‌شود که بدون مبادله ارزش یا کار اقتصادی خاصی به فرد اعطا شده‌اند. در نتیجه، دریافت ایردراپ‌های رمزارزی، سودهای حاصل از برنامه‌های وفاداری یا مشوق‌های شبکه‌های بلاک‌چین می‌تواند تحت این عنوان مشمول مالیات بین ۱۵ تا ۲۵ درصد قرار گیرد. در نگاه نخست، تفاوت چندانی بین مالیات بر درآمد اتفاقی و مالیات بر درآمد مشاغل از حیث نرخ مالیاتی وجود ندارد، چراکه ماده ۱۳۱ قانون مالیات‌های مستقیم نرخ مالیاتی یکسانی را برای هر دو نوع درآمد تعیین کرده است. با این حال، از نظر ماهیت، درآمدهای اتفاقی معمولاً بدون انجام فعالیت اقتصادی مستمر به دست می‌آیند، در حالی که درآمدهای مشاغل ناشی از فعالیت‌های اقتصادی مداوم و هدفمندند. این تفاوت در ماهیت، می‌تواند بر نحوه شناسایی درآمد، تکالیف مالیاتی مؤدی و زمان‌بندی پرداخت

۱. همان، ماده ۱۳۱.

۲. همان، ماده ۱۰۵.

۳. همان، ماده ۸۲.

مالیات تأثیرگذار باشد. در نتیجه، اگرچه نرخ مالیاتی مشابه است، نحوه تشخیص و اعمال آن در عمل ممکن است پیامدهای متفاوتی برای فعالان حوزه رمزارز داشته باشد.

یکی از تفاوت‌های اساسی بین مالیات بر درآمد اتفاقی و مالیات بر درآمد مشاغل در نحوه تعیین مبنای مالیات است. طبق ماده ۱۲۰ قانون مالیات‌های مستقیم، درآمد مشمول مالیات اتفاقی برابر با ۱۰۰ درصد درآمد حاصل شده خواهد بود و در صورتی که درآمد به صورت غیرنقدی باشد، ارزش آن براساس بهای روز تحقق درآمد محاسبه خواهد شد.^۱ این معیار محاسباتی برای دارایی‌های مشهود، مانند املاک، رویه‌ای مشخص دارد، اما در مورد دارایی‌های نامشهود و پرنوسانی مانند رمزارزها، چالش‌های خاصی ایجاد می‌کند. به‌ویژه، در مواردی که یک پاداش بلاک یا ایردراپ در زمان دریافت ارزش مشخصی دارد، اما ارزش آن به دلیل نوسانات بازار به سرعت تغییر می‌کند، تعیین بهای روز تحقق درآمد می‌تواند برای مؤدی و سازمان امور مالیاتی کشور مسئله‌ساز باشد.

چالش اصلی در این زمینه نوسانات شدید قیمت رمزارزها است. اگر ارزش رمزارزی که به عنوان ایردراپ یا پاداش دریافت شده است، در لحظه دریافت بالا باشد اما بعداً کاهش یابد، مؤدی همچنان باید مالیات را بر مبنای ارزش اولیه پرداخت کند. این موضوع می‌تواند برای دارندگان رمزارزها مشکلاتی ایجاد کند، به‌ویژه زمانی که دارایی دیجیتال کاهش قیمت شدیدی را تجربه کند.

۳.۲.۴. امکان سنجی برخورداری فعالان حوزه رمزارز از معافیت ماده ۱۴۱

طبق ماده ۱۴۱ قانون مالیات‌های مستقیم، درآمد حاصل از صادرات خدمات، کالاهای غیرنفتی و محصولات کشاورزی مشمول مالیات با نرخ صفر خواهد بود.^۲ این معافیت با هدف تشویق ارزآوری و تقویت بخش‌های مولد اقتصادی اعمال می‌شود. در مورد رمزارزها، اگر فرایند استخراج (ماینینگ) در داخل کشور انجام شود و ارزش حاصل از فروش آن در یک صرافی داخلی به چرخه اقتصادی کشور بازگردد، می‌توان این فعالیت را مشمول نرخ صفر مالیاتی دانست. با این حال، بهره‌مندی از این معافیت مالیاتی نیازمند بررسی دقیق ماهیت رمزارزها و انطباق آن با مفهوم صادرات در نظام مالیاتی کشور است.

فعالیت‌های حوزه رمزارز از منظر تولیدی بودن و ارزش افزوده متفاوتند. استیکینگ با بهبود امنیت و عملکرد شبکه، دارایی جدیدی خلق نمی‌کند و پاداش‌های آن مشابه استخراج نیست؛ بنابراین مشمول

۱. همان، ماده ۱۲۰.

۲. همان، ماده ۱۴۱.

معافیت مالیاتی صادرات نمی‌شود. در مقابل، استخراج با پردازش‌های سنگین و مصرف انرژی واحدهای جدید رمزارز تولید می‌کند و به فرایندهای تولیدی سنتی شباهت دارد. با این حال، تفسیر آن به عنوان صادرات محل اختلاف است، زیرا برخلاف صادرات سنتی، انتقال کالا یا معامله با خریدار خارجی وجود ندارد و پاداش استخراج به صورت غیرمتمرکز از سوی شبکه پرداخت می‌شود، نه مشتری خارجی.

باتوجه به این چالش‌ها، دولت ایران در تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷-هـ مورخ ۱۳۹۸، مقرراتی برای مدیریت رمزارزهای استخراج‌شده وضع کرده است. براساس این مصوبه، رمزارزهای استخراج‌شده باید صرفاً برای تأمین ارز واردات کشور مورد استفاده قرار گیرند و مبادله آنها از طریق مسیرهای تعیین‌شده بانک مرکزی صورت گیرد. همچنین، سقف مجاز مبادله این رمزارزها برای هر واحد استخراج‌کننده براساس میزان انرژی مصرفی تعیین شده و این میزان به صورت دوره‌ای توسط وزارت نیرو به بانک مرکزی اعلام می‌شود. در نتیجه، استخراج‌کنندگان فقط در صورتی که مطابق این ضوابط عمل کنند، می‌توانند از معافیت‌های مالیاتی برخوردار شوند.^۱

ازسوی دیگر، چنانچه استخراج رمزارز به هر دلیلی از شمول معافیت مالیاتی ماده ۱۴۱ خارج شود، هزینه‌های مرتبط با آن می‌توانند طبق ماده ۱۴۷ قانون مالیات‌های مستقیم، به عنوان هزینه‌های قابل قبول مالیاتی ثبت شوند. هزینه‌هایی نظیر برق مصرفی، خرید و نگهداری تجهیزات ماینینگ، سیستم‌های خنک‌کننده، اجاره محل، حقوق و دستمزد کارکنان مرتبط، هزینه‌های تعمیر و نگهداری تجهیزات، بیمه، و سایر هزینه‌های اجرایی و قانونی می‌توانند در این دسته قرار گیرند. این امر به استخراج‌کنندگان رمزارز امکان می‌دهد که هزینه‌های عملیاتی خود را کاهش داده و از برخی مزایای مالیاتی بهره‌مند شوند.

درمجموع، هرچند استخراج رمزارز می‌تواند از برخی تسهیلات مالیاتی برخوردار شود، اما این معافیت‌ها محدود به رعایت دقیق مقررات تعیین‌شده‌اند. همچنین، باتوجه به ماهیت خاص رمزارزها و وابستگی آنها به بازارهای بین‌المللی، سیاست‌گذاری مالیاتی در این حوزه همچنان نیازمند بررسی‌های تطبیقی و تعیین سازوکارهای مشخص‌تر است تا ضمن حمایت از فعالیت‌های قانونی، از هرگونه سوءاستفاده و خروج سرمایه از کشور جلوگیری شود.

۱. تصویب نامه شماره / 58144 ت 55637 هـ هیئت وزیران مورخ 1398/ 5/ 13، بند ۱.

۳.۳. اسناد قانونی خاص بازار رمزارزها در حقوق ایران

در سال‌های اخیر، مقررات مختلفی در ایران برای حوزه رمزارزها تصویب شده که ابعاد نظارت، استخراج، مبادلات و مالیات‌گذاری را پوشش می‌دهند. هدف این مقررات مدیریت ریسک‌ها و تعیین جایگاه قانونی رمزارزها بوده است، اما پراکندگی و تغییرات مداوم آنها باعث بروز ابهام، به‌ویژه در زمینه مالیات‌ستانی شده است. در نیمه دوم سال ۱۴۰۳، دو سند جدید با هدف تجمیع مقررات پیشین و ارائه چارچوبی جامع برای تنظیم‌گری فعالیت‌های رمزارزی تصویب شدند که پیامدهای مالیاتی آنها بررسی خواهد شد.

۳.۳.۱. بخشنامه سامان‌دهی و نظارت بر بازار رمزارزها

بخشنامه «سامان‌دهی و نظارت بر بازار رمزارزها» که در دی‌ماه ۱۴۰۳ توسط بانک مرکزی^۱ ابلاغ شد، با هدف افزایش شفافیت، کاهش ریسک‌ها و تنظیم‌گری مبادلات رمزارزی تدوین شده است. براساس این بخشنامه، تمام سکوهای مبادله رمزارز به داشتن حساب بانکی واحد و مورد تأیید بانک مرکزی ملزمند و تمام تراکنش‌های ریالی آنها باید از طریق این حساب انجام شود. همچنین، دریافت خدمات پرداخت فقط از شرکت‌های پی.اس.پی یا بانک‌ها مجاز بوده و استفاده از واسطه‌ها ممنوع است. این اقدام به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده‌های مالی و افزایش شفافیت تراکنش‌ها اتخاذ شده است. پی.اس.پی‌ها که تحت نظارت شاپرک فعالیت می‌کنند، نقش مهمی در پردازش امن تراکنش‌های مالی دارند و تفاوت آنها با پرداخت‌یارها در نحوه ارائه خدمات و میزان وابستگی به شبکه بانکی است. این بخشنامه علاوه بر ارتقای نظارت مالی، مسیر کنترل مالیاتی را نیز هموار خواهد کرد.

۳.۳.۲. سند چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزپول‌ها

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر بازار پول و ارز، در آذرماه ۱۴۰۳ چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری رمزپول‌ها را در ۱۹ بند تصویب کرد. این سند با هدف آگاهی‌بخشی عمومی، کاهش ریسک‌ها و نظارت بر معاملات رمزپولی تدوین شده است. در مقدمه آن به نوسانات بالای قیمت رمزپول‌ها، چالش‌های ناشی از تحریم‌ها و خطرات مسدود شدن کیف پول‌های دیجیتال اشاره شده و بانک مرکزی ضمن هشدار درباره این مخاطرات، مسئولیتی در قبال ضرر و زیان کاربران نپذیرفته است.

۱. سند چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی در حوزه رمزپول‌ها، ۱۴۰۳.

یکی از بخش‌های کلیدی این چارچوب، تعریف «محیط آزمون تنظیم‌گری» است که فضایی کنترل‌شده برای بررسی و ارزیابی نوآوری‌های حوزه رم‌پول‌ها فراهم می‌کند. ایده‌های پذیرفته‌شده در این محیط، تحت شرایط نظارتی خاصی اجرا شده و در صورت موفقیت، مسیر دریافت مجوز دائمی و گسترش فعالیت آنها تسهیل می‌شود.

طبق این سند، فعالیت کارگزاران رم‌پول و نهادهای امین بدون مجوز رسمی از بانک مرکزی ممنوع است. همچنین، عرضه رم‌پول‌های دارای پشتوانه ریال، انحصاراً در اختیار بانک مرکزی خواهد بود و انتشار رم‌پول‌هایی با پشتوانه طلا، ارز یا فلزات گران‌بها، نیازمند تأیید هیئت عالی بانک مرکزی است. این سیاست، کنترل و نظارت دقیق‌تری بر عرضه و گردش رم‌پول‌ها اعمال خواهد کرد.

از منظر مالیاتی، رم‌پول‌های استخراج‌شده در داخل کشور که دارای مجوز رسمی از وزارت صمت باشند، مشمول تعهدات صادراتی خواهند شد. این رم‌پول‌ها می‌توانند برای تأمین ارز واردات و سایر مبادلات مالی قانونی استفاده شوند. در صورت رعایت این تعهدات، درآمد حاصل از استخراج شامل معافیت مالیاتی خواهد شد. این رویکرد نشان‌دهنده تلاش بانک مرکزی برای هدایت و تنظیم‌گری بازار رم‌پول‌ها در چارچوب سیاست‌های کلان اقتصادی کشور است.

۴. نظام مالیاتی رمزارزها در کشورهای منتخب اروپایی

سیاست اتحادیه اروپا در حوزه مالیات بر رمزارزها بر دو محور اصلی متمرکز است: نخست، تقویت نظارت مالیاتی و مقابله با تخلفات مالی مانند پول‌شویی و فرار مالیاتی، که از طریق ایجاد مقررات جامع و اجرایی، از جمله قوانین جدیدی که از سال ۲۰۲۶ اعمال خواهند شد،^۱ دنبال می‌شود. این مقررات به کشورهای عضو امکان می‌دهد تا نظارت دقیق‌تری بر درآمدهای حاصل از دارایی‌های رم‌زاری داشته باشند و از سوءاستفاده‌های مالی در این حوزه جلوگیری کنند. دوم، حفظ مزیت رقابتی اروپا در بازار رم‌زارزها از طریق جلوگیری از وضع مقرراتی که مانع از سرمایه‌گذاری و نوآوری در این بخش شود.^۲

۱. این ضرب الاجل هماهنگ برای لازم‌الاجرائی از ابتدای سال ۲۰۲۶ در برخی از دیگر اسناد سایر سازمان‌های اروپایی در حیطه رم‌زارز نیز مشاهده می‌شود:

Dewey, Josias N., ed. *Blockchain & Cryptocurrency Regulation*. 7th ed. London: Global Legal Group, 2025, p. 508. Available at: <https://hkifoa.com/wp-content/uploads/2024/11/blockchain-cryptocurrency-regulation-legal-insights.pdf> (Accessed: December 2, 2024).

2. Zetzsche, Dirk A. et al., *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Finance Strategy* (November 5, 2020). European Banking Institute Working Paper Series No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong→

اتحادیه اروپا با تصویب مقرراتی مانند مقررات بازارهای دارایی‌های رمزنگاری شده^۱ تلاش دارد تا با ایجاد چارچوبی یکپارچه برای کشورهای عضو، علاوه بر تضمین شفافیت و حمایت از سرمایه‌گذاران، رشد و توسعه این فناوری را نیز تسهیل کند.

چالش‌های اصلی در نظارت مالیاتی رمزارزها شامل دشواری ردیابی تراکنش‌ها و احراز هویت کاربران به دلیل ماهیت غیرمتمرکز این دارایی‌هاست. ناشناس بودن بسیاری از تراکنش‌های رمزارزی، امکان شناسایی مبادلات و اجرای قوانین مالیاتی سنتی را پیچیده می‌سازد و می‌تواند زمینه را برای جرائمی مانند پول‌شویی، تأمین مالی غیرقانونی و فرار مالیاتی فراهم کند. علاوه بر این، تفاوت در مقررات میان کشورهای عضو اتحادیه و نبود استانداردهای جهانی، موجب ایجاد خلأهای نظارتی شده است که امکان سوءاستفاده از اختلافات قانونی بین کشورها را فراهم می‌کند.^۲

همچنین، عدم شفافیت در جریان نقدینگی بازار رمزارزها چالش دیگری در حوزه مالیات‌ستانی است. نبود داده‌های دقیق درباره منابع ورودی و خروجی سرمایه در این بازار، تعیین میزان درآمد مشمول مالیات را دشوار می‌کند و ممکن است به کاهش درآمدهای مالیاتی دولت‌ها و اختلال در عدالت مالیاتی منجر شود. به همین دلیل، اتحادیه اروپا در تلاش است تا از طریق سامانه‌های گزارش‌دهی مالیاتی جدید، اطلاعات دقیق‌تری درباره تراکنش‌های رمزارزی به دست آورد و یکپارچگی نظارتی میان کشورهای عضو را تقویت کند.

۴.۱. سازوکارهای متحدالشکل گزارش‌دهی مالیات رمزارزها در اتحادیه اروپا

دستورالعمل همکاری‌های اداری^۳ اتحادیه اروپا از سال ۲۰۱۱ تاکنون چندین بار اصلاح شده است. این دستورالعمل به مقامات مالیاتی اجازه می‌دهد اطلاعات مربوط به درآمدهای شهروندان را بین کشورهای عضو تبادل کنند.^۴ نسخه‌های قبلی آن بر داده‌های بانکی، حساب‌های مالی، و درآمدهای

←Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059, p. 8. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3725395> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3725395/>

1. Markets in Crypto-Assets Regulations (MiCA).

2. 55. Suet Yi Yan, "Cryptocurrency and Tax Evasion: Unraveling the Digital Knot for Global Governance", Proceedings of the 2024 2nd International Conference on Management Innovation and Economy Development (MIED 2024). p. 386. Available at: <https://www.atlantispress.com/article/126004042.pdf> (Accessed: December 2, 2024).

3. Directive of Administrative Cooperation (DAC).

4. European Court of Auditors Special Report, Exchanging tax information in the EU: solid foundation, cracks in the implementation, 2021, p. 60. Available at: <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/tax-03-2021/en/> (Accessed: December 5, 2024).

پلتفرم‌های دیجیتال متمرکز بود،^۱ اما تا پیش از تصویب داک هشتم، تراکنش‌های رمزارزی را پوشش نمی‌داد. اتحادیه اروپا در راستای مقابله با فرار مالیاتی و افزایش شفافیت مالی، نسخه هشتم دستورالعمل همکاری‌های اداری را برای نظارت بر تراکنش‌های رمزارزی تصویب کرده است.^۲ این اصلاحیه، ارائه‌دهندگان خدمات رمزارزی (حتی ارائه‌دهندگان خدماتی که خارج از اتحادیه اروپا به کاربران اروپایی خدمات می‌دهند) را ملزم به گزارش تراکنش‌های کاربران می‌کند و ابزارهای مالیاتی لازم برای رهگیری سودهای حاصل از دارایی‌های دیجیتال را در اختیار مقامات مالیاتی قرار می‌دهد.^۳ ظهور رمزارزها، چالش‌های جدیدی را برای سیستم‌های مالیاتی ایجاد کرده است. ماهیت غیرمتمرکز و ناشناس این دارایی‌ها، ردیابی درآمدهای حاصل از آنها را دشوار کرده و راه را برای فرار مالیاتی هموار ساخته است.^۴ در پاسخ به این چالش‌ها، کمیسیون اروپا در دسامبر ۲۰۲۲ پیش‌نویس داک هشتم را ارائه کرد که پس از تصویب در سال ۲۰۲۳، از سال ۲۰۲۶ اجرایی خواهد شد.^۵ یکی از دلایل اصلی تدوین داک هشتم، چالش‌های مالیاتی ناشی از ماهیت غیرمتمرکز رمزارزها است.^۶ همچنین، معاملات مشمول گزارش شامل مبادلات رمزارز با ارزهای فیات، رمزارز به رمزارز و انتقال‌های داخلی و بین‌المللی خواهد بود. اطلاعات مورد نیاز برای گزارش‌دهی شامل مشخصات کاربران، نوع و ارزش دارایی‌های مبادله‌شده، تعداد تراکنش‌ها و اطلاعات مربوط به مبالغ پرداخت‌شده و دریافت‌شده خواهد بود.^۷ به‌منظور اطمینان از اجرای

1. Breuer, Almut. "Chapter 14: The challenges of DAC5: access to anti-money-laundering information by tax authorities - taxation is no crime fighting!". In *Exchange of Information in the EU*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2024). <https://doi.org/10.4337/9781035314560.00023/>

2. EU Taxation and Customs Union, DAC8: Directive on Administrative Cooperation (tax transparency for crypto-assets), Available at: <https://taxation-customs.ec.europa.eu/> (Accessed: December 4, 2024).

3. Claudio Cipollini, 'DAC8 and Extraterritoriality: How to Enforce Compliance for non-EU Operators', EC Tax Review, Vol. 33, Issue 1, 2024, p. 19. <https://doi.org/10.54648/ecta2024003/>

4. Ahmet Burçin Yereli, Işıl Fulya Orkunoğlu, Cryptocurrencies and Taxation, 5th International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society, 2018. Available at: https://www.researchgate.net/publication/340210271_Cryptocurrencies_and_Taxation (Accessed: December 7, 2024).

5. European Commission. 2022. Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation. COM(2022) 707 final, 2022/0413 (CNS). Brussels, December 8, p. 8. Available at:

https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/346cc4d6-ee00-456d-b67e-a01fa3a482ab_en?filename=COM_2022_707_1_EN_ACT_part1_v8.pdf (Accessed: December 10, 2024).

6. European Parliament resolution of 4 October 2022 on the impact of new technologies on taxation: crypto and blockchain (2021/2201(INI) T9-0335/2022. Available at:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0335_EN.html (Accessed: December 9, 2024).

7. Dennis Post and Claudio Cipollini, "The DAC8 Proposal and the Future of Crypto-Asset Reporting: Some Preliminary Thoughts," Kluwer International Tax Blog, January 9, 2023, available at: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/international-tax-law-blog/the-dac8-proposal-and-the-future-of-crypto-asset-reporting-some-preliminary-thoughts/> (Accessed: October 2026).

این الزامات، داک هشتم مکانیزم‌های انطباق سختگیرانه‌ای را پیش‌بینی کرده است. ارائه‌دهندگان خدمات رمزارزی موظف‌اند هویت کاربران را ثبت و در صورت عدم ارائه اطلاعات، حساب آنها را مسدود کنند. همچنین، برای جلوگیری از تخلفات مالیاتی، کشورهای عضو ملزم به اعمال جرائم حداقلی بر افراد و شرکت‌هایی شده‌اند که از ارائه اطلاعات صحیح یا گزارش‌دهی خودداری کنند. جریمه‌ها از حداقل ۲۰ هزار یورو برای افراد حقیقی تا ۵۰۰ هزار یورو برای شرکت‌های چندملیتی متغیر خواهد بود.^۱ مجموع، اصلاحات ارائه‌شده در داک هشتم گامی مهم در راستای بهبود شفافیت مالیاتی در حوزه رمزارزها محسوب می‌شود. این اصلاحات، اتحادیه اروپا را در مسیر افزایش نظارت مالیاتی بر دارایی‌های دیجیتال قرار می‌دهد و امکان مقابله مؤثرتر با فرار مالیاتی را فراهم خواهد کرد.

۴.۲. قواعد تعیین و احتساب مالیات رمزارزها در پادشاهی متحده

در انگلستان، مالیات بر رمزارزها شامل مالیات بر سود سرمایه (۱۰ تا ۲۰ درصد) و مالیات بر درآمد (۲۰ تا ۴۵ درصد) است.^۲ مالیات بر سود سرمایه هنگام فروش یا تبدیل رمزارز اعمال شده^۳ و برای افراد با درآمد بالاتر از ۵۰۲۷۰ پوند، نرخ آن ۲۰ درصد است.^۴ مالیات بر درآمد شامل پاداش ماینینگ و سایر دریافتی‌های مرتبط با رمزارز بوده و بر اساس سطح درآمد، بین ۲۰ تا ۴۵ درصد متغیر است. معافیت مالیاتی سالانه در سال ۲۰۲۳-۲۰۲۴، ۶۰۰۰ پوند بود که برای ۲۰۲۴-۲۰۲۵ به ۳۰۰۰ پوند کاهش یافت.^۵ این معافیت از سودهای رمزارزی کسر می‌شود. مالیات بر درآمد بر مبنای سه سطح محاسبه می‌شود: ۲۰ درصد برای درآمدهای ۱۲۵۷۱ تا ۵۰۲۷۰ پوند، ۴۰ درصد برای ۵۰۲۷۱ تا ۱۲۵۱۳۹ پوند، و ۴۵ درصد برای درآمدهای بالاتر از ۱۲۵۱۴۰ پوند.^۶ درآمدهای رمزارزی به سه دسته تقسیم می‌شوند: درآمد شغلی (مشمول مالیات و بیمه ملی توسط کارفرما)، درآمد خوداشتغالی (گزارش‌شده در اظهارنامه مالیاتی) و درآمد متفرقه مانند ماینینگ و ایردراپ‌ها که به نرخ مالیات بر درآمد محاسبه می‌شود.^۷

1. Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation. COM(2022) 707 final, 2022/0413 (CNS), pp. 33-34.

2. HMRC internal manual Cryptoassets Manual, 21 August 2023. <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/cryptoassets-manual/crypto20000> (Accessed: December 14, 2024).

3. Capital Gains Tax: what you pay it on, rates and allowances. <https://www.gov.uk/capital-gains-tax/rates> (Accessed: December 14, 2024).

4. UK Income Tax rates and Personal Allowances. <https://www.gov.uk/income-tax-rates> (Accessed: December 14, 2024).

5. UK Capital Gains Tax allowances. <https://www.gov.uk/capital-gains-tax/allowances> (Accessed: December 14, 2024).

6. UK Income Tax rates and Personal Allowances. <https://www.gov.uk/income-tax-rates> (Accessed: December 14, 2024).

7. HMRC internal manual Cryptoassets Manual, 21 August 2023. Available at: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/cryptoassets-manual> (Accessed: December 14, 2024).

مالیات بر ارزش افزوده^۱ بر تبادل رمزارز با ارزهای فیات اعمال نمی‌شود، اما هنگام خرید کالا یا خدمات با رمزارز، مالیات بر ارزش افزوده ۲۰ درصد بر کالا یا خدمات اعمال خواهد شد.^۲ مالیات بر ارث برای دارایی‌های رمزارزی بیش از ۳۲۵ هزار پوند با نرخ ۴۰ درصد (یا ۳۶ درصد در صورت اهدای ۱۰ درصد دارایی به خیریه) محاسبه می‌شود و باید حداکثر تا شش ماه پس از وفات پرداخت گردد.^۳

۴.۳. قواعد تعیین و احتساب مالیات رمزارزها در فرانسه

در فرانسه، رمزارزها به‌عنوان دارایی‌های قابل جابه‌جایی شناخته شده و مشمول مالیات بر درآمدند.^۴ اداره مالیات این کشور آنها را مشابه سهام و اوراق قرضه تلقی کرده و نه به‌عنوان ارز رسمی، اما به‌عنوان وسیله تبادل به رسمیت می‌شناسد. در لایحه بودجه ۲۰۲۵، همکاری‌های اداری با سایر کشورهای اتحادیه اروپا برای گزارش‌دهی مالیات رمزارزها پیش‌بینی شده است.^۵

مالیات رمزارزها زمانی اعمال می‌شود که دارایی‌ها به ارز فیات تبدیل شوند یا از ماینینگ سود حاصل شود.^۶ سرمایه‌گذاران مقطعی مشمول نرخ ثابت ۳۰ درصد هستند، درحالی‌که معامله‌گران حرفه‌ای و ماینرها تحت نظام بی.آی.سی.^۷ با نرخ ۰ تا ۴۵ درصد قرار می‌گیرند.^۸ معافیت سالانه‌ای به ارزش ۳۰۵ یورو در نظر گرفته شده است؛ به این معنا که اگر سود سرمایه‌ای یک خانوار کمتر از این مبلغ باشد، مالیات اعمال نخواهد شد.^۹ برای محاسبه سود سرمایه، قیمت فروش از هزینه‌های خرید، فی شبکه و کارمزدها کسر می‌شود، البته مشروط به ارائه مستندات. اداره مالیات فرانسه برای تشخیص اینکه آیا یک فرد معامله‌گر حرفه‌ای محسوب می‌شود، میزان سرمایه، حجم و دفعات معاملات او را بررسی می‌کند.^{۱۰}

1. Value Added Tax

2. UK VAT rates for goods and services. <https://www.gov.uk/vat-rates#:~:text=VAT%20rates%20for%20goods%20and%20services&text=The%20standard%20rate%20of%20VAT,stamps%2C%20financial%20and%20property%20transactions>. (Accessed: December 14, 2024).

3. How Inheritance Tax works: thresholds, rules and allowances. <https://www.gov.uk/inheritance-tax> (Accessed: December 14, 2024).

4. Code Général des Impôts (CGI), Article 150 VH bis - I. Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA000006191580/#LEGISCTA000006191580 (Accessed: December 16, 2024).

5. Projet de loi de finances pour 2025, Article 14. Available at: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/textes/117b0324_projet-loi.pdf (Accessed: December 16, 2024).

6. Code Général des Impôts (CGI), Article 150 VH bis - II. - A.

7. Bénéfices Industriels et Commerciaux (BIC)

8. Bénéfices industriels et commerciaux (BIC): régime réel d'imposition. <https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F32919> (Accessed: December 16, 2024).

9. Code Général des Impôts (CGI), Article 150 VH bis - II. - B.

۱۰. ملاحظه جزییات محاسبه سود و زیان حاصل از فروش رمزارزها در مقررات مالیاتی فرانسه، نگاه کنید به: Code Général des Impôts (CGI), Article 150 VH bis - III.

مالیات رمزارزها در دو حالت الزامی است: اول، زمانی که رمزارز به ارزش سستی تبدیل شود، و دوم، زمانی که سودی از عملیات ماینینگ حاصل شود.^۱ اما سایر انواع مبادلات رمزارزی، از جمله تعویض بین دو رمزارز مختلف (مانند تبدیل بیت‌کوین به اتریوم) یا سوآپ‌های انجام‌شده در پلتفرم‌های غیرمتمرکز مانند یونی‌سوآپ، از مالیات معاف‌اند. این معافیت شامل سایر عملیات‌های رمزارزی مانند ایردراپ‌ها، جوایز بانسی، فورک‌ها، وام‌دهی و استیکینگ نیز می‌شود، مشروط بر اینکه دارایی‌های دیجیتال به ارزش سستی تبدیل نشده باشند.^۲

اهدای رمزارز به اعضای خانواده و دوستان از مالیات معاف است، اما اگر گیرنده رمزارز آن را بفروشد، سود حاصل از آن مشمول مالیات خواهد بود. عرضه اولیه سکه^۳ و عرضه اولیه صرافی^۴ در زمان صدور توکن مشمول مالیات نمی‌شوند، اما در صورت فروش نهایی آنها، مالیات بر سود سرمایه اعمال خواهد شد. عملیات مالی غیرمتمرکز^۵ و کشت سود^۶ نیز تا زمانی که دارایی‌ها به ارزش فیات تبدیل نشوند، تحت نظام مالیاتی فرانسه قرار نمی‌گیرند.^۷

۴.۴. قواعد تعیین و احتساب مالیات رمزارزها در آلمان

در آلمان، اشخاص حقیقی که دارایی‌های رمزارزی خود را بیش از یک سال نگاه دارند، مشمول مالیات بر سود سرمایه نمی‌شوند، اما این معافیت شامل شرکت‌ها نمی‌شود. اگر معاملات رمزارزی در کمتر از یک سال انجام شوند، درآمد حاصل از آنها به‌عنوان درآمد عادی در نظر گرفته شده و مشمول مالیات تصاعدی تا سقف ۴۵ درصد^۸ به‌علاوه ۵٫۵ درصد مالیات همبستگی^۹ خواهد بود. باین‌حال، اگر سود حاصل از این معاملات کمتر از هزار یورو باشد، معاف از مالیات است.^{۱۰} رمزارز در آلمان به‌عنوان

1. Bulletin Officiel des Finances Publiques, 02/09/2019 : RPPM - Création d'un régime fiscal spécifique applicable aux cessions d'actifs numériques réalisées à titre occasionnel, directement ou indirectement, par les particuliers (loi n 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances 2019, art. 41). Available at: https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/11978-PGP.html/identifiant%3DACTU-2019-00174?utm_source=chatgpt.com (Accessed: December 17, 2024).

2. Code Général des Impôts (CGI), Article 150 VH bis.

3. Initial Coin Offering.

4. Initial Exchange Offering.

5. Decentralized Finance (DeFi).

6. Yield Farming.

7. *Ibid.*

8. Einkommensteuergesetz (EStG), § 32a Einkommensteuertarif. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/estg/EStG.pdf> (Accessed: December 17, 2024).

9. Solidaritätszuschlaggesetz 1995 (SolzG 1995), § 4 Zuschlagsatz. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/solzg_1995/SolzG_1995.pdf (Accessed: December 17, 2024).

10. Einkommensteuergesetz (EStG), § 23 Einkommensteuertarif. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/estg/EStG.pdf> (Accessed: December 17, 2024).

«پول خصوصی»^۱ محسوب، و در قوانین مالیاتی مشابه سایر دارایی‌های سرمایه‌ای در نظر گرفته می‌شود. سود حاصل از رمزارزها در فرم‌های درآمدی عمومی، مانند درآمد ناشی از حقوق و دستمزد، ثبت شده و مالیات آن براساس درآمد کلی محاسبه می‌شود. خرید کالا و خدمات با رمزارز نیز همانند مبادلات رمزارز به رمزارز تلقی شده و تحت همان چارچوب مالیاتی قرار می‌گیرد.

درآمد حاصل از ماینینگ رمزارز مشمول مالیات است، اما هزینه‌های مرتبط مانند تجهیزات و برق از آن کسر می‌شود.^۲ براساس دستورالعمل وزارت دارایی فدرال، ماینینگ بسته به میزان فعالیت و هدف آن، می‌تواند به‌عنوان یک فعالیت تجاری تلقی شود که در این صورت، مالیات تجاری بر آن اعمال خواهد شد.^۳ سود حاصل از استیکینگ و وام‌دهی رمزارزها نیز مشمول مالیات بر درآمد است، اما اگر این دارایی‌ها برای بیش از یک سال نگهداری شوند، معاف از مالیات خواهند بود.^۴

توکن‌های کاربردی^۵ که برای دریافت خدمات خاصی استفاده می‌شوند، مشمول مالیات بر درآمد نمی‌شوند، زیرا بازخرید آنها از نظر قانونی «فروش» محسوب نمی‌شود.^۶ علاوه بر این، آلمان به مؤدیان اجازه می‌دهد زیان‌های ناشی از معاملات رمزارزی را با سودهای آینده تهاثر کنند یا به سال‌های بعد انتقال دهند. همچنین در صورت سرقت رمزارز، مؤدی می‌تواند با ارائه مدارک لازم مانند آدرس کیف پول و هزینه‌های خرید، این ضرر را به‌عنوان زیان مالیاتی ثبت کند.^۷

تمام افراد مقیم آلمان، بدون در نظر گرفتن منشأ جغرافیایی درآمد، مشمول مالیات‌اند، اما افراد غیرمقیم فقط بر درآمدی که در آلمان به دست آورده‌اند، مالیات پرداخت می‌کنند. سودهای کوتاه‌مدت رمزارزی که در کمتر از یک سال پس از خرید به دست آمده و فروخته می‌شوند، براساس این نرخ‌ها مشمول مالیات می‌شوند؛ امری که انگیزه‌ای قوی برای معامله‌گران رمزارزی تابع نظام مالیاتی آلمان ایجاد می‌کند تا دارایی‌های خود را بیش از یک سال نگاه دارند.^۸ در سال مالیاتی ۲۰۲۳، برای درآمدهای

1. Privatvermögen.

2. Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von sonstigen Token, 2022/0493899, p. 11, para. 33. Available at: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2022/05/2022-05-09-einzelfragen-zur-ertragsteuerrechtlichen-behandlung-von-virtuellen-waehrungen-und-von-sonstigen-token-bmf-schreiben.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Accessed: December 17, 2024).

3. *Ibid.*, p. 12, para. 35.

4. Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von sonstigen Token, 2022/0493899, p. 14, para. 48.

5. Utility Tokens.

6. *Ibid.*, p. 21, para. 79.

7. Einkommensteuergesetz (EStG), § 10d.

8. *Ibid.*, § 23 (1) - 2.

کمتر از ۱۰،۹۰۸ یورو مالیات تعلق نمی‌گیرد. برای درآمدهای ۱۰،۹۰۸ تا ۶۲،۸۰۹ یورو نرخ مالیاتی ۱۴ تا ۴۲ درصد تصاعدی اعمال می‌شود. برای درآمدهای ۶۲،۸۰۹ تا ۸۲۵،۲۷۷ یورو نرخ مالیات ۴۲ درصد و برای درآمدهای بالاتر از ۲۷۷،۸۲۵ یورو نرخ مالیاتی ۴۵ درصد در نظر گرفته شده است.^۱

شرکت‌های آلمانی بسته به نوع شخصیت حقوقی خود، مشمول نظام‌های مالیاتی متفاوتی‌اند. شرکت‌های اشخاص مشمول مالیات بر درآمد و مالیات تجاری خواهند بود،^۲ درحالی‌که شرکت‌های مسئولیت محدود و سهامی تحت نظام مالیات بر شرکت‌ها و مالیات تجاری قرار می‌گیرند. در نتیجه، شرکت‌هایی که در زمینه ماینینگ، استیکینگ یا سرمایه‌گذاری در رمزارزها فعالیت دارند، باید ساختار مالیاتی خود را متناسب با نوع فعالیت انتخاب کنند. برخلاف اشخاص حقیقی، شرکت‌ها نمی‌توانند از معافیت مالیاتی یک‌ساله برای نگهداری رمزارز بهره‌مند شوند. مالیات بر رمزارزها در آلمان تحت ماده ۱۵ قانون مالیات بر درآمد^۳ و ماده ۱۱ قانون مالیات تجاری تنظیم شده و معافیت‌های مالیاتی برای دارایی‌های جزئی شرکت‌ها را شامل می‌شود.^۴

۴.۵. قواعد تعیین و احتساب مالیات رمزارزها در اسپانیا

در اسپانیا، سود حاصل از معاملات رمزارزی، نگهداری یا فعالیت‌های مرتبط با آن مشمول مالیات است. دریافت رمزارز از طریق ارث یا هدیه نیز تحت قوانین مالیات بر ارث و هدایا قرار دارد. علاوه بر این، در برخی مناطق، اگر ارزش کل دارایی‌ها، ازجمله رمزارزها، از یک حد مشخص فراتر رود، مالیات بر ثروت نیز اعمال می‌شود.

مالیات بر سود سرمایه در اسپانیا تصاعدی و شامل سود حاصل از فروش، تبادل یا واگذاری دارایی رمزارزی است. این مالیات از ۱۹ درصد برای درآمدهای تا ۶۰۰۰ یورو آغاز شده و برای درآمدهای بالای ۳۰۰ هزار یورو به ۳۰ درصد می‌رسد.^۵ هدایا و ارث نیز مشمول مالیات ۷،۶۵ تا ۳۴ درصد هستند.^۶ درآمدهای حاصل از ماینینگ، پرداخت برای کالاها و خدمات، یا سایر فعالیت‌های مرتبط با رمزارزها تحت مالیات عمومی قرار گرفته و بین ۱۹ تا ۴۷ درصد محاسبه می‌شوند.^۷

1. Einkommensteuergesetz (EStG), § 32a Einkommensteuertarif.

2. Gewerbesteuergezet - GewStG, § 1 Unbeschränkte Steuerpflicht. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/gewstg/GewStG.pdf> (Accessed: December 22, 2024)

3. Einkommensteuergesetz (EStG), § 15 (1).

4. Gewerbesteuergezet - GewStG, § 11: Steuermesszahl und Steuermessbetrag.

5. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Artículo 66. Available at: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-20764-consolidado.pdf> (Accessed: December 23, 2024).

6. *Ibid*, Artículo 76.

۷. جهت ملاحظه قواعد عمومی این ترکیب نگاه کنید به: ←

هرگونه تغییر در ارزش دارایی‌های رمزارزی، حتی در صورت تبدیل به رمزارز دیگر، می‌تواند به‌عنوان سود سرمایه‌ای تلقی و مشمول مالیات شود. اما خرید و نگهداری رمزارز یا انتقال بین کیف پول‌های شخصی مالیات ندارد. مالیات بر ثروت نیز برای دارایی‌های بیش از ۷۰۰ هزار یورو بین ۰٫۲۱ تا ۷۵٫۳ درصد اعمال می‌شود؛^۱ البته مادرید این مالیات را اعمال نمی‌کند.^۲

زمان پرداخت مالیات رمزارز در اسپانیا به هنگام دریافت پاداش‌های رمزارزی، فروش برای ارز فیات، یا استفاده در خرید کالا و خدمات است. مالیات سود سرمایه (۱۹ تا ۲۸ درصد) بر فروش رمزارز برای یورو اعمال می‌شود.^۳ همچنین روش اولین ورودی-اولین خروجی^۴ برای محاسبه سود سرمایه در نظر گرفته شده^۵ و زیان‌ها می‌توانند تا چهار سال به سال‌های مالیاتی بعدی منتقل شوند.^۶

دارایی‌های رمزارزی با ارزش بیش از ۵۰ هزار یورو در صرافی‌های خارجی باید از طریق فرم ۷۲۱ به اداره مالیات گزارش شوند. اگر ارزش کل دارایی‌های فرد از ۷۰۰ هزار یورو بیشتر باشد، باید برای محاسبه مالیات بر ثروت نیز گزارش گردد.^۷ عدم اعلام دارایی‌ها ممکن است جریمه ۱۵۰ درصدی و در صورت فرار مالیاتی بیش از ۱۲۰ هزار یورو، مجازات زندان در پی داشته باشد.^۸ برای کاهش مالیات، ثبت دقیق تراکنش‌ها، از جمله ارزش بازار در زمان دریافت و واگذاری، توصیه می‌شود.^۹

← https://www.agenciatributaria.es/AEAT.fisterritorial/Inicio/_menu_/Fiscalidad_Autonomica/Fiscalidad_Autonomica.html?utm_source=chatgpt.com (Accessed: December 24, 2024).

1. Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, Artículo 30. Available at: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-14392-consolidado.pdf> (Accessed: December 25, 2024).

2. Agencia Tributaria, Impuesto temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Available at: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/declaraciones-informativas-otros-impuestos-tasas/impuesto-temporal-solidaridad-grandes-fortunas.html> (Accessed: December 25, 2024).

3. Agencia Tributaria, Compra y venta de monedas virtuales: tributación en el IRPF del inversor. Available at: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/irpf-2022/c11-ganancias-perdidas-patrimoniales/monedas-virtuales/compra-venta-monedas-virtuales-tributacion-inversor.html> (Accessed: December 24, 2024).

4. First In, First Out (FIFO).

5. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Artículo 37.2.

6. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), Artículo 48.

7. del Impuesto sobre el Patrimonio, Artículo 30. see also: Agencia Tributaria, Monedas virtuales Normativa: Art. 24 Ley Impuesto Patrimonio. Available at:

https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/patrimonio-2021/capitulo-3-determinacion-base-imponible/formacion-patrimonio-bruto/monedas-virtuales.html?utm_source=chatgpt.com

8. Ministerio de Justicia Publicaciones, Criminal Code (2016), Article 305 (1). Available at: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Criminal_Code_2016.pdf (Accessed: December 25, 2024).

9. Declaración informativa sobre monedas virtuales situadas en el extranjero. Available at: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/GI55.shtml> (Accessed: December 23, 2024).

۴.۶. قواعد تعیین و احتساب مالیات رمزارزها در اتریش

در اتریش، درآمد حاصل از رمزارزها مشمول مالیات بر سود سرمایه به نرخ ۲۷,۵ درصد است،^۱ اما شرایطی خاص برای زمان اعمال مالیات و معافیت‌ها وجود دارد. اگر رمزارز در فرایندهایی مانند ماینینگ، وام‌دهی، استیکینگ، استخراج نقدینگی یا تأمین نقدینگی به‌دست آید، مالیات در لحظه دریافت اعمال می‌شود. اما در مواردی مانند ایردراپ‌ها، جوایز بانکی، همکاری‌ها و هاردفورک‌ها، مالیات تا زمان فروش این دارایی‌ها اعمال نخواهد شد و هزینه اکتساب آنها صفر در نظر گرفته می‌شود. برای کاهش بار مالیاتی، رمزارزهایی که قبل از ۲۸ فوریه ۲۰۲۱ خریداری شده‌اند، می‌توانند بدون مالیات فروخته شوند.^۲ همچنین تبدیل رمزارزها به استیبل‌کوین‌هایی مانند تتر مشمول مالیات نیست و می‌تواند به‌عنوان راهکاری برای مدیریت نوسانات بازار استفاده شود.

در اتریش، امکان تهاتر سود و زیان‌های رمزارزی با سود و زیان سایر دارایی‌های بازار سرمایه، از جمله سهام، اوراق قرضه، سود سهام و مشتقات در همان سال مالی وجود دارد.^۳ معاملات مارجین و فیوچرز نیز معمولاً به‌عنوان درآمد از سهام‌های غیرلیست‌شده در نظر گرفته می‌شوند و مشمول نرخ تصاعدی مالیات بر درآمد هستند. اما اگر سود سرمایه از این معاملات حاصل شود، به‌طور هم‌زمان تحقق می‌یابد و با نرخ ثابت ۲۷,۵ درصد مشمول مالیات خواهد شد. علاوه بر این، برای ان.اف.تی‌ها (NFTs) سقف معافیت سالانه ۴۴۰ یورو در نظر گرفته شده است.^۴

در نظام مالیاتی اتریش، مبنای ارزیابی سود حاصل از رمزارزها در هنگام فروش، تفاوت بین درآمد حاصل از فروش و هزینه‌های اکتساب، شامل کارمزدهای شبکه و صرافی‌هاست. این روش که تحت عنوان استاندارد میانگین متحرک قیمت شناخته می‌شود، باید به یورو محاسبه شود و از ۱ ژانویه ۲۰۲۳ اعمال شده است. در صورتی که دارایی‌های رمزارزی قدیمی و جدید وجود داشته باشند، مؤدی می‌تواند نحوه تخصیص فروش را انتخاب کند. معاملات انجام‌شده پیش از ۳۱ دسامبر ۲۰۲۲ نیز دارای استاندارد

1. Austria Federal Ministry of Finance, Tax treatment of cryptocurrencies. Available at: <https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html> (Accessed: December 23, 2024).

2. Austria Federal Ministry of Finance, Tax treatment of cryptocurrencies. Available at: <https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html> (Accessed: December 23, 2024).

3. Einkommensteuergesetz (EStG 1988), §27 (8).

4. *Ibid.*, §31 (3).

متفاوتی برای ارزش‌گذاری‌اند؛ به‌ویژه برای درآمدهایی که به‌طور مکرر در هر ماه دریافت شده‌اند که باید براساس نرخ پایانی روز اول ماه ارزش‌گذاری شوند، مگر اینکه ارزش‌گذاری در زمان واقعی انجام شود.^۱

نتیجه‌گیری

تحلیل تطبیقی سیاست‌های مالیاتی در حوزه رمزارزها در ایران و اروپا نشان می‌دهد که هر دو حوزه با چالش‌های مشابهی در زمینه شفافیت تراکنش‌ها، جلوگیری از فرار مالیاتی و تسهیل پذیرش رمزارزها در اقتصاد مواجه‌اند. در اتحادیه اروپا، تحولاتی مانند تصویب داک هشتم نشان می‌دهد که این اتحادیه به‌دنبال ایجاد یک نظام یکپارچه برای گزارش‌دهی مالیات رمزارزهاست، بدون آنکه توسعه و نوآوری در این حوزه را محدود سازد. در ایران، درحالی‌که هنوز چارچوب قانونی مشخصی برای مالیات‌ستانی از رمزارزها تدوین نشده، سیاست‌گذاری‌های اخیر بانک مرکزی و مقررات تنظیم‌گری بازار رمزارزها نشان می‌دهد که اولویت قانون‌گذار بر شفاف‌سازی تراکنش‌ها و ایجاد حساب‌های بانکی تحت نظارت برای کنترل این بازار است. این درحالی است که بسیاری از کشورهای اروپایی علاوه بر سازوکارهای نظارتی، نرخ‌ها و تعرفه‌های مالیاتی مشخصی برای رمزارزها تعریف کرده‌اند.

در بررسی مدل‌های مالیاتی اروپا، مشخص شد که کشورهای این حوزه در برخورد با رمزارزها عموماً از رویکرد مالیات بر سود سرمایه و مالیات بر درآمد استفاده می‌کنند. به‌طور مثال، در آلمان، اگر رمزارزها بیش از یک سال نگهداری شوند، از مالیات معاف‌اند، اما در فرانسه و انگلستان، نرخ‌های مالیاتی بسته به نوع فعالیت (سرمایه‌گذاری مقطعی یا معامله‌گری حرفه‌ای) متفاوت است. اسپانیا و اتریش نیز سیستم مالیاتی مشخصی برای رمزارزها دارند که شامل مالیات بر سود سرمایه، مالیات بر درآمد و در برخی موارد مالیات بر ثروت می‌شود. همچنین مقررات ضدپول‌شویی اتحادیه اروپا، نهادهای مالی را ملزم به گزارش‌دهی تراکنش‌های رمزارزی کرده است که این امر می‌تواند در همکاری‌های بین‌المللی مالیاتی نقش کلیدی ایفا کند.

یکی از نقاط قوت سیاست‌های مالیاتی اروپا، تفاوت قائل شدن میان رمزارزها به‌عنوان ابزار مبادله و دارایی سرمایه‌ای است. این تفکیک، نه‌تنها مانع استفاده گسترده از رمزارزها در مبادلات روزمره نمی‌شود، بلکه چارچوب مشخصی را برای سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت ایجاد می‌کند. در مقابل، در ایران، قانون‌گذار تاکنون تفکیکی بین این دو کارکرد قائل نشده و رمزارزها را تحت قوانین کلی مالیات‌های مستقیم

1. Ibid, sec. 7, sec. 4(2).

بررسی می‌کند. علاوه بر این، در بسیاری از کشورهای اروپایی، تعویض رمزارز با رمزارز دیگر مشمول مالیات نیست، در حالی که در ایران، عدم وجود دستورالعمل مشخص باعث ایجاد ابهام در این زمینه شده است.

یکی از مهم‌ترین یافته‌های این تحقیق، اهمیت سازوکارهای گزارش‌دهی مالیاتی در تنظیم‌گری بازار رمزارزهاست. اتحادیه اروپا با اجرای داک هشتم و کشورهای اروپایی با الزام صرافی‌های رمزارزی به ارائه گزارش‌های مالیاتی، گام‌های مؤثری در این زمینه برداشته‌اند. این در حالی است که در ایران، هرچند سیاست‌های اخیر بانک مرکزی بر ثبت مشخصات هویتی و شفاف‌سازی تراکنش‌ها تأکید دارد، هنوز ساختار مشخصی برای دریافت و بررسی گزارش‌های مالیاتی در این حوزه وجود ندارد. تجربه اروپا نشان می‌دهد که ایجاد سازوکارهای خوداظهاری مالیاتی و همکاری‌های بین‌المللی می‌تواند نقش مهمی در جلوگیری از فرار مالیاتی و تنظیم مقررات این حوزه داشته باشد.

یکی دیگر از چالش‌های پیش‌روی نظام مالیاتی ایران، نقش رمزارزهای خصوصی و فناوری‌های ناشناس‌ساز است. در حالی که اروپا در حال توسعه سیستم‌های نظارتی برای شناسایی تراکنش‌های رمزارزی است، در ایران هنوز سیاست مشخصی در این زمینه تدوین نشده است. پلتفرم‌های مالی غیرمتمرکز و رمزارزهای حریم خصوصی مانند مونرو و زی‌کش می‌توانند اجرای مالیات بر رمزارزها را دشوار سازند، اما با استفاده از مقررات شفاف گزارش‌دهی و همکاری با صرافی‌ها، می‌توان مانع از فرار مالیاتی در این بخش شد.

نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که ایران برای تدوین یک نظام مالیاتی کارآمد در حوزه رمزارزها، می‌تواند از تجربیات اروپا بهره‌برد؛ به‌ویژه در زمینه تفکیک مالیات بر سود سرمایه و مالیات بر درآمد، ایجاد سازوکارهای گزارش‌دهی شفاف، و تنظیم مقررات برای نقل‌وانتقالات بین‌المللی رمزارزها. در نهایت، پیشنهاد می‌شود که در ایران، یک چارچوب مالیاتی شفاف و پایدار برای رمزارزها تدوین شود که هم مشوق پذیرش رمزارزها در اقتصاد رسمی باشد و هم از سوءاستفاده‌های مالیاتی جلوگیری کند. تنظیم قوانین مشخص برای مالیات بر سود سرمایه، مالیات بر درآمد، معافیت‌های مالیاتی، و تهاثر زیان‌های رمزارزی می‌تواند به ایجاد یک نظام مالیاتی کارآمد و عادلانه در این حوزه کمک کند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

قوانین و مقررات

۱. تصویب‌نامه شماره ۵۸۱۴۴/ت/۵۵۶۳۷ هـ هیئت وزیران مورخ ۱۳/۰۵/۱۳۹۸.
۲. سند چارچوب سیاست‌گذاری و تنظیم‌گری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حوزه رمزپول‌ها، ۱۴۰۳.
۳. قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات ۱۳۹۴.

مقاله

۴. الهیاری فرد، علی و خیرالله پروین، «تنظیم‌گری مالیات بر ارزش افزوده و سوداگری رمزارزها در اتحادیه اروپا»، مجله حقوقی دادگستری، د. ۸۸، ش. ۱۲۶، ۱۴۰۳، صص. ۱۶۵-۱۳۹
10.22106/jlj.2024.2000811.5268
۵. ساورایی، پرویز، «شناخت رمزارز و چالش‌های پیش‌روی نظام‌های حقوقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، د. ۲۵، (ویژه‌نامه حقوق و فناوری)، ۱۴۰۱، صص. ۱۱۳-۱۴۲. 10.52547/jlr.2022.228506.2293
۶. عرفی، مسعود، مهدی عرفی و احمد پورابراهیم، «ارزیابی فرار مالیاتی از طریق داد و ستد رمزارزها در فقه و حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوقی، انتشار آنلاین ۱۴۰۴. مقاله الکترونیکی
e231830.10.48300/jlr.2025.531958.2969

References:**Books**

1. Dewey, Josias N., ed. **Blockchain & Cryptocurrency Regulation**. 7th ed. London: Global Legal Group, 2025.
2. Jeegers, Thomas, **Understanding Crypto Fundamentals: Value Investing in Cryptoassets and Management of Underlying Risks**, 1st ed., Berkeley, CA: Apress, 2023, p. 76.

Journal Articles and Book Chapters:

3. Ahmet Burçin Yereli, Işıl Fulya Orkunoğlu, "Cryptocurrencies and Taxation", *5th International Annual Meeting of Sosyoekonomi Society*, 2018. Available at: https://www.researchgate.net/publication/340210271_Cryptocurrencies_and_Taxation (Accessed: December 7, 2024).
4. Allahyari-Fard, Ali; Parvin, Khairallah, "Investigating the Regulation of Value Added Tax and Capital Gain Tax of Cryptocurrencies in the European Union", *The Judiciary Law Journal*, Vol. 88, No. 126, 2024, pp. 139–165. (in Persian)
5. Breuer, Almut. "Chapter 14: The challenges of DAC5: access to anti-money-laundering information by tax authorities - taxation is no crime fighting!". In *Exchange of Information in the EU*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2024). <https://doi.org/10.4337/9781035314560.00023/>
6. Claudio Cipollini, "DAC8 and Extraterritoriality: How to Enforce Compliance for non-EU Operators", *EC Tax Review*, Vol. 33, Issue 1 (2024), pp. 19-32. <https://doi.org/10.54648/ecta2024003/>
7. Dumitrescu, George Cornel, "Bitcoin: A Brief Analysis of the Advantages and Disadvantages," *Global Economic Observer*, Vol. 5, No. 2, 2017, pp. 63–71.
8. Lashkari, Bahareh, and Petr Musilek. "A Comprehensive Review of Blockchain Consensus Mechanisms." *IEEE Access*, vol. 9, 2021. pp. 43620-43652. DOI: 10.1109/ACCESS.2021.3065880
9. Li, Yannan, Guomin Yang, Willy Susilo, Yong Yu, Man Ho Au and Dongxi Liu, "Traceable Monero: Anonymous Cryptocurrency with Enhanced Accountability," *IEEE Transactions on Dependable and Secure Computing*, vol. 18, no. 2, 2021, pp. 679–691. DOI: 10.1109/TDSC.2019.2910058.
10. Miglietti, Cynthia, et al. "Bitcoin, Litecoin, and the Euro: An Annualized Volatility Analysis", *Studies in Economics and Finance*, vol. 37, no. 2, 2020, pp. 229–242. DOI: 10.1108/SEF-02-2019-0050.
11. Orfi, Masoud; , Mehdi, Orfi; Ahmad, Pour-Ebrahim, "Evaluating Tax Evasion through Cryptocurrency Transactions in Islamic Jurisprudence and

- Iranian Law”, *Legal Research Studies*, 2025, Electronic Article e231830. DOI: 10.48300/jlr.2025.531958.2969 (in Persian)
12. Rajabi, Abolghasem. *Virtual Currency: Legislation in Different Countries and Proposals for Iran*. Iranian Parliament Research Center. 2018. Available at: <https://www.sid.ir/paper/791284/fa#downloadbottom> (Accessed: October 21, 2024) (in Persian)
 13. Savarayi, Parviz, “Understanding Cryptocurrencies and the Challenges Facing Legal Systems”, *Quarterly Journal of Legal Research*, Vol. 25 (Special Issue on Law and Technology), 2023, pp. 113–142. DOI: 10. 52547/ jlr. 2022. 228506. 2293. (in Persian)
 14. Sheikh, Husnara, Rahima Meer Azmathullah and Faiza Rizwan, “Proof-of-Work vs. Proof-of-Stake: A Comparative Analysis and an Approach to Blockchain Consensus Mechanism,” *International Journal for Research in Applied Science & Engineering Technology*, Vol. 6, No. 12, 2018, pp. 786–791.
 15. Wahby, Riad S., Dan Boneh, Christopher Jeffrey, and Joseph Poon “An Airdrop that Preserves Recipient Privacy” In *Financial Cryptography and Data Security*, edited by Joseph Bonneau & Nadia Heninger, Lecture Notes in Computer Science, vol. 12059, Cham: Springer International Publishing, 2020, pp. 444–463. DOI: 10.1007/978-3-030-51280-4_24.
 16. Webb, Nick. “A Fork in the Blockchain: Income Tax and the Bitcoin/Bitcoin Cash Hard Fork.” *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 19, no. 4, 2018. pp. 283–311. Available at: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=ncjolt> (Accessed: October 14, 2024).
 17. Zetsche, Dirk A., Annunziata, Filippo, Arner W., Douglas. Buckley, Ross P., “The Markets in Crypto-Assets Regulation (MICA) and the EU Digital Finance Strategy” (November 5, 2020). European Banking Institute Working Paper Series No. 2020/77, University of Luxembourg Law Working Paper Series No. 2020-018, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2020/059. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3725395> or [http:// dx. doi. org/ 10.2139/ ssrn. 3725395/](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3725395/)
 18. Zhang, Zongyang, Weihang Li, Haitao Liu, and Jianwei Liu. “A Refined Analysis of Zcash Anonymity.” *IEEE Access*, vol. 8, 2020, pp. 31845–31853, DOI: 10.1109/ACCESS.2020.2973291

Regulations

19. Code Général des Impôts (CGI). Available at:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069577/LEGISCTA000006191580/#LEGISCTA000006191580 (Accessed: December 16, 2024).
20. Einzelfragen zur ertragsteuerrechtlichen Behandlung von virtuellen Währungen und von sonstigen Token, 2022/0493899. Available at:
https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2022/05/2022-05-09-einzelfragen-zur-ertragsteuerrechtlichen-behandlung-von-virtuellen-waehrungen-und-von-sonstigen-token-bmf-schreiben.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Accessed: December 17, 2024).
21. European Commission. 2022. Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation. COM(2022) 707 final, 2022/0413 (CNS). Brussels, December 8, p. 8. Available at: https://taxation-customs.ec.europa.eu/document/download/346cc4d6-ee00-456d-b67e-a01fa3a482ab_en?filename=COM_2022_707_1_EN_ACT_part1_v8.pdf (Accessed: December 10, 2024).
22. European Commission. *Proposal for a Council Directive Amending Directive 2011/16/EU on Administrative Cooperation in the Field of Taxation*. COM(2022) 707 final, 2022/0413 (CNS), pp. 33-34.
23. EU Taxation and Customs Union, DAC8: Directive on Administrative Cooperation (tax transparency for crypto-assets), Available at: <https://taxation-customs.ec.europa.eu/> (Accessed: December 4, 2024).
24. European Parliament resolution of 4 October 2022 on the impact of new technologies on taxation: crypto and blockchain (2021/2201(INI) T9-0335/2022. Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0335_EN.html (Accessed: December 9, 2024).
25. HMRC internal manual Cryptoassets Manual, 21 August 2023. <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/cryptoassets-manual/crypto20000> (Accessed: December 14, 2024).
26. Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, Artículo 30. Available at: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-14392-consolidado.pdf> (Accessed: December 25, 2024).
27. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). Available at: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-20764-consolidado.pdf> (Accessed: December 23, 2024).

28. Ministerio de Justicia Publicaciones, Criminal Code (2016). Available at: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documentos/Criminal_Code_2016.pdf (Accessed: December 25, 2024).

Tax Rates and Administrative Guidance of Various Countries

29. Agencia Tributaria, Compra y venta de monedas virtuales: tributación en el IRPF del inversor. Available at: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/irpf-2022/c11-ganancias-perdidas-patrimoniales/monedas-virtuales/compra-venta-monedas-virtuales-tributacion-inversor.html> (Accessed: December 24, 2024).
30. Austria Federal Ministry of Finance, Tax treatment of cryptocurrencies. Available at: <https://www.bmf.gv.at/en/topics/taxation/Tax-treatment-of-crypto-assets.html> (Accessed: December 23, 2024).
31. Bénéfices industriels et commerciaux (BIC) : régime réel d'imposition. <https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F32919> (Accessed: December 16, 2024).
32. Bulletin Officiel des Finances Publiques, 02/09/2019 : RPPM - Création d'un régime fiscal spécifique applicable aux cessions d'actifs numériques réalisées à titre occasionnel, directement ou indirectement, par les particuliers (loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances 2019. Available at: <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/11978-PGP.html/identifiant%3DACTU-2019-00174?> (Accessed: December 17, 2024).
33. Capital Gains Tax: what you pay it on, rates and allowances. <https://www.gov.uk/capital-gains-tax/rates> (Accessed: December 14, 2024).
34. Cabinet Approval No. 58144/T55637H dated August 4, 2019. (in Persian)
35. Central Bank of the Islamic Republic of Iran, *Policy and Regulatory Framework for Crypto-assets (Cryptocurrencies)*, 2024. (in Persian)
36. Declaración informativa sobre monedas virtuales situadas en el extranjero. Available at: <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/procedimientoini/GI55.shtml> (Accessed: December 23, 2024).
37. Direct Taxes Act (1966, as amended in 2015). (in Persian)
38. Einkommensteuergesetz (EStG), § 32a Einkommensteuertarif. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/estg/EStG.pdf> (Accessed: December 17, 2024).

39. Gewerbesteuer-gesetz - GewStG, § 1 Unbeschränkte Steuerpflicht. Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/gewstg/GewStG.pdf> (Accessed: December 22, 2024).
40. How Inheritance Tax works: thresholds, rules and allowances. <https://www.gov.uk/inheritance-tax> (Accessed: December 14, 2024).
41. Projet de loi de finances pour 2025, Article 14. Available at: https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/textes/117b0324_projet-loi.pdf (Accessed: December 16, 2024).
42. Solidaritätszuschlaggesetz 1995 (SolzG 1995), § 4 Zuschlagsatz. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/solz_g_1995/SolzG_1995.pdf (Accessed: December 17, 2024).
43. UK Capital Gains Tax allowances. <https://www.gov.uk/capital-gains-tax/allowances> (Accessed: December 14, 2024).
44. UK Income Tax rates and Personal Allowances. <https://www.gov.uk/income-tax-rates> (Accessed: December 14, 2024).
45. UK VAT rates for goods and services. <https://www.gov.uk/vat-rates#:~:text=VAT%20rates%20for%20goods%20and%20services&text=The%20standard%20rate%20of%20VAT,stamps%2C%20financial%20and%20property%20transactions>. (Accessed: December 14, 2024).
46. Tax Administration Training, Research and Planning Center, “Theoretical Foundations of Cryptocurrency Taxation: International Experiences and Emerging Challenges,” Research Deputy of the Iranian National Tax Administration, 2023, available at: https://taxresearch.ir/rdsm_report.php?slc_lang=fa&sid=1&mod=report_profile&rep_id=339&rds_id (last visited 25/02/2026) (in Persian).

Websites

47. Namtoto, Haraši. “Myth, Machinery and Cryptocoin Avarice.” Wizzion, 2013. Available at: <https://wizzion.com/data/80.cryptocoin-avarice.pdf> (Accessed: October 13, 2024).
48. Post, Dennis and Claudio Cipollini, “The DAC8 Proposal and the Future of Crypto-Asset Reporting: Some Preliminary Thoughts,” Kluwer International Tax Blog, January 9, 2023. Available at: <https://kluwertaxblog.com/2023/01/09/the-dac8-proposal-and-the-future-of-crypto-asset-reporting-some-preliminary-thoughts/> (Accessed: October, 15 2025).

Taxation of Cryptocurrencies: A Comparative Study of Iran and Europe

Navid Rahbar*

Mohammadreza Afshari**

Received: 2025.12.27 Revised: 2026.02.25 Accepted: 2026.06.28

Abstract

With the ever-increasing expansion of cryptocurrency activities in the fields of trading, investment, mining, and payment, the taxation of these digital assets has become one of the fundamental challenges of fiscal policymaking at the global level. The decentralized nature of cryptocurrencies, the relative anonymity of transactions, and the possibility of rapid cross-border transfers have cast doubt on the effectiveness of traditional tax systems. While many countries, particularly in Europe, have taken steps to develop specific tax frameworks for cryptocurrencies, the legal and tax status of these assets in Iran remains subject to serious ambiguity. A comparative examination of the tax systems of European countries such as Germany, France, Spain, and the United Kingdom shows that cryptocurrencies are generally recognized as financial assets and are subject to income tax or capital gains tax, although differences exist in their methods of implementation. These include the exemption for long-term holding in Germany and the imposition of tax only at the time of conversion into fiat currency in France and Spain. Furthermore, the European Union's DAC8 framework reflects an effort to standardize reporting and reduce tax evasion. In contrast, cryptocurrency taxation in Iran lacks an independent and transparent legal basis and is mainly applied within the general framework of the Direct Taxation Act and through the monitoring of bank transactions. Circulars and regulations issued by supervisory authorities, particularly the Central Bank, are primarily aimed at regulating exchanges and preventing financial crimes rather than establishing a coherent tax system. This legal gap has resulted in increased opacity, intensified tax evasion, and reduced investment security. The present article proposes that Iran, by drawing on European experiences, should develop a specific and transparent framework for the taxation of cryptocurrencies.

Keywords:

Cryptocurrency, Capital Gains Tax, Tax Reporting, Tax Evasion, Tax Policy.

* Assistant Professor, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. Corresponding Author's email: n_rahbar@sbu.ac.ir.

** LL.M. Graduate, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

تحلیل تطبیقی حقوقی تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه تجارت بین‌الملل نفت ایران و روسیه

سید محمدحسن رضوی*
نیلوفر حیدری روچی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۱/۱۲ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۵/۰۲/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۴/۰۷

چکیده

ایالات متحده آمریکا با هدف به صفر رساندن صادرات نفت ایران و کاهش درآمدهای نفتی روسیه، تحریم‌های اقتصادی اولیه و ثانویه‌ای علیه تجارت بین‌المللی نفت این دو کشور وضع کرده است. نوشتار حاضر، با رویکرد تطبیقی و روش توصیفی-تحلیلی، نظام حقوقی تحریم‌های آمریکا علیه فروش نفت ایران و روسیه را بررسی می‌کند تا وجوه اشتراک و افتراق این تحریم‌ها در چارچوب حقوق تجارت بین‌الملل شناسایی شود. پرسش اصلی مقاله آن است که آیا تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا اثر یکسانی بر تجارت بین‌المللی نفت ایران و روسیه دارند. تحلیل نهایی نشان می‌دهد که ماهیت، هدف و چارچوب قانونی تحریم‌ها متفاوت است. درحالی‌که تحریم‌های ایران با هدف حذف کامل درآمدهای صادرات نفت طراحی شده و خرید نفت ایران توسط اشخاص حقیقی و حقوقی آمریکایی به صورت مطلق ممنوع است و تحریم‌های ثانویه با ماهیت فراسرزمینی بر دامنه و شدت اثر تحریم‌ها می‌افزاید، تحریم‌های روسیه بیشتر بر پروژه‌های بلندمدت و پرریسک متمرکز بوده و امکان خرید نفت روسیه با اعمال محدودیت‌هایی مانند سقف قیمت وجود دارد. این تفاوت‌ها نشان می‌دهد که اثر تحریم‌های یک‌جانبه بر دو کشور یکسان نیست و همواره با تعارضات قابل توجهی با اصول بنیادین حقوق تجارت بین‌الملل، ازجمله اصل عدم تبعیض، دولت کامله‌الوداد و ممنوعیت محدودیت‌های کمی همراه است.

کلیدواژه‌گان:

تجارت نفت، تحریم‌های آمریکا، تحریم‌های یک‌جانبه، نفت ایران، نفت روسیه.

* استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

hassan.razavi@ut.ac.ir

** دانشجوی دکتری، 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

تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا درخصوص فروش نفت در دسته تحریم‌های تجاری و اقتصادی قرار دارند و اعمال آنها بر فروش نفت آثار زیان‌بار مستقیمی گذاشته است؛ لذا شناسایی نظام حقوقی این تحریم‌ها در پرتو حقوق تجارت بین‌الملل و آثار آنها بر فروش نفت ضرورتی انکارناپذیر می‌نماید. اثر و قلمروی اجرایی تحریم‌های یک‌جانبه اولیه آمریکا تنها در ارتباط با کشور هدف تحریم است؛ لکن تحریم‌های ثانویه به شکل فراسرزمینی در ارتباط با اشخاص و نهادهای ثالث غیرآمریکایی نیز اثرگذارند. در این میان، تنها تحریمی که دولت‌ها را مخاطب قرار می‌دهد تحریم‌های مربوط به نفت خام است؛ لذا این تحریم‌ها در مقایسه با سایر تحریم‌های اقتصادی ممتازند.

مقاصد نظام تحریمی آمریکا درخصوص فروش نفت ایران و روسیه متفاوت است. هدف وضع این تحریم‌ها در محدود کردن دسترسی روسیه به بازار مالی آمریکا و توسعه محدود پروژه‌های بلندمدت تولید نفت در روسیه خلاصه می‌شود. این درحالی است که نظام جامع تحریم‌های آمریکا علیه ایران مبتنی بر ممنوعیت کلی فروش نفت و استثنا قائل شدن برای آن به صورت نظام سهمیه‌بندی است.

تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا ازجمله ابزارهایی‌اند که با ادعای حفظ امنیت ملی و سیاست خارجی، به محدودسازی صادرات انرژی و کاهش درآمدهای نفتی کشورهای هدف می‌پردازند. این اقدامات در عمل موجب ایجاد عدم قطعیت حقوقی و افزایش ریسک قراردادی برای بازیگران بازار نفت می‌شوند؛ به‌ویژه زمانی که تحریم‌ها از نظر ساختاری و هدفمند بودن در کشورهای مختلف متفاوت باشند. پژوهش حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، اطلاعات جمع‌آوری شده از منابع کتابخانه‌ای و مقالات و متون حقوقی را با هدف پاسخ به این پرسش که آیا تحریم‌های یک‌جانبه ایالات متحده اثر یکسانی بر تجارت بین‌المللی نفت در ایران و روسیه دارند، مورد پردازش قرار داده است.

این پژوهش در سه بخش اصلی به تحلیل نظام حقوقی تحریم‌های آمریکا در ارتباط با تجارت بین‌الملل نفت ایران و روسیه پرداخته است: بخش اول، به بررسی مفهوم و ماهیت حقوقی تحریم‌های تجاری و دسته‌بندی آنها، آثار تحریم‌ها بر روابط تجاری و در نهایت انطباق آنها با اصول تجارت آزاد اختصاص دارد. در بخش دوم نظام حقوقی این تحریم‌ها علیه تجارت نفت ایران و روسیه با تکیه بر قوانین، بخشنامه‌ها و فرمان‌های اجرایی به تفصیل بررسی و در بخش سوم تلاش شده است تا تحلیل

تطبیقی این نظام در ارتباط با تجارت نفت ایران و روسیه در سه محور سابقه و اهداف تحریم‌ها، چارچوب قانونی و گستره اعمال تحریم‌ها و تعارض با اصول حقوق تجارت بین‌الملل ارائه شود.

۱. تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا در چارچوب حقوق تجارت بین‌الملل

۱.۱. مفهوم و ماهیت حقوقی تحریم‌های تجاری نفت

مفهوم تحریم با سه منظر قابل تعریف است: رویکرد اول بر هدف اقدام تحریمی برای پاسخ به نقض یک هنجار قانونی تمرکز دارد و تحریم به معنای اقداماتی است که به منظور اجبار یک دولت به تبعیت از حقوق بین‌الملل یا جریمه آن برای نقض حقوق بین‌الملل علیه وی اعمال می‌شود. تمرکز رویکرد دوم بر ماهیت واضح تحریم است و به اقداماتی که توسط سازمان‌های بین‌المللی اتخاذ می‌شود می‌پردازد. رویکرد سوم متمرکز بر جنس و نوع اقدامات است و به خصوص بر اقدامات اقتصادی تأکید دارد.^۱

تحریم‌های اقتصادی به عنوان یکی از مهم‌ترین ابزارهای سیاسی شناخته می‌شوند که هدف آن ملزم کردن دولت‌ها و اشخاص تحریم شده به تبعیت از سیاست‌های واضعان تحریم درخصوص خلع سلاح، انطباق با حقوق بشر و یا حتی رژیم و نوع حکومت است. این تحریم‌ها هم می‌توانند علیه بازیگران دولتی وضع شوند و هم بازیگران غیردولتی و در قالب‌های تجاری، مالی و تأمین مالی، سرمایه‌گذاری و محدودیت دسترسی به اموال دسته‌بندی می‌شوند.^۲

تحریم‌های تجاری نفت آمریکا به مجموعه‌ای از اقدامات محدودکننده اطلاق می‌شود که توسط این کشور با هدف محدودسازی، تعلیق یا ممنوعیت تجارت نفت و فراورده‌های نفتی یک کشور خاص به صورت اولیه یا ثانویه اعمال می‌شود. از منظر حقوقی، تحریم‌های تجاری نفت آمریکا اغلب واجد عنصر فراسرزمینی بوده و در دسته تحریم‌های ثانویه دسته‌بندی می‌شوند.

۱.۲. تحریم‌های اولیه و ثانویه و آثار آنها بر روابط تجاری

به نظر برخی از حقوقدانان، در تحریم‌های اولیه، اشخاص حقیقی و حقوقی تابع دولت تحریم‌کننده از انجام هرگونه معامله با اشخاص، گروه‌ها، دولت یا کشور هدف تحریم منع می‌شوند؛ حال آنکه در

1. Ruys, Tom, "Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework", van den Herik ed., Research Handbook on UN Sanctions and International Law (Edward Elgar Publishing), 2016, pp. 1-2.

2. Ruys, Tom, Ryngaret, Cedric, "Secondary Sanctions: A weapon Out of Control? The International Legality of, and European responses to, US Secondary sanctions", The British Yearbook of International Law, Published by Oxford University Press, Vol. 0 No. 0, 2020, 1-116, pp. 6-7.

تحریم‌های ثانویه، اشخاص حقیقی و حقوقی غیرتابع دولت تحریم‌کننده، به سبب برخی اقدامات معین که خارج از قلمرو صلاحیتی آن دولت انجام می‌گیرد، به‌ویژه در صورت برقراری روابط تجاری با اشخاص، گروه‌ها یا کشورهایی که موضوع تحریم‌های اولیه قرار دارند، در معرض اعمال اقدامات محدودکننده قرار می‌گیرند.^۱ در تعریف مضیق تعریف تحریم‌های ثانویه، تمرکز بر اثر فرامرزی است. هدف از اعمال تحریم‌های ثانویه، عدم اثربخشی تحریم‌های اولیه درخصوص تغییر رفتار دولت یا نهاد تحریم شده است.^۲ تفاوت اساسی تحریم‌های یک‌جانبه اولیه و ثانویه در آن است که در تحریم‌های اولیه، خود دولت هدف تحریم و اشخاص تابع آن موضوع محدودیت‌های تجاری قرار می‌گیرند، حال آنکه در تحریم‌های ثانویه، تحریم‌ها به‌طور غیرمستقیم و از طریق اعمال فشار بر اشخاص ثالث اجرا می‌شوند. به عبارت دیگر، تحریم‌های ثانویه مستقیماً علیه دولت هدف وضع نمی‌شوند، بلکه با تهدید اشخاص و شرکت‌های خارجی به مجازات‌های اقتصادی، آنها را از برقراری روابط تجاری با کشور هدف باز می‌دارند.^۳

در تعریف موسع تحریم‌های ثانویه، تمرکز بر کارکرد و آثار اقتصادی این تدابیر است و هدف اصلی آن، تنظیم روابط اشخاص خارجی با کشور هدف تحریم تلقی می‌شود. براین اساس، هرگونه اقدام حقوقی یا اقتصادی که با هدف محدودسازی یا تنظیم روابط تجاری میان اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی و کشور هدف تحریم وضع شود، می‌تواند در زمره تحریم‌های ثانویه قرار گیرد؛ اعم از آنکه این تدابیر واجد اثر فرامرزی باشند یا در چارچوب نوعی ارتباط سرزمینی با دولت تحریم‌کننده اعمال شوند. بنابراین، حتی در مواردی که نوعی پیوند سرزمینی یا استفاده از ابزارهای حقوق داخلی دولت تحریم‌کننده وجود دارد، چنانچه هدف اصلی، اثرگذاری بر رفتار اقتصادی اشخاص غیرتابع در تعامل با کشور هدف باشد، وصف «ثانویه بودن» همچنان قابل احراز است. براین اساس، تحریم‌های ثانویه در هر دو برداشت می‌توانند به گسترش دامنه مداخله دولت تحریم‌کننده در روابط تجاری بین‌المللی انجامیده و روابط اقتصادی میان اشخاص خارجی و کشور هدف را به‌طور قابل توجهی متأثر سازند. چنین وضعیتی، از منظر حقوق تجارت بین‌الملل، به تضعیف امنیت حقوقی معاملات و افزایش ریسک قراردادی، به‌ویژه در تجارت نفت، منجر می‌شود.

1. Ruys, *Op.cit*, p. 8.

2. Ruys and Ryngaret, *Op.cit*, p. 8.

3. Terry, C.R. Patrick, "Enforcing U.S. Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions: Is Might Right in Public International Law?", *Washington International Law Journal*, Vol. 30, No. 1, 2022, p. 5.

۱.۳. تحریم‌های یک‌جانبه و چندجانبه با تأکید بر اصول تجارت آزاد

تحریم‌های یک‌جانبه توسط دولت‌ها به‌تنهایی یا مجتمعاً در خارج از چارچوب سازمان ملل متحد وضع می‌شوند و مبنای آنها قطعنامه شورای امنیت سازمان ملل نیست. تحریم‌هایی که توسط این شورا و براساس فصل هفتم منشور آن وضع می‌شوند، تحریم‌های چندجانبه نامیده می‌شوند که بیانگر اراده جمعی اعضای این سازمان‌اند.^۱

تحریم‌های یک‌جانبه با ماهیت فرامرزی در اعمال فشار حداکثری بر اشخاص هدف تحریم‌های اولیه نیز نقش مؤثری دارند. اصولاً هرچه تعداد بیشتری از دولت‌ها از یک سیاست تحریمی مشترک پیروی کنند، تحریم‌ها مداخله‌گرانه‌تر و اثربخش‌تر تلقی می‌شوند. در صورتی که یک دولت موفق به ترغیب شورای امنیت سازمان ملل به تصویب تحریم‌های متمرکز تحت چارچوب منشور ملل متحد که به‌طور کلی همه دولت‌ها به اجرای آن موظف‌اند، نشود و نتواند سایر دولت‌ها را به پیوستن داوطلبانه به سیاست‌های تحریمی یک‌جانبه خود ترغیب کند، می‌تواند به تحریم‌های فرامرزی توسل جوید.^۲

از منظر حقوقی، تحریم‌های یک‌جانبه به‌دلیل گسترش آثار فرامرزی، بیش از تحریم‌های چندجانبه با اصول تجارت آزاد در تعارض قرار می‌گیرند. آمریکا به‌عنوان یکی از اعضای سازمان جهانی تجارت با اعمال تحریم‌های یک‌جانبه، اصل عدم تبعیض مندرج در مقررات موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)^۳ را نقض می‌کند. از مصادیق این اصل می‌توان به شرط دولت کامله‌الوداد^۴ مندرج در ماده ۱ گات و قاعده رفتار ملی^۵ مندرج در ماده ۳ گات اشاره کرد. تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا درخصوص تجارت بین‌الملل و فروش نفت با ایجاد محدودیت‌های خاص علیه کشورهای هدف، موجب رفتار متفاوت و نامتوازن نسبت به کالاها، خدمات و اشخاص مرتبط با این کشورها در مقایسه با سایر اعضای جامعه تجارتی بین‌المللی می‌شود. این وضعیت، به‌ویژه درمورد روسیه که عضو سازمان جهانی تجارت است، واجد اهمیت مضاعف است؛ چراکه محروم‌سازی کالاها و شرکت‌های روسی از دسترسی برابر به بازارها و خدمات تجاری، عملاً نقض تعهدات ناشی از اصل دولت کامله‌الوداد محسوب می‌شود.

درخصوص ایران نیز هرچند این کشور عضو سازمان جهانی تجارت نیست، اصل عدم تبعیض به‌عنوان یک قاعده عرفی در نظام تجارت بین‌الملل و یکی از مبانی نظم اقتصادی بین‌المللی، قابلیت

1. Schmidt, Julia, " The Legality of Unilateral Extra-territorial Sanctions under International Law", *Journal of Conflict & Security Law Oxford University Press*, Vol. 27, No. 1, 2022, 53–81, p. 58.

2. *Ibid*, p. 61.

3. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1994.

4. Most-Favored-Nation (MFN)

5. National Treatment

استناد دارد. تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا با هدف قرار دادن تجارت نفت ایران و اعمال فشار بر اشخاص ثالث برای خودداری از تعامل تجاری با این کشور، به نوعی تبعیض ساختاری در روابط تجاری منجر می‌شود که با منطق تجارت آزاد و رقابت منصفانه ناسازگار است.

تحریم‌های ثانویه آمریکا با تحمیل محدودیت بر شرکت‌ها و دولت‌های ثالثی که روابط تجاری مشروعی با ایران یا روسیه دارند، دامنه نقض اصل عدم تبعیض را فراتر از روابط دوجانبه گسترش می‌دهد. این تحریم‌ها عملاً اشخاص ثالث را وادار می‌کند تا میان شرکای تجاری خود بر مبنایی غیرتجاری و سیاسی تمایز قائل شوند؛ امری که با فلسفه وجودی اصل عدم تبعیض در حقوق تجارت بین‌الملل در تعارض آشکار است.

۲. نظام حقوقی تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا در خصوص تجارت بین‌الملل نفت ایران و روسیه

۲.۱. چارچوب قانونی تحریم‌های نفتی آمریکا علیه ایران

نظام تحریمی آمریکا در خصوص فروش نفت ایران در چهار محور تحریم‌های اولیه، ثانویه، لنو و بازگشت تحریم‌ها بررسی خواهد شد.

۲.۱.۱. تحریم‌های اولیه

در نخستین اقدام تحریمی آمریکا علیه ایران به‌عنوان تحریم اولیه، به موجب فرمان اجرایی ۱۲۱۷۰^۱، تمام اموال ایران در آمریکا مسدود و هرگونه خرید مستقیم کالا از ایران ممنوع شد. پس از آن براساس دو فرمان اجرایی ۱۲۲۰۵^۲ و ۱۲۲۱۱^۳ ممنوعیت‌ها به تمام روابط تجاری میان ایران و آمریکا گسترش پیدا کرد. رئیس‌جمهور آمریکا به‌موجب قانون امنیت بین‌الملل و توسعه^۴ و متعاقب قرارگیری نام ایران در فهرست «دولت حامی تروریسم»^۵، فرمان اجرایی ۱۲۶۱۳^۶ را صادر کرد و واردات هرگونه کالای ایرانی از جمله نفت خام ایران به آمریکا ممنوع شد. پس از آن به موجب قانون عدم اشاعه تسلیحات ایران-عراق^۷ صادرات کالاهای آمریکایی به ایران ممنوع شد.

1. Executive Order No. 12170, 1979.

2. Executive Order No. 12205, 1980.

3. Executive Order No. 12211, 1980.

4. International Security and Development Act (ISDCA) 1985: Section 505.

5. State Sponsor of Terrorism

6. Executive Order No. 12613, 1987.

7. Iran-Iraq Arms Non-Proliferation Act, 1992.

به دلیل وسعت موضوعی و فراوانی تحریم‌های ایران، در قانون فدرال آمریکا^۱ جهت معرفی قوانین تحریم ایران، بخشی مجزا تحت عنوان «مقررات معاملات ایرانی»^۲ تعریف شد که ذیل عنوان ۳۱ بخش ۵۶۰ این قانون قرار دارد. وضع هرگونه قانون و مقررات جدید تحریمی ایران موجب اصلاح و به‌روزرسانی این مقررات می‌شود. اوفک (دفتر کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری آمریکا)^۳ در وزارت خزانه‌داری آمریکا نهاد ناظر بر اجرای این قانون است.

در ادامه نظام تحریم‌های اقتصادی سرزمینی آمریکا علیه ایران، در سال ۱۹۹۵ فرمان اجرایی ۱۲۹۵۷^۴ رئیس‌جمهور آمریکا را قادر گرداند تا از اختیارات وسیع رئیس‌جمهور ذیل قانون اختیارات اقتصادی در شرایط اضطراری بین‌المللی^۵ جهت اعمال فشار بیشتر بر ایران استفاده کند. وفق این فرمان، شرکت‌های آمریکایی از سرمایه‌گذاری در مبادین نفتی و صنایع نفت و گاز ایران منع شدند. متعاقب آن در فرمان اجرایی ۱۲۹۵۹^۶، هرگونه مراوده تجاری و سرمایه‌گذاری در ایران توسط شرکت‌های آمریکایی ممنوع اعلام شد و نهایتاً فرمان اجرایی ۱۳۰۵۹^۷، صادرات اقلام تولید شده در خارج از آمریکا به ایران را که در آن بیش از ۱۰ درصد از ارزش کالا از کالاهای آمریکایی استفاده شده باشد ممنوع اعلام کرد.^۸

۲.۱.۲. تحریم‌های ثانویه

از سال ۱۹۹۶ کنگره آمریکا و دستگاه اجرایی کنگره از طریق تحریم‌های ثانویه بخش انرژی ایران را از منظر اقتصادی تحت فشار قرار دادند. قانون تحریم‌های ایران^۹ عنصر محوری تحریم‌های آمریکا درخصوص بخش انرژی ایران و نقطه آغاز اعمال تحریم‌های فراسرزمینی آمریکاست. هدف اصلی این قانون مقررهای بود که به موجب آن رئیس‌جمهور آمریکا اشخاصی که در طول ۱ سال بیش از ۴۰ میلیون دلار در بخش انرژی ایران سرمایه‌گذاری می‌کردند را تحریم می‌کرد،^{۱۰} لکن خرید و فروش نفت خام ایران مشمول تحریم این قانون نبود.

1. Code of Laws of the United States (U.S.C)

2. Iranian Transaction Regulation

3. Office of Foreign Assets Control (OFAC)

4. Executive Order No. 12957, 1995.

5. International Emergency Economic Powers Act (IEEPA)

6. Executive Order No. 12959, 1995.

7. Executive Order No. 13059, 1997.

۸. رضوی، سید محمدحسن، حقوق تجارت بین‌الملل پیشرفته، ج. ۱، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۱، صص. ۲۶۱-۲۶۳.

9. The Iran Sanctions Act (ISA)

10. Thomas, C. "Iran Sanctions", Library of Congress, Congressional Research Service (CRS). RS20871, 2022, p. 11.

قانون جامع تحریم‌ها، پاسخ‌گویی و عدم سرمایه‌گذاری ایران (سیسادا)^۱، سقف سرمایه‌گذاری مجاز در صنعت نفت و گاز ایران را که در قانون تحریم‌های ایران ۴۰ میلیون دلار مقرر شده بود، به ۲۰ میلیون دلار کاهش داد. این قانون نه تنها فروش فراورده‌های نفتی به‌ویژه بنزین به ایران را به‌صورت فراسرزمینی و برای همه شرکت‌های غیرآمریکایی در دنیا ممنوع می‌کرد، بلکه انتقال و فراهم کردن هرگونه کالا و فناوری را که بیش از ۵ میلیون دلار در سال ارزش داشته و باعث توسعه یا فراهم کردن امکان تداوم تولید فراورده‌های نفتی در ایران شود یا ایران را در توسعه توانایی واردات فراورده‌های نفتی توانمندتر بسازد ممنوع کرد.^۲

به‌موجب قانون مجوز دفاع ملی، معاملات مالی بانک مرکزی ایران با هدف کاهش صادرات نفت توسط ایران تحریم شد و رئیس‌جمهور آمریکا ملزم به اعمال تحریم‌های فراسرزمینی بر خرید نفت خام ایران توسط سایر کشورها و مؤسسات مالی غیرآمریکایی شد که معاملات مرتبط با آن را پردازش می‌کردند.^۳ فرمان اجرایی ۱۳۵۹۹ با عنوان مسدود کردن اموال دولت ایران و مؤسسات مالی ایرانی، مؤسسات مالی آمریکا را ملزم نمود تا دارایی‌های متعلق به بانک مرکزی و نهادهای ایرانی را در خاک آمریکا مسدود کند.^۴ مؤسسات مالی آمریکا پیش از این از پردازش تراکنش‌های بانکی مربوط به بانک مرکزی و بانک‌های ایرانی منع شده بودند، اما این دستور آنها را ملزم کرد تا از تاریخ صدور فرمان، اموال این مؤسسات مالی ایرانی را نیز مسدود کنند.^۵

آن دسته از مقررات مندرج در قانون کاهش تهدید ایران و حقوق بشر در سوریه^۶ که موضوع آنها اصلاح مقررات قانون تحریم‌های ایران نیست، تحریم‌های قانون تحریم‌های ایران را در شرایطی بر مؤسسات اعمال می‌کنند که اهم آنها زمانی است که مؤسسه شرکت ملی نفت ایران یا شرکت ملی نفتکش ایران را بیمه یا بیمه اتکایی یا بدهی دولت ایران را خریداری یا صدور آن را تسهیل کند.^۷

بخش ۵۰۴ قانون فوق، قانون مجوز دفاع ملی را جهت ممنوع کردن بانک مرکزی ایران از بازگرداندن یا استفاده آسان از ارزهای معتبر که از صادرات خارجی خود به‌ویژه نفت می‌گیرد، اصلاح کرد.

1. Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act (CISADA).

2. CISADA, 2010: Section 102, Clauses 2 (A), 3 (A) & 3 (B).

3. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, 2011: P.L. 112-81, Section 1245.

4. Executive Order No. 13599, 2012.

۵. رضوی، سید محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۲۸۳.

6. Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act (ITRSHA)

۷. همان منبع.

به موجب این قانون، هر پولی که در نتیجه معاملات تحریمی از جمله معاملات خرید نفت ایران به ایران پرداخت می‌شود، باید به حساب بانکی در کشور انجام‌دهنده معامله واریز شود. ایران فقط می‌تواند از آن وجوه برای خرید محصولات کشوری که وجوه در آن قرار دارد استفاده کند.

به عبارت دیگر این قانون با محدود کردن پرداخت عواید حاصل از فروش نفت خام ایران به ارز محلی، به دنبال محدود کردن و در نتیجه از بین بردن دسترسی دولت ایران به ارزهای معتبر بود و محدود کردن تجارت و خرید و فروش آزادانه برای دولت ایران از سایر کشورهای دنیا را هدف‌گذاری می‌کرد. به علاوه این قانون با محدود کردن محل هزینه کرد این عواید، دولت ایران را از ایجاد نظام تسویه بانکی چندجانبه محروم می‌کرد و رابطه ایران را به تجارت دوجانبه با کشورهای خریدار نفت خام ایران محدود می‌کرد.^۱

قانون آزادی و مقابله با اشاعه تسلیحات ایران^۲ به عنوان بخشی از قانون اختیارات دفاع ملی^۳، محدوده تحریم‌های فراسرزمینی آمریکا را به بخش‌های انرژی، کشتی‌رانی، ساخت کشتی، بنادر ایران و صنعت بیمه گسترش داد و شرکت‌های بیمه‌ای ایران را در فهرست تحریمی آمریکا قرار داد. مهم‌ترین اقدام تحریمی این قانون، پر کردن خلأ قانون کاهش تهدیدهای ایران با هدف قرار دادن استفاده از طلا و فلزات گرانبها بود. در قانون کاهش تهدیدهای ایران، نهادهای مالی ایرانی امکان خرید فلزات گرانبها به‌ویژه طلا را از کشورهای واردکننده نفت خام ایران داشتند. خرید فلزات گرانبها و طلا دولت ایران را قادر می‌کرد که به عنوان مالک وجوه، ضمن تبدیل وجوه واریز شده با بانک‌های محلی به یکی از فلزات پرارزش و با قابلیت نقدشوندگی بالا مثل طلا، آن را بازارهای دیگر نیز منتقل و جهت مصارف دیگر و خریدهای خود از دیگر کشورها استفاده کند.^۴

فرمان اجرایی ۱۳۶۲۲ به موجب فرمان شماره ۱۳۷۱۶^۵ ملغی شد، لکن مجدداً در سال ۲۰۱۸ به موجب فرمان اجرایی ۱۳۸۴۶^۶ لازم‌الاجرا شد. این فرمان تحریم‌های خرید نفت خام و فراورده‌های پتروشیمیایی ایران و معامله با اسکناس‌های بانکی ایرانی را به بسته تحریمی قانون تحریم‌های ایران افزود. همچنین، بانک‌های سیستم مالی آمریکا را از خرید نفت و سایر فراورده‌های پتروشیمی از ایران و

۱. همان منبع، ص. ۲۸۵.

2. Iran Freedom and Counter-proliferation Act (IFCA)
3. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2013.

۴. همان منبع، صص. ۲۸۵-۲۸۶.

5. Executive Order No. 13716.
6. Executive Order No. 13846.

معامله با شرکت ملی نفت ایران یا شرکت بازرگانی نفت ایران ممنوع کرد.^۱ به موجب آن اموال شرکت‌هایی که در آمریکا قرارداد دارند مشروط به آنکه آنها به ارائه کالا یا خدمات به شرکت ملی نفت ایران یا شرکت بازرگانی نفت ایران یا بانک مرکزی ایران پرداخته یا در این زمینه‌ها یا در خرید اسکناس بانکی آمریکا یا فلزات و سنگ‌های ارزشمند یا جواهرات به دولت ایران کمک کرده باشند، بلوکه می‌شوند.^۲ به موجب فرمان اجرایی ۱۳۶۴۵، بانک‌های خارجی که با ریال تراکنش انجام می‌دهند یا حساب‌های ریالی نزد خود دارند، از امکان داشتن حساب بانکی در بانک‌های آمریکایی محروم شدند.^۳

۲.۱.۳. لغو تحریم‌ها

برنامه اقدام مشترک^۴ در مقابل محدودیت‌های ناظر بر ذخیره اورانیوم ۲۰ درصد غنی شده ایران، معافیت‌های تحریمی زیر را درخصوص صنعت نفت برقرار کرد:

۱. آمریکا تلاش‌های خود جهت ممنوعیت خرید نفت خام ایران را معلق نموده و به شش کشور خریدار نفت ایران، مجوز لازم جهت خرید نفت خام از ایران در سطح موجود و بدون حق افزایش خرید اعطا کرد.
۲. آمریکا و اروپا تحریم‌های اعمال شده بر صادرات پتروشیمی ایران را معلق کردند.
۳. ایران اجازه یافت ماهانه ۷۰۰ میلیون دلار از حساب‌های بانکی مسدود شده خود برداشت کند.^۵

متعاقب برنامه اقدام مشترک و پس از امضای برنامه جامع اقدام مشترک (برجام)^۶، به منظور تحکیم پایه‌های عملی و ضمانت اجرایی این توافق، شورای امنیت سازمان ملل متحد قطعنامه ۲۲۳۱ را به تصویب رساند و از کشورهای امضاکننده برجام خواست تا در اجرای تعهدات خود، کوشا باشند و کلیه قطعنامه‌های قبلی تحریمی علیه ایران لغو شد.^۷ در این قطعنامه، برجام تأیید و به صورت کامل در ضمیمه الف قطعنامه آورده شد، همچنین، هفت قطعنامه الزام‌آور شورای امنیت علیه ایران^۸ لغو شد.^۹ به موجب برجام، کلیه تحریم‌های ثانویه آمریکا علیه ایران از جمله فروش نفت ایران به خریداران اروپایی و آسیایی،

1. Executive Order No. 13622, 2012.

2. Thomas, *Op.cit*, PP. 13-14.

3. Executive Order No. 13645, 2013.

4. Joint Plan of Action (JPOA)

۵. همان منبع، صص. ۲۸۸-۲۸۹.

6. Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA)

۷. دلخوش، علیرضا، «برجام و پس‌برجام از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه سیاست خارجی*، د. ۳۱، ش. ۱، ۱۳۹۶، ص. ۵۳.

8. UN Security Council Resolutions 1696, 1737, 1747, 1803, 1835, 1929 & 2224.

9. UN Security Council Resolutions/RES/2231, 2015.

روابط بانکی و مالی، ارائه خدمات بیمه‌ای، معاملات نفتی و پتروشیمی، کشتی‌رانی و کشتی‌سازی و امور بندری لغو و اجرای آن متوقف شد.^۱

۲.۱.۴. بازگشت تحریم‌ها

رئیس‌جمهور آمریکا با اعلام کناره‌گیری این کشور از توافق برجام در سال ۲۰۱۸، متنی را با عنوان «یادداشت امنیت ملی ریاست‌جمهوری»^۲ امضا کرد که به موجب آن، تمام مجوزهای عام صادرشده به موجب برجام و مجوزهای موردی صادرشده توسط اوفک لغو شدند. معافیت‌های چهار قانونی^۳ که رئیس‌جمهور آمریکا بعد از اجرایی شدن برجام مکلف به توقف اجرای این قوانین شده بود، لغو شد و دو معافیت موقت ۹۰ و ۱۸۰ روزه برای پایان دادن به فعالیت‌های شرکت‌های غیرایرانی فعال در ایران جایگزین آنها شد. همچنین فرمان اجرایی ۱۳۷۱۶ که ۲۷ فرمان اجرایی سابق را خاتمه می‌داد، لغو شد. فرمان اجرایی ۱۳۸۴۶، تحریم‌های اقتصادی مندرج در آن ۲۷ فرمان اجرایی خاتمه‌یافته را بازگرداند. تجارت نفت خام، فراورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمی جز تحریم‌های بازگردانده شده به موجب این فرمان اجرایی بودند.^۴

به موجب دستورالعمل فرمان اجرایی ۱۳۹۰۲^۵ متعاقب فرمان اجرایی ۱۲۹۵۷، اوفک اشخاصی را که در بخش‌های نفت و پتروشیمی ایران فعالیت یا از آن حمایت می‌کنند مشمول تحریم‌های ثانویه قرار داد.^۶ اوفک همچنین به انتشار دستورالعملی برای فعالان دریانوردی پرداخته که آنها را از دور زدن تحریم‌های آمریکا علیه ایران منع کند. این دستورالعمل در راستای یادداشت امنیت ملی رئیس‌جمهور آمریکا به منظور اعمال حداکثر فشار اقتصادی بر ایران تنظیم شده و هدف آن هم‌راستا با فرمان اجرایی ۱۳۹۰۲ به صفر رساندن صادرات نفت ایران است. اشخاص حقیقی و حقوقی آمریکایی از شرکت در معاملات با اشخاص ممنوعه و معاملات مرتبط با نفت، فراورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمی ایران منع شده‌اند. اشخاص حقیقی و حقوقی غیرآمریکایی نیز چنانچه به صورت عمدی یا غیرعمدی به نقض تحریم‌ها توسط اشخاص آمریکایی منجر شوند، مشمول ضمانت اجراهای حقوقی و کیفری آمریکا

۱. رضوی، سید محمدحسن، منبع پیشین، ص. ۲۹۳.

2. National Security Presidential Memorandum (NSPM)

3. The Iran Sanctions Act, the Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act, the National Defense Authorization Act, the Iran Freedom and Counter-Proliferation Act.

۴. رضوی، سید محمدحسن و فاطمه زین‌الدینی، «اثر بازگشت تحریم‌های ثانویه آمریکا بر صنعت نفت و گاز ایران: فرصت‌ها و تهدیدها»، مطالعات حقوق انرژی، د. ۴، ش. ۱، ۱۳۹۷، صص. ۳۹-۴۰.

5. Executive Order No. 13902.

6. Determination pursuant to S. section 1 (a) (i) of Executive Order 13902, 202.

می‌شوند.^۱ در همین راستا، اوفک ضمانت اجراهای نقض تحریم‌های مربوطه به صنعت نفت ایران را بر چند شرکت آسیایی و اروپایی اعمال کرده است.^۲

۲.۲. چارچوب قانونی تحریم‌های نفتی آمریکا علیه روسیه

آمریکا از طریق فرمان‌های اجرایی^۳ رئیس‌جمهور و بخشنامه‌های وزارت خزانه‌داری^۴ به اعمال تحریم علیه روسیه پرداخته است و همانند تحریم‌های ایران، اوفک مسئولیت طراحی و اجرای سیاست‌های تحریمی را برعهده دارد.

لیست اشخاص حقیقی و حقوقی مشمول تحریم‌ها در سه قالب اعلام می‌شود: نخست فهرست اتباع ویژه تعیین‌شده و اشخاص مسدودشده (اس دی ان) که شامل تمام اشخاصی است که توسط آمریکا تحریم و قرار گرفتن نام افراد و نهادها در این لیست به معنای بلوکه شدن دارایی‌های آنها و ممنوعیت صدور ویزا جهت ورود به خاک آمریکاست. همچنین همه اتباع آمریکایی از انجام هرگونه مبادله بازرگانی با افراد و نهادهای نام‌برده شده در این لیست منع شده‌اند. لیست دوم، لیست اشخاصی است که توسط دفتر صنعت و امنیت^۵ اعلام می‌شود و قرار گرفتن در این لیست بدان معناست که تمام اشخاص آمریکایی و غیرآمریکایی برای صادرات، صادرات مجدد و انتقال کالاها، نرم‌افزارها تکنولوژی‌ها و ... به این اشخاص نیاز به اخذ مجوز از دفتر صنعت و امنیت وزارت تجارت آمریکا دارند. سومین لیست، فهرست شناسایی تحریم‌های بخشی است که شامل نهادهایی می‌شود که براساس بخشنامه‌های اوفک، مشمول تحریم‌های بخشی می‌شوند.^۶ موضوع این تحریم‌ها، بخش‌های مالی، انرژی و دفاع روسیه است. متعاقب تجاوز روسیه و تصاحب منطقه کریمه در اوکراین، از طریق فرمان اجرایی شماره ۱۳۶۶۰^۷ وضعیت اضطراری اعلام شد. فرمان‌های اجرایی بعدی، دستورالعمل‌های وزارت خزانه‌داری آمریکا و قوانین مصوب مجموعاً یک چارچوب تحریمی ایجاد کردند که هدف آن بخش نفت روسیه بود.

1. OFAC Guidance for Shipping and Maritime Stakeholders on Detecting and Mitigating Iranian Oil Sanctions Evasion, 2025, p. 9.

2. Visit OFAC Enforcement Releases dated December 3, 2024, April 19, 2024 & January 11, 2022 and related Settlement Agreements.

3. Executive Order

4. Treasury Directives

5. Bureau of Industry and Security Entity List (BISSEL).

۶. روحانی، سیدعلی و احسان نمازی، «تحریم‌های غرب علیه روسیه»، فصلنامه روابط خارجی، د. ۹، ش. ۱، ۱۳۹۶، ص. ۷۵.

7. Executive Order No. 13660.

۲.۲.۱. تحریم‌های موضوعی

موضوع فاز اول این تحریم‌ها، بخش‌های مالی و انرژی مانند عرضه تکنولوژی و تجهیزات جهت تولید نفت در مناطق ساحلی قطبی، آب‌های عمیق و پروژه‌های شیل بود. موضوع فاز دوم این تحریم‌ها به ارائه خدمات، تبادل اطلاعات با شرکای روسی و مشارکت شرکت‌های غربی در بیشتر پروژه‌های نفتی روسیه که از نظر تکنولوژی پیشرفته بودند گسترش یافت.^۱

منشأ تحریم‌های مربوط به صنعت نفت روسیه فرمان اجرایی ۱۳۶۶۲^۲ است. تحریم‌های وضع شده بر صنعت نفت روسیه با ممنوع کردن معامله با نهادهای آمریکایی، دو دسته فعالیت عمده را مورد هدف قرار داده‌اند: دسته اول دسترسی به تأمین مالی از محل استقراض^۳ و دسته دوم دسترسی به تکنولوژی، کالاها و خدمات که در پروژه‌های پیچیده اکتشاف و تولید نفت مورد استفاده قرار می‌گیرند. متعاقب این دو دسته که در بخشنامه‌های شماره ۲ و ۴ وزارت خزانه‌داری آمریکا بیان شدند، این وزارت لیست شناسایی تحریم‌های بخشی^۴ را منتشر نمود که مرتباً مورد به‌روزرسانی قرار می‌گیرد.^۵

به موجب بخشنامه شماره ۲ وزارت خزانه‌داری آمریکا^۶ با موضوع تأمین مالی از محل استقراض، معامله تأمین مالی و هرگونه خرید و فروش بدهی جدید با سررسید بیش از ۹۰ روز یا خرید و فروش سهام جدید در رابطه با اشخاص مذکور، اموال و منافع آنها در اموال برای اتباع آمریکایی یا ساکنین ایالات متحده ممنوع است. این مدت در قانون مقابله با تأثیر روسیه در اروپا و اوراسیا^۷ به ۶۰ روز کاهش یافت. دامنه تأثیر این دستورالعمل، تولید نفت روسیه در کوتاه‌مدت بود.^۸

بخشنامه شماره ۴ وزارت خزانه‌داری آمریکا^۹ به‌صورت تخصصی‌تر بر جنبه‌های تکنولوژی تولید نفت در صنعت نفت روسیه پرداخته است و فروش و انتقال کالاها، خدمات و تکنولوژی از نهادهای آمریکایی به شرکت‌های روسی مندرج در لیست شناسایی تحریم‌های بخشی که در راستای حمایت از این سه دسته پروژه اکتشاف و تولید صورت پذیرد را ممنوع کرد: آب‌های عمیق، مناطق ساحلی قطبی و

1. Mitrova, M. Grushevenko, E. & Malov, A, "The Future of Oil Production in Russia: Life under Sanctions", *SKOLKOVO Energy Centre (SEneC)*, 2018, p. 6.

2. Executive Order No. 13662.

3. Debt Finance

4. Sectoral Sanctions Identification (SSI)

5. Brown, P, "Oil Market Effects from U.S. Economic Sanctions: Iran, Russia, Venezuela", *Library of Congress. Congressional Research Service (CRS)*, 2020, p. 11.

6. Directive 2 under Executive Order 13662.

7. Countering Russian Influence in Europe and Eurasia Act (CRIIEA)

8. Brown, *Op.cit*, pp. 16-17.

9 Directive 4 under Executive Order 13662.

پروژه‌های شیل. در نسخه اولیه این دستورالعمل، این تحریم‌ها صرفاً در محدوده سرزمین روسیه یا دریاهای ادعایی این کشور قابل اعمال بود، لکن به موجب قانون مقابله با اثر روسیه در اروپا و اوراسیا مندرجات این دستورالعمل بر مناطق مذکور در هر منطقه جغرافیایی (چه در داخل روسیه چه خارج از آن) که ۳۳ درصد یا بیش از ۳۳ درصد آنها متعلق به یکی از شرکت‌های روسی تحریم شده باشد اعمال می‌شود.

هم‌زمان با تحریم‌های مندرج در دستورالعمل شماره ۴، دفتر صنعت و امنیت وزارت بازرگانی آمریکا با هدف ممنوع کردن صادرات اقلام مشخصی که قابل استفاده در مکان‌های فوق‌اند، محدودیت‌های صادراتی روسیه را ۲۰۱۴ اعلام کرد.^۱ این تحریم در بخش ۴۷۶،۵ قانون اداره صادرات آمریکا مصوب ۱۹۷۹^۲ بیان شده است و شامل تحریم‌های بخشی بوده و صادرات، صادرات مجدد یا انتقال کالاهایی را که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم می‌توانند در اکتشاف یا تولید نفت یا گاز در پروژه‌های آب‌های عمیق روسیه (بیش از ۱۵۲ متر)، یا مناطق ساحلی قطبی یا شیل مورد استفاده قرار گیرند پوشش می‌دهد. دفتر صنعت و امنیت همچنین به معرفی ممنوعیت اعطای مجوز صادرات، صادرات مجدد یا انتقال کالاهایی می‌پردازد که در پیوست شماره ۲ بخش ۴۷۶ قانون اداره صادرات آمریکا آمده‌اند.^۳

۲.۲.۲. تحریم‌های ثانویه

تحریم‌های ثانویه مربوط به صنعت نفت روسیه در قانون حمایت از آزادی اوکراین^۴، قانون مقابله با تأثیر روسیه در اروپا و اوراسیا^۵، قانون دفاع از انتخابات در برابر تهدیدات با تعیین خطوط قرمز^۶ و قانون دفاع از امنیت آمریکا در برابر تجاوز کرملین^۷ پیش‌بینی شده‌اند.

قانون حمایت از آزادی اوکراین چارچوبی ایجاد نمود که به رئیس‌جمهور آمریکا اجازه اعمال تحریم‌های ثانویه بر اشخاص و نهادهای خارجی را که به تشخیص وی به سرمایه‌گذاری‌های مهم در پروژه‌های خاص تولید نفت خام روسیه می‌پردازند اعطا کرد.^۸ این قانون همچنین مؤسسات تأمین مالی خارجی را که معاملات مرتبط با انرژی و دفاع موضوع این قانون را تسهیل کنند تحریم می‌کند. در پی این قانون، به موجب فرمان اجرایی ۱۳۶۸۵^۹ علاوه بر مسدود شدن دارایی‌های برخی اشخاص حقیقی و

1. Brown, *Op.cit.*, p. 17.

2. Export Administration Act 1979.

3. Mitrova, Grushevenko and Malov, *Op.cit.*, p. 7.

4. Ukraine Freedom Support Act (UFSA).

5. Countering Russian Influence in Europe and Eurasia Act.

6. Defending Elections from Threats by Establishing Redlines Act.

7. Defending American Security from Kremlin Aggression Act.

8. Brown, *Op.cit.*, pp. 17-18.

9. Executive Order No. 13685 .

حقوق، تمام اتباع امریکایی از همه فعالیت‌های تجاری اعم از سرمایه‌گذاری، واردات صادرات و ... که اتباع حقیقی یا حقوقی کریمه در آن دخیل باشند ممنوع شدند.^۱

قانون مقابله با تأثیر روسیه در اروپا و اوراسیا به‌موجب قانون مقابله با دشمنان آمریکا از طریق تحریم‌ها^۲ اصلاح شده است. این قانون، چارچوب‌های تحریمی مندرج در بخشنامه‌های شماره ۲ و ۴ وزارت خزانه‌داری را مستحکم‌تر کرد. همچنین قانون حمایت از آزادی اوکراین را بدین شکل اصلاح کرد که رئیس‌جمهور را ملزم به تحریم اشخاصی نمود که به تشخیص وی به سرمایه‌گذاری مهم در پروژه‌های خاص نفت خام در روسیه می‌پردازند.^۳ این قانون بخشنامه‌های مرتبط با فرمان اجرایی ۱۳۶۶۲ را از طریق کاهش شروط استقراض کوتاه‌مدت به شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات مالی و انرژی تعدیل کرد. همچنین، محدودیت‌های معاملات اشخاص و نهادهای امریکایی درخصوص توسعه آب‌های عمیق، مناطق ساحلی قطبی و شیل را که مالکیت حداقل ۳۳ درصد سهام یا اکثریت حق رأی آن متعلق به شرکت‌های روسی است گسترش داد.^۴

قانون خطوط قرمز جهت دفاع از انتخابات در برابر تهدیدها وضع شد و هرگونه سرمایه‌گذاری جدید اشخاص و نهادهای امریکایی در شرکت‌های انرژی روسیه یا بخش انرژی روسیه شامل تولید نفت را ممنوع کرد. رئیس‌جمهور موظف است اموال خاصی را که در مالکیت شرکت‌های خارجی‌ای قرار دارد که به سرمایه‌گذاری جدید در بخش انرژی روسیه یا شرکت‌های انرژی روسیه می‌پردازند، تحریم ثانویه کند.^۵

به‌موجب قانون دفاع از امنیت آمریکا در برابر تجاوز کرملین، تمام اشخاص و نهادهایی که به سرمایه‌گذاری در پروژه‌های انرژی روسیه در خارج از روسیه که توسط نهادهای روسی یا نیمه‌دولتی روسی حمایت می‌شوند می‌پردازند، تحریم می‌شوند. این قانون همچنین تحریم‌ها را بر همه اشخاص و نهادهایی که به فروش، اجاره یا ارائه کالاها، خدمات، تکنولوژی، تأمین مالی یا حمایت از توسعه نفت خام در روسیه می‌پردازند اعمال می‌کند و این تحریم‌ها تمامی پروژه‌ها را شامل می‌شوند.^۶

۱. روحانی، سیدعلی و احسان نمازی، منبع پیشین، ص. ۹.

2. Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA)

3. Brown, *Op.cit*, p. 16.

4. Archick, k. Nelson, R. & Rennak, D. "U.S. Sanctions on Russia Before 2022", *Library of Congress. Congressional Research Service (CRS)*. R45415. 2022, p. 9.

5. Brown, *Op.cit*, p. 32.

6. *Ibid.*, pp. 32-33.

۲.۲.۳. تحریم‌های سقف قیمت نفت و فراورده‌های نفتی

آمریکا با همراهی گروه ۷، اتحادیه اروپا و استرالیا (ائتلاف سقف قیمت)^۱، واردات نفت خام و محصولات نفتی را از روسیه به‌موجب سیاست سقف قیمت^۲ ممنوع کرده‌اند. اوفک در آخرین راهنمای منتشر شده، مکانیسم اعمال سیاست سقف قیمت را به شرح ذیل تبیین کرده است.

هدف این سیاست، حفظ عرضه نفت خام و محصولات نفتی به بازارهای جهانی و کاهش درآمدهای نفتی روسیه پس از انتخاب جنگ با اوکراین که به افزایش قیمت جهانی نفت منجر شده است. برای اجرای آن، اوفک پیرو فرمان اجرایی شماره ۱۴۰۷۱^۳، دو دستورالعمل تحت عناوین «ممنوعیت خدمات مشخص مرتبط با حمل دریایی نفت خام با منشأ روسیه» (دستورالعمل نفت خام)^۴ و «ممنوعیت خدمات مشخص مرتبط با حمل دریایی محصولات نفتی با منشأ روسیه» (دستورالعمل محصولات نفتی)^۵ را صادر کرد که به‌موجب آنها، صادرات، صادرات مجدد، فروش یا عرضه مستقیم یا غیرمستقیم خدمات تحت پوشش توسط آمریکا یا اشخاص حقیقی یا حقوقی آمریکایی به هر شخص حقیقی یا حقوقی در روسیه ممنوع است. متعاقب آن، دستورالعمل‌های سقف قیمت نفت خام^۶ و فراورده‌های نفتی^۷ نیز توسط اوفک منتشر شد که در دستورالعمل اول، سقف قیمت هر بشکه نفت خام ۶۰ دلار و در دومی، سقف قیمت فراورده‌های ارزان‌تر از نفت خام ۴۵ دلار در هر بشکه و سقف قیمت فراورده‌های گران‌تر از نفت خام ۱۰۰ دلار لحاظ شده است.

اثر این دستورالعمل‌ها اعطای مجوز به اشخاص آمریکایی برای ارائه خدمات مشخص مرتبط با حمل دریایی نفت خام و محصولات نفتی (خدمات تحت پوشش)^۸ مادامی که آنها در سقف قیمت یا کمتر از سقف قیمت تعیین شده فروخته شوند است. اوفک همچنین فرایند اقدامات رافع مسئولیت^۹ را ایجاد کرده

1. Price Cap Coalition.

2. Price Cap Policy.

3. Executive Order No. 14071, 2022.

4. Determination pursuant to Executive Order (E.O.) 14071, "Prohibitions on Certain Services as They Relate to the Maritime Transport of Crude Oil of Russian Federation Origin" (Crude Oil Determination).

5. Determination pursuant to Executive Order (E.O.) 14071, "Prohibitions on Certain Services as They Relate to the Maritime Transport of Petroleum Products of Russian Federation Origin" (Petroleum Products Determination).

6. Determination pursuant to Sections 1 (a)(ii) and 1 (b) and 5 of Executive Order (E.O.) 14071, "Price Cap on Crude Oil of Russian Federation Origin".

7. Determination pursuant to Sections 1 (a)(ii), 1 (b) and 5 of Executive Order (E.O.) 14071, "Price Cap on Petroleum Products of Russian Federation Origin".

8. Covered Services.

9. Safe Harbor Process.

است تا از آن طریق شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات آمریکایی امکان ارائه خدمات تحت پوشش را بدون نگرانی از جریمه شدن بابت نقض غیرعمدی قوانین و مقررات آمریکا داشته باشند. خدمات موضوع دستورالعمل‌های سقف قیمت عبارت‌اند از: تجارت و دلالی کالا، تأمین مالی، کشتی‌رانی، بیمه، خدمات مربوطه به پرچم و کارگزاری گمرک.^۱

در راهنمای اوفک، سازوکار رفع مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات آمریکایی که با حسن نیت به فرایند ثبت و ضبط و تصدیق پردازند مشخص شده است. بازیگران دسته اول مانند دلالان کالاها و تاجران نفت، جهت بهره‌مندی از سازوکار فوق، باید مدارک مثبت‌ه پرداخت ارائه کنند که ثابت کند نفت و محصولات نفتی روسیه در چارچوب سقف قیمت فروخته شده است. بازیگران دسته دوم مانند مؤسسات تأمین مالی، نمایندگان کشتی و کارگزاران گمرکی، برای بهره‌مندی از سازوکار فوق، باید تا حد امکان مدارکی را که نشان‌دهنده فروش نفت و محصولات نفتی روسیه در چارچوب سقف قیمت است درخواست و ثبت و ضبط کنند. زمانی که امکان درخواست و حفظ این مدارک وجود ندارد، این دسته از بازیگران باید تصدیق مشتریان را که در آن مشتری متعهد شده است در ارتباط با خدماتی که ارائه می‌شود، نفت خام و فراورده‌های نفتی روسیه در چارچوب سقف قیمت فروخته شده یا به فروش خواهند رفت، کسب و حفظ کنند. بازیگران دسته سوم مانند بیمه‌گران و مؤسسات پرداخت غرامت و خسارت، مالکان کشتی و ثبت‌کنندگان پرچم، جهت بهره‌مندی از سازوکار مذکور، موظف‌اند تصدیق مشتریان را مانند دسته دوم درخواست و ثبت و ضبط کنند. ارائه‌دهندگان آمریکایی خدمات جهت بهره‌مندی از سازوکار رفع مسئولیت، باید مدارک مربوطه را مطابق بخش ۳۱ مقررات فدرال به مدت ۱۰ سال نگهداری کنند.^۲ این اشخاص همچنین باید از شرکت در معاملاتی که تحریم‌ها را نقض می‌کند یا معاملات به قصد فرار، اجتناب نموده و این قبیل معاملات را به اوفک گزارش کنند.^۳

بازیگرانی که براساس دستورالعمل فوق از طرف مقابل خود ارائه گواهی یا اطلاعات را درخواست کرده باشند، در صورت امتناع طرف مقابل از ارائه اطلاعات مشمول ضمانت اجرای اوفک نمی‌شوند. اقدامات فوق با این هدف طراحی شده است که در صورت نقض تحریم‌ها توسط ارائه‌دهندگان خدمات در شرایطی که آنها غیرعامدانه درگیر معاملات مربوط به نفت روسیه که بیشتر از سقف قیمت خریداری شده می‌شوند، و دلیل این امر ارائه اطلاعات غلط یا سوءنیت یا تدلیس توسط طرف مقابل آنها باشد،

1. OFAC Guidance on Implementation of the Price Cap Policy, 2023, pp. 2-6.

2. Code of Federal Regulations, 2024: [31] 501-599.

3. OFAC Guidance, *Op.cit*, pp. 6-8.

ارائه‌دهندگان خدمات مذکور از مسئولیت محض نقض تحریم‌ها معاف شوند. بنابراین، عناصر اصلی رافع مسئولیت ارائه‌دهندگان خدمات، در گام اول ارزیابی بایسته اطلاعات و گواهی‌ها توسط این بازیگران و در گام دوم عدم وجود عنصر عمد است.^۱

ناقضین دستورالعمل سقف قیمت، موضوع ضمانت اجراهای مدنی و کیفری قرار می‌گیرند. به عنوان مثال، خریداران نفت خام یا فراورده‌های نفتی روسیه به بالاتر از سقف قیمت در صورت استفاده عامدانه از خدمات تحت پوشش شرکت‌های ارائه‌کنندگان خدمات آمریکایی، یا افرادی که عامدانه اطلاعات، مدارک یا گواهی‌های غلط به ارائه‌دهندگان خدمات می‌دهند، موضوع ضمانت اجراهای اوفک می‌گیرند. مثال دیگر در این زمینه، انعقاد معاملات جانبی جهت ایجاد ابهام در قیمت واقعی پرداخت شده برای نفت خام و محصولات نفتی توسط گیرنده واسط یا نهایی و یا به هر شکلی درگیر شدن در هر فعالیت متقلبانه‌ای جهت معامله نفت خام یا فراورده‌های نفتی روسیه بالاتر از سقف قیمت است.^۲

یکی از رایج‌ترین طرق نقض تحریم‌های سقف قیمت، فعالیت ناوگان سایه است. بیشتر این کشتی‌ها نفت‌کش‌هایی‌اند که روسیه به دلیل تحریم سقف قیمت خریداری یا اجازه کرده است و غالباً در کشورهای ثبت شده‌اند که قوانین کشتی‌رانی سخت‌گیرانه‌ای ندارند. ارائه بیمه‌نامه‌های حمل دریایی نیز توسط شرکت‌های روسی صورت می‌پذیرد. تاجران نوپا، نفت و فراورده‌های نفتی روسیه را در بندر روسیه پایین‌تر از سقف قیمت خریداری می‌کنند تا به آنها اجازه برخورداری از خدمات حمل‌ونقل و بیمه شرکت‌های غربی داده شود و سپس آن را با قیمت بالاتری به مصرف‌کننده نهایی می‌فروشند.^۳ این شرکت‌های نوپا از سال ۲۰۲۲ تأسیس شدند و بیشترشان در کشورهای امارات متحده عربی، هنگ کنگ و روسیه ثبت شده‌اند.^۴ نظریه‌ای وجود دارد مبنی بر آنکه این تاجران نوپا با شرکت‌های نفتی روسیه در ارتباط‌اند و از این طریق تحریم‌ها را دور می‌زنند. کشورهای گروه ۷ نیز از این موضوع مطلع‌اند و در همین راستا، وزارت خزانه‌داری آمریکا این شرکت‌ها را جریمه کرده است. به عنوان مثال می‌توان به جریمه یک شرکت دریانوردی ترکیه‌ای^۵ به دلیل حمل نفت خام روسیه که به قیمتی بیش از ۸۰ دلار معامله شده بود، اشاره کرد.^۶

1. *Ibid*, p. 10.

2. *Ibid*, p. 13.

3. Poussenkova, N, "Survival of the Fleetest: Russian Oil Companies under Western Sanctions", *Russian Analytical Digest*. No. 308. 2024, pp. 5-6.

4. Rudnik, F, "Partial success: Russia's oil sector adapts to sanctions", *Center for Eastern Studies*, No. 528, 2023, p. 7.

5. Ice Pearl Navigation Corp.

6. Poussenkova, *Op.cit*, pp. 5-6.

۳. مقایسه نظام تحریمی آمریکا علیه فروش نفت ایران و روسیه از منظر حقوق تجارت بین‌الملل

بررسی تطبیقی نظام تحریمی آمریکا علیه فروش نفت ایران و روسیه ذیل سه محور سابقه و اهداف، چارچوب قانونی و گستره اعمال و تعارض با اصول حقوق تجارت بین‌الملل بررسی می‌شود.

۳.۱. سابقه و اهداف تحریم‌ها

سابقه ایران در مواجهه با تحریم‌ها بسیار طولانی‌تر از روسیه است. نخستین تحریم صنعت نفت روسیه در سال ۲۰۱۴ وضع شده است؛ درحالی‌که سابقه تحریم صنعت نفت ایران به دهه ۱۹۸۰ برمی‌گردد. هدف اصلی تحریم‌هایی که از سال ۲۰۱۱ بر ایران وضع شده‌اند، حذف کردن درآمد صادراتی نفتی ایران است. برخلاف تحریم‌های ایران که ماهیتی ساختاری و بلندمدت دارند، تحریم‌های روسیه بیشتر به‌عنوان واکنشی سیاسی به یک بحران مشخص طراحی شده‌اند و هدف آن تنها پروژه‌های بلندمدت و پرریسک تولید نفت است و غالباً پروژه‌های اکتشاف و تولید نفتی را هدف قرار می‌دهند که پیچیده و چالش برانگیز بوده و نیاز به تکنولوژی پیشرفته دارند و به‌نوعی بخشی از برنامه بلندمدت توسعه مخزن روسیه را تشکیل می‌دهند.

۳.۲. چارچوب قانونی و گستره اعمال تحریم‌ها

تحریم‌های نفتی علیه ایران عمدتاً در قالب قوانین داخلی ایالات متحده و دستورات اجرایی رئیس‌جمهور این کشور اعمال شده و فاقد پشتوانه حقوقی در نظام حقوق بین‌الملل جمعی‌اند. ویژگی شاخص این تحریم‌ها، گستره وسیع و ماهیت فراسرزمینی آنهاست؛ به‌گونه‌ای که اشخاص و دولت‌های ثالث را صرفاً به‌دلیل مشارکت در تجارت نفت با ایران مشمول مجازات‌های اقتصادی و محدودیت‌های مالی می‌کند. این رویکرد، نمونه بارز اعمال صلاحیت فراسرزمینی بدون وجود پشتوانه حقوقی معتبر تلقی می‌شود. درمورد روسیه، هرچند تحریم‌ها نیز عمدتاً مبتنی بر مقررات داخلی ایالات متحده و اتحادیه اروپا هستند، اما در برخی موارد از حمایت چندجانبه مانند گروه ۷ برخوردار بوده‌اند. علاوه بر ممنوعیت‌های مستقیم، سازوکارهایی نظیر سقف قیمت نفت به‌عنوان ابزار جایگزین برای مدیریت صادرات نفت روسیه طراحی شده‌اند که نشان‌دهنده انعطاف بیشتر در نحوه اعمال تحریم‌هاست. بااین‌حال، این اقدامات نیز خارج از چارچوب رسمی سازمان تجارت جهانی و بدون نظارت نهادی مؤثر اعمال می‌شوند.

نظام اصلی تحریمی آمریکا درمورد ایران ممنوعیت کلی تجارت نفت و استثنا قائل شدن برای آن به صورت نظام سهمیه بندی است، لکن در رابطه با روسیه نظام اعمال سقف قیمت فروش و نه محدودیت تجارت به صورت کلی وضع شده است. تا پیش از اعمال رویکرد تحریمی سقف قیمت برای فروش نفت روسیه، باوجود آنکه شرکت‌های غربی از سرمایه‌گذاری در بخش نفت روسیه منع و شرکت‌های نفتی بزرگ روسی از تأمین مالی اروپایی و آمریکایی محروم شدند، منعی درباره خرید نفت و گاز از روسیه و فروش محصولات پالایشی و پتروشیمی به روسیه وضع نشده بود. همچنین در نظام تحریمی آمریکا علیه روسیه تنها صادرات بخشی از تجهیزات و تکنولوژی‌هایی که در اکتشافات و استخراج منابع نفتی جدید و خاص میادین موجود در آب‌های عمیق مناطق قطبی و شوره‌زار کاربرد دارند ممنوع شده بود. این درحالی است که تحریم‌های حوزه انرژی ایران شامل هرگونه سرمایه‌گذاری، مدیریت و تأمین مالی برای پروژه‌های بخش نفت و گاز، فروش تمام تجهیزات و تکنولوژی‌های مرتبط با صنعت نفت گاز و پتروشیمی، فروش فراورده‌های پالایشگاهی به ایران و در نهایت خرید نفت، فراورده‌های نفتی و محصولات پتروشیمیایی از ایران می‌شود.^۱ به عبارت دیگر، نظام تحریمی آمریکا درخصوص فروش نفت ایران به اشخاص آمریکایی به وضع ممنوعیت مطلق پرداخته، لکن درخصوص فروش نفت روسیه، ممنوعیت نسبی برقرار است.

۳.۳. تعارض با اصول حقوق تجارت بین‌الملل

تحریم‌های آمریکا علیه تجارت نفت ایران و روسیه، به‌رغم تفاوت در زمینه‌های سیاسی و زمانی، از منظر حقوق تجارت بین‌الملل واجد تعارضات مشابهی با اصول بنیادین حاکم بر نظام چندجانبه تجارت جهانی هستند. مطابق ماده ۱ گات، هرگونه مزیت، امتیاز یا معافیت تجاری که به یک کشور اعطا می‌شود باید فوراً و بدون قید و شرط به سایر اعضا تسری یابد. درمورد ایران، این رفتار تبعیض‌آمیز در مورد تجارت بین‌الملل انرژی، ماهیتی ساختاری و فراگیر دارد و به صورت ممنوعیت عملی فروش نفت در بازار جهانی بروز یافته است. درمورد روسیه نیز، هرچند ابزارهایی مانند سقف قیمت نفت به کار گرفته شده‌اند، این سازوکارها نیز عملاً نوعی تبعیض قیمتی و تجاری علیه نفت یک کشور خاص ایجاد می‌کنند. در هر دو حالت، اصل دولت کامله‌الوداد نقض و تجارت نفت از منطق رقابتی و غیرتبعیض‌آمیز خارج می‌شود.

۱. روحانی، سیدعلی و احسان نمازی، منبع پیشین، ص. ۹۲.

ماده ۱۱ گات به صراحت اعمال هرگونه محدودیت کمی، ممنوعیت یا سهمیه بر صادرات و واردات را منع می‌کند. تحریم‌های آمریکا علیه فروش نفت ایران، از طریق ممنوعیت صادرات، محدودیت‌های بانکی، بیمه‌ای و حمل‌ونقل، در عمل به محدودیت کمی مطلق بر صادرات نفت منجر شده‌اند. درخصوص روسیه گرچه محدودیت‌ها به صورت غیرمستقیم‌تر اعمال شده‌اند، سازوکارهایی مانند ممنوعیت واردات نفت روسیه یا اعمال سقف قیمت، اثر اقتصادی مشابهی با محدودیت‌های کمی دارند. از این منظر، هر دو رژیم تحریمی با روح و نص ماده ۱۱ گات در تعارض قرار می‌گیرند، هرچند شدت این تعارض در مورد ایران به مراتب گسترده‌تر است.

آمریکا در توجیه تحریم‌های نفتی یک‌جانبه، به استثنائات امنیتی مندرج در ماده ۲۱ گات^۱ استناد می‌کند، اما توجیهات وی موجه نیست، زیرا اولاً این استثنائات ماهیتی مضیق دارند و صرفاً ناظر بر منافع امنیتی ضروری در شرایط خاصی همچون جنگ یا وضعیت اضطراری واقعی در روابط بین‌الملل هستند،^۲ درحالی‌که پس از برجام و در چارچوب قطعنامه‌های شورای امنیت، نه وضعیت جنگی و نه شرایط اضطراری قابل احراز میان ایران و آمریکا وجود داشته است. ثانیاً گستردگی و ماهیت فراسرزمینی تحریم‌های آمریکا که حوزه‌هایی کاملاً غیرنظامی و تجاری را دربرمی‌گیرد، نشان می‌دهد این اقدامات نه به طور هدفمند برای حفاظت از منافع امنیتی ضروری، بلکه به منزله ابزاری برای اعمال فشار سیاسی و اقتصادی اتخاذ شده‌اند؛ امری که با متن ماده ۲۱ گات و حتی رویه داورهای سرمایه‌گذاری درخصوص شروط امنیت ملی در تعارض آشکار قرار دارد. تفسیر موسع و یک‌جانبه آمریکا از مفهوم امنیت اساسی ملی موجب شده است که این استثنا عملاً به ابزاری برای توجیه اقدامات محدودکننده گسترده تبدیل شود. چنین رویکردی خطر تضعیف نظام چندجانبه تجارت جهانی و تبدیل استثنا به قاعده را در پی دارد.

۱. هیچ‌یک از مقررات این موافقت‌نامه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که: الف) هریک از اعضا را ملزم سازد اطلاعاتی را افشا کند که افشای آن را مغایر با منافع اساسی امنیتی خود می‌داند؛ یا ب) مانع از آن شود که هریک از اعضا اقداماتی را که برای حمایت از منافع اساسی امنیتی خود ضروری تشخیص می‌دهد، اتخاذ نماید، از جمله:

۱. در ارتباط با مواد شکافت‌پذیر هسته‌ای یا موادی که از آنها به دست می‌آیند؛
۲. در ارتباط با تجارت اسلحه، مهمات و ادوات جنگی و نیز سایر کالاها و موادی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم برای تأمین نیازهای یک نهاد نظامی مورد استفاده قرار می‌گیرند؛
۳. اقداماتی که در زمان جنگ یا سایر وضعیت‌های اضطراری در روابط بین‌المللی اتخاذ می‌شوند؛
ج) مانع از آن شود که هر یک از اعضا اقداماتی را در اجرای تعهدات خود طبق منشور سازمان ملل متحد برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی اتخاذ نماید.

۲. پیری، مهدی و رضا سهرابی، «تحریم‌های فراسرزمینی ایالات متحده در ارتباط با ایران و سازگاری آن با قواعد سازمان جهانی تجارت»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، د. ۵۰، ش. ۴، ۱۳۹۹، صص. ۱۵۵۶-۱۵۶۰.

درخصوص روسیه، آمریکا استناد خود را بر شق سوم بند «ب» ماده ۲۱ که به‌طور مشخص به وضعیت جنگ یا سایر شرایط اضطراری در روابط بین‌الملل اشاره دارد مبتنی می‌سازد، زیرا تهاجم نظامی روسیه به اوکراین یک مخاصمه مسلحانه بین‌المللی آشکار و مورد شناسایی جامعه بین‌المللی است که در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل نیز به‌عنوان نقض صلح بین‌المللی مورد اشاره قرار گرفته و به‌وضوح مصداق وضعیت اضطراری در روابط بین‌الملل به‌شمار می‌رود. در این چارچوب، تحریم فروش نفت روسیه می‌تواند به‌عنوان اقدامی مرتبط و معطوف به کاهش توان مالی دولت متخاصم برای ادامه عملیات نظامی، واجد پیوند مستقیم با منافع امنیتی اساسی تلقی شود.

نتیجه‌گیری

تحلیل تطبیقی تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه تجارت نفت ایران و روسیه نشان می‌دهد که این تحریم‌ها، اگرچه هدف مشترک اعمال فشار اقتصادی را دنبال می‌کنند، اثر یکسانی بر تجارت بین‌المللی نفت این دو کشور ندارند. تفاوت در شدت، دامنه و ابزارهای اجرایی تحریم‌ها موجب شده است که ایران و روسیه با پیامدهای اقتصادی و حقوقی متفاوت مواجه شوند.

تحریم‌های نفتی علیه ایران، به‌ویژه تحریم‌های ثانویه، از منظر حقوق تجارت بین‌الملل، با ماده ۱ گات (اصل دولت کامله‌الوداد)، ماده ۱۱ گات (ممنوعیت محدودیت‌های کمی) و اصول پیش‌بینی‌پذیری و امنیت حقوقی روابط تجاری در تعارض‌اند. اعمال محدودیت‌های هدفمند بر صادرات نفت ایران و تحمیل آثار حقوقی بر اشخاص ثالث، نقض آشکار اصول چندجانبه‌گرایانه تجارت بین‌الملل و استقلال حقوقی فعالان اقتصادی است. استناد آمریکا به ماده ۲۱ گات (استثنائات امنیت ملی) در مورد ایران، با توجه به فقدان وضعیت اضطراری قابل اثبات، فاقد مشروعیت حقوقی است.

در مقابل، تحریم‌های اعمال‌شده علیه روسیه، اگرچه مشابهت‌هایی از نظر هدف فشار اقتصادی دارند، با ابزارهایی مانند سقف قیمت نفت و معافیت‌های محدود، انعطاف بیشتری داشته و دامنه اثرگذاری آنها بر صادرات نفت و فعالیت‌های تجاری ثالث کمتر شدید است. با این حال، این اقدامات نیز به‌طور نسبی با اصول گات و قواعد چندجانبه تجارت انرژی در تعارض‌اند و به‌نوعی، اصل بی‌طرفی و امنیت حقوقی بازارهای نفت را به چالش می‌کشند.

بنابراین، از منظر حقوق تجارت بین‌الملل، تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا نتایج متفاوتی بر ایران و روسیه برجای می‌گذارند و اثر آنها صرفاً تابع ملاحظات سیاسی و ژئوپلیتیک نیست، بلکه به چارچوب

حقوقی و ظرفیت اقتصادی کشور هدف نیز بستگی دارد. استمرار این تحریم‌ها، به‌ویژه در قالب اقدامات فراسرزمینی و ثانویه، نشان‌دهنده محدودیت‌های نظام چندجانبه تجارت جهانی و ضرورت بازاندیشی در حدود مشروعیت تحریم‌های یک‌جانبه و تقویت نقش نهادهای چندجانبه، ازجمله سازمان جهانی، برای حفظ ثبات، پیش‌بینی‌پذیری و امنیت حقوقی تجارت بین‌المللی انرژی است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. رضوی، سید محمد حسن، **حقوق تجارت بین‌الملل پیشرفته**، ج. ۱، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۱.

ب) مقاله

۲. پیری، مهدی و رضا سهرابی، «تحریم‌های فراسرزمینی ایالات متحده در ارتباط با ایران و سازگاری آن با قواعد سازمان جهانی تجارت»، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، د. ۵۰، ش. ۴، ۱۳۹۹، صص.
- DOI: 10.22059/jpls.2020.291517.2208.۱۵۶۵-۱۵۴۵
۳. دلخوش، علیرضا، «برجام و پس‌برجام از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه سیاست خارجی*، د. ۳۱، ش. ۱، ۱۳۹۶، صص. ۷۳-۵۱.
۴. رضوی، سید محمدحسن و فاطمه زین‌الدینی، «اثر بازگشت تحریم‌های ثانویه آمریکا بر صنعت نفت و گاز ایران: فرصت‌ها و تهدیدها»، *مطالعات حقوق انرژی*، د. ۴، ش. ۱، ۱۳۹۷، صص. ۶۰-۳۷.
- DOI: 10.22059/jrels.2018.260633.213.
۵. روحانی، سیدعلی و احسان نمازی، «تحریم‌های غرب علیه روسیه»، *فصلنامه روابط خارجی*، د. ۹، ش. ۱، ۱۳۹۶، صص. ۶۹-۱۰۷.

References:

Book:

1. Razavi, Seyyed Mohammad Hassan, **Advances International Commercial Law: Economic Sanctions**, Mizan Legal Foundation, First Edition, 2023. (in Persian)

Articles:

2. Archick, kristin., Rebecca M. Nelson & Dianne E. Rennack. "U.S. Sanctions on Russia Before 2022", *Library of Congress. Congressional Research Service (CRS)*, R45415, 2022.
3. Brown, Phillip, "Oil Market Effects from U.S. Economic Sanctions: Iran, Russia, Venezuela", *Library of Congress. Congressional Research Service (CRS)*, 2020.
4. Clayton, Thomas, "Iran Sanctions", *Library of Congress, Congressional Research Service (CRS)*. RS20871, 2022.
5. Delkhosh, Alireza, "International Law Prospective on the JCPOA and Post-JCPOA", *Foreign Policy Quarterly*, Vol. 31 No. 1, 2017, pp. 51-73. (in Persian)
6. Mitrova, Tatiana, Artyom Malov & Ekaterina Grushevenko, "The Future of Oil Production in Russia: Life under Sanctions", *SKOLKOVO Energy Centre (SEneC)*, 2018.
7. Piri, Mehdi & Reza Sohrabi, "The U.S. Extraterritorial Sanctions against Iran and its Compatibility with the World Trade Organization Rules", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 50, No. 4, Winter 2021, pp. 1545-1565, DOI: 10.22059/jplsq.2020.291517.2208. (in Persian)
8. Poussenkova, Nina, "Survival of the Fleetest: Russian Oil Companies under Western Sanctions", *Russian Analytical Digest*. No. 308. 2024, pp. 2-8. DOI: <https://doi.org/10.3929/ethz-b-000658789>.
9. Razavi, Seyyed Mohammad Hassan & Fatemeh Zeynodini, "The Impact of Reinstatement of US Secondary Sanctions on Iran's Oil and Gas Sector: Opportunities and Challenges", *Journal of Researches Energy Law Study*, Vol. 4 No. 1, 2018, pp. 37-60, DOI: 10.22059/jrels.2018.260633.213. (in Persian)
10. Rohani, Ali & Ehsan Namazi, "Western Sanctions against Russia", *Foreign Relations Quarterly*, Vol. 9 No. 1, 2017, pp. 69-107. (in Persian)
11. Rudnik, Filip, "Partial success: Russia's oil sector adapts to sanctions", *Center for Eastern Studies*, No. 528, 2023.
12. Ruys, Tom, "Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework", van den Herik ed., Research Handbook on

- UN Sanctions and International Law (*Edward Elgar Publishing*), 2016, pp. 1-27. DOI: 10.4337/9781784713034.00007.
13. Ruys, Tom & Cedric Ryngaret, "Secondary Sanctions: A weapon Out of Control? The International Legality of, and European responses to, US Secondary sanctions", *The British Yearbook of International Law*, Published by *Oxford University Press*, Vol. 0 No. 0, 2020, pp. 1–116. DOI: 10.1093/bybil/braa007.
14. Schmidt, Julia, " The Legality of Unilateral Extra-territorial Sanctions under International Law", *Journal of Conflict & Security Law Oxford University Press*, Vol. 27 No. 1, 2022, 53–81. DOI: 10.1093/jcs/krac005.
15. Terry, C.R. Patrick, "Enforcing U.S. Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions: Is Might Right in Public International Law?", *Washington International Law Journal*, Volume 30, No. 1, 2022, pp. 1-27.

Documents

16. Code of Federal Regulations, Title 31, § 501.599. (U.S.)
<https://www.ecfr.gov/current/title-31/subtitle-B/chapter-V>. (last visited 21/04/2026)
17. Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act (CISADA) (2010). P.L. 111-195 and P.L. 107-24. (U.S.)
<https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/2194>. (last visited 22/07/2026)
18. Countering Russian Influence in Europe and Eurasia Act (CRIEEA) (2017). as amended (CRIEEA; P.L. 115-44, Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA), Title II; 22 U.S.C. 9501 et seq.)
<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1221>. (last visited 22/07/2026)
19. Defending American Security from Kremlin Aggression Act (2019). (U.S.)
<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/482>. (last visited 22/07/2026)
20. Defending Elections from Threats by Establishing Redlines Act (2018). (U.S.)
<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/2313>. (last visited 22/07/2026)
21. Determination pursuant to Executive Order (E.O.) 14071 (2022). Prohibitions on Certain Services as They Relate to the Maritime Transport of Crude Oil of Russian Federation Origin (Crude Oil Determination). OFAC.
<https://ofac.treasury.gov/media/933901/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
22. Determination pursuant to Executive Order (E.O.) 14071 (2022). Prohibitions on Certain Services as They Relate to the Maritime Transport of Petroleum

- Products of Russian Federation Origin (Petroleum Products Determination). OFAC. <https://ofac.treasury.gov/media/931021/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
23. Determination pursuant to Sections 1 (a)(ii) and 1 (b) and 5 of Executive Order (E.O.) 14071 (2022). Price Cap on Crude Oil of Russian Federation Origin. OFAC. <https://ofac.treasury.gov/media/929776/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
24. Determination pursuant to Sections 1 (a)(ii), 1 (b) and 5 of Executive Order (E.O.) 14071 (2023). Price Cap on Petroleum Products of Russian Federation Origin. OFAC. https://ofac.treasury.gov/system/files/126/price_cap_determination_20230203.pdf. (last visited 05/05/2026)
25. Determination pursuant to section 1 (a) (i) of Executive Order 13902 (2024). Petroleum and Petrochemical Sectors of the Iranian Economy. OFAC. <https://ofac.treasury.gov/media/933491/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
26. Directive 2 under Executive Order 13662 (2014). OFAC. <https://ofac.treasury.gov/media/8706/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
27. Directive 4 under Executive Order 13662 (2014). OFAC. <https://ofac.treasury.gov/media/8716/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
28. Executive Order No. 12170 (1979). Blocking Iranian Government Property. <https://ofac.treasury.gov/media/6316/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
29. Executive Order No. 12205 (1980). Prohibiting Certain Transactions with Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/6321/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
30. Executive Order No. 12211 (1980). Prohibiting Certain Transactions with Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/8001/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
31. Executive Order No. 12957 (1995). Prohibiting Certain Transactions with Respect to the Development of Iranian Petroleum Resources. <https://ofac.treasury.gov/media/8061/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
32. Executive Order No. 12959 (1995). Prohibiting Certain Transactions with Respect to Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/8066/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
33. Executive Order No. 12613 (1987). Prohibiting Imports from Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/8056/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
34. Executive Order No. 13059 (1997). Prohibiting Certain Transactions with Respect to Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/8071/download?inline>. (last visited 05/05/2026)

35. Executive Order No. 13599 (2012). Blocking Property of the Government of Iran and Iranian Financial Institutions.
<https://ofac.treasury.gov/media/5931/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
36. Executive Order No. 13622 (2012). Authorizing Additional Sanctions with Respect to Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/16531/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
37. Executive Order No. 13645 (2013). Authorizing the Implementation of Certain Sanctions Set Forth in the Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012 and Additional Sanctions with Respect to Iran.
<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-13645-authorizing-the-implementation-certain-sanctions-set-forth-the-iran>. (last visited 21/04/2026)
38. Executive Order No. 13660 (2014). Blocking Property of Certain Persons Contributing to the Situation in Ukraine.
<https://ofac.treasury.gov/media/5946/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
39. Executive Order No. 13662 (2014). Blocking Property of Additional Persons Contributing to the Situation in Ukraine.
<https://ofac.treasury.gov/media/5961/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
40. Executive Order No. 13685 (2014). Blocking Property of Certain Persons and Prohibiting Certain Transactions with Respect to the Crimea Region of Ukraine. <https://ofac.treasury.gov/media/5966/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
41. Executive Order No. 13716 (2016). Revocation of Executive Orders 13574, 13590, 13622, and 13645 With Respect to Iran, Amendment of Executive Order 13628 With Respect to Iran, and Provision of Implementation Authorities for Aspects of Certain Statutory Sanctions Outside the Scope of U.S. Commitments Under the Joint Comprehensive Plan of Action of July 14, 2015. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-201600020/pdf/DCPD-201600020.pdf>. (last visited 21/04/2026)
42. Executive Order No. 13846 (2018). Reimposing Certain Sanctions with Respect to Iran. <https://ofac.treasury.gov/media/30181/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
43. Executive Order No. 13902 (2020). Imposing Sanctions with Respect to Additional Sectors of Iran.
<https://ofac.treasury.gov/media/31406/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
44. Executive Order 14071 (2022). Prohibiting New Investment in and Certain Services to the Russian Federation in Response to Continued Russian Federation Aggression.

- <https://www.federalregister.gov/documents/2022/04/08/2022-07757/prohibiting-new-investment-in-and-certain-services-to-the-russian-federation-in-response-to>. (last visited 21/04/2026)
45. Export Administration Act (1979). (U.S.) <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/senate-bill/737>. (last visited 22/07/2026)
46. Guidance for Shipping and Maritime Stakeholders on Detecting and Mitigating Iranian Oil Sanctions Evasion (2025). OFAC. <https://ofac.treasury.gov/media/934236/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
47. Harmonized Tariff Schedule of the United States (HTSUS) (2025). Revision 13. The United States International Trade Commission. <https://hts.usitc.gov/download?release=2025HTSRev13&releaseDate=05%2F16%2F2025>. (last visited 21/04/2026)
48. International Emergency Economic Powers Act (IEEPA) (1977). (U.S.) <https://www.congress.gov/crs-product/R45618>. (last visited 21/04/2026)
49. International Security and Development Act (ISDCA) (1985). (U.S.) <https://www.congress.gov/bill/99th-congress/senate-bill/960>. (last visited 22/07/2026)
50. Iran Freedom and Counter-proliferation Act (IFCA) (2013). (U.S.) <https://ofac.treasury.gov/media/30671/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
51. Iran-Iraq Arms Non-Proliferation Act (1992). (U.S.) <https://www.congress.gov/bill/102nd-congress/house-bill/5434>. (last visited 22/07/2026)
52. Iran Sanctions Act (ISA) (1996). (U.S.) <https://ofac.treasury.gov/media/5751/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
53. Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act (ITRSHA) (2012). (U.S.) <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/1905/text>. (last visited 22/07/2026)
54. Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) (2015). <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/245317.pdf>. (last visited 21/04/2026)
55. Joint Plan of Action (JPOA) (2013). <https://ofac.treasury.gov/system/files/126/jpoa.pdf>. (last visited 05/05/2026)
56. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012 (2011). <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/1540>. (last visited 22/07/2026) (U.S.)
57. National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2013 (2013). (U.S.) <https://ofac.treasury.gov/media/30671/download?inline>. (last visited 05/05/2026)

58. National Security Presidential Memorandum on Ceasing United States Participation in the Joint Comprehensive Plan of Action and Taking Additional Action to Counter Iran's Malign Influence and Deny Iran All Paths to a Nuclear Weapon (2018). <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/ceasing-u-s-participation-jcpoa-taking-additional-action-counter-irans-malign-influence-deny-iran-paths-nuclear-weapon/>. (last visited 21/04/2026)
59. National Security Presidential Memorandum on Imposing Maximum Pressure on the Government of the Islamic Republic of Iran, Denying Iran All Paths to a Nuclear Weapon, and Countering Iran's Malign Influence (2025). <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/national-security-presidential-memorandum-nspm-2/>. (last visited 21/04/2026)
60. OFAC Enforcement Release (2022). OFAC Settles with Sojitz (Hong Kong) Limited for \$5,228,298 Related to Apparent Violations of the Iranian Transactions and Sanctions Regulations. [https://ofac.treasury.gov/media/917606/download?inline#:~:text=Sojitz%20\(Hong%20Kong\)%20Limited%20\(,and%20Sanctions%20Regulations%20\(ITSR\)](https://ofac.treasury.gov/media/917606/download?inline#:~:text=Sojitz%20(Hong%20Kong)%20Limited%20(,and%20Sanctions%20Regulations%20(ITSR)). (last visited 05/05/2026)
61. OFAC Enforcement Release (2024). SCG Plastics Co., Ltd. Settles with OFAC for \$20,000,000 for Apparent Violations of the Iranian Transactions and Sanctions Regulations. <https://ofac.treasury.gov/media/932841/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
62. OFAC Enforcement Release (2024). Aiotec GmbH Settles with OFAC for \$14,550,000 Related to an Apparent Violation of the Iranian Transactions and Sanctions Regulations. <https://ofac.treasury.gov/media/933661/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
63. OFAC Guidance on Implementation of the Price Cap Policy for Crude Oil and Petroleum Products of Russian Federation Origin (2023). Revised on December 20, 2023. <https://ofac.treasury.gov/media/931036/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
64. Settlement Agreement between the U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control and Aiotec GmbH (2024). <https://ofac.treasury.gov/media/933666/download?inline>. (last visited 05/05/2026)
65. Settlement Agreement between the U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control and SCG Plastics Co., Ltd (2024). <https://ofac.treasury.gov/media/932836/download?inline>. (last visited 05/05/2026)

66. Ukraine Freedom Support Act (UFSA) (2014). as amended (P.L. 113-272; 22 U.S.C. 8921 et seq.) <https://www.congress.gov/113/plaws/publ272/PLAW-113publ272.pdf>. (last visited 22/07/2026)
67. UN Security Council Resolutions/RES/2231 on Iran Nuclear Issue (2015). <https://main.un.org/securitycouncil/en/content/2231/background>. (last visited 21/04/2026)
68. World Trade Organization. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt94_e.htm. (last visited 09/04/2026)

A Comparative Legal Analysis of Unilateral U.S. Sanctions on the International Oil Trade of Iran and Russia

Seyed Mohamad Hassan Razavi*

Niloofar Heydarirochi**

Received: 2026.02.01 Revised: 2026.05.08 Accepted: 2026.06.28

Abstract

With the objective of reducing Iran's oil exports to zero and diminishing Russia's oil revenues, the United States has imposed extensive primary and secondary economic sanctions on the international oil trade of both countries. Adopting a comparative approach and employing a descriptive-analytical method, this article examines the legal regime governing U.S. sanctions on the sale of Iranian and Russian oil in order to identify their similarities and differences within the framework of international trade law. The main research question addresses whether unilateral U.S. sanctions produce identical effects on the international oil trade of Iran and Russia. The final analysis demonstrates that the nature, objectives, and legal frameworks of these sanctions differ significantly. While sanctions against Iran are designed to entirely eliminate oil export revenues—resulting in an absolute prohibition on the purchase of Iranian oil by U.S. natural and legal persons—and while secondary sanctions with extraterritorial character substantially expand the scope and severity of their impact, sanctions against Russia are primarily focused on long-term and high-risk projects. Moreover, the purchase of Russian oil remains permissible under certain restrictions, such as the imposition of a price cap mechanism. These differences indicate that unilateral sanctions do not exert uniform effects on the two countries and are consistently accompanied by substantial conflicts with fundamental principles of international trade law, including the principles of non-discrimination, most-favored-nation treatment, and the prohibition of quantitative restrictions.

Keywords:

Iranian oil; Oil trade; Russian oil; Unilateral sanctions; U.S. sanctions.

* Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran
Corresponding Author's email: hassan.razavi@ut.ac.ir.

** Ph.D. Candidate, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.

سیاست عمومی بر پایه «نظریه حق» با تأکید بر سیاست اقتصادی

مصطفی صادق*
سید ضیاءالدین کیالاحسینی**
مجید رضائی***

تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۵/۱۹ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۹/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۴/۳۰

چکیده

هدف مقاله بررسی تأثیر ایده حقوق در ساخت و ارزیابی سیاست عمومی و سیاست اقتصادی است. هرچند به کارگیری ایده حق ضرور دانسته شده، چگونگی کاربری آن در سیاستگذاری بسط نیافته و خیر، کارایی و مطلوبیت، به عنوان سنج سیاست معرفی شده‌اند. این مقاله با روشی که «نظریه حق» در اختیار قرار می‌دهد و با تحلیل عناصر حق، چارچوب کاربری ایده حقوق در سیاستگذاری را در دسترس قرار می‌دهد. بنابراین معنا، محتوا، صاحبان، موجهات، حدود و آثار «حق سیاستگذاری» را واکاوی‌کاود. مهم‌ترین دستاورد چنین تحلیلی کشف قواعد حاکم بر سیاستگذاری مبتنی بر حقوق اساسی، حقوق طبیعی، حقوق خصوصی و مالکیت خصوصی و عمومی است که نمی‌توان با صلاحدید سیاستگذار آنها را نقض کرد. سیاست باید از مسیر این حقوق ساخته شود. اعمال حق مالکان خصوصی، برابندی می‌سازد که حق‌نویاد است و نمی‌توان با اراده دولت، سیاستگذار، دموکراسی، اجماع و اکثریت آراء، آن را نقض کرد. در قلمروهای مشاع نیز، سیاست به تجلی توافق اراده ذی‌حقان منصرف می‌شود و نمی‌توان با اراده سیاستگذار و غیرذی‌حقان آن میدان مشاع، آن را نقض کرد. بنابراین می‌توان گفت هرگزینش ناروایی نادرست است و حق با سنج‌ای غیر از خودش سنجیده نمی‌شود و ساخت سیاست حق‌نویاد، بر محتوای سیاستی که به ادعای سیاستگذار کارایی دارد، حاکم است.

کلیدواژگان:

حقوق و اقتصاد، سیاستگذاری عمومی، نهادهای حقوقی، حقوق مالکیت نظریه حق.

* دانش‌آموخته دکتری، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید، قم، ایران (نویسنده مسئول)
m.mostafa_sadegh@yahoo.com

** استادیار، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید، قم، ایران.

*** استادیار، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید، قم، 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

چون دولت، اراده همگان را نمایندگی و مسئول خیر همگانی است و مشروعیت و لزوم تبعیت اش، مفروض است، اقدام و تصمیم اش، سیاست‌گذاری عمومی^۱ تلقی شده است. در این خوانش متعارف از دولت و توضیحات باورمندان به آن می‌توان موارد ذیل را برداشت کرد. نخست: کمتر به چپستی، چگونگی تأسیس، مهار و تقویت انواع دولت‌ها پرداخته می‌شود. حال آنکه بدون نضج اندیشه سیاسی و برساختن نهادهای مقتضی آن، نمی‌توان از سیاست‌گذاری سخن به میان آورد.^۲ دوم: خیر، کارایی، مطلوبیت، فایده، منفعت و رفاه اجتماعی سنجه ساخت و ارزیابی سیاست معرفی شده است^۳ و گونه‌ای از برتری خیر، منفعت و کارایی بر حق در آن دیده می‌شود. سوم: عدالت‌بنیاد بودن سیاست، به میزان نیل به برابری درآمد و برخورداری فرومی‌کاهد و کمتر به عدالت اکتسابی و انتقالی و برابری در قانون تفسیر می‌شود. چهارم: برای ارتقای کارایی و برابری، اقناع، رضایت و مشارکت ذی‌نفعان ضروری است. پنجم: ذی‌نفعان (نه ذی‌حقان) متأثرین از سیاست‌اند و تابعاً و بالعرض دخیل در آن‌اند و گونه‌ای از سرپرستی بر شهروندان و استقلال سیاست‌گذار در آن برپا می‌شود. ششم: نخبگان، کارشناسان، ذی‌نفعان، دانش، پژوهش، نیروهای فشار، برابند اراده‌ها، نیروها و ایده‌های اجتماعی بیشتر نقش مشاوری و تأثیرگذاری بر سیاست‌گذار دارند. هفتم: مراد از اجماع، اتفاق نظر سیاست‌گذاران است.

اما در سوی روبه‌رو می‌توان با هنجار بنیادین حق، سیاست را ساخت و سنجید. تا تحقق اراده، ترجیحات و حقوق ذی‌حقان، هم معنای سیاست‌گذاری را با حق پیوند دهد و هم رفاه‌گستری بیشتری از سنجه هزینه-فایده، کارایی و مطلوبیت داشته باشد. سیاست‌گذاری حق‌بنیاد (و نه فن‌بنیاد)، از صلاحدید فن‌سالاران و دیوان‌سالاران دور خواهد بود. در این راستا بررسی نظریات اقتصادی می‌تواند جایگاه ایده حقوق را در سیاست‌گذاری روشن‌تر و زمینه درک بهتری از آن را فراهم کند. بنابراین در مقاله حاضر نخست جایگاه ایده حقوق در نظریات اقتصادی بررسی می‌شود. درگام بعد نظریه حق^۴ به‌عنوان اسلوب

1. Public policy.

۲. وحید، مجید، «جستاری پیرامون سیاست‌گذاری در ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۴، د. ۶۷، ش. ۵۱۶، ۱۳۸۴، ص. ۲۶۳.

۳. ربوز، دوری، **برنامه‌ریزی برای تنوع**، ترجمه مرتضی رستمی، چ. ۱۰، تهران: انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۹۷، ص. ۲۹۹.

4. The Theory of Rights.

واکاوی سیاست بیان می‌شود و معیار نوینی برای سیاست‌گذاری معرفی می‌شود و در پایان سیاست (گذاری) از منظر نظریه حق بازسازی می‌شود.

۱. ایده حقوق در سیاست‌گذاری اقتصادی

مسئله سنتی اقتصاد رفاه رسیدن به وضع مطلوب (بهینه اجتماعی) از راه مصرف، تولید و ترکیب کارا و عدالت اجتماعی بوده است. در این میان بهبود رفاه برآمده از سیاست‌گذاری باید با معیاری سنجیده شود. این معیار هزینه-فایده، بوده و مصادیق این هزینه-فایده گاه تغییرات درآمد، تولید، هزینه، مطلوبیت، رضایت و برابری بوده است. اما سیاست‌گذاری همواره برندگان و بازندگانی داشته و رابطه ترجیحات فردی و ترجیحات اجتماعی مسئله اقتصاد رفاه بوده است. در اقتصاد رفاه وقتی مسئله تولید و توزیع باهم حل می‌شود، برای نیل به عدالت اجتماعی، رفاه اجتماعی که تابعی از مطلوبیت افراد مستقل است، طراحی می‌شود و چگونگی توزیع مطلوبیت در جامعه را نمایش می‌دهد. این تابع وقتی بر تابع پوش مطلوبیت‌ها مماس می‌شود، کارایی و عدالت را هم‌زمان در دسترس قرار می‌دهد.^۱ رفاه این‌چنینی ترجیحی است که یک فرد درباره توزیع مطلوبیت در جامعه دارد و اگر فرد دوم ترجیح دیگری درباره چگونگی توزیع مطلوبیت در جامعه داشته باشد، آنگاه ترجیح جامعه درباره توزیع مطلوبیت در جامعه، درنگبندی می‌شود. قضیه امکان‌ناپذیری ارو^۲ نیز برای رتبه‌بندی ترجیحات جمع از مسیر ترجیحات افراد مطرح می‌شود. به باور وی، چنین قانونی که بتواند شروط را تأمین کند، وجود ندارد و فرایند عقلانی انتخاب اجتماعی مبتنی بر ترجیحات فرد به ناامیدی کشیده می‌شود. به‌ناچار یک دیکتاتوری از بی‌انسجامی‌های اجتماعی جلوگیری می‌کند و سنجش‌های اجتماعی و ارزیابی‌های اقتصادی، دلبخواهی و استبدادی می‌شوند. هرچند جمع‌پذیری، مقایسه‌پذیری و شمارش مطلوبیت‌ها برای ساخت و ارزیابی منفعت و مطلوبیت کل، میان اندیشمندان با اختلاف آرا روبه‌روست، بازهم تصمیم درباره چگونگی توزیع مطلوبیت و رفاه در جامعه به سیاست‌گذار سپرده می‌شود^۳ و ماهیت حقوقی رابطه سیاست‌گذار با شهروند، سرپرستی خواهد بود. با گسترش اقتصاد رفاه، این مدل‌ها برای مقولات سیاسی، دموکراسی و حکمرانی مشارکتی نیز به بهره‌برداری رسیده است که به آنها سیاسیات ریاضی گونه نیز اطلاق می‌شده است.

۱. پی.آر.جی. لیارد و ا.ا. والترز، **تئوری اقتصاد خرد**، ترجمه عباس شاکری، ج. ۵، تهران: نشر نی، ۱۳۸۷، ص. ۲۳.
2. Kenneth Arrow.

۳. همان منبع، ص. ۴۶.

کم‌کم پرسشی بنیادی‌تر مطرح شد که چگونه می‌توان با به رسمیت شناختن ترجیحات و اراده‌های افراد، حقوق آنها را پاس داشت؟ به‌گونه‌ای رابطه مفاهیم اقتصادی «ترجیح»، «مطلوبیت» و «نفع» با مفهوم حقوقی «حق» درنگیدنی شد. به دیگر سخن، این پرسش مطرح شد که آیا هر ترجیح، مطلوبیت و منفعتی، حق است؟ بعد از آنکه حق مستقر شد، سیاست‌گذاری از درون چه فرایندی باید بگذرد؟ واکاوی ترجیحات فرد و جامعه باید بر پایه مطلوبیت باشد یا حق؟ چراکه هر اراده، ترجیح، خواست، سلیقه و نفعی برساننده حق و آزادی نیست. تجمع انتخاب‌های حق بنیاد، برساننده سیاست است یا تجمع مطلوبیت‌ها؟ آیا حق و سیاست را باید با تضمینی که به نتیجه‌ای ویژه (اهداف سیاست‌گذار و جامعه) می‌انجامد، در نظر گرفت؟ اگر نظریه اجتماعی، حقوق را به‌مثابه نیل به نتایج خاص بداند، آیا راهی نادرست نرفته است؟ به دیگر سخن آیا سیاست جای اینکه به نتیجه دلخواه سیاست‌گذار و جامعه برسد، نباید نتیجه‌اش احقاق حقوق ذی‌حقان اشد؟ چراکه حقوق تعیین‌کننده یک نظم‌بندی اجتماعی دلخواه سیاست‌گذار نیست، بلکه محدوده‌هایی را معین می‌کند که یک انتخاب اجتماعی باید از داخل آن بگذرد.^۱ پس چگونگی ساخت سیاست مهم می‌شود، نه محتوای سیاست و «هرگزینش ناروایی نادرست است» و افراد بهترین داوران رفاه خودند. چنان‌که نوزیک^۲ حق را قید طراحی سیاست می‌داند. وی نه‌فقط بیشینه شدن مطلوبیت را هدف سیاست نمی‌داند، بلکه کمینه شدن نقض حقوق را نیز هدف سیاست نمی‌داند؛ چراکه هردو هدف مستلزم نقض حق خواهند بود.^۳ اگر قرار است سیاست در چارچوب حق انتخاب آزاد باشد، آنگاه مداخله سیاست‌گذار با چه روا می‌شود؟ به‌نظر می‌رسد ایده حقوق پنجره‌ای نوین در ادبیات اقتصاد رفاه است و امکان بازخوانی سیاست‌گذاری عمومی را فراهم می‌کند. سن^۴ تصریح کرده است: «ایده یا اندیشه حقوق به گستردگی در استدلال‌های اخلاقی و سیاسی استفاده شده و انتظار جایگاه ویژه حقوق در نظریه‌های انتخاب اجتماعی طبیعی است. هرچند کندرسه علاقه‌ای چشمگیر به آن داشت، جایی برای ایده اخلاقی حقوق باز نکرده است. همچنین در صورت‌بندی‌های مدرن نظریه انتخاب اجتماعی به پیشگامی کنت ارو نیز صحبتی از این مفهوم نیست. من تلاشی کوچک برای اصلاح این

۱. سن، آمارتیا، **انتخاب جمعی و رفاه اجتماعی**، ترجمه هرمز همایون پور، ج ۱، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۹۹، ص. ۲۸۸.

2. Robert Nozick.

3. Nozick, Robert, **Anarchy, state, And Utopia**, Oxford UK And Cambridge USA: Blackwell, 1999, p.33.

4. Amartya Sen.

از قلم افتادگی کردم و مفهوم آزادی و حقوق را در متن اولیه این کتاب در ساختار ارزشی انتخاب اجتماعی وارد کردم.^۱

اما آنچه انقلاب کینز^۲ در اقتصاد کلان نیز تلقی شده، شیوه تحلیل وی از ادوار تجاری، بی‌ثباتی، بیکاری، رکود، شکست بازار و ضرورت سرمایه‌گذاری سوسیالیستی برای تحریک تقاضای تولید معطل مانده و نیل به اشتغال کامل است. شیوه تحلیلی که بر پایه یک نظام اخلاقی و حقوقی بنا شده است. وی ادوار تجاری را با رفتار مصرفی، پس‌انداز و سرمایه‌گذاری می‌کاود و سطح و میل‌نهایی به مصرف، پس‌انداز و سرمایه‌گذاری را با انتظارات آنها توضیح می‌دهد. چشم‌اندازهای مختلف، رفتارهای مذکور را در و میان افراد پرنوسان می‌کند و خوی حیوانی کل اقتصاد را پرنوسان می‌کند.^۳ از دید وی، اگر بتوان بی‌ثباتی در مصرف، پس‌انداز و سرمایه‌گذاری را تثبیت کرد، کل اقتصاد از رکود نجات و رفاه گسترش می‌یابد. چینی ضرورتی دو نوع مداخله را پیش می‌نهد. نخست تغییر قواعد بازی (مانند تغییر نرخ بهره و نرخ مالیات و پایه مالیات) که رفتار کنشگران در راستای صلاح‌دید سیاست‌گذار شکل بگیرد. دوم تصدی دولت می‌تواند با مالیات منابع برای سرمایه‌گذاری و مخارج را فراهم کند و اقتصاد را به اشتغال کامل ببرد. این انگیزه خیرخواهانه برای نجات اقتصاد از رکود است و آثار رفاهی قابل‌توجهی دارد که به مشروعیت مداخله کمک می‌کند.^۴

نقد‌های بسیاری- که بیشتر فنی‌اند تا حقوقی- بر کینز آمده که مداخلات آثار کوتاه‌مدت دارند و در بلندمدت سبب اختلال در عملکرد سامانه بازار و بحران می‌شوند؛ چراکه ماهیت بازار در رویارویی نیروهای ذره‌های آن نقش بسته است و شکستن آن به معنای یک‌تازی یک نیرو خواهد بود و عملکرد و کارایی آنها را نخواهد داشت. مداخلات دولت دانی کل در بازار، از سنخ بازار نیست و باعث اختلال آن خواهد شد؛ چراکه نوسانات، پاسخ کارای نیروهای بازار به دگرگونی شرایط، نوآوری‌ها، فرصت‌ها و چشم‌اندازها هستند و نه عدم تعادل‌هایی که بی‌ثباتی‌شان به کارایی لطمه می‌زند. بی‌ثباتی و نوسان از

۱. سن، آمارتیا، منبع پیشین، ص. ۲۸۸.

2. John Maynard Keynes.

۳. پسران، هاشم و تونی لاوسون، بررسی جنبه‌های روش‌شناختی اقتصاد کینز، ترجمه غلامرضا آزاد ارمکی، ج. ۱، تهران: نشر دیدار، ۱۳۷۶، صص. ۶۸-۶۳.

۴. کینز، جان مینارد، نظریه عمومی اشتغال، بهره و پول، ترجمه فرهنگ، منوچهر، ج. ۲، تهران: نی، ۱۳۹۴، ص. ۴۴۳.

عناصر بازار است و نیاز به مداخله سیاست‌گذارانه تثبیتی ندارند و برنامه‌ریز اجتماعی نباید هیچ تلاشی برای مقابله با پیامدهای مختلف آن بکند.^۱

ماهیت رابطه حقوقی سیاست‌گذار با شهروندان در اقتصاد کلان کینزی روشن‌تر بیان می‌شود که در آن سیاست‌گذار یک روشنفکر، برنامه‌ریز اجتماعی، هدایتگر جامعه، عاقل، توسعه‌خواه و سرپرست افلاطونی خیرخواه داناست که در پی بیشینه کردن رفاه اجتماعی، منفعت جمعی و تثبیت اقتصاد است و از منطق بهینه‌یابی بهره می‌برد.^۲ اقتصاددان‌ها هم مشاور علمی و دقیق وی‌اند. بنابراین در نظام حقوقی کینز سیاست‌گذار سرپرست می‌تواند به بهای کارایی و منفعت کل، حق مالکیت خصوصی افراد را نقض کند. در نگرش‌های اقتصاد کلان سیاسی جدید، با نقض فرض‌های پیشین، سیاست‌گذار بازیگر بیرونی نیست و درون‌زا پی منافع سیاسی، شخصی و ایدئولوژیک خویش است. سیاست‌گذار از سرپرست به معتمدی فرومی‌کاهد که برای منافع خویش، پی کسب دوباره اعتماد و رضایت رأی‌دهندگان است. در این نظریه‌ها سیاست‌گذار در انتخاب هدف، کمتر و در انتخاب ابزار سیاست، استقلال بیشتری دارد. رأی‌دهندگان نیز براساس متغیرهای کلان مانند، تورم، بیکاری، رشد، ثبات و فقر وی را ارزیابی می‌کنند.^۳ در نظریه‌های انتخاب عمومی^۴ با پذیرفتن شکست بازار، کالای عمومی با سازوبرگ سیاسی به نام رأی به دست می‌آید. بنابراین از اتفاق و اکثریت آرای داوطلبانه برای انتخاب سیاست بهره‌برداری می‌شود. وقتی پس از بهینه اول (بازار) بهینه دوم (دموکراسی مستقیم) نیز شکست می‌خورد، با دموکراسی نمایندگی و رابطه وکیل-موکل پی تحقق ترجیحات رأی‌دهندگان می‌رود. هرچند امکان ذاتی و وقوعی آن به چالش کشیده می‌شود، بازهم از موجه‌تری خیر بر حق، برای توجیه خاستگاه دولت سخن می‌رود.^۵ این‌گونه شکستِ اختیار به پیروزیِ اجبار می‌انجامد و سیاست‌گذاری، نهادی نابازاری و بی‌رقیب باقی می‌ماند. تحلیل‌های انتخاب عمومی را رهیافت اقتصادی به سیاست معرفی می‌کنند، حال آنکه «رأی در بازار» بیشتر رهیافت سیاسی به اقتصاد خواهد بود. نکته دیگر آن است که درآمد و شد میان نهادهای

۱. اسنودان، برایان و هوآرد آر. وین، **اقتصاد کلان جدید، منشأ، تحول، و وضعیت فعلی**، ترجمه منصور خلیلی و علی سوری، چ. ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص. ۳۰۶.

۲. پسران، هاشم، و تونی لاوسون، **منبع پیشین**، ص. ۳۹.

۳. اسنودان، برایان و هوآرد آر. وین، **منبع پیشین**، صص. ۵۳۹-۵۳۴.

4. Public Choice.

۵. مولر، دنیس سی، **انتخاب عمومی، تحلیل اقتصادی قواعد بازی اجتماعی از دیکتاتوری تا دموکراسی**، ترجمه زیر نظر محسن رنانی، چ. ۱، تهران: نشر نورعلم ۱۳۹۵، ص. ۷۴.

بازاری و نابازاری، بازهم ابزار مقایسه، کارایی است نه حق. در این نظریات بارها از شفافیت حقوق مالکیت و جلوگیری از چپاول به عنوان بهترین بسترها و راهکارها سخن گفته می‌شود؛ اما همچنان دولت و سیاست‌گذاری حق بنیاد برپا نمی‌شود.

چنان که آمد، در یک فرایند برای تحقق خیر، کارایی و عدالت اجتماعی، اجبار، الزام و التزام جایگزین حق و اختیار می‌شود. حال آنکه الزام و التزام پیامد توافق اراده‌ها و قانون اساسی قراردادهاست، نه آنچه سیاست‌گذار آن را کارایی مرجح می‌داند. به دیگر سخن الزام و التزام، زائیده قواعد حقوقی است نه تحلیل اقتصادی نماینده و وکیل.

تکیه بر توزیع نخستین ناروا نیز، بسیاری از مداخلات دولت را روا می‌کند، حال آنکه براساس تحلیل‌های کوز حتی در فرض آغاز از یک نقطه بی‌تعریف حقوق مالکیت، عقلانیت، سودجویی و همکاری داوطلبانه بازیگران در تکرار بازی‌ها، ایشان را به سمت تعریف حقوق مالکیت و خوش‌تعریفی آن می‌کشاند.^۱ بنابراین می‌توان گفت بازار و نهادهای حامی آن مانند مالکیت، قانون، رقابت، حق و سازوبرگ صیانت از حقوق و آزادی‌ها همچنان سازوبرگ استوارتری از نهادهای جایگزین آن‌اند. بنابراین به جای جایگزینی بازار با نابازار، بهترین سیاست تعریف افزایش‌های حقوقی شفافتر بازار است. اساساً زمین تمرین آزادی، بازار است و هرگاه این زمین جابه‌جا شود، کارایی و آزادی هردو از دست می‌شود.

در نظریه بازی‌ها سیاست‌گذار خود یک بازیگر است و می‌کوشد با راه انداختن بازی، ترجیحات کنشگران را به سوی ترجیح خویش بکشانند؛ بهره‌مندی از قواعد بازی برای سیاست‌گذاری نهادگرایانه نیز این گونه نقش می‌بندد. پایان کار، به راه انداختن یک بازی دائمی میان او و کنشگران بازار می‌انجامد که بیشتر غیرهمکارانه است. یابینکه وکیل، بازیگر رهبر، مسلط و راه‌انداز بازی می‌شود و موکل بازیگر پیرو سیاست‌گذار. اقتصاددانان می‌دانند وقتی سیاست بدل به بازی رفت و برگشتی میان بازیگران میدان شود، انتظارات، پیش‌بینی و اقدام متقابل بازیگران را در پی خواهد داشت و انتظارات تطبیقی و عقلایی کنشگران بازی، سیاست صلاح‌دید، قاعده‌مند و غافلگیرکننده را بی‌اثر یا کم‌اثر می‌کند. حال آنکه رابطه حقوقی سیاست‌گذار با کنشگران، رقابت در یک بازی نیست، بلکه کنشگران موکلان اویند و او نماینده‌ای برای تحقق حق‌ها و ترجیحات آشکارشده آنهاست. تصریح به راه انداختن یک بازی برای نیل به ترجیحات سیاست‌گذار، در تضاد با ماهیت نمایندگی قرار دارد، مگر انقلابی در این قرارداد رخ دهد و وی

نقش سرپرستی به خود بگیرد. بنابراین اتخاذ استراتژی و سیاست عمومی مبتنی بر تحلیل و تجویز منبعث از نظریه بازی‌ها و کنترل بهینه، خود مستلزم جواز حقوقی و اخلاقی آن خواهد بود.^۱ مداخله چه از جنس تصدی، چه طراحی یک بازی، چه صلاحدید، چه قاعده، چه از پیش تعیین شده و چه غافلگیرکننده باشد، نباید از ماهیت رابطه وکیل موکل خارج شود. بنابراین طراحی سازه نمایندگی باید دو ویژگی داشته باشد. توان نمایندگی اراده کارفرما را داشته و امکان تحدید و مهار قدرت نماینده و جلوگیری از وارونه شدن سلطه را داشته باشد.

هرچند صلاحدید سیاست‌گذار با امکانات و قدرتی که تمرکز به ارمغان می‌آورد، می‌تواند در کوتاه‌مدت، رشدی استثماری به بار بیاورد- که در شیوه تولید و بازتوزیع تمرکزگراست و از تکثر گریزان است- از ظرفیت علم و اراده خلاقانه دیگران بی‌بهره است.^۲ خودکامگی، امکان تخریب خلاق را از کنشگران می‌رباید و در بلندمدت نقض حقوق دیگران، توشه‌ای جز مرگ نوآوری نخواهد داشت. چنان‌که بوکانان^۳ گفته است، اقتصاددان‌های کینزی بی‌مسئولیتی سیاست‌گذاران را زنده کردند و قیدوبندهای مؤثر بر اشتباهات متداول سیاست‌مداران برای خرج کردن و خرج کردن بی‌حساب را از میان برداشتند.^۴

سیاست‌گذاری پُر از گزاره‌هایی اخلاقی (حقوقی) ضمنی و مستتر تحلیل نشده است.^۵ برتری خیر بر حق، برتری کارایی و مطلوبیت بر حق، ابهام در ماهیت رابطه حقوقی سیاست‌گذار و شهروند و رأی‌دهنده، رویارویی حق و نفع، تقابل کنش و رأی و وجود فضای خالی در تعریف اقدامات سیاست‌گذار از این جمله‌اند که چگونگی ساخت و مشروعیت سیاست را به چالش می‌کشند. وقتی کنشگر حق تصمیم‌گیری و بهینه‌یابی خود را اعمال می‌کند، مداخلات دولت، بهینه‌یابی و حقوق ذی‌حقان را نقض می‌کند. قوانین و مقررات دولتی تنها بازی را پیچیده‌تر و شوک‌های منفی و هزینه‌های مبادله را بیشتر می‌کند. اما آنچه سیاست‌گذار می‌تواند انجام دهد و آنچه نمی‌تواند انجام دهد، تنها با ترسیم مرزهای حقوقی موجه به دست می‌آید، اگر این مرزها برای بازیگران شناخته و پذیرفته شده باشد، تجاوز به آنها نیروهای اجتماعی

۱. عربی، هادی و دیگران، «نظریه بازی‌ها به مثابه ابزاری برای فلسفه اخلاق؛ تبیینی تاریخی و تحلیل انتقادی»، *اقتصاد اسلامی*، د. ۱۶، ش. ۶۳، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۵.

۲. عجم اوغلو، دارون و جیمز ای. رابینسون، *چرا ملت‌ها شکست می‌خورند*، ترجمه محسن میردامادی، و محمدحسین نعیمی‌پور، چ. ۱، تهران: انتشارات روزنه، ۱۳۹۴، ص. ۵۸۲.

3. James Buchanan.

۴. اسنودان، برایان و وین، هوارد آر، منبع پیشین، ص. ۱۰۵.

5. Rothbard, Murray N., **Power and Market: Government and the Economy**, Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute., 2006, p. 314.

را برمی‌انگیزاند و مانع از چیرگی خزنده سیاست‌گذار می‌شود.^۱ تحلیل حقوقی سیاست‌گذاری می‌تواند اقدامات صلاح‌دید سیاست‌گذار را بسیار محدود، مشروع و کارا کند. «نظریه حق» اسلوبی برای شناسایی سازوگرهای تأسیس و توزیع حق در یک قلمرو را فراهم می‌کند.

۱.۱. نظریه حق

از آنجاکه معنا و وجوه مختلف حق در نظام ارزش‌های متفاوت گوناگون می‌شود، با پرسش‌های شش‌گانه‌ای می‌توان تعریف کاربردی در تحلیل و تجویزها به دست داد. اسلوب تحلیل عناصر حق می‌تواند هر حقی را تحلیل کند. پرسش‌های اساسی در نظریه حق این گونه‌اند: نخست: «معنای حق» که می‌تواند ادعا، منفعت و اراده تضمین‌شده باشد. دوم: «محتوای حق». بنابراین حق سیاست‌گذاری، ادعا، منفعت و اراده تضمین‌شده بر سیاست‌گذاری یک قلمرو خواهد بود. سوم: «صاحبان حق». چهارم: «موجهات حق». پنجم: «حدود و اندازه حق هریک از ذی‌حقان در هر قلمرو». ششم: «آثار و لوازم حق».^۲

در مقایسه زبان‌های ساخت و ارزیابی سیاست، زبان حق بسیار استوارتر است و نسبتی با مصلحت‌سنجی‌های زبان منفعت اجتماعی ندارد. زبان منفعت اجتماعی برپایه انگاره هستی مشترک جامعه، نقض حقوق افراد را توجیه و منفعت کل را بیشینه می‌کند. گاه هنجار برابری جای بیشینه شدن منفعت کل را می‌گیرد و هدف سیاست نیل به برابری می‌شود. اما اینکه برابری در چه می‌تواند برگرفته از حق باشد، درنگیدنی است. هرچند برابری در رفاه، فرصت‌ها، مصرف و درآمد می‌تواند هدف سیاست باشد، برابری در خیرهای اساسی مانند حقوق و آزادی‌های فردی و قانون، به حق بنیاد بودن سیاست نزدیک‌تر است.^۳

با زبان حق می‌توان دید بسیاری از سیاست‌های برابری‌گرایانه و بازتوزیعی بنیاد اخلاقی ندارند. حتی اگر برابری، کارایی بیشتری برای جامعه داشته باشد، موجه نقض حقوق مادرزاد و مکتسبه فرد نخواهد بود؛ چراکه اراده، خواست، منفعت و ترجیح بخشی از جامعه علیه بخشی دیگر، تا وقتی بر یک توجیه معتبر حقوقی نباشد، به حق بدل نمی‌شود. اگر فرد در چارچوب نظام حقوقی و با لحاظ قواعد بازی هنر

۱. عجم اوغلو، دارون و جیمز رابینسون، **راه باریک آزادی**، ترجمه علیرضا بهشتی شیرازی و جعفر خیرخواهان، ج ۲، تهران: روزنه، ۱۳۹۹، ص ۶۰۳.

۲. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، ج ۲، ۳، تهران: نشر نی، ۱۳۹۵، ص ۲۴۲.

۳. سن، آمارتیا، «**برابری چه؟**» ترجمه علی سلیمان ریزی، در: **لیبرالیسم و مسئله عدالت**، به کوشش: محمد ملأ عباسی ج ۳، تهران: ترجمان، ۱۳۹۸، ص ۱۰۰.

خویش را نمایان ساخته و دستاوردی داشته، دست‌درازی به آنها و نادیده گرفتن نهادها با صلاحدید سیاست‌گذار، مستلزم توجه حقوقی معتبر خواهد بود. رفع نیاز نیز می‌تواند به‌عنوان موجه نقض حق طبیعی و مکتسبه فرد شناخته شود و از ادعای برخی یا اکثریت یک جامعه در برابر سایر افراد جامعه باشند. اما آیا این اراده و ادعا می‌تواند نهادهای مشروع و حقوق آنها را نادیده بگیرد و از آنها عبور کند؟ زبان حق مرزها را روشن می‌کند. اگر از منطق منفعت اجتماعی و خیر عمومی برای گزینش میان حق و منفعت جمعی بهره برداریم، هیچ معلوم نیست که انتخاب حق فرد، منافع کمتری داشته باشد. چه آنکه نظام حقوقی شفاف و کارآمد مهارت‌های مولد را شکوفا می‌سازد و نظام مبهم و ناکارآمد مهارت نامولد را ایجاد می‌کند. دستیابی به نظم نیز از دیگر موجهات نقض حق فرد تلقی شده است. زبان حق نشان می‌دهد، آنکه برای دستیابی به نظم، حق و آزادی را نقض می‌کند، به‌دلیل برهم زدن قاعده بازی، بُن نظم را هدف قرار می‌دهد و هیچ‌گاه نظم دستوری‌اش پایدار نمی‌ماند. چراکه دستور درگرو اراده یک فرد بوده و حال آنکه قاعده، پیمانی استوار میان ذی‌حقان یک قلمرو است. فراتر آنکه عدم سرپرستی و خودآیینی فرد، اقتضا و رهاورد کرامت انسان است. چپستی و قلمرو این خودآیینی را حق، روشن می‌سازد. از این رو تجاوز به حق هیچ‌کسی برای نفع رساندن به دیگران مجاز نیست و انسان‌ها در این کرامت برابرند. زبان حق بر آن است که در طراحی و اجرای سیاست عمومی، حق را برگ برنده و دلیل حاکم در مقابل منفعت اجتماعی در نظر گیرد و این‌گونه حق‌بنیاد بودن سیاست را تضمین کند.^۱ بسیاری از سیاست‌های بازتوزیعی با نقض حق برخی، دیگران را برخوردار می‌کند و در این جابه‌جایی یکی را مستحق برخورداری از قیل دیگری می‌کنند. نباید از نظر دور داشت که حق، جزء مقوم سیاست است. این سیاست‌گذار است که در قواعد بازی برآمده از حق، محدود است، نه اینکه با راه انداختن یک بازی، انتخاب‌های برآمده از حق افراد را محدود کند.

۱.۲. سنجه ارزیابی حق

آشناترین دستاویز نقض حق افراد، پذیرش انواعی از نقص‌ها در گزینش‌ها و کنش‌های ذی‌حقان بوده است. هرچند جواز آنها مبتنی بر حق پذیرفته شده، درستی آنها پذیرفته نشده و سبب نقض حق فرد با یک نهاد چیره می‌شود. در نظام باورهایی که افراد صلاحیت اعمال حقوق خود را ندارند، سرپرست، برای آنها برمی‌گزیند. از دید آنها میان حق انتخاب فرد و درستی، خیر، مصلحت، سعادت، عقلانیت و رفاه

۱. راسخ، محمد، حق و مصلحت، ج. ۱، چ. ۵، تهران: نشر نی، ۱۳۹۵، ص. ۱۷۲.

همبستگی وجود ندارد. اما از منظر حق، خیر فرد در حق تعیین سرنوشت، آزادی انتخاب وی و حکومت قانون نهفته است. به‌دیگرسخن اصل آزادی انتخاب حق‌بنیاد، خیر است؛ نه اینکه محتوای انتخاب او را به خیر برساند. اینکه انتخاب او چیست، بسیار آشکارتر و در دسترس‌تر از آن است که بگوییم نیکی و خیرش چیست و کجاست. برای پذیرش ترجیح فرد، ضرورت استناد به سنجه‌ای بیرون از حق وجود ندارد. انتخاب از آنکه حق است، پذیرفتنی و اخلاقی است، نه اینکه چون درست است. حق انتخاب، خطا را برای شخص مشروع می‌کند. در این رویکرد، کنش در بازار اساساً تجلی اراده، انتخاب و ترجیح ذی‌حق است برای حرکت از وضعیتی کمتر رضایت‌بخش به وضعیتی بیشتر رضایت‌بخش که بر مبادله داوطلبانه استوار است.^۱ انتخاب‌های گروهی حق‌بنیاد و نابازاری نیز این‌چنین‌اند. پس از آنکه سازوکارهای آفرینش و کشف انتخاب عمومی به دست آمد و آشکار شد که انتخاب گروه کدام است، سنجه‌ای بیرون از انتخاب برای پذیرفتن و مشروعیت آن وجود ندارند. معیارهایی چون نفع و کارایی، خیر و مصلحت جمعی، برابری، عدالت، سعادت اخروی، نمی‌توانند محتوای انتخاب‌ها را بسنجند. پاسخ مسائل جمعی در محتوای انتخاب جمعی نهفته نیست؛ بلکه اجماع ذی‌حقان فارغ از محتوایش خود پاسخ است.^۲

۲. چیستی سیاست‌گذاری با نظریه حق

نخستین پرسش، معنای حق است. گاهی حق، سلطه و توانایی است که قانون یا عرف برای اشخاص بر اموال ایجاد می‌کند و آن را معتبر دانسته و آثاری را برای آن می‌شناسد. حق در دوره‌ای به‌صورت «حق بودن»^۳ در مقابل «باطل بودن» معنا شده و از قرن سیزدهم میلادی به «حق داشتن»^۴ رسیده و معانی مانند: اراده تضمین‌شده، منفعت تضمین‌شده، ادعای تضمین‌شده و حاکم، داشته است. ادعایی که با پشتیبانی قدرت سیاسی تضمین می‌شود و در مقابل ادعاهای متعارض همواره پیروز و حاکم است.^۵ گاهی حق به‌معنای امتیاز و حق آزادی^۶ بوده است. یعنی منعی برای تحقق اراده و کسب منفعت شخص وجود ندارد. شخص حق دارد؛ یعنی توانایی مشروعی برای تحقق اراده و کسب منفعت خود دارد و دیگری

۱. غنی‌نژاد، موسی، *گفتارهایی در روش‌شناسی علم اقتصاد*، ج. ۱، تهران: مینوی خرد، ۱۳۹۷، ص. ۱۹۲.

۲. میدری، احمد، «جایگاه دولت در اندیشه بوکانان»، *راهبرد* ۲، ۱۳۷۲، ص. ۸۵.

3. Being right or just.

4. Having a right.

۵. محبوبی، رضا، «موجه‌سازی مطالبات رفاه اجتماعی بر مبنای نظریه حق»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، د. ۱۳، ش. ۴۹، ۱۳۹۲، ص. ۱۴۲.

6. Liberty-right.

نمی‌تواند ادعایی نسبت به ادعای صاحب حق داشته باشد. گاهی حق داشتن، اختیار انتخاب است تا شخص رابطه حقوقی خود و دیگری را تغییر دهد. گاهی «حق داشتن» به معنای توان مشروع منع دیگری است که برای وی مصونیت می‌آورد؛ مانند حق دفاع از حیات و مالکیت بر تن و دستاورد. حق به معنای اقامه دعوا و توان مشروع مکلف کردن دیگری نیز هست. حق ادعا و حق مطالبه^۱ چنین حقی است. اگر پذیرفته شود که حق به یکی از معانی ادعا، اراده یا منفعت تضمین شده است، آنگاه جنس و فصل آن درنگینی است. جنس: اراده، ادعا و منفعت و فصل آن تضمین خواهد بود. بنابراین هر کدام از این اجزا نباشند، حق زاده نمی‌شود. از یک منظر، اگر شخصی اراده‌ای یا ادعایی درباره امری نداشته باشد، اما منفعتی برای او تضمین شود، صاحب حق خواهد بود؛ چراکه طبق یک تعریف، منفعت تضمین شده، حق است. در این نوشتار فرض نویسنده درباره حق، اراده تضمین شده به میانجی نیروهای فراتر از قانون پارلمان است. پرسش دوم: محتوای حق سیاست‌گذاری است. از این رو امر خصوصی و امر عمومی به عنوان متعلق سیاست‌گذاری بررسی می‌شود.

۲.۱. امر عمومی^۲ و خصوصی

گاه آنچه را منفعتش خصوصی است، امر خصوصی و آنچه را منفعتش عمومی است، امر عمومی خوانده‌اند. یا آنچه را تنظیمش خصوصی، امر خصوصی و آنچه را عمومی است، امر عمومی شناخته‌اند. گاه قلمرو خصوصی در عرض عمومی و گاه در طول آن تعریف شده است.^۳ یا قلمرویی که تعلق اراده شخص واحد بر آن تضمین شده، خصوصی و آنچه تعلق اراده گروهی و همگان بر آن تضمین شده، عمومی است. اگر قلمرویی در اختیار یک شخص باشد و دیگری نباید و نتواند مانع آزادی تحقق اراده وی شود؛ خصوصی خواهد بود. بی‌گمان جداسازی سپهر خصوصی از عمومی می‌تواند برگرفته از تفاوت در جواز و محدودیت در مالکیت، دسترسی و نظارت میان این دو باشد.^۴ به نظر می‌رسد گونه‌ای از مالکیت مشاع در امور عمومی یافت می‌شود که همگان را در آن محق و سهیم می‌کند.^۵ گاه وجود هدف و مقصد

1. Claim-right.

۲. امر عمومی ترجمه واژه لاتین respublica و واژه‌های انگلیسی commonweal و commonwealth است.

۳. لشکری، علیرضا، «امر عمومی و اختیارات دولت از دیدگاه اقتصاد نئوکلاسیک و اسلام: بررسی مقایسه‌ای روش تبیین»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، د. ۲۴، ش. ۹۴، ۱۳۹۷، ص. ۸۴.

۴. گوپس، ریمون، *خبر عمومی و خبر خصوصی*، ترجمه حسن افشار، ج. ۱، تهران: نشر مرکز، ۱۳۹۶، ص. ۵.

۵. سلطانی، سید ناصر، «پیدایش مفهوم امر عمومی در مشروطیت»، *مطالعات حقوقی*، د. ۱۲، ش. ۱۳۹۹، ص. ۱۷۶.

مشترک، مؤسس سپهر عمومی و جمعی تلقی شده است، به گونه‌ای که اگر نقطه مشترک و اجماع یافت نشود، حقوق عمومی سالبه به انتفای موضوع می‌شود.^۱

یک قلمرو می‌تواند متعلق استحقاق جمع و همگان به صورت برابر یا نابرابر باشد. گاه آن سپهری که همگان به صورت برابر در آن استحقاق دارند، به عنوان امر عمومی معرفی شده است. بالطبع اگر جواز کنش‌ها و تصرفات تکی و گروهی ارمغان حق عمومی باشد، می‌تواند اسباب شکل‌گیری کنش‌های همسو یا رویارو را در یک سپهر عمومی به بار بیاورد. بنابراین پس از شناسایی منطق تفکیک قلمروها، شناخت چگونگی همکاری و همزیستی، یافتن براینده اراده‌ها و اراده براینده صاحبان هر قلمرو و شیوه سامان آن درنگیدنی می‌شود.

۲.۲. سیاست عمومی

یکی از لوازم شناسایی استحقاق تکی، گروهی و همگانی بر یک قلمرو، حق سامان آن است. ذی‌حقان سپهر همگانی هم سزاوار پیگیری و تحقق اراده‌های خویشند و هم سزاوار آفرینش سازکارهایی برای یافتن توافق و براینده اراده‌هایشان در آن سپهر؛ چراکه فقط پس از ساخت آنها می‌توانند در موضوعات مختلف اراده‌های گروهی و همگانی را بیابند و بسازند. گاه سامان‌دهی امر عمومی، به همگان به مثابه کل تعلق می‌گیرد و با خیر مشترک درهم‌تنیده است.^۲ تضمین اراده تعلق گرفته به سامان‌دهی امر عمومی، به عنوان محتوای «حق سیاست‌گذاری عمومی»،^۳ شناخته خواهد شد. پس سازوکارهای تنظیم حقوقی روابط ذی‌حقان سیاست‌گذاری می‌تواند برچسب «حقوق سیاست‌گذاری»^۴ را به دوش بکشد. پرسش سوم کیستی صاحبان حق سیاست‌گذاری است. آیا مالکان آن قلمرو، شهروندان، ذی‌نفعان، دولتمردان یا یک نهاد چیره بیرونی صاحبان حق هستند؟ پاسخ به این پرسش درگرو پاسخ به پرسش چهارم نظریه حق است و می‌توان این دو پرسش را با هم کاوید. چراکه موجهات حق سیاست‌گذاری می‌تواند ذی‌حقان آن را نیز به دست دهد. منشأ چنین حقی می‌تواند علاوه بر موجهات عام مانند خرد(عقل)، کرامت، ارزش و غایت انسان، آفرینش آن سپهر، مالکیت، توافق یا مبادله آن باشد. بسته به اینکه که مالکیت فردی و افراز شده باشد یا اشتراکی و مشاع، ذی‌حقان سیاست‌گذاری متنوع می‌شوند. در

۱. هایک، فردریش، در سنگر آزادی، ترجمه عزت‌الله فولادوند، ج ۵، تهران، نشر ماهی، ۱۳۹۰، ص. ۶۸.

۲. مهر آرام، پرهام و گودرز افتخار چهرمی، «بن‌مایه‌های رومی حقوق عمومی»، پژوهش حقوق عمومی، د. ۲۱، ش. ۶۲، ۱۳۹۸، ص. ۷۶.

3. The right to policy.

4. policy law.

پاسخ به این پرسش برخی ذی‌حقان سیاست را ذی‌نفعان آن دانسته‌اند و خبر عمومی را در قلمرو مشاع و مذاکره و رقابت دائمی ذی‌نفعان جست‌وجو کرده‌اند.^۱ چراکه به‌طور سنتی نیز سیاست‌گذاری نتیجه جنگ قدرت ذی‌نفعان تلقی شده است. در این چارچوب اگر سیاست عمومی نتواند محمل و ابزار کشف و تأسیسی برای توافق یا برابند اراده ذی‌حقان یک سپهر بیابد، مشروعیتش به چالش کشیده خواهد شد.^۲ اگر جای ذی‌نفعان از ذی‌حقان بهره‌بریم، شهروندان گونه‌ای از مالکیت مشاع بر مرز جغرافیایی و کشور خود خواهند داشت. نظام سیاسی حاکم بر این مرز جغرافیایی، خود می‌تواند محصول هم‌زیستی ذی‌حقان متعارضی باشد که برابر دیگر نظام‌ها و مرزها، امور مشترک دارند. در جوامع با ارزش‌ها و هنجارهای مردم‌سالارانه، امر عمومی سیاست‌گذاری، اقتضای استحقاق همه شهروندان را دارد. بنابراین سیاست‌گذاری حق الهی سلطان، سرپرست و فاتح بیگانه شناخته نمی‌شود و هیچ‌کس بر هیچ‌کس در این سپهر نمی‌تواند حکم براند. شهروندان مبتنی بر حقوق شهروندی زندگی شهری (اقتصادی و سیاسی) خود را رقم می‌زنند. بدون اعمال و تحقق اراده شهروندان در سامان شهر، نه شهری آفریده می‌شود و نه شهروندی پا به هستی می‌گذارد. از این‌رو سیاست‌گذاری در عرصه عمومی یک عمل سیاسی تلقی شده است.^۳

اما به‌صورت متعارف انتخاب و اقدام دولتمردان به نمایندگی از مردم، سیاست عمومی تلقی می‌شود. در این خوانش، سیاست‌ها، تجلی مدیریت دولتهاست و سیاست‌گذاری به‌عنوان علم عمل دولت تلقی می‌شود و چگونگی فرایند و عمل دولتها به موضوع سیاست‌گذاری بدل^۴ و مجموعه‌هایی ساختاری و مرتبط متشکل از مقاصد، تصمیمات و اعمال قابل نسبت به اقتدار عمومی در سطوح محلی، ملی و بین‌المللی تلقی می‌شود.^۵ گاه سیاست‌گذاری عمومی به‌عنوان مجموعه اقدامات اقتدارآمیز مشروع هدفمند

۱. وکیلان، حسن، «بررسی نقش و تأثیر گروه‌های ذی‌نفع در سیاست‌گذاری برای فضای کسب‌وکار»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، د. ۲۲، ش. ۸، ۱۳۹۴، ص. ۷۳.

۲. معینی علمداری، جهانگیر، «تأملی در فلسفه سیاست‌گذاری عمومی»، سیاست‌گذاری عمومی، د. ۱، ش. ۳، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۲.

۳. حق‌شناس، محمدجواد، «فرایند سیاسی سیاست‌گذاری: رویکردی عمل‌گرایانه به سیاست‌گذاری عمومی»، سیاست‌گذاری عمومی، د. ۴، ش. ۲، ۱۳۹۷، ص. ۲۱۲.

۴. جلیلی قاسم آقا، امید، «سیاست‌گذاری مفاهیم الگوها و فرایندها»، رویکردهای نوین در مدیریت و حسابداری، د. ۲، ش. ۴، ۱۳۹۷، ص. ۱۰۷.

۵. وحید، مجید، «درآمدی بر سیاست‌گذاری عمومی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، د. ۰، ش. ۵۲، ۱۳۸۰، ص. ۱۸۶.

بازیگران یک رژیم سیاسی در مواجهه با یک مسئله شناخته شده است.^۱ سیاست‌گذاری عمومی اغلب به‌عنوان ترجیحات و ارزش‌های نخبگان حاکم در نظر گرفته می‌شود. برخی انعکاس خواسته‌های مردم در سیاست عمومی را بیشتر افسانه دانسته‌اند تا واقعیت دموکراسی.^۲ هرچند قدرت چانه‌زنی بازیگران دیگر پذیرفته شده، بیشتر جایگاه تصمیم‌ساز برای سیاست‌گذار تصمیم‌گیر شناخته می‌شوند. گاه برای نیل به سیاست کارا، فرایندها و دستورکارهایی برای موضوع، بررسی، تصویب، اجرا و ارزیابی سیاست در نظر گرفته می‌شود^۳ که بیشتر سوپ ایده‌های نخبگان است و نه ذی‌حقان.

اما در فرایند حق‌بنیاد، تأثیر ذی‌حقان بر تمامی مراحل سیاست‌گذاری فقط از راه مشورت، افکار عمومی، تشویق و تصمیم‌سازی مهیا نمی‌شود، بلکه در تمام فرایند، ذی‌حقان مستقیم یا غیرمستقیم حق سیاست‌گذاری خویش را اعمال می‌کنند. از این رو نمی‌توان تنها با معیارهایی چون نیل به اهداف، اثربخشی، کارایی، رضایت، عقلانیت و حتی مشارکت سیاست‌ها را سنجید.^۴ چنان‌که آمد، گاه مردم، گاه ذی‌نفعان و گاهی دولتمردان به‌عنوان صاحبان حق سیاست‌گذاری شناخته شده‌اند و موجهات آن مالکیت، شهروندی و نمایندگی و گاه سرپرستی بوده است. نهادهایی حقوقی که در تناظر با این عمل حقوقی بوده‌اند نیز بیشتر گرد نهادهای حقوقی مانند مشاورت، وکالت و نمایندگی، امانت، کارگزاری، تفویض، تعهد، اعتماد، اذن و اجازه، ولایت و سرپرستی، قیمومیت، حفاظت، غصب، صلاحیت، تصدی و کفالت و نصب گردیده‌اند. با شناختن صاحبان حق سیاست‌گذاری، موجهات آن و نهادهایی که توان کشیدن بار این عمل حقوقی را دارند، می‌توان آثار و محدوده حق سیاست‌گذاری را روشن‌تر کرد.

۲.۳. قانون و قاعده سیاست‌گذاری

تا اینجا معنای و محتوا، صاحبان و موجهات حق سیاست‌گذاری بررسی شد. اما وقتی از اجماع و برابند اراده‌های ذی‌حقان، به‌عنوان سیاست سخن می‌رود، وجود حقوق و قواعد اساسی پیشینی و حاکم بر سیاست، مفروض است که اعمال آنها، ساخت سیاست را ممکن می‌کند. اینکه این قواعد کجا و چگونه ساخته می‌شوند و چگونه کشف، انتزاع و صورت‌بندی می‌شوند، بر فهم چگونگی ساخت سیاست مقدم‌اند.

۱. اندرسون، جیمز، «مقدمه‌ای بر سیاست‌گذاری عمومی»، ترجمه کیومرث اشترینان، فرهنگ اندیشه، د. ش. ۱۸، ۱۳۸۵، ص. ۱۲.
۲. دای، تامس، «مدل‌های تحلیل سیاست‌گذاری عمومی»، ترجمه سویل ماکویی، فصلنامه مطالعات راهبردی، د. ش. ۱۱، ۱۳۸۷، ص. ۵۴.
۳. عطارزاده، بهزاد، «دستورکارها، جایگزین‌ها، و سیاست‌های عمومی، روش‌شناسی، امکانات نظری و یافته‌ها»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، د. ش. ۱، ۱۳۹۸، ص. ۲۰۹.
۴. امامی میبدی، راضیه، «ارزیابی سیاست: ناسامانی مفهومی»، فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی، د. ش. ۱، ۱۳۹۴، ص. ۱۴.

برخی حق‌ها به سرشت آدمیزاد گره خورده‌اند و به گونه‌ای مادرزاد هستند. حق حیات، آزادی انتخاب، حق پیگیری اراده و حق مالکیت بر تن اگر مادرزاد نباشند و منوط به امری توافقی، اعطایی و شرعی باشند، عنصر مقوم آدمیزاد را به محاق می‌برند. این حق‌ها را خرد به شکل بدیهی و به ضرورت درک می‌کند. حق مالکیت بر دستاورد را نیز با استدلال و قیاس منطقی می‌توان شناسایی کرد؛ چه آنکه اگر آدمی آنچه خود ساخته، نتواند از آن خود کند، اراده به آفرینش از دست می‌رود. بنابراین در گام نخست انسان به‌عنوان یک نوع و هستی صاحب اراده شناخته می‌شود. کرامت انسان نیز اقتضای برقراری همیشگی امکان پیگیری اراده و اختیار وی را در قلمرو خویش دارد. چراکه اگر قلمرویی برای انتخاب نداشته باشد یا آزادی پیگیری اراده خویش را در آن قلمرو نداشته باشد، اساساً عنصر مقوم انسان بودن را که همان امکان انتخاب است، از دست داده است. نخستین قلمروی پیگیری اراده انسان، تن اوست که می‌تواند با به‌کارگیری آن، چیزی بیافریند و از دستاورد آن بهره‌مند شود. پذیرفتن چنین قلمرویی زادگاه مالکیت خصوصی بر تن و آزادی است.^۱ در گام بعد اگر نتواند دستاورد پیگیری اراده خویش به میانجی تنش را از آن خود کند، بازهم آزادی اش نقض می‌شود. وی محق است از آزادی و مالکیت خود پاسداری کند. بنابراین بی‌آزادی و مالکیت، امکان آفرینش انسان از دست می‌رود. به دیگر سخن، شناسایی مرزهای این دو حق (آزادی و مالکیت) نخستین گام‌های سامان جهان انسان است. پس از آنکه آدمی این چنین ذی حق شد، توافق ذی‌حقان معنا پیدا می‌کند. به دیگر سخن تا خرد برخی حق‌ها را شناسایی نکند، نه توافق معنا دارد و نه عدالت. چراکه توافق و پیمان غیرذی‌حقان مؤسس نیست و عدالت اگر اعطا حق ذی‌حقان باشد، متوقف بر شناسایی حق و ذی‌حقان به‌صورت پیشینی است. برخی این حق‌ها را به میانجی توافق شناسایی کرده‌اند. گاه به شکل صریح و قرارداد آگاهانه و گاه به شکل ضمنی و ناآگاهانه. به‌نظر می‌رسد از منظر ایشان توافق ضمنی پیش از آنکه فرد در اجتماع صاحب نقشی شود، صورت گرفته است. این توافق پیشینی به آنچه رالز^۲ توافقی در پس پرده جهل می‌خواند، نزدیک است.^۳

بنابراین پیش از سیاست‌گذاری حق‌هایی با سرچشمه‌هایی بیرون از اراده سیاست‌گذار شناسایی شده اند. توصیه بوکانان به اقتصاددانان از این‌روست. «اقتصاددانان توصیه سیاستی را به‌گونه‌ای که آنها را یک

۱. کانتور، پل و استفان کاکس، **ادبیات و اقتصاد آزادی**، ترجمه سلما رضوان جو، ج ۲، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۴۰۲، ص ۱۴۹.

2. John Rawls.

۳. تالیس، رابرت، **فلسفه رالز**، ترجمه خشایار دیهیمی، ج ۱، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۷، ص ۵۶.

دیکتاتور خیرخواه استخدام کرده، رها کنند و باید ساختاری را بکاوند که تصمیمات سیاسی درون آن گرفته می‌شود. به ایشان پافشاری کردم به قانون اساسی سیاست اقتصادی توجه و قوانین را واریسی کنند، همان محدودیت‌هایی که کارگزاران سیاسی درون آن فعالیت می‌کنند. به دنبال معنای اقتصادی دادن به رابطه فرد و دولت بودم، پیش از اینکه به راه‌حل‌های ساده‌انگارانه سیاستی پرداخته شود.^۱ برای پاسخ به این پرسش می‌توان از پرسش‌های پنجم و ششم نظریه حق بهره جست. اندازه حق‌های صاحبان حق سیاست‌گذاری تا کجاست؟ و این حق چه آثار و لوازمی دارد؟ اما قاعده حاکم بر سیاست‌گذاری به نسبت حق، قانون، قانون‌گذاری و عرف گره می‌خورد. چنان‌که آمد، برخی حق‌ها با خرد شناسایی می‌شوند و ذی‌حقان این‌چنینی می‌توانند مؤسس حق‌ها و نهادها بعدی باشند. سببی از حق‌ها و نظم‌ها که برآمده از توافق اراده‌ها، برابند اراده‌ها و ارتکازات ذی‌حقان‌اند که گاهی با عرف و سنت نیز از آنها یاد می‌شود، قانون یک قوم را برمی‌سازند و قانون‌گذار در پارلمان و قوه قضائیه آنها را کشف و مدون می‌کند. بنابراین قانون برآمده از حق خرد بنیاد و اراده ذی‌حقان است و حق به‌صورت علیّ مقدم بر قانون است. اما نسبت عرف و قانون‌گذاری را می‌توان از دو جهت بررسی کرد: فرعیت و اشتقاق. برخی بر این باورند عرفی که مصادر رسمی، آن را معتبر بشناسند، قانون خواهد شد و هر عرف و عاداتی قانون تلقی نخواهد شد. از این‌رو عرف، فرع بر مجالس قانون‌گذاری است.^۲ در این نگرش قانون والد حق و عرف است و اگر قانون ادعا، اراده یا منفعتی را معتبر ندانند و تضمین نکنند، حق زاده نمی‌شود. قانون‌گذار برپایه منفعت، خوشبختی و مصالح عامه به ایجاد و توزیع حق می‌پردازد. در نگرشی دیگر قوانین مجالس قانون‌گذاری از قواعد و اصولی حاکم و عالی مشتق می‌شوند که گاه با بیان و گاه با عمل پرده از آنها برداشته می‌شود. بنابراین حق برآمده از خرد و عرف، حاکم بر مجالس قانون‌گذاری خواهد بود.^۳ در این نگرش نظام حقوقی فراتر از قانون موضوعه می‌تواند حق را به رسمیت بشناسد و از راه خرد، نیروهای غیررسمی، هنجارهای بنیادین، عرف، چانه‌زنی و برابند نیروها تضمین یک اراده، ادعا یا منفعت را به دست دهد و این‌گونه حق زاده شود. به بیان دیگر حق والد قانون است و برابند اراده ذی‌حقان یک قلمرو، قانون آن قلمرو خواهد بود. بنابراین مصادر رسمی، یگانه تضمین‌کننده اراده‌ها و منافع برای استقرار حقوق نخواهد

۱. بوکانان، جیمز، «قانون اساسی سیاست اقتصادی»، ترجمه جعفر خیرخواهان، *اقتصاد سیاسی تحول همه‌جانبه*، د. ۲، ش. ۵ و ۶، ۱۳۸۶، ص. ۸.

۲. هارت، هربرت، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، چ. ۹، تهران: نشر نی، ۱۴۰۰، ص. ۱۶۸.

۳. فون هایک، فردریش، *قانون، قانون‌گذاری، و آزادی*، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، ج. ۳، چ. ۱، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲، ص. ۴۴.

بود. فراتر آنکه این اراده‌های تضمین شده با نیروهای غیررسمی، خود در چگونگی ریخت گرفتن نهادهای تضمین کننده رسمی، نقشی پیشینی خواهند داشت. اگر این امر وارونه شود، مجالس قانون گذاری می‌توانند آیین شهروندی و سرچشمه‌های یک نظام حقوقی بالنده را بخشکانند. جایی که هیچ قاعده مدنی تضمین کننده حقوق، غیر از دستور مجلس نباشد، تحقق اراده فرد و جامعه مدنی سالبه به انتفای موضوع خواهد بود. از همین رو منبع اعتبار حقوق طبیعی و اساسی خارج از وضع و قرارداد است و به عنوان مجموعه مشترک یا حداقلی حقوقی شناخته شده‌اند که لازمه طبیعت، سرشت و ذات انسان‌اند و خارج از اراده قانون گذار و حتی والاتر از آن. پیش از وضع قانون گذار و پیدایش دولت و حتی اگر خداوندی وجود نداشت، چنین حقی برای انسان وجود داشت. این حقوق فرازمانی، فرامکانی، فراقراردادی، فراوضعی، غیرقابل سلب و جهان شمول‌اند که نتیجه شهود عقلانی انسان‌ها و عدالت بوده‌اند.^۱

به رسمیت شناختن حقوق طبیعی و اساسی نه فقط جلودار تعرض افراد به یکدیگر است؛ بلکه اسباب مهار دولت‌های چیره و خودکامه - که مبتنی بر قانون ظالمانه حکومت می‌کنند - را فراهم می‌کند. لازمه برخورداری از چنین حق‌هایی خروج آنها از سیطره قانون گذاری و سیاست گذاری خواهد بود؛ چراکه قابل سلب شدن نیستند و افراد در اعمال آن حقوق آزادند. می‌توان گفت خردی که قلمرو خصوصی را موضوعاً از دایره قانون گذاری و سیاست گذاری در سپهر عمومی خارج می‌دانند، مصوبات مجالس قانون گذاری را در سپهر خصوصی نافذ نمی‌دانند. بنابراین دادوستد مالکان آزاد، متعلق سیاست گذاری از راه رأی همگان و اکثریت، دموکراسی، اجماع و دولت قرار نخواهند گرفت.

اما آنچه منشأ تأسیس حقوق است، شیوه لحاظ آن مرزهایی است که قلمروهای حقوقی را می‌سازد. بعد از خرد که با شناسایی حقوق طبیعی برای نوع انسان مرزهایی را ترسیم می‌کند، ذی حقان نیز در دادوستدهای خود گاه مرزهایی را لحاظ می‌کنند. این لحاظ مرزها در ذهن افراد یک قوم از یک سو و به کارگیری آنها در کنش‌ها و تعاملات زندگی جمعی‌شان از سوی دیگر می‌تواند نظام حقوقی آنها را آشکارتر سازد. می‌توان از چنین چیدمانی با ارتکاز یاد کرد؛ بدین معنا که یک قوم چگونه در زندگی جمعی، حقوق اساسی را شناخته‌اند و مطابق آن تعامل می‌کنند یا در سطحی پایین تر برای نهادهای مدنی مانند مالکیت خصوصی ارکانی در ذهن و عمل اشان نقش بسته است. این نقش بستن و جا افتادن ردی مانند پاکوب جا می‌گذارد که حقوق دان آن را قانون انگاشته و آنها را با ابزارهای استنباطی و قضایی (اجتهاد و

۱. قربان‌نیا، ناصر، «حقوق طبیعی و حقوق بشر»، حقوق بشر، د. ۸، ش. ۱، ۱۳۹۲، ص. ۵.

رویه قضایی) می‌یابد، انتزاع، صورت‌بندی و مدون می‌کند. نخستین حق‌ها را خرد درک می‌کند و پس از آن نظام قضایی و تقنینی گونه‌ای از کشف خردورزانه حقوق خواهد بود.^۱ نظر به همین شیوه لحاظ مرزهاست که می‌توان ایده قانون‌گذاری در جوامع دموکراتیک را واکاوی کرد. ابهام در مرزها می‌تواند قانون‌گذاری را نه فقط حق نخبگان قضایی و حقوقی بداند، بلکه سیاست‌مداران را به‌عنوان وکیل شهروندان مجاز به اقدامات تقنینی (در سلسله‌مراتب قانون‌گذاری) بداند و این‌گونه پیوندی میان سیاست و حقوق با میانجی‌گری قانون‌گذاری صورت می‌پذیرد.^۲

وقتی حقوق اساسی، طبیعی، خصوصی و حدود مالکیت خصوصی و عمومی این‌گونه مشخص شد، میزان آزادی تصرف مالکان در قلمرو مالکیتشان نیز مشخص می‌شود. در این چارچوب، حقوق مذکور و قواعد مالکیت حاکم بر سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری در سلسله‌مراتب پایین‌تر آن مانند پارلمان خواهد بود. هرچند درباره اینکه رأی، دموکراسی و پارلمان در تأسیس و کشف چه حقوقی توانایی دارند، یا اینکه کنش یا رأی کدام بهتر می‌تواند آشکارکننده ترجیحات اشخاص باشد، اختلاف نظر وجود دارد. اما از دید برخی اساساً پارلمان سازه اجماع‌یاب برای ذی‌حقانی است که حقوق اساسی آنها پیش‌تر تعریف شده است. بنابراین با اتفاق و اکثریت آرا نمی‌توان آن حقوق را نقض کرد. بنابراین وقتی منشأ تأسیس حق، شناسایی و معتبر شد در گام بعد با ترسیم مرز میان حق‌های خصوصی و عمومی، قاعده حاکم دیگری بر سیاست‌گذاری به دست می‌آید.

یکی از معتبرترین نهادها برای ترسیم حق‌های خصوصی و عمومی، نهاد مالکیت است. با داشتن حق مالکیت خصوصی و ترسیم مرزهای آن، هر شخصی برای اعمال اراده در قلمرو ویژه خویش آزاد است و تا وقتی که اشخاص می‌توانند اراده خود را بدون همکاری و مانع‌تراشی دیگری اعمال کنند، نیازی به سازوبرگ‌های اجماع‌ساز و اجماع‌یاب ندارند، تا پی سیاست‌گذاری برونند؛ چراکه اعمال اراده ذی‌حقان در قلمرو خویش، به شکل‌گیری یک برابند می‌انجامد که آن برابند نیز متعلق سیاست‌گذاری قرار نمی‌گیرد. در این محیط اقتصاددانان تنها از ابزارها، فن‌ها و علم اقتصاد برای تحقق اهداف و اراده‌های مالکان و پیگیری نفع ایشان - که از راه سازوکارهای معتبر خلق یا کشف شده‌اند - راهکار ارائه می‌دهند. اقتصاددانان نقش مشاور برای صاحبان حق یک میدان را دارند و به‌لحاظ حقوقی کارگزار کارفرمای

1. Ludwig von Mises, **Liberalism In The Classical Tradition**, San Francisco, California: The Foundation for Economic Education, 1985, p. 39.

۲. توری، کارلو، «قانون‌گذاری: امری میان سیاست و حقوق»، ترجمه حسن و کیلیان، مجلس و پژوهش، د. ۱۴، ش. ۵۵، ۱۳۸۷، ص. ۲۶۴.

واقعی‌اند. از این رو گاه به آنها تصمیم‌ساز، در برابر تصمیم‌گیر گویند.^۱ از سوی دیگر معنای محدودیت و مشروطیت اراده اکثریت، دموکراسی و مجالس قانون‌گذاری، ناروا بودن تحمیل اراده اکثریت به قلمرو غیرخودشان، یعنی حقوق خصوصی فرد و اقلیت خواهد بود. بنابراین قواعد مالکیت خصوصی حاکم بر سیاست‌گذاری خواهد بود.^۲

در گام بعد ممکن است مملوکات مشاع و اشتراکی وجود داشته باشد که به لحاظ عدم امکان افراز آن با ابزارهای مالکیت خصوصی و مبادله بازاری، صاحبان حق آن، منافع فردی خود را در قالب اهداف جمعی پیگیری می‌کنند. در این قلمرو ابزار دموکراسی و انتخاب عمومی، اجتماعی و جمعی برای شیوه تولید، مصرف، مبادله و سهم‌بری به کار گرفته می‌شود. اینجا هم نوعی مبادله وجود دارد، اما ابزارها و نهادهایش نابازاری است. وقتی پای نهادهای نابازاری به میان می‌آید، سنجه ارزیابی آنها دیگر کارایی در محیط بازار نخواهد بود، بلکه معنایی کارایی به تطبیق فرایند سیاست با قواعد اساسی سیاست، منصرف می‌شود که همان امکان تجلی توافق اراده ذی‌حقان در سیاست خواهد بود.^۳ بنابراین سیاست‌گذاری ممکن است از راه دموکراسی مستقیم، دموکراسی نمایندگی و وکالت از ذی‌حقان ممکن شود و اراده ذی‌حقان حاکم بر سیاست‌گذاری خواهد بود.

گام بعد قلمروهایی است که حقوق حاکم بر آن فراتر از مملوکات مشاع خصوصی است که با برچسب امر عمومی از آن یاد می‌شود و حقوق عمومی به معنای خاص بر آن حاکم است. شهر و کشور برای شهروندان یک مرز جغرافیایی می‌تواند نمود چنین میدانی باشد که سازه دولت و دموکراسی برای سامان امور آن خلق شده‌اند. بنابراین آنچه در یک شهر و کشور یافت شود که در مالکیت خصوصی اشخاص آن نباشد، با ابزار دموکراسی مستقیم، نمایندگی و دولت به سامان می‌شود. در هر دو میدان خصوصی و عمومی ذی‌حقان برای خود، سیاست‌گذاری می‌کنند و گزینش‌های ناروا در این میدان به هیچ روی سیاست تلقی نخواهد شد. بنابراین ذی‌حقان یک قلمرو گروهی، برای قلمروهای عمومی دیگر سیاست‌گذاری نمی‌کنند. تفکیک قلمرو اختصاصی از مشاع و تفکیک قلمروهای مشاع براساس ذی‌حقان آن، خود نخستین گام سیاست‌گذاری است. اعمال اراده ذی‌حقان براساس نظریه حق نه تنها به استبداد توده، اکثریت، الیگارش‌ها، فن‌سالارها و نمی‌انجامد، بلکه در محیط نمایندگی نیز سیاست‌گذاران به عنوان

۱. پژوهان، جمشید، «به‌سوی ساختار سیاست‌سازی و سیاست‌گذاری اقتصادی»، *راهبرد یاس*، د ۲، ش ۶، ۱۳۸۵، ص. ۱۴۶.

2. Friedrich A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, N.P.: The University of Chicago Press, 1958, p. 31.

۳. بوکانان، جیمز، منبع پیشین، ص. ۱۵.

وکلای ذی‌حقان میدان سیاست، باید در چارچوب اراده ذی‌حقان که با قواعد رسمی و غیررسمی کشف می‌شوند، رفتار کنند. شایسته‌سالاری در نظام حق‌بنیاد یا وجود ندارد یا به‌معنای استخدام کارگزار شایسته و متخصص از سوی ذی‌حقان است، نه اینکه شایستگی یا تخصص شرط حاکمیت باشد.

پس از تعیین قواعد و قوانین اساسی و اهداف سیاست از راه سازه‌های مؤسس و کاشف آنها، بازیگران میدان اقتصاد که همان مالکان آزاد در مبادله‌اند، با کنش و رقابت، نتیجه‌ای را رقم می‌زنند که دیگر با رأی و قرارداد نمی‌توان نتایج آن را دستکاری کرد و همچنان ادامه سیاست را از راه رأی و قرارداد پیگیری کرد، بلکه خروجی بازار در چنین شرایطی، خود سیاست و برنامه‌ریزی تلقی می‌شود. بنابراین از سیاست‌گذاری اقتصادی هیچ معجزه‌ای بر نمی‌خیزد. بهترین سیاست اقتصادی این است که دولت‌ها محدود به وظایف سنتی خود شوند و از مداخله‌گرایی برحذر باشند.^۱ می‌توان گفت که خشت دوم سیاست اقتصادی مبتنی بر اصلی بازاری تأسیس می‌شود. رقابت و مبادله مالکان آزاد و دست نامرئی بازار رکن دوم تأسیس سیاست اقتصادی است. به دیگر سخن، سیاست اقتصادی که قواعدش با سازه‌های نظم خودجوش و نظم برنامه‌ریزی، به اراده ذی‌حقان متصل نباشد یا نتیجه‌اش مبتنی بر کنش و رقابت نباشد، فصل مقوم خود را از دست داده است. بنابراین در گستره سیاست اقتصادی، رأی، قرارداد، کنش و رقابت توان وجود دارد و در میدان مبادله مالکان خصوصی نمی‌توان از رأی و قرارداد غیرذی‌حقان بهره برد.

نتیجه‌گیری

بررسی نظریات اقتصاد رفاه، اقتصاد کلان، انتخاب عمومی و اجتماعی و نظریه بازی‌ها نشان می‌دهد که سنجه ساخت و ارزیابی سیاست عمومی و اقتصادی گرد خیر، منفعت اجتماعی، هزینه، فایده، مطلوبیت کل و کارایی گردیده و کمتر از ایده حقوق در این قلمرو سخن گفته شده است. نظریه حق با پرسش‌های شش‌گانه: معنا، محتوا، صاحبان، موجهات، اندازه و آثار حق سیاست‌گذاری می‌تواند چارچوب کارآمدی برای تحلیل ساخت و ارزیابی سیاست عمومی و اقتصادی ارائه دهد. مهم‌ترین دستاورد چنین تحلیلی کشف قواعد حاکم بر سیاست‌گذاری مبتنی بر حقوق اساسی، حقوق طبیعی، حقوق خصوصی و مالکیت خصوصی و عمومی است که نمی‌توان با صلاح‌دید سیاست‌گذار آنها را نقض کرد. سیاست باید از مسیر این حقوق ساخته شود. بنابراین وقتی کنشگران بازار در قلمرو مالکیت خصوصی، حق خویش را اعمال می‌کنند، برابری را می‌سازند که حق بنیاد است و نمی‌توان با اراده دولت، سیاست‌گذار،

۱. فون میزس، لودویگ، **سیاست اقتصادی**، ترجمه محمود صدیقی، ج. ۳، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۸، ص. ۳.

دموکراسی، اجماع و اکثریت آراء، آن را نقض کرد. در قلمروهای مشاع نیز، سیاست به تجلی توافق اراده ذی‌حقان منصرف می‌شود و نمی‌توان با اراده سیاست‌گذار و غیرذی‌حقان آن میدان مشاع، آن را نقض کرد. این قواعد اساسی حاکم بر سیاست‌گذاری با شیوه لحاظ مرزها در ذهن و عمل ذی‌حقان یک قلمرو تأسیس، کشف و تدوین می‌شود و از این جهت چنین قواعدی بر مصوبات مجالس قانون‌گذاری و دموکراسی حاکم است. بنابراین می‌توان گفت هر گزینش ناروایی نادرست است و حق با سنجهای غیر از خودش سنجیده نمی‌شود و چگونگی ساخت سیاست حق‌بنیاد بر محتوای سیاستی که به ادعای سیاست‌گذار کارایی دارد، حاکم است.

فهرست منابع

منابع فارسی

کتاب

۱. اسنودان، برایان، و هوآرد آر. وین، **اقتصاد کلان جدید، منشأ، تحول، و وضعیت فعلی**، ترجمه منصور خلیلی و علی سوری، ج ۲، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۲. پسران، هاشم و تونی لاوسون، **بررسی جنبه‌های روش‌شناختی اقتصاد کینز**. ترجمه غلامرضا آزاد ارمکی، ج ۱، تهران: نشر دیدار، ۱۳۷۶.
۳. تالیس، رابرت، **فلسفه رالز**، ترجمه خشایار دیهیمی، ج ۱، تهران: فرهنگ نشر نو ۱۳۹۷.
۴. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، ج ۱، ۵، تهران: نشر نی، ۱۳۹۵.
۵. راسخ، محمد، **حق و مصلحت**، ج ۲، ۳، تهران: نشر نی، ۱۳۹۵.
۶. ریوز، دوری، **برنامه‌ریزی برای تنوع**، ترجمه مرتضی رستمی، ج ۱، تهران: انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۹۷.
۷. سن، آمارتیا، «**برابری چه؟**» ترجمه علی سلیمیان ریزی، **دژ: لیبرالیسم و مسئله عدالت**، به کوشش محمد ملأ عباسی، ج ۳، تهران: ترجمان، ۱۳۹۸.
۸. سن، آمارتیا، **انتخاب جمعی و رفاه اجتماعی**، ترجمه هرمز همایون پور، ج ۱، تهران: مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، ۱۳۹۹.

۹. عجم اوغلو و دارون، جیمز ای رابینسون، **چرا ملت‌ها شکست می‌خورند**، ترجمه محسن میردامادی و محمدحسین نعیمی‌پور، چ. ۱، تهران: انتشارات روزنه، ۱۳۹۴.
۱۰. عجم اوغلو و دارون، جیمز ای رابینسون، **راه باریک آزادی**، ترجمه علیرضا بهشتی شیرازی و جعفر خیرخواهان، چ. ۲، تهران: روزنه، ۱۳۹۹.
۱۱. غنی‌نژاد، موسی، **گفتارهایی در روش‌شناسی علم اقتصاد**، چ. ۱، تهران: مینوی خرد، ۱۳۹۷.
۱۲. کانتور، پل و استفان کاکس، **ادبیات و اقتصاد آزادی**، ترجمه سلما رضوان‌جو، چ. ۲، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۴۰۲.
۱۳. کینز، جان مینارد، **نظریه عمومی اشتغال، بهره و پول**، ترجمه منوچهر فرهنگ، چ. ۲، تهران: نی، ۱۳۹۴.
۱۴. گویس، ریموند، **خیر عمومی و خیر خصوصی**، ترجمه حسن افشار، چ. ۱، تهران: نشر مرکز، ۱۳۹۶.
۱۵. مولر، دنیس سی، **انتخاب عمومی، تحلیل اقتصادی قواعد بازی اجتماعی از دیکتاتوری تا دموکراسی**، ترجمه زیر نظر محسن رنانی، چ. ۱، تهران: نورعلم، ۱۳۹۵.
۱۶. لیارد، پی.آر.جی. و ا.ا. والترز، **تئوری اقتصاد خرد**، ترجمه عباس شاکری، چ. ۵، تهران: نی، ۱۳۸۷.
۱۷. میزس، لودویگ فون، **سیاست اقتصادی**، ترجمه محمود صدری، چ. ۳، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۸.
۱۸. هارت، هربرت، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، چ. ۹، تهران: نشر نی، ۱۴۰۰.
۱۹. هایک، فردریش فون، **در سنگر آزادی**، ترجمه عزت‌الله فولادوند، چ. ۵، تهران: نشر ماهی، ۱۳۹۰.
۲۰. هایک، فردریش فون، **قانون، قانون‌گذاری، و آزادی**، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، چ. ۳، ۱، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۲.

مقاله

۲۱. امامی‌مبیدی، راضیه، «ارزیابی سیاست: نابسامانی مفهومی»، **فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی**، د. ۱، ش. ۳، پاییز ۱۳۹۴، صص. ۲۸-۹. 10.22059/PPOLICY.2015.57677
۲۲. اندرسون، جیمز، «مقدمه‌ای بر سیاست‌گذاری عمومی»، ترجمه کیومرث اشتریان، **فرهنگ اندیشه**، ش. ۱۸، تابستان ۱۳۸۵، صص. ۴۴-۹.

۲۳. بوکانان، جیمز، «قانون اساسی سیاست اقتصادی»، ترجمه جعفر خیرخواهان، *اقتصاد سیاسی تحول همه‌جانبه*، د. ۲، ش. ۵ و ۶، ۱۳۸۶، صص. ۲۰-۷.
۲۴. پژویان، جمشید، «به‌سوی ساختار سیاست‌سازی و سیاست‌گذاری اقتصادی»، *راهبرد یاس*، د. ۲، ش. ۶، ۱۳۸۵، صص. ۱۴۸-۱۳۹.
۲۵. توری، کارلو. «قانون‌گذاری: امری میان سیاست و حقوق»، ترجمه حسن و کیلیان، *مجلس و پژوهش*، د. ۱۴، ش. ۵۵، بهار ۱۳۸۷، صص. ۲۷۴-۲۵۹.
- https://rc.majlis.ir/fa/book_pub/show/837544
۲۶. جلیلی قاسم آقا، امید، «سیاست‌گذاری مفاهیم الگوها و فرایندها»، *رویکردهای نوین در مدیریت و حسابداری*، د. ۲، ش. ۴، بهار ۱۳۹۷، صص. ۱۱۴-۱۰۶.
- <https://www.majournal.ir/index.php/ma/article/view/47>
۲۷. حق‌شناس، محمدجواد، «فرایند سیاسی سیاست‌گذاری: رویکردی عمل‌گرایانه به سیاست‌گذاری عمومی»، *سیاست‌گذاری عمومی*، د. ۴، ش. ۲، تابستان ۱۳۹۷، صص. ۲۲۰-۲۰۹.
- 10.22059/PPOLICY.2018.67876
۲۸. دای، تامس، «مدل‌های تحلیل سیاست‌گذاری عمومی»، ترجمه سویل ماکویی، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، د. ۱۱، ش. ۱، بهار ۱۳۸۷، صص. ۷۴-۴۳.
- https://quarterly.risstudies.org/article_943.html
۲۹. سلطانی، سید ناصر، «پیدایش مفهوم امر عمومی در مشروطیت»، *مطالعات حقوقی*، د. ۱۲، ش. ۱، بهار ۱۳۹۹، صص. ۱۶۵-۱۳۹.
- 10.22099/JLS.2020.30348.3042
۳۰. عربی، هادی و دیگران، «نظریه بازی‌ها به‌مثابه ابزاری برای فلسفه اخلاق؛ تبیینی تاریخی و تحلیل انتقادی»، *اقتصاد/سلامی*، د. ۱۶، ش. ۳، پاییز ۱۳۹۵، صص. ۱۱۶-۹۱.
- https://eghtesad.iict.ac.ir/article_22811.html
۳۱. عطارزاده، بهزاد، «دستور کارها، جایگزین‌ها، و سیاست‌های عمومی، روش‌شناسی، امکانات نظری و یافته‌ها»، *فصلنامه سیاست‌گذاری عمومی*، د. ۵، ش. ۱، بهار ۱۳۹۸، صص. ۲۲۵-۲۰۱.
- 10.22059/PPOLICY.2019.71582
۳۲. قربان‌نیا، ناصر، «حقوق طبیعی و حقوق بشر»، *حقوق بشر*، د. ۸، ش. ۱، خرداد ۱۳۹۲، صص. ۵۸-۴۱.
- https://humanrights.mofidu.ac.ir/article_21192.html

۳۳. لشکری، علیرضا، «امر عمومی و اختیارات دولت از دیدگاه اقتصاد نئوکلاسیک و اسلام؛ بررسی مقایسه‌ای روش تبیین»، *روش‌شناسی علوم انسانی*، د. ۲۴، ش. ۹۴، بهار ۱۳۹۷، صص. ۸۱-۱۰۰.
10.30471/MSSH.2018.1451
۳۴. محبوبی، رضا، «موجه‌سازی مطالبات رفاه اجتماعی بر مبنای نظریه حق»، *فصلنامه رفاه اجتماعی*، د. ۱۳، ش. ۴۹، تابستان ۱۳۹۲، صص. ۱۵۱-۱۸۰.
35. <https://refahj.uswr.ac.ir/article-1-1323-fa.html>
۳۶. معینی علمداری، جهانگیر، «تأملی در فلسفه سیاست‌گذاری عمومی»، *سیاست‌گذاری عمومی*، د. ۱، ش. ۳، پاییز ۱۳۹۴، صص. ۱۳۹-۱۵۰.
10.22059/PPOLICY.2015.5768
۳۷. مهرآرام، پرهام، و گودرز افتخار جهرمی، «بن‌مایه‌های رومی حقوق عمومی»، *پژوهش حقوق عمومی*، د. ۲۱، ش. ۶۲، بهار ۱۳۹۸، صص. ۷۱-۹۹.
<https://doi.org/10.22054/qjpl.2018.24293.1590>
۳۸. میدری، احمد، «جایگاه دولت در اندیشه بوکانان»، *راهبرد*، ۲، ۱۳۷۲، صص. ۷۷-۱۰۱.
۳۹. وحید، مجید، «جستاری پیرامون سیاست‌گذاری در ایران»، *دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، د. ۴، ش. ۶۷، بهار ۱۳۸۴، صص. ۲۶۱-۲۷۳.
https://jflps.ut.ac.ir/article_11190.html
۴۰. وحید، مجید، «درآمدی بر سیاست‌گذاری عمومی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش. ۵۲، تابستان ۱۳۸۰، صص. ۱۸۵-۲۱۷.
https://jflps.ut.ac.ir/article_12608.html
۴۱. وکیلان، حسن، «بررسی نقش و تأثیر گروه‌های ذی‌نفع در سیاست‌گذاری برای فضای کسب‌وکار»، *دانش‌نامه حقوق اقتصادی*، د. ۲۲، ش. ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، صص. ۶۸-۹۶.

References

Books:

1. Ajamoglu, and Daron, James E. Robinson. **The Narrow Path to Freedom**, Translated by Alireza Beheshti Shirazi and Jafar Khairkhahan. Tehran: Rozena, 2010. (In Persian)
2. Ajamoglu, and Daron, James E. Robinson. **Why Nations Fail**. Translated by Mohsen Mirdamadi and Mohammad Hossein Naimipour. Tehran: Rozane Publications, 2015. (In Persian)
3. Ghaninejad, Musa. **Discourses on the Methodology of Economics**. Tehran: Minou Khrad, 2018. (In Persian)
4. Gois, Raymond. **Public Goods, Private Goods**. Translated by Hassan Afshar. Tehran: Markaz Publishing House, 2017. (In Persian)
5. Hayek, Friedrich A. **Individualism and Economic Order**, N.P: The University Of Chicago Press, 1958.
6. Hayek, Friedrich von. **Law, Legislation, and Freedom**. Translated by Mahshid Moayeri and Musa Ghaninejad. Volume 3, Tehran: Donyaye Eqtesad, 2013. (In Persian)
7. Hayek, Friedrich von. **The Constitution of Liberty**. Translated by Ezatollah Foladvand. Tehran: Mahi Publishing House, 2011. (In Persian)
8. Keynes, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest, and Money**. Translated by Manouchehr Farhang. Tehran: Ney, 2015. (In Persian)
9. Layard, P. R. G., and A. A. Walters, **Microeconomic Theory**, translated by Abbas Shakeri. Tehran: Ney, 2008. (In Persian)
10. Mises, Ludwig von. **Economic Policy**, translated by Mahmoud Sadri. Tehran: Donyayeh Eqtesad, 2019. (In Persian)
11. Mises, Ludwig von. **Liberalism in the Classical Tradition**, San Francisco, California: The Foundation for Economic Education, 1985.
12. Muller, Dennis C. **Public Choice, Economic Analysis of the Rules of the Social Game from Dictatorship to Democracy**, translated by Mohsen Renani. Tehran: Noor Elam 2016. (In Persian)
13. Pesaran, Hashem, and Tony Lawson. **A Study of Methodological Aspects of Keynesian Economics**. Translated by Gholamreza Azad Aramaki. Tehran: Didar Publishing House, 1997. (In Persian)
14. Rasekh, Mohammad. **Right and Expediency**, Volume 1. Tehran: Ney Publishing, 2018. (In Persian)
15. Rasekh, Mohammad. **Right and Expediency**, Volume 2. Tehran: Ney Publishing, 2018. (In Persian)

16. Reeves, Dory. **Planning for Diversity**, translated by Morteza Rostami, (Tehran: Elmi Farhangi Publishing, 2018). (In Persian)
17. Robert, Nozick. **Anarchy, state, And Utopia**, Oxford UK And Cambridge USA: Blackwell, 1999.
18. Rothbard, Murray N., **Power and Market: Government and the Economy**, Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2006.
19. Sen, Amartya. **Collective Choice and Social Welfare**. Translated by Hormoz Homayounpour. Tehran: Higher Institute for Social Security Research, 2010. (In Persian)
20. Sen, Amartya. **What is Equality?** Translated by Ali Selimian Riz. In: **Liberalism and the Problem of Justice**, edited by Mohammad Molla Abbasi, Tehran: Tarjang, 2019. (In Persian)
21. Snowdon, Brian, and Howard R. Wynne. **New Macroeconomics, Origins, Development, and Current Status**. Translated by Mansour Khalili and Ali Souri. Tehran: Samt, 2014. (In Persian)
22. Talisse, Robert B, **On Rawls**, translated by Khashayar Dehimi. Tehran: Farhang Nashr Nou 2018. (In Persian)

Articles:

23. Anderson, James, "An Introduction to Public Policy," translated by Kiyomars Ashtarian. *Farhang Andisheh*, Vol. 5, No. 18, Summer 2006, pp. 9-44. (In Persian)
24. Arabi, Hadi and Others, "Game Theory as a Tool for Moral Philosophy; A Historical Explanation and Critical Analysis", *Islamic Economics*, Vol.16, No. 63, Fall 2016, pp. 116-91. (In Persian)
25. Attarzadeh, Behzad, "Agendas, Alternatives, and Public Policies, Methodology, Theoretical Possibilities, and Findings", *Public Policy Quarterly*, Vol.5, No. 1, Spring 2019, pp. 201-225. (In Persian)
26. Buchanan, James, "The Constitution of Economic Policy," translated by Jafar Khairkhan, *Political Economy of Comprehensive Transformation* 2, Nos. 5 and 6, 2007: pp. 7-20. (In Persian)
27. Dye, Thomas, "Models of Public Policy Analysis," translated by Savile Makoui. *Strategic Studies Quarterly*, Vol. 11, No. 1. Spring 2008, pp. 43-74. (In Persian)
28. Emami Meybodi, Razieh, "Policy Evaluation: A Conceptual Disarray", *Public Policy Quarterly*, Vol. 1, No. 3, Fall 2015, pp. 9-28.
29. Ghorbania, Naser, "Natural Rights and Human Rights", *Human Rights*, Vol.8, No. 1, June 2013, pp. 41-58. (In Persian)

30. Haghshenas, Mohammad Javad, "The Political Process of Policymaking: A Pragmatic Approach to Public Policymaking," *Public Policy*, Vol.4, No. 2, Summer 2018. Pp. 209-220. (In Persian)
31. Jalili Ghasem Agha, Omid, "Policy-Making: Concepts, Patterns, and Processes", *New Approaches to Management and Accounting*, Vol. 2, No. 4, Spring 2018, pp. 114-106. (In Persian)
32. Lashkari, Alireza. "Public Order and State Powers from the Perspective of Neoclassical Economics and Islam; A Comparative Study of the Explanatory Method," *Methodology of the Humanities*, Vol.24, No. 94, Spring 2018, pp. 81-100. (In Persian)
33. Mahboubi, Reza. "Justifying Social Welfare Demands Based on the Theory of Rights," *Social Welfare Quarterly*, Vol.13, No. 49, Summer 2013, pp. 151-180. (In Persian)
34. Mehr Aram, Parham, and Goodarz Eftekhari Jahromi. "Roman Motives of Public Law", *Public Law Research*, Vol.21, No. 62, Spring 2019, pp. 99-71. (In Persian)
35. Midari, Ahmad. "The Place of the State in Buchanan's Thought", *Strategy*, Vol.2, 1993, pp. 101-77(In Persian)
36. Moeini Alamdari, Jahangir. "A Reflection on the Philosophy of Public Policy," *Public Policy*, Vol.1, No. 3, Fall 2015, pp. 139-150. (In Persian)
37. Pejouyan, Jamshid, "Towards the Structure of Policy-Making and Economic Policy-Making", *Rahbord Yas*, Vol. 2, No. 6, 2006, pp. 139-148. (In Persian)
38. Soltani, Seyed Naser, "The Emergence of the Concept of the Public Matter in Constitutionalism," *Legal Studies*, Vol.12, No. 1, Spring 2020, pp. 139-165. (In Persian)
39. Tori, Carlo, "Legislation: A Matter Between Politics and Law", translated by Hassan Vakilian. *Majles and Research*. Vol.14, No. 55, Spring 2008. Pp. 274-259. (In Persian)
40. Vahid, Majid. "A Study of Policymaking in Iran", *Faculty of Law and Political Science*, University of Tehran, Vol. 4, No. 67, Spring 2005, pp. 273-261. (In Persian)
41. Vahid, Majid. "An Introduction to Public Policy-Making," *Journal of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran*, No. 52, Summer, 2001, pp. 185-217. (In Persian)
42. Vakilian, Hassan, "A Study of the Role and Impact of Interest Groups in Policy-Making for the Business Environment," *Encyclopedia of Economic Law*, Vol.22, No. 8, Fall-Winter 2015, pp. 68-96. (In Persian)

Public Policy Based on the Theory of Rights: With an Emphasis on Economic Policy

Mostafa Sadegh*

Ziaodin KiaalHoseini**

Majid Rezaee***

Received: 2025.08.10 Revised: 2025.11.23 Accepted: 2026.07.21

Abstract

The purpose of this article is to examine the impact of the idea of rights on the formulation and evaluation of public policy and economic policy. Although the application of the idea of rights is considered necessary, how the theory of rights can be applied to policymaking has not been sufficiently developed, while the good, efficiency, and desirability have been introduced as criteria for evaluating policy. The theory of rights provides a means for applying the idea of rights to policymaking. By analyzing the elements of rights, this article develops a framework for such an application. Accordingly, it examines the meaning, content, holders, justifications, limits, and implications of the “right to policymaking.” The most important outcome of this analysis is the identification of the rules governing policymaking on the basis of constitutional rights, natural rights, private rights, and private and public property rights—rules that cannot be overridden by the discretion of policymakers. Policy must be formulated through these rights. The exercise of the rights of private owners produces a rights-based outcome that cannot be overridden by the will of the state, policymakers, democracy, consensus, or majority rule. In domains of co-ownership, policy derives its meaning from the agreement among the right-holders of that domain, and it cannot be overridden by the will of policymakers or others who have no right in that common domain. It can therefore be argued that any choice made by a non-right-holder, or without a basis in rights, is erroneous; that a right cannot be evaluated by a standard other than the right itself; and that a policy constructed on the basis of rights takes precedence over a policy that policymakers claim to have constructed on the basis of efficiency.

Keywords:

law and economics, public policy, legal institutions, property rights, The theory of rights.

* Ph.D., Faculty of Economics, Mofid University, Qom, Iran. Corresponding Author's email: m.mostafa_sadegh@yahoo.com.

** Assistant Professor, Faculty of Economics, Mofid University, Qom, Iran.

*** Assistant Professor, Faculty of Economics, Mofid University, Qom, Iran.

تحلیل محدودیت‌های تقنینی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران و آثار آن بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی

جعفر نظام‌الملکی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۲۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۱۰/۰۷

چکیده

در تمام مدل‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی، به موازات سرمایه‌گذاری پورتفولیو، البته در سطحی کمتر، روش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز اعمال می‌شود. با وجود آنکه قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ بر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی متمرکز است، قانون مذکور، آیین‌نامه اجرایی آن و سایر مقررات مرتبط دارای محدودیت‌های چندی در این زمینه است که درخصوص صندوق‌های ثروت حاکمیتی نیز صدق می‌نماید. مسئله تحقیق حاضر شناسایی محدودیت‌های تقنینی احتمالی در حوزه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، که می‌توانند به‌طور جدی بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی مؤثر واقع شوند، و تحلیل و ارزیابی آثار مذکور است. بر مبنای نتایج تحقیق حاضر در ارتباط با درآمدهای صادراتی صندوق ثروت حاکمیتی در غالب موارد، که منشأ معاملاتی و محل پرداخت آنها خارج از کشورند، سرمایه‌گذاری درآمدهای مذکور در داخل کشور سرمایه با منشأ خارجی تلقی می‌گردد. با توجه به آثار شرایط و محدودیت‌های انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری، اعمال آنها درخصوص صندوق‌های ثروت حاکمیتی دشوار و غیرممکن بوده و اصلاح مقررات در این زمینه ضروری است. در ارتباط با محدودیت در تملک اموال غیرمنقول درخصوص صندوق‌های مذکور اصل منع تملک اموال غیرمنقول در حقوق موضوعه ایران مانعی جزئی بوده و صرفاً نسبت به سرمایه‌گذاری در اموال غیرمنقول و همچنین زیرساخت‌های نیروگاهی و انرژی است. در پایان نیز توصیه‌هایی برای اصلاح مقررات و رویه اجرایی پیشنهاد گردیده است.

کلیدواژه‌ها:

محدودیت‌ها، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، آثار، صندوق ثروت حاکمیتی، حقوق ایران.

* دانش‌آموخته دکتری، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

nezamolmolki.j@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

درآمدهای ناشی از منابع طبیعی همواره نتوانسته است زمینه‌ساز توسعه اقتصادی کشور صاحب منابع نفتی باشد؛ لذا مدیریت بهینه این نوع درآمدها امری ضروری است. ایجاد صندوق‌های ثروت حاکمیتی راهکاری معمول در این زمینه و به‌منظور دستیابی به نسبت و همبستگی مثبت بین درآمدهای ناشی از این منابع و سطح توسعه اقتصادی است.

صندوق‌های ثروت حاکمیتی صندوق‌ها و ترتیبات سرمایه‌گذاری هستند که توسط دولت برای اهداف کلان اقتصادی ایجاد می‌شوند. امروزه مزایا و عملکرد کارآمد صندوق‌های مذکور موجب پذیرش و ایجاد فراگیر آنها در کشورهای مختلف، به‌ویژه صاحبان منابع نفتی، شده است. این نوع صندوق‌ها دارایی‌ها را برای اهداف مالی حفظ، مدیریت یا اداره می‌نمایند و مجموعه‌ای از استراتژی‌های سرمایه‌گذاری، که شامل سرمایه‌گذاری در دارایی‌های مالی خارجی می‌شود، را به کار می‌گیرند.^۱

از منظر مفهومی چنان‌که کمیسیون اتحادیه اروپا در سند «یک رویکرد اروپایی مشترک نسبت به صندوق ثروت حاکمیتی»^۲ تصریح نموده، قلمرو سرمایه‌گذاری در صندوق‌های مذکور سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم خارجی، هر دو را دربرمی‌گیرد.^۳ بر مبنای مدل‌های سرمایه‌گذاری این صندوق‌ها، سرمایه‌گذاری غیرمستقیم یا پورتفولیو شیوه غالب سرمایه‌گذاری این نوع صندوق‌هاست؛ باوجوداین، سرمایه‌گذاری در املاک و زیرساخت‌های انرژی تجدیدپذیر و همچنین سایر استراتژی‌های سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز در عملکرد سرمایه‌گذاری این نوع صندوق‌ها، البته در سطحی کمتر و در قلمروی محدودتر، مرسوم است.

مطابق رویکرد غالب در نظام پولی و مالی بین‌المللی و اسناد صندوق بین‌المللی پول، از سال‌های ابتدایی ایجاد نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری^۴ تا به امروز^۵ و به‌تبع در اسناد سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نوعی سرمایه‌گذاری فرامرزی است که توسط اشخاص

1. International Working Group of Sovereign Wealth Funds, **Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices “Santiago Principles”**, The International Forum of Sovereign Wealth Funds (IFSWF), October 2008, p. 27.

2. A Common European Approach to Sovereign Wealth Funds.

3. Commission of the European Communities, **A Common European Approach to Sovereign Wealth Funds**, Brussels, 27.2.2008 COM(2008) 115 final, p. 3.

۴. پیران، حسین، **مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹، ص. ۲۱.

5. IMF Committee on Balance of Payments Statistics, **D.10 Defining the Boundaries of Direct Investment**, International Monetary Fund, 2022, p.3.

مقیم در یک نظام اقتصادی، با هدف برقراری علاقه پایدار در یک مؤسسه اقتصادی (مؤسسه سرمایه گذاری مستقیم)، که در نظام اقتصادی دیگر غیر از نظام اقتصادی متبوع سرمایه‌گذار مستقیم مقیم است، به عمل می‌آید.^۱

حجم و اهمیت سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی از یک سو و سیاست جذب سرمایه خارجی و ترجیحات توسعه‌ای کشور در این زمینه از سوی دیگر آسیب شناسی حقوق موضوعه ایران و شناسایی محدودیت‌های تقنینی سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق‌های ثروت حاکمیتی خارجی در ایران را، البته با رویکردی محتاطانه و با لحاظ منافع ملی، ضروری می‌نماید تا در نهایت با ارائه سازوکارهای کارآمد امکان خنثی کردن آثار منفی محدودیت‌های توجیه‌ناپذیر و حذف تدریجی این موانع توسعه سرمایه‌گذاری خارجی فراهم آید. آنچه رسالت نگارنده در پژوهش حاضر است.

در حقوق ایران قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، به‌ویژه بر مبنای توصیف قلمرو قانون در ماده ۳ آن، بر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی متمرکز بوده و تصریحی بر سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی ندارد.^۲ در این میان در حقوق موضوعه ایران برخی محدودیت‌های تقنینی در زمینه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی وجود دارد که بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی در کشورمان نیز مؤثر است.

سؤالات اصلی مقاله حاضر اینهاست که محدودیت‌های تقنینی احتمالی در حوزه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی که می‌توانند به‌طور جدی بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی مؤثر واقع شوند چیست؟ و آثار محدودیت‌های مذکور بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی چگونه است؟ فرضیه نگارنده نیز این است که محدودیت ناشی از شرط سرمایه با منشأ خارجی، محدودیت در انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی و در نهایت محدودیت در تملک اموال غیرمنقول مهمترین محدودیت‌های اختصاصی در این زمینه‌اند. در ارتباط با آثار محدودیت‌های مذکور نیز، جز درخصوص محدودیت در تملک اموال غیرمنقول، که با ترجیحات اقتصادی و توسعه‌ای کشور همسو است، سایر محدودیت‌ها دارای برخی ابهامات تقنینی و یا توجیه‌ناپذیر بوده و اصلاح مقررات در این زمینه ضروری است. در راستای پرداختن به این سؤالات، پس از واکاوی پیشینه و ماهیت صندوق ثروت حاکمیتی، به تبیین مدل

1. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), **Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments the OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**, 2020, p. 20.

۲. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین‌الملل**، ج. ۱۱، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۸، ص. ۵۱۰؛ حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، **حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری**، ج. ۲، تهران: انتشارات تیسرا، ۱۳۹۴، ص. ۲۶۸.

های سرمایه‌گذاری صندوق‌های مذکور و جایگاه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در آن می‌پردازیم. در بخش سوم مقاله نیز محدودیت‌های تقنینی مؤثر بر سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق‌های ثروت حاکمیتی خارجی در ایران را تحلیل و ارزیابی می‌نماییم.

۱. واکاوی پیشینه و ماهیت صندوق ثروت حاکمیتی

۱.۱. مروری بر پیشینه صندوق ثروت حاکمیتی و اصول حاکم بر آن

نخستین صندوق ثروت حاکمیتی، در مفهوم امروزی آن، صندوق ثروت حاکمیتی کشور کویت، موسوم به سازمان سرمایه‌گذاری کویت، تأسیس ۱۹۵۳ میلادی است.^۱ پس از آن صندوق‌های ثروت حاکمیتی متعددی ایجاد و تأسیس شدند؛ تا آنجا که مطابق آمار تا سال ۲۰۱۴ حدود ۷۱ صندوق ثروت حاکمیتی با حجم سرمایه شش تریلیون و ششصد و پنجاه هزار دلار وجود داشته^۲ و مطابق گزارش مؤسسه دانشگاهی امپرسا اسپانیا، این تعداد در سال ۲۰۲۳ به حدود ۱۰۰ صندوق با حجم سرمایه یازده تریلیون و پانصد و شصت هزار دلار آمریکا افزایش یافته است.^۳

صرف‌نظر از ایجاد صندوق‌های ثروت حاکمیتی در کشورهای مختلف، تحول اساسی دیگر در زمینه صندوق‌های مذکور ایجاد کارگروه بین‌المللی صندوق‌های ثروت حاکمیتی بود که خود زمینه‌ساز دو تحول اساسی دیگر، یعنی تدوین اصول سانتیاگو و همچنین ایجاد انجمن بین‌المللی صندوق‌های ثروت حاکمیتی، شد.^۴ هدف اولیه از تأسیس کارگروه مذکور تدوین اصول و رویه‌های حاکم و مورد پذیرش عمومی بر صندوق‌های ثروت حاکمیتی، در زمینه ساختار نهادی و چارچوب‌های مدیریت ریسک، بود. در واقع امر اصول مذکور، اصولی داوطلبانه بود که به‌درستی اهداف و رویه‌های صندوق‌های ثروت حاکمیتی را منعکس می‌کرد. در نهایت در اکتبر ۲۰۰۸ کارگروه مذکور و صندوق بین‌المللی پول اصول موردنظر را در غالب ۲۴ اصل تدوین و در شهر سانتیاگو در کشور شیلی برای نخستین بار ارائه نمود؛ به همین دلیل به «اصول سانتیاگو» موسوم شدند.

1. Lyons, Gerard, "State Capitalism: The Rise of Sovereign Wealth Funds", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 14, No. 1, Winter 2008, p 1 and S. Das, Udaibir and Mazarei, Adnan and Van Der Hoorn, Han, *Economics of Sovereign Wealth Funds, Issues for Policymaker*, International Monetary Fund, 2010, p. 4.

2. Alhashel, Bader, "Sovereign Wealth Funds: A Literature Review", *Journal of Economics and Business*, Vol. 78, 2015, p. 2.

3. IE University Center for Governance of Change, *Op.Cit.*, pp. 64-69.

۴. در این زمینه به آدرس اینترنتی ذیل در سایت انجمن بین‌المللی صندوق‌های ثروت حاکمیتی مراجعه نمایید:

<https://www.ifswf.org/about-us>

5. International Working Group of Sovereign Wealth Funds, *Op.Cit.*, p. 1.

۱.۲. جستاری بر ماهیت صندوق ثروت حاکمیتی

صندوق بین‌المللی پول صندوق‌های مذکور را به معنای صندوق‌های سرمایه‌گذاری خاصی که توسط دولت‌ها ایجاد شده و یا در مالکیت آنها بوده تا دارایی‌های خارجی را برای اهداف بلندمدت حفظ نماید دانسته است.^۱ کمیسیون اتحادیه اروپا نیز در مقدمه سند «یک رویکرد اروپایی مشترک نسبت به صندوق ثروت حاکمیتی»^۲ آن را به عنوان ابزارهای سرمایه‌گذاری در مالکیت دولت، که به مدیریت دارایی‌های مالی پورتفولیو داخلی و خارجی می‌پردازد، تعریف کرده است.^۳

کارگروه بین‌المللی صندوق‌های ثروت حاکمیتی، صندوق‌های مذکور را به عنوان صندوق‌ها و ترتیبات سرمایه‌گذاری با اهداف خاص، که در مالکیت دولت هستند، تعریف می‌کند. کارگروه مذکور تأکید دارد که این صندوق‌ها توسط دولت برای اهداف کلان اقتصادی ایجاد می‌شوند. در این راستا، صندوق‌های ثروت حاکمیتی دارایی‌ها را برای اهداف مالی حفظ، مدیریت یا اداره می‌کنند و مجموعه‌ای از استراتژی‌های سرمایه‌گذاری، که شامل سرمایه‌گذاری در دارایی‌های مالی خارجی می‌شود، را به کار می‌گیرند.^۴

تعریف ارائه‌شده توسط کارگروه بین‌المللی صندوق‌های ثروت حاکمیتی، در مقایسه با سایر تعاریف ذکرشده، ترجیح و اولویت می‌یابد؛ زیرا این تعریف به‌طور هم‌زمان بر ساختار صندوق، که تحت مالکیت دولت است، و همچنین اهداف خاص آن تأکید دارد. همچنین تعریف مذکور با اشاره عام به استراتژی‌های سرمایه‌گذاری و عدم محدودیت سرمایه‌گذاری صرفاً در دارایی‌های مالی خارجی، می‌تواند در سطح گسترده‌تری مورد استناد قرار گیرد و پذیرش بیشتری در نظام‌های مالی و حقوقی مختلف داشته باشد. با وجود این، درخصوص این تعریف نیز برخی ابهامات و نقائص احتمالی مطرح است. از یک سو در این تعریف روش مدیریت صندوق از منظر نقش و جایگاه دولت تعیین نشده است؛ مؤلفه‌ای که خود استقلال یا عدم استقلال مدیریتی صندوق از دولت را تعیین می‌کند. علاوه بر این، در مباحث اجرایی و حقوقی موضوعات مهمی مانند مالکیت منابع صندوق، قابلیت برداشت دولت از این منابع، دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی در ایکسید، و مقررات محدودکننده دعاوی بین‌المللی دولت نیز در گرو تعیین استقلال یا عدم استقلال شخصیت حقوقی صندوق ثروت حاکمیتی است.

1. *Ibid.*, p. 45.

2. A Common European Approach to Sovereign Wealth Funds

3. Commission of the European Communities, *Op. Cit.*, p. 2.

4. International Working Group of Sovereign Wealth Funds, *Op. Cit.*, p. 27.

البته باتوجه به اختلاف نظرهای موجود به نظر می‌رسد که تلاش برای ارائه تعریفی با قابلیت پذیرش فراگیر، دلیل اصلی عدم ورود به این جزئیات بوده است. چنان که در اصول سانتیاگو نیز چنین رویکردی اتخاذ شده است. کارگروه مذکور در اینجا ضمن شناسایی اشکال مختلف فوق در نهایت تأکید می‌کند: «مشروط به فقدان نقص در چارچوب قانونی کلی، هر یک از این ساختارها می‌تواند الزامات مورد نظر در این اصول را محقق نماید».^۱ بر این اساس، از منظر ماهوی، تفاوتی میان صندوق‌های ثروت حاکمیتی دارای شخصیت حقوقی مستقل و صندوق‌های فاقد شخصیت حقوقی مستقل و صندوق‌هایی که مستقیماً توسط دولت اداره می‌شوند و صندوق‌های دارای استقلال مدیریتی از دولت وجود ندارد؛ لذا در نهایت امر نمی‌توان عدم اشاره به این موارد را در تعریف صندوق ثروت حاکمیتی از نقایص آن دانست. بر مبنای مراتب فوق اکنون می‌توان تعریف جامعی برای این صندوق‌ها ارائه داد:

«صندوق‌ها و ترتیبات سرمایه‌گذاری، که، به صورت مستقیم و یا با واسطه، متعلق به دولت متبوع خویش و همچنین تحت نظارت آن هستند، و با عملیات سرمایه‌گذاری نسبت به منابع مالی تأمین شده از سوی دولت مذکور، در چارچوب مدل‌ها و یا استراتژی‌های تعیین شده از سوی آن، در قالب سرمایه‌گذاری مستقیم یا غیرمستقیم، و در قلمرو داخلی و یا خارجی، اهداف عمومی و یا کلان اقتصادی مورد نظر آن دولت را محقق می‌نمایند».

۲. مدل‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی و جایگاه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در آن

گاه مطالعات با عنوان استراتژی‌های سرمایه‌گذاری،^۲ درصدد پاسخ به این پرسش اساسی برآمده‌اند که آیا سرمایه‌گذاری‌های صندوق‌های ثروت حاکمیتی برگرفته از انگیزه‌های سیاسی و اقتصادی و به موازات آن نگرانی‌ها در زمینه اهداف صنایع استراتژیک است که با امنیت ملی پیوند قوی دارد یا خیر؟^۳ و گاه بر مبنای روش تخصیص دارایی‌ها به مطالعه و ارزیابی صندوق‌های ثروت حاکمیتی پرداخته‌اند.^۴ در این میان به نظر می‌رسد رویکرد دوم، که روش‌های تخصیص دارایی را ارزیابی می‌نماید، از منظر روش‌ها و مدل‌های سرمایه‌گذاری نتایج کارآمدتر و مطلوب‌تری را به همراه دارد؛ زیرا، از یک سو کشف انگیزه‌های

1. *Ibid*, p. 11.

2. Investment Strategies.

3. Alhashel, Bader, *Op.Cit*, p. 7.

4. Sharma, Rajiv, "Sovereign Wealth Funds Investment In Sustainable Development Sectors", 2017, p. 6.

سیاسی و اقتصادی و نگرانی‌های مرتبط با امنیت ملی امری دشوار است و ازسوی دیگر بیشتر با مبانی و اهداف سرمایه‌گذاری ارتباط می‌یابد تا مدل‌ها و استراتژی‌های آن.

بر مبنای توضیحات فوق در ادامه به بیان مدل‌ها و استراتژی‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی از منظر تخصیص دارایی‌ها می‌پردازیم:

۲.۱. مدل نروژ^۱

این مدل مبتنی بر استراتژی اولویت سرمایه‌گذاری در دارایی‌های بازار عمومی سستی، اعم از سهام و سرمایه‌گذاری‌های دارای درآمد ثابت، همچون اوراق قرضه دولتی و نهادهای وابسته به دولت و اوراق بهادار شرکت‌هاست. این مدل معمولاً ناظر بر روش ترکیبی سستی شامل ۵۰ یا ۶۰ درصد سرمایه‌گذاری در سهام و حسب مورد به ترتیب ۵۰ یا ۴۰ درصد سرمایه‌گذاری‌های دارای درآمد ثابت همچون اوراق قرضه دولتی و نهادهای وابسته به دولت و اوراق بهادار شرکت‌هاست.^۲ این چنین جنبه غالب در مدل نروژی سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی است؛ البته در عمل صندوق بازنشستگی دولتی-جهانی نروژ، در حوزه املاک و زیرساخت‌های انرژی تجدیدپذیر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز نموده و می‌تواند تا ۷ درصد از منابع مالی خویش را در حوزه اموال غیرمنقول و تا ۲ درصد از منابع مالی خویش را در حوزه زیرساخت‌های انرژی تجدیدپذیر سرمایه‌گذاری نماید.^۳

۲.۲. مدل ییل یا وقف^۴

مدل ییل یا وقف یکی از مدل‌های سرمایه‌گذاری بوده که در سطح وسیعی توسط سرمایه‌گذاران نهادی، همچون صندوق‌های بازنشستگی^۵، موقوفات دانشگاهی^۶ و صندوق‌های ثروت حاکمیتی مورد استفاده واقع می‌گردد.^۷ این مدل شامل سرمایه‌گذاری پورتفولیو خطرپذیر در انواع دارایی بازار خصوصی، همچون سهام بخش خصوصی، اموال غیرمنقول، زیرساخت‌ها و صندوق‌های پوشش ریسک است که تحت مدیریت خارجی هستند. در اینجا مدیران خارجی بیشتر مسئولیت سرمایه‌گذاری‌ها را بر عهده

1. Norway Model.

2. Sharma, Rajiv, *Ibid*.

3. Norges Bank Investment Management, **Norges Bank Investment Management Strategy 25**, Norges Bank Investment Management, 2022, p. 10.

4. Yale or Endowment Model.

5. Institutional Investor.

6. University Endowment.

7. G. Dimmock, Stephen and Wang, Neng and Yang, Jinqiang, "The Endowment Model and Modern Portfolio Theory", *Management Science*, Vol. 70, No. 3, March 2024, p. 1554.

می‌گیرند. بر این اساس مدل مذکور به دلیل کارمزدهای بالای شرکت‌های مدیریت دارایی بسیار هزینه بردار بوده و مبتنی بر اولویت و ترجیح بهره مندی از مدیران خارجی، البته با عملکرد مطلوب است.^۱ از مهم‌ترین صندوق‌های ثروت حاکمیتی که از این مدل سرمایه‌گذاری استفاده می‌نمایند می‌توان شرکت سرمایه‌گذاری چین^۲ را نام برد.^۳

سرمایه‌گذاری در املاک و زیرساخت‌ها در این مدل سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را نیز دربرمی‌گیرد.

۲.۳. مدل کانادایی^۴

این مدل توسط سرمایه‌گذاران وسیع و پیچیده صندوق‌های بازنشستگی در کشور کانادا به کار گرفته شده است. ویژگی مدل کانادایی تخصیص غالب و بیشتر منابع داخلی به سرمایه‌گذاری‌های مستقیمی که در حد وسیعی منبع یابی شده در حوزه دارایی‌های واقعی مانند زیرساخت‌ها و املاک است. این مدل سرمایه‌گذاری مشابه مدل ییل یا وقف بر این ایده استوار است که سرمایه‌گذاری خطرپذیر در دارایی‌های خصوصی و غیرنقدشونده سرمایه‌گذاران را قادر می‌سازد تا با دقت بیشتری از گرایش‌های اصلی اقتصاد جهانی بهره‌برند.^۵ عامل تقویت و نیروی محرکه این مدل توانایی استخدام کارکنان متخصص داخلی برای اجرای برنامه سرمایه‌گذاری به شکلی مقرون‌به‌صرفه‌تر از استفاده از مدیران خارجی است.^۶

۲.۴. مدل مشارکتی^۷

این مدل، که تلفیقی از مدل ییل و مدل کانادایی است، در سال‌های اخیر ایجاد شده است.^۸ در مدل مذکور سرمایه‌گذاری در بازار خصوصی در دارایی‌هایی همچون زیرساخت‌ها و پروژه‌های توسعه‌ای با یک نوع استراتژی سرمایه‌گذاری بلندمدت صورت می‌گیرد. در استراتژی مذکور سرمایه‌گذاری مستقیم مقرون‌به‌صرفه‌ترین شکل سرمایه‌گذاری بوده و نیازمند مدیران سرمایه‌گذاری خارجی به عنوان جایگزین است و درعین حال نظام حاکمیتی و مدیریتی را برای همسویی بیشتر نیازمند به باز تعریف می‌داند. این

1. Sharma, Rajiv, *Ibid.*

2. China Investment Corporation (CIC) 2007.

3. A. Alsweillem, Khalid et al, **A Comparative Study of Sovereign Investor Models: Sovereign Fund Profiles**, A Joint Report by The Center for International Development Harvard Kennedy School The Belfer Center for Science and International Affairs Harvard Kennedy School, p. 34.

4. Canadian Model.

5. Singh Bachhe, Jagdeep and Monk, Ashby and Sharma, Rajiv, "From Theory to Practice: The Collaborative Model for Investing in Innovation and Energy", 2017, p. 79.

6. *Ibid.*

7. Collaborative Model

8. *Ibid.*, p. 80.

مدل شامل ابزارها و پلتفرم‌هایی می‌شود که صندوق‌های ثروت حاکمیتی، به‌عنوان هم‌تا و هم‌تراز، به منظور سرمایه‌گذاری با بهره‌وری بیشتر در دارایی‌های بلندمدت و همچنین نزدیک شدن هرچه بیشتر به روش سرمایه‌گذاری مستقیم در بین خودشان به کار می‌گیرند.

مدل مشارکتی در مشارکت‌های سرمایه‌گذاری که صندوق‌های ثروت حاکمیتی با یکدیگر صورت می‌دهند و همچنین در توسعه ترتیبات هماهنگ‌تر با دارایی‌های موضوع مدیریت مشترک ایشان مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۱

۲.۵. مدل ترکیبی (مدل اتخاذی در عمل)

صندوق‌های ثروت حاکمیتی در عمل برای سرمایه‌گذاری انواع دارایی‌ها بر مبنای ویژگی‌های خود معمولاً ترکیبی از مدل‌های فوق را مورد استفاده قرار می‌دهند^۲ که در اینجا آن را مدل ترکیبی نامیدیم. این چنین باید اذعان نمود که در هریک از مدل‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز به‌موازات سرمایه‌گذاری پورتفولیو، البته در سطحی کمتر، شایع و مرسوم است.

۳. محدودیت‌های تقنینی مؤثر بر سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق‌های ثروت حاکمیتی خارجی در ایران

در اینجا نخست به شناسایی محدودیت‌های تقنینی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، که می‌توانند به طور جدی بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی خارجی در ایران مؤثر واقع شوند، و سپس به تحلیل و ارزیابی مصادیق محدودیت‌های شناسایی شده در این زمینه می‌پردازیم:

۳.۱. شناسایی محدودیت‌های تقنینی مؤثر بر سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق‌های ثروت حاکمیتی خارجی

مطابق مطالعات نگارنده، چالش‌ها و موانع این حوزه شامل ابهام در ماهیت و قالب حقوقی صندوق‌های ثروت حاکمیتی در نظام حقوقی ایران به‌طور کلی، محدودیت ناشی از شرط سرمایه با منشأ خارجی، محدودیت در انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی و در نهایت محدودیت در تملک اموال غیرمنقول است.

1. Sharma, Rajiv, *Op.Cit.*, pp. 6 & 7.

2. *Ibid.*, p 7.

در این میان محدودیت نخست ماهیت کلی داشته و فراتر از حوزه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی ناشی از فقدان شناسایی مستقیم این نهاد مرسوم مالی در دنیا در مقررات حوزه سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین ابهام در ماهیت حقوقی حساب ذخیره ارزی و صندوق توسعه ملی، به عنوان مصادیق قابل انطباق با مفهوم و ماهیت حقوقی صندوق ثروت حاکمیتی در نظام حقوقی کشورمان است. بنابراین، نمی‌توان این محدودیت را از محدودیت‌های اختصاصی در حوزه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی دانست.

سایر محدودیت‌ها، به شرحی که خواهد آمد، متکی بر قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ است. این قانون، به‌ویژه بر مبنای توصیف قلمرو آن در ماده ۳، بر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی متمرکز است و تصریحی بر سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی ندارد. تا آنجا که می‌توان گفت تمام سرمایه‌گذاری‌های موضوع قانون مذکور، اعم آنچه در بند «الف» ماده ۳ تحت عنوان «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» و آنچه در بند «ب» همین ماده تحت عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی»، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در مقابل سرمایه‌گذاری پرتفولیو محسوب می‌شود.^۱ بنابراین محدودیت‌های مذکور از زمره محدودیت‌های تقنینی اختصاصی در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی تلقی می‌گردد، که در ادامه به تحلیل و ارزیابی آنها خواهیم پرداخت.

باید خاطرنشان نمود تلقی محدودیت در اینجا ناظر بر محدودیت‌های متعارف استاندارد در حوزه الزامات اولیه و جاری سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، همچون اخذ مجوز اولیه، نیست؛ چه اینکه به باور نویسنده اساساً تعبیر و تلقی محدودیت، که دارای بار منفی و همراه با آثار مخرب است، در ارتباط با این شرایط نادرست و غیرممکن می‌نماید.

۳.۲. واکاوی محدودیت‌های تقنینی مؤثر بر سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق‌های ثروت حاکمیتی خارجی

۳.۲.۱. محدودیت ناشی از شرط سرمایه با منشأ خارجی

در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی رویکرد معامله محور اعمال شده که متکی بر جذب دارایی‌های با منشأ خارجی است.^۲ در این راستا شرط «سرمایه با منشأ خارجی» در تعریف سرمایه‌گذار

۱. شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین؛ حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، منبع پیشین.

۲. هنجی، سیدعلی و ابوالفضل استاذزاده، «مفهوم «سرمایه‌گذاری خارجی» در قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری و آرای دادگاه‌های داوری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، ش. ۷۹، مهر ۱۳۹۶، ص. ۱۷.

خارجی در بند ۱ ماده ۱ این قانون به کار رفته که قلمرو آن از ابهامات قانون مذکور است. مطابق بند مذکور، سرمایه‌گذاری خارجی عبارت است از: «اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرایرانی و یا ایرانی با استفاده از سرمایه با منشأ خارجی که مجوز سرمایه‌گذاری موضوع ماده (۶) را اخذ نموده باشند».

برخی نویسندگان بر این عقیده‌اند که بخش اخیر بند مذکور درخصوص شرط منشأ خارجی برای سرمایه شامل همه سرمایه‌گذاران، صرف‌نظر از تابعیت سرمایه‌گذار، می‌شود.^۱ این تفسیر با سابقه و تحولات منتهی به تصویب این قانون منافات دارد. توضیح آنکه در طرح اولیه قانون مذکور سرمایه‌گذار خارجی صرفاً اشخاصی را دربرمی‌گرفت که دارای تابعیت خارجی باشند، ولی در پی مذاکرات مفصل نمایندگان مجلس، در راستای استفاده از ظرفیت‌های سرمایه‌ای ایرانیان مقیم خارج از کشور، ماده مزبور اصلاح شد؛ به‌گونه‌ای که این گروه را نیز دربرمی‌گرفت. به‌دنبال اصلاح به‌عمل آمده شورای نگهبان با این استدلال که هدف جلب سرمایه‌های خارج از کشور است، عبارت «ایرانیان مقیم خارج» را مورد ایراد قرار داد و خواستار حذف قید «مقیم خارج» و تبدیل آن به عبارت عام «ایرانیان» شد. در راستای رفع این ایراد در متن نهایی قانون همه اشخاص ایرانی (اعم از ایرانیان مقیم کشور و ایرانیان مقیم خارج از کشور) به شرط داشتن سرمایه با منشأ خارجی مشمول این قانون و حمایت‌ها و امتیازات مقرر در آن شدند.^۲ لذا بر مبنای تحولات مذکور قدر متیقن اینکه نمی‌توان وضعیت سرمایه‌گذاران ایرانی و خارجی را در زمینه شرط سرمایه با منشأ خارجی یکسان و مشابه تلقی کرد و باید قائل بر دیدگاهی بود که قید مذکور را صرفاً ناظر بر ایرانیان می‌داند یا دیدگاهی که علی‌رغم پذیرش ضرورت شرط برای هر دو سرمایه‌گذاران ایرانی و خارجی، از برخی جهات بین ایشان تمایز می‌نهد. در این میان در بدو امر به‌نظر می‌رسد مفاد ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، که صرفاً اشخاص ایرانی را ملزم به ارائه مستندات برای احراز منشأ خارجی سرمایه ایشان دانسته، از میان دو دیدگاه ذکر شده دیدگاه نخست را تأیید و تقویت می‌نماید. باوجود این، باید از این ظاهر گذر کرد و اذعان کرد این همه به‌معنای عدم ضرورت شرط مذکور برای سرمایه‌گذاران خارجی نیست؛ چون اساساً در عملیات و فرایند سرمایه‌گذاری خارجی ما قبل از هرچیز با مفهوم و مؤلفه سرمایه خارجی مواجهیم که جزء ذاتی هر سرمایه‌گذاری خارجی بوده و تصوّر عملیات سرمایه‌گذاری خارجی بدون وجود سرمایه خارجی غیرممکن است. بند ۳ ماده ۱ قانون تشویق در مقام بیان تعریف سرمایه خارجی آن را سرمایه‌ای دانسته که به کشور وارد

۱. آتشی گلستان، مرجان، **شرکت‌های خارجی در حقوق ایران**، تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸، ص. ۲۰.

۲. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، منبع پیشین، صص. ۳۳ و ۳۴.

می‌شود؛ لذا در نظام حقوقی کشورمان باید ضرورت خارجی بودن منشأ سرمایه را به‌عنوان ویژگی ذاتی عملیات و فرایند سرمایه‌گذاری خارجی و وصف اساسی آن تلقی کرد. بر این اساس، چنان‌که برخی نویسندگان نیز البته با بیانی متفاوت بیان داشته‌اند،^۱ مبنای وضع این مقرره تفاوت در وضعیت اثباتی خارجی بودن منشأ سرمایه بین سرمایه‌گذاران ایرانی و خارجی است، نه آنکه از منظر ثبوتی تفاوتی در ضرورت شرط منشأ سرمایه خارجی بین ایشان وجود داشته باشد. تفاوت مذکور بدین نحو است که درخصوص سرمایه‌گذاران خارجی بر مبنای آنکه سرمایه اشخاص خارجی غالباً دارای منشأ خارجی است، اصل و اماره خارجی بودن سرمایه ایشان وجود داشته و مفروض مقنن است؛ اما در مقابل سرمایه‌گذاران ایرانی، به شرحی که در ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور نیز آمده، باید منشأ خارجی سرمایه خویش را با ارائه مستندات اثبات کنند.

در این میان، شرط مذکور درخصوص صندوق‌های ثروت حاکمیتی، که منشأ منابع مالی آنها غالباً درآمدهای خارجی ایشان، به‌ویژه با اتکا بر درآمدهای عمومی و دولتی در صادرات بوده،^۲ می‌تواند موجب ابهام و حتی محرومیت از ظرفیت سرمایه‌گذاری درآمدهای مذکور در کشورمان شود. همچون آنکه صندوق ثروت حاکمیتی درآمد ناشی از صادرات محصول خارجی توسط دولت خویش را بدون خروج از کشور در ایران سرمایه‌گذاری نماید. در اینجا این سؤال پیش می‌آید که آیا با توجه به اینکه صادرات به ایران رخ داده است، سرمایه با منشأ خارجی محسوب می‌گردد یا خیر؟

به‌طور کلی در اینجا اگر منشأ معاملاتی و محل اجرای تعهد پرداخت، که معمولاً خارج از قلمرو سرزمینی دولت جمهوری اسلامی ایران است، ملاک عمل واقع گردد، سرمایه با منشأ خارجی تلقی می‌گردد؛ چنان‌که ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی نیز در احراز سرمایه با منشأ خارجی ارائه مستندات «مؤید فعالیت‌های اقتصادی و تجاری در خارج از کشور» را الزامی می‌داند. باوجود این، در مقابل عبارت سرمایه با منشأ خارجی دلالت بر ورود سرمایه به کشور از خارج کشور دارد و اگر در مفهوم مضیق تفسیر گردد، موارد ذکر شده را دربرنمی‌گیرد؛ چنان‌که ماده ۶ دستورالعمل اجرایی آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس نیز در اثبات سرمایه با منشأ

۱. همان منبع، ص. ۳۴.

2. International Monetary Fund, **Global Financial Stability Report Financial Market Turbulence Causes, Consequences, and Policies**, October 2007, pp. 48 - 49; Mezzacapo, Simone, *The So-Called "Sovereign Wealth Funds": Regulatory Issues, Financial Stability, And Prudential Supervision*, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs Publications, 2009, p. 12.

خارجی ایرانیان متقاضی، که مجوز معامله را دریافت نموده، گواهی بانک یا مؤسسه اعتباری ایرانی را که حساب یا حساب‌های مربوط به وجوه سرمایه‌گذاری در آن افتتاح شده، «مبنی بر اینکه سرمایه شخص ایرانی مذکور به‌صورت ارز (یا ریال) از یک شعبه بانکی در خارج از ایران به یکی از حساب‌های بانکی زیر واریز شده باشد» مطرح کرده است.

در مجموع، با لحاظ تفسیری که از ضرورت شرط منشأ خارجی سرمایه به عمل آمد، و اینکه ماده ۶ دستورالعمل ذکر شده صرفاً درخصوص سرمایه‌گذاری خارجی در اوراق بهادار است که دارای وضعیت متفاوتی است، و ماده اخیر گواهی ذکر شده را برای اثبات منشأ خارجی سرمایه کافی می‌داند و نه ضروری، و اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند، در نهایت با کمی انعطاف در راستای سیاست جذب سرمایه، به‌نظر می‌رسد در ارتباط با درآمدهای صادراتی در غالب موارد که منشأ معاملاتی و محل پرداخت آنها خارج از کشورند، سرمایه‌گذاری درآمدهای مذکور در داخل کشور توسط صندوق ثروت حاکمیتی خارجی، سرمایه با منشأ خارجی تلقی می‌شود. به‌ویژه آنکه اساساً یکی از اهداف اساسی صندوق‌های مذکور عدم ورود درآمدهای صندوق در چرخه ملی و داخلی است.^۱ لذا اساساً تحمیل شرط سرمایه با منشأ خارجی نسبت به درآمدهای صندوق‌های ثروت حاکمیتی در موارد سرمایه‌گذاری مجدد آنها با این هدف اساسی مغایرت دارد و به مانعی جدی برای سرمایه‌گذاری این نوع صندوق‌ها در کشورمان مبدل می‌شود. در اینجا حاکمیت اصل شفافیت (اصول ۲، ۵، ۱۱، ۲۲، ۱ و ۲۳) و همچنین اصل تبعیت از قوانین دولت میزبان، ازجمله در امور مالی و ارزی در مجموعه اصول سانتیاگو (اصل ۱۵)^۲ مانع از اتخاذ روش‌های منعطف و تعدیل‌گرایی در عمل است. در این وضعیت جز اصلاح قانون برای تعدیل محدودیت تقنینی سازوکار دیگری باقی نمی‌ماند.

۳.۲.۲. محدودیت در انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی

مواد ۱۳ تا ۱۸ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و فصل ششم آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور، با عنوان «مقررات خروج سرمایه و عایدات سرمایه‌ای»، به مقررات انتقال اموال مرتبط با سرمایه گذاری، ازجمله محدودیت‌های آن، پرداخته است. در مجموع بر مبنای مفاد مقررات فوق اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری عبارت‌اند از:

1. Dadgar, Yadollah and Zeinab Orooji, "Dutch Disease, Rentier State, and Resource Curse: A Characteristic Triangle and Ultra Challenge in the Iranian Economy", *Iran. Econ. Rev.*, Vol. 24, No. 1, 2020, p. 131.

2. International Working Group of Sovereign Wealth Funds, *Op.Cit.*, pp. 14-16.

- اصل سرمایه یا قسمت باقیمانده آن؛
 - سود ناشی از سرمایه‌گذاری؛
 - عایدات سرمایه؛
 - اصل تسهیلات مالی و هزینه‌های مربوطه؛
 - پرداخت‌های قراردادهای فنی، مالکیت صنعتی و مدیریت.
- در ذیل بدو به تبیین و تحلیل شرایط و محدودیت‌های انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی و سپس به تحلیل آثار این شرایط و محدودیت‌ها بر سرمایه‌گذاری خارجی بر سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی می‌پردازیم:

۳.۲.۲.۱. شرایط و محدودیت‌های تقنینی انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی

مطابق قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آیین‌نامه اجرایی آن شرایط و محدودیت‌های مذکور عبارت‌اند از:

- پیش‌آگهی سه‌ماهه به هیئت سرمایه‌گذاری خارجی برای انتقال اصل سرمایه و عایدات آن (ماده ۱۳ قانون)؛
 - گزارش مؤسسه حسابرسی عضو جامعه حساب‌رسان رسمی ایران (ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی قانون)؛
 - انجام کلیه تعهدات و هزینه‌های قانونی (ماده ۱۳ قانون و ماده ۲۲ آیین‌نامه)؛
 - تصویب هیئت سرمایه‌گذاری خارجی و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی (قسمت اخیر مواد ۱۳ و ۱۴ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور).
- گفتنی است، مطابق قسمت اخیر ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی فوق تصویب و تأیید مذکور در چارچوب گزارش مؤسسه حسابرسی و به میزان مندرج در آن خواهد بود.
- مطابق قسمت اخیر ماده ۱۵ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی شرط تصویب هیئت سرمایه‌گذاری خارجی در انتقال وجوه برای پرداخت اصل تسهیلات مالی و هزینه‌های مربوطه و همچنین پرداخت‌های قراردادهای فنی، مالکیت صنعتی و مدیریت نیز ضروری است.

- **عدم تضمین بازگشت سرمایه و منافع آن توسط دولت، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و بانک‌های دولتی:** مطابق ماده ۱۶ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی یکی دیگر از شروط و محدودیت‌های انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی رعایت مفاد بند «ب»

ماده ۳ این قانون است. این چنین یکی دیگر از شروط انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری آن است که «برگشت سرمایه و منافع حاصله از عملکرد اقتصادی پروژه مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت، بانک‌ها یا شرکت‌های دولتی نباشد؛ در غیر این صورت سرمایه‌گذاری مزبور تحت پوشش قانون قرار نگرفته و به تبع آن انتقال اصل و منافع سرمایه و سود این سرمایه‌گذاری نیز در دوره بهره برداری. پس از پایان پروژه، تحت شمول مقررات قانون قرار نخواهد گرفت».^۱ ظاهر ماده ۱۶ صرفاً ناظر بر بند «ب» ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی در زمینه سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی است و بر این اساس، برخی نویسندگان آن را ناظر بر این نوع سرمایه‌گذاری‌ها دانسته‌اند.^۲ همچنین رویه مذکور در ماده ۱۴ قانون برنامه چهارم توسعه و به تبع جزء ۳ بند الف ماده ۱۲۵ قانون برنامه پنجم توسعه در حوزه قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی در قالب یکی از شروط قراردادهای سرمایه‌گذاری در این زمینه اعمال شده است. به علاوه ماده ۸۲ قانون برنامه پنجم توسعه نیز «اصل عدم تضمین بازگشت تعهدات ایجادشده توسط دولت، بانک مرکزی و بانک‌های دولتی» را در تأمین مالی طرح‌های دستگاه‌های اجرایی بر مبنای روش بیع متقابل اتخاذ و اعمال کرده است. در این میان، به شرحی که پیش از این ذکر شد، تمام سرمایه‌گذاری‌های موضوع قانون تشویق، اعم آنچه در بند «الف» ماده ۳ تحت عنوان «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» آمده و آنچه در بند «ب» همین ماده تحت عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی» ذکر شده، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در مقابل سرمایه‌گذاری پرتفولیو محسوب می‌گردد.^۳ در نتیجه تفاوت ماهوی بین مصادیق مختلف سرمایه‌گذاری‌های مشمول قانون مذکور وجود ندارد. در این وضعیت این ابهام پدید می‌آید که آیا شرط و محدودیت عدم تضمین بازگشت سرمایه و منافع آن توسط دولت، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران و بانک‌های دولتی صرفاً در ترتیبات قراردادی موضوع بند «ب» ماده ۳ قانون مذکور اعمال می‌گردد یا در سایر اشکال سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی مشمول قانون مذکور نیز اتخاذ می‌شود؟

به نظر می‌رسد درحالی که استدلال‌های حقوقی و منطقی عدم تمایز و شمول شرط و محدودیت مذکور نسبت به تمام اقسام سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی را می‌رساند، از یک سو ماهیت شرط عدم تضمین، به عنوان شرطی که در بستر ترتیبات قراردادی محقق می‌گردد و نه الزاماً در بستر تمامی اقسام

۱. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، منبع پیشین، ص. ۳۵۸.

۲. همان منبع، ص. ۳۵۸.

۳. شیروی، عبدالحسین، منبع پیشین، ص. ۵۱۰.

سرمایه‌گذاری مستقیم، و ازسوی دیگر سیاست تفسیر مضیق محدودیت‌ها یا حتی فراتر از آن می‌توان گفت منع تفسیر موسع محدودیت‌ها در راستای جذب سرمایه‌گذاری خارجی، مانع از تسری این موارد به سایر اشکال سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی مشمول قانون مذکور است.

– شروط و محدودیت‌ها در روش‌های تأمین ارز: مطابق ۱۷ قانون تشویق و حمایت

سرمایه‌گذاری خارجی روش‌های تأمین ارز برای انتقال وجوه مرتبط با سرمایه‌گذاری عبارت‌اند از:

۱. خرید ارز از نظام بانکی (بند الف)؛
۲. از محل ارز حاصل از صدور محصولات تولیدی و یا ارز حاصل از ارائه خدمات بنگاه اقتصادی که سرمایه خارجی در آن به کار گرفته شده است (بند ب)؛
۳. صادرات کالاهای مجاز طبق فهرستی که در اجرای این بند با رعایت قوانین و مقررات مربوطه به تصویب هیئت وزیران می‌رسد (بند ج).

در این میان در ارتباط با روش دوم مقنن با فرض فقدان محدودیت برای صدور محصولات و یا ارائه خدمات مقرر بند «ب» را وضع کرده است. بر همین اساس، در تبصره ۲ ماده مذکور، در ارتباط با ترتیبات قراردادی سرمایه‌گذاری خارجی موضوع بند «ب» ماده ۳ قانون، در فرض محدودیت ناشی از وضع قوانین یا مصوبات دولت در راستای حمایت از حقوق سرمایه‌گذار، دولت را متعهد کرده است زیان حاصل را در حدود تعهدات قابل پذیرش مصوب هیئت‌وزیران، حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده پرداخت نماید. در این راستا در اصلاحات آیین‌نامه اجرایی قانون فوق در سال ۱۳۸۷ نیز در تبصره ماده ۲۳ آیین‌نامه موارد مذکور از شمول روش خرید ارز از نظام بانکی، موضوع صدر ماده مذکور، خارج دانسته شده‌اند.

این‌چنین و با لحاظ ماده ۲۶ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، در مجموع به‌نظر می‌رسد درخصوص محدودیت‌های قانونی درباره ترتیبات قراردادی مطابق تبصره ۲ ماده ۱۷ قانون و ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی آن تعهد پرداخت ازسوی دولت وجود دارد و درخصوص محدودیت‌های قانونی برای سایر اشکال سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی سازوکار فروش محصولات در بازار داخلی مطابق ماده ۲۶ آیین‌نامه مذکور اعمال می‌شود.

در این میان، رویکرد اتخاذی در ماده ۲۶ آیین‌نامه مبنی بر فروش در بازار داخلی با اهداف و فلسفه قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مبنی بر «رشد اقتصادی، ارتقای فناوری، ارتقای کیفیت تولیدات، افزایش فرصت‌های شغلی و افزایش صادرات» (بند «الف» ماده ۲) منافات دارد. همچنین این

روش مخاطرات سرمایه‌گذاری را به میزان زیادی افزایش می‌دهد. توضیح آنکه صرف قابلیت فروش داخلی و قابلیت انتقال وجوه ناشی از آن نمی‌تواند اهداف و تعهدات موضوع سرمایه‌گذاری را محقق نماید؛ زیرا چه‌بسا سرمایه‌گذار اقدام به تعهد تحویل کالا یا اجرای خدمات موضوع سرمایه‌گذاری در قبال خریداران خارجی نماید و این مهم جز با قابلیت صادرات محقق نخواهد شد. در این وضعیت وی با ضمانت اجرای ناشی از نقض قرارداد مواجه خواهد شد. همچنین یکی از اهداف جذب سرمایه‌گذار خارجی بهره‌مندی از قابلیت فنی در تولید کالاها و خدمات خاص است. حال چنانچه خریداران کالاها و خدمات مذکور محدود باشند و در بازار داخلی با توجه به فقدان زیرساخت فنی خریداری وجود نداشته باشد یا فقط برای بخشی از کالا و خدمات تولیدی خریدار یافت شود، در این وضعیت نیز راهکار فروش داخلی نمی‌تواند فرایند فروش محصولات ناشی از سرمایه‌گذاری را محقق و اجرایی کند.

سازوکار اتخاذی در تبصره ۲ ماده ۱۷ دارای ابهامات متعددی است؛ بدین‌نحوکه نه‌تنها مبنای عدم امکان صادرات معین نشده، بلکه اینکه ریال مورد نظر برای خرید ارز از نظام بانکی چگونه باید تأمین گردد تعیین نشده است.

ایراد جدی که درخصوص هر دو روش فوق مطرح است، آنکه، از منظر رویه مطلوب در سرمایه‌گذاری خارجی و سیاست‌های جذب سرمایه بر مبنای مقدمات ضروری برای عملیات سرمایه‌گذاری و صرف وقت و هزینه فراوان در این زمینه و سپس اجرای موضوع سرمایه‌گذاری با دشواری‌های فنی، حقوقی و اجرایی، باید چشم‌انداز قابل پیش‌بینی به اشخاص سرمایه‌گذار القا شود و در اصطلاح وصف پیش‌بینی‌پذیری، به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های اساسی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری^۱ در کشور میزبان سرمایه موجود باشد. این امر در گرو شفافیت و انسجام سیاست‌های اقتصادی در حوزه مرتبط با سرمایه‌گذاری و اولویت تعهدات اقتصادی سرمایه‌گذاری است؛ هدفی متعالی که تا به امروز در بسیاری از کشورهای سرمایه‌پذیر از جمله کشورمان محقق نشده است.

در این فضا نهادهای سرمایه‌گذاری دولتی همچون صندوق‌های ثروت حاکمیتی، که دارای مدیریت ویژه ریسک و رویکرد محتاطانه در حوزه سرمایه‌گذاری هستند، کشورمان را از لیست اولویت‌های سرمایه

1. Fiezzoni, Silvia Karina, "Striking Consistency and Predictability in International Investment Law from the Perspective of Developing Countries", *Frontiers of Law in China*, Vol. 7, No. 4, December 2012, p. 552; OECD Secretariat, **Transparency, Predictability and Accountability for Investment Screening Mechanisms**, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2021, pp. 21-23.

گذاری حذف خواهند نمود. لذا باید با تفصیل در مقررات ناظر بر تأمین ارز و تحقق شفافیت در این زمینه این مانع جدی را مرتفع نمود.

– مهلت زمانی خروج وجوه مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی: در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آیین‌نامه اجرایی آن شرایط و محدودیت‌های چندی برای انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی مطرح شده است؛ با این قید که مطابق ماده ۲۸ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مهلت اقدام در زمینه خروج وجوه مذکور شش ماه بوده که با تأیید هیئت سرمایه‌گذاری خارجی قابل تمدید خواهد بود. لذا حتی با وجود شرایط و با لحاظ محدودیت‌های مرتبط و اخذ مجوز و تأییدیه مربوطه برای وجوه مرتبط با سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار خارجی باید در مهلت شش ماه نسبت به خروج اموال موضوع مجوز و تأییدیه خروج اقدام نماید.

به نظر می‌رسد بر مبنای تفاوت سرمایه نقدی و غیرنقدی محدودیت فوق قابل تسری به سرمایه غیرنقدی نیست. لذا در بدو امر ممکن است تصور شود عدم تعیین تکلیف مهلت زمانی خروج سرمایه غیرنقدی را باید از نقایص قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و آیین‌نامه اجرایی آن دانست. با وجود این، به نظر می‌رسد نقص و سکوت مذکور خود در راستای منافع اقتصادی کشور است؛ زیرا تعیین مهلت مشابه برای خروج سرمایه غیرنقدی، که غالباً ماشین‌آلات و تجهیزات مورد نیاز است، نه تنها زمینه را برای انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری یا اقتصادی جدید، بلکه امکان خرید یا اجاره آن را نیز فراهم می‌آورد. گفتنی است، در خصوص سرمایه نقدی نیز مقنن علی‌رغم تعیین مهلت مذکور در نهایت مطابق ماده ۲۹ آیین‌نامه مذکور قابلیت سرمایه‌گذاری بعدی این مبالغ را فراهم کرده است. می‌توان گفت تعیین مهلت در اینجا برای اجتناب از آثار سوء بالاترین ماندن مبالغ کلان مرتبط با سرمایه‌گذاری، که مطابق ماده ۲۷ آیین‌نامه توسط سرمایه‌گذار خارجی از محل ارزی که بانک مرکزی در اختیار نظام بانکی قرار می‌دهد، از سیستم بانکی خریداری و حواله می‌شود، به عنوان یکی از سیاست‌های ارزی کشور است.

۳.۲.۲.۲. آثار شرایط و محدودیت‌های انتقال اموال مرتبط بر سرمایه‌گذاری مستقیم صندوق‌های ثروت حاکمیتی در ایران

اموال موضوع سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی از زمره اموال عمومی و دولتی است؛ لذا در این زمینه باید رویکرد و رویه محتاطانه‌تری در مقایسه با سرمایه‌گذاران خصوصی اتخاذ کرد. بر این اساس تحمیل شرایط و محدودیت‌های متعدد ذکر شده بر این نوع صندوق‌ها دشوار و غیرممکن است؛ به‌ویژه آنکه نقش حاکمیت سیاسی و اقتصادی و همچنین منبع مالی آنها، یعنی درآمدهای عمومی و

ملی، مانع از پذیرش شرایط و محدودیت‌های ذکر شده توسط این نوع صندوق‌ها بوده و آن را مغایر با منافع عمومی و ملی می‌دانند.

توضیح آنکه صندوق‌های ثروت حاکمیتی بر مبنای منشأ منبع مالی به دو گروه صندوق‌های مبتنی بر فروش کالا و صندوق‌های غیر مبتنی بر فروش کالا طبقه‌بندی می‌شوند. درخصوص صندوق‌های مبتنی بر فروش کالا بر مبنای رویه عملی و قوانین و اسناد تأسیس صندوق‌های ثروت حاکمیتی و مبنای و اهداف ذکر شده در ارتباط با تأسیس و به‌کارگیری آنها، در اینجا منظور از کالا صرفاً نفت در مفهوم عام کلمه یا همان نفت و گاز است. صندوق‌هایی که منبع مالی آنها متکی بر فروش نفت است، همچون صندوق بازنشستگی دولتی - جهانی نروژ و صندوق‌های ثروت حاکمیتی کشورهای خاورمیانه به نمایندگی از دولت خویش در زمینه پس‌انداز ملی خالص کشور و در راستای تحقق اهداف تثبیت بودجه و توزیع منافع بین نسل‌ها اقدام می‌کنند.^۱

درخصوص صندوق‌های غیر مبتنی بر فروش کالا، که عمدتاً توسط کشورهای آسیایی ایجاد و به کار گرفته شده‌اند، همچون شرکت سرمایه‌گذاری دولت سنگاپور، شرکت سرمایه‌گذاری کره^۲ و مرجع پولی هنگ‌کنگ (نهادی معادل بانک مرکزی)^۳ نیز منابع مالی این نوع صندوق‌ها از طریق انتقال مازاد دارایی‌های ناشی از ذخایر ارزی پورتفولیو، که توسط بانک مرکزی یا مقامات پولی حفظ و مدیریت شده‌اند، تأمین می‌شود.^۴

این چنین وجه مشترک تمامی صندوق‌های ثروت حاکمیتی ماهیت عمومی و ملی منبع مالی آنهاست. در این شرایط دولت متبوع صندوق تحمیل شرایط و محدودیت‌های فوق را مانعی جدی برای بهره‌وری سرمایه‌گذاری صندوق دانسته و واحدهای مرتبط با مدیریت بهینه سرمایه‌گذاری و اتخاذ رویکرد کارشناسی در این زمینه سرمایه‌گذاری صندوق‌های مذکور را در ایران فاقد بهره‌وری تلقی خواهند کرد. علاوه بر این ابهام و نقص مقررات مرتبط با شرایط و محدودیت‌های انتقال سرمایه وصف شفافیت و به تبع وصف پیش‌بینی‌پذیری، به مثابه مؤلفه اساسی در این نوع صندوق‌ها، که خود جایگزینی برای اعمال مقررات سخت‌گیرانه است^۵ و همچنین مؤلفه انسجام سیاست‌ها و قواعد سرمایه‌گذاری خارجی را در این زمینه تضعیف می‌کند. در این فضا صندوق‌های ثروت حاکمیتی، که دارای مدیریت ویژه ریسک و رویکرد

1. Mezzacapo, Simone, *Op.Cit.*, p 12.

2. Korea Investment Corporation(kic) 2005.

3. Hong Kong Monetary Authority (HKMA).

4. *Ibid.*

5. Ginevra, Enrico, and Chiara Presciani, *Op.Cit.*, p. 816.

محتاطانه در حوزه سرمایه‌گذاری‌اند، کشورمان را از لیست اولویت‌های سرمایه‌گذاری حذف خواهند کرد. زیرا در این وضعیت قادر به تحقق اصول سانتیاگو، به‌مثابه هنجارها و استانداردهای بین‌المللی پذیرفته شده در سطح وسیع^۱ در زمینه شفافیت (اصول ۲، ۵، ۱۱، ۲۲، ۱ و ۲۳) و هماهنگی (اصل ۳) نخواهند بود.^۲ البته این‌همه به‌منزله مطلوبیت حذف تمامی محدودیت‌های ذکر شده نیست؛ چنان‌که نفس محدودیت در انتقال و بازگشت سرمایه و سود حاصل از آن یک ضرورت قانونی است؛ زیرا برداشتن محدودیت موصوف و آزاد گذاشتن خروج ارز بدون وجود نظارت قانونی می‌تواند به منفی شدن جدی تراز پرداخت ارزی منجر شود. این‌چنین در این موارد تعدیل مقررات و ایجاد شفافیت در سازوکارهای اقدام راه‌حل مقابله با چالش‌های موجود است.

۳.۲.۳. محدودیت در تملک اموال غیرمنقول

درحالی‌که عموماً انعطاف در مقررات سرمایه‌گذاری خارجی در مقایسه با سایر مقررات مطلوبیت و ترجیح دارد، در بدو امر به‌نظر می‌رسد که قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین قوانین مرتبط، یعنی قانون نحوه چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری صنعتی، در مقایسه با سایر قوانین در حوزه تملک اموال غیرمنقول، رویکرد و رویه سخت‌گیرانه و محدودکننده‌ای را اتخاذ کرده‌اند. توضیح آنکه در سیر تحولات تقنینی مرتبط با تملک اموال غیرمنقول توسط خارجی‌ان، پس از «قانون راجع به اموال غیرمنقول اتباع خارجی» مصوب ۱۳۱۰، که با هدف مقابله با قدرت یافتن و به‌تبع مداخله خارجی‌ان در امور سیاسی و اقتصادی ایران، به ممنوعیت تملک اموال مزروعی توسط اتباع خارجی پرداخته،^۳ «آیین‌نامه استملاک اتباع خارجه» مصوب ۱۳۲۸ و حتی «آیین‌نامه چگونگی تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع خارجی غیرمقیم در جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۷۴، تملک اموال غیرمنقول برای اشخاص حقیقی مقیم دائمی ایران و اشخاص حقوقی خارجی ثبت شده در ایران و همچنین به‌منظور سکونت شخصی اتباع خارجی را با شرایطی مجازند.

این درحالی است که در تبصره ۲ ماده ۲ «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» و تبصره ۱ ماده ۲۴ «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری- صنعتی جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۷۲ و

1. Sejco, Dini, "Sovereign Investors as ICSID Claimants: Lessons From the Drafting Documents and the Case Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 56, No. 3, 2023, p. 886.

2. International Working Group of Sovereign Wealth Funds, *Op.Cit.*

۳. صفایی، سید حسین، «محدودیت‌های مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش. ۱۱، ۱۳۶۸، صص. ۸۳ و ۸۴.

صدر ماده ۹ «آیین‌نامه نحوه استفاده از زمین و منابع ملی مناطق آزادی تجاری- صنعتی» مصوب ۱۳۷۳ تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع خارجه ممنوع اعلام شده است. بدین‌نحوکه تبصره ۲ ماده ۲ قانون مذکور صراحتاً قانون مربوط به تملک اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۳۱۰ را همچنان معتبر و لازم‌الاجرا دانسته و به تبع تملک هر نوع زمین به هر میزان به نام سرمایه‌گذار خارجی در چارچوب این قانون را مجاز نمی‌داند. مطابق تبصره ۱ ماده ۲۴ «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری- صنعتی جمهوری اسلامی ایران» نیز ضمن تجویز اجاره زمین به اتباع خارجی فروش آن مطلقاً ممنوع دانسته شده است و در نهایت مطابق صدر ماده ۹ «آیین‌نامه نحوه استفاده از زمین و منابع ملی مناطق آزادی تجاری- صنعتی» «فروش و انتقال قطعی زمین به اتباع خارجی ممنوع است...».

نباید پنداشت مقنن ایرانی در این حوزه دچار تعارض و تشتت آرا شده، بلکه تدقیق در مقررات و رویه مقنن ایرانی بیانگر آن است که اساساً مقنن در قوانین اخیر درصدد ایجاد محدودیت برای سرمایه‌گذاری خارجی نیست و درصدد جمع محدودیت‌های ضروری برای تملک اموال غیرمنقول توسط اتباع خارجه از یک سو و ضرورت تملک اموال غیرمنقول در پروژه سرمایه‌گذاری خارجی از سوی دیگر است. اساساً مقنن در این زمینه، به تدریج و در تحولات تقنینی، با دقت نظر و آگاهانه و در چارچوب سیاست‌های مورد نظر خویش در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی اقدام کرده است. بدین‌نحوکه در سومین بند ماده ۱ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی «سرمایه‌گذاری خارجی» عبارت از «به‌کارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود پس از اخذ مجوز سرمایه‌گذاری» دانسته شده است. مطابق بند «ب» ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور «بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر» عبارت است از «شرکت ایرانی جدید و یا موجود که سرمایه خارجی به یکی از روش‌های مندرج در قانون، در آن به کار رفته باشد». این‌چنین اساساً مقنن ایرانی در قلمرو قانون مذکور، به شرحی که ذکر شد، مطابق ماده ۳ آن ناظر بر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی است، سرمایه‌گذاری خارجی را در چارچوب یکی از شرکت‌های ایرانی موجود و یا شرکتی که برای اجرای سرمایه‌گذاری، به‌عنوان یک شرکت ایرانی ثبت و ایجاد شود ممکن و میسر می‌داند. حال ماده ۳۴ آیین‌نامه مذکور به‌صراحت مقرر می‌دارد: «در مواردی که انجام سرمایه‌گذاری خارجی منجر به تشکیل شرکت ایرانی گردد، تملک زمین به نام شرکت متناسب با طرح سرمایه‌گذاری به تشخیص سازمان مجاز است». به‌علاوه درحالی‌که مقرر اولیه ماده ۹ «آیین‌نامه نحوه استفاده از زمین و منابع ملی مناطق آزادی تجاری- صنعتی» مصوب ۱۳۷۳ با بیان اینکه «روش و انتقال قطعی زمین به اتباع خارجی و همچنین شرکت‌هایی که تمام یا بخشی از سرمایه آنها متعلق به اتباع خارجی باشد، ممنوع است»،

حتی تملک زمین توسط شرکت‌هایی را که تمام یا بخشی از سرمایه آنها متعلق به اتباع خارجی است، ممنوع اعلام کرده بود و مانعی جدی برای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورمان تلقی می‌شد، در اصلاحات به‌عمل آمده در این ماده در سال ۱۳۹۲ بدین شکل تغییر یافته است: «فروش و انتقال قطعی زمین به اتباع خارجی ممنوع است. در مواردی که انجام سرمایه‌گذاری خارجی منجر به تشکیل شرکت ایرانی گردد، تملک زمین به نام شرکت متناسب با طرح سرمایه‌گذاری به تشخیص سازمان مجاز است». در این مقرر باوجود منع تملک زمین توسط اتباع خارجی، مشابه ماده ۳۴ آیین‌نامه، تملک زمین توسط شرکت‌های ایرانی، که برای اجرای طرح سرمایه‌گذاری خارجی تشکیل می‌شود، بلامانع دانسته شده است. در این میان، به‌طور خاص در خصوص صندوق‌های ثروت حاکمیتی اصل منع تملک اموال غیرمنقول در حقوق موضوعه ایران را می‌توان مانعی برای سرمایه‌گذاری این نوع صندوق‌ها تلقی کرد؛ زیرا به شرحی که در بحث از مدل‌های سرمایه‌گذاری ذکر شد، اساساً سرمایه‌گذاری در خرید املاک، صرف‌نظر از ماهیت فعالیت سرمایه‌گذار و صرفاً در راستای بهره‌مندی از مزیت اجاره یا افزایش بهای آن یکی از موضوعات اصلی سرمایه‌گذاری صندوق‌های مذکور است؛ چنان‌که به‌عنوان مثال صندوق بازنشتگی دولتی - جهانی^۱ دولت نروژ دارای صدها ساختمان در شهرهای اصلی جهان، که از طریق اجاره آنها برای صندوق کسب درآمد می‌شود، است.^۲

باوجود این همه محدودیت مذکور مانعی کلی نیست، بلکه مانعی جزئی و نسبت به بخشی از موضوعات سرمایه‌گذاری صندوق ثروت حاکمیتی، یعنی سرمایه‌گذاری در اموال غیرمنقول و همچنین سرمایه‌گذاری در زیرساخت‌های نیروگاهی و انرژی است که می‌تواند با تملک اموال غیرمنقول نیز ملازمه داشته باشد. باوجود این، راهبرد و سیاست منع استیلای بیگانگان بر اموال غیرمنقول، به‌عنوان اموال استراتژیک، به‌ویژه در سطح کلان، بر مانع جزئی مذکور اولویت و ترجیح دارد و اصلاح مقررات مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی کشورمان در این زمینه نه تنها ضرورت ندارد، بلکه می‌تواند آثار اقتصادی و سیاسی مخرب و جبران‌ناپذیر را به‌همراه داشته باشد. باید توجه کرد این توجیه بیش از آنکه متکی بر نگرش سیاسی باشد برگرفته از توجه به واقعیات بین‌المللی است. زیرا پذیرش امتیاز تملک در قوانین ملی سرمایه‌گذاری خارجی الزامی فراگیر در مقابل تمام سرمایه‌گذاران خارجی یا صندوق‌های ثروت حاکمیتی

1. Government Pension Fund Global

۲. در این زمینه به آدرس اینترنتی ذیل واقع در سایت صندوق مذکور مراجعه نمایید:
<https://www.nbim.no/en/the-fund/about-the-fund/>

ایجاد می‌کند و نقض آن کشورمان را در مراجع رسیدگی‌کننده بین‌المللی مسئول و پاسخ‌گو می‌سازد. بنابراین روش مطلوب و مرجع آن است که در این زمینه اصل منع تملک اتباع بیگانه حاکم باشد و استثنائات احتمالی اصل، بر مبنای رویکرد هزینه-منفعت، و با لحاظ اصل منافع ملی و همچنین اصل حاکمیت کشور، در موارد لزوم در سطح موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه مطرح و دنبال شود. به‌ویژه آنکه پذیرش اعمال این استراتژی سرمایه‌گذاری در کشورمان با توجه به نوسان ارزش املاک و سیاست‌های کنترل قیمت در این زمینه توجیهی ندارد.

درخصوص سرمایه‌گذاری در زیرساخت‌های نیروگاهی و انرژی نیز باید گفت پذیرش مالکیت سرمایه‌گذار خارجی با اهداف اساسی اقتصادی کشورمان همخوانی ندارد و اتخاذ سایر روش‌های مشارکت ترجیح و مطلوبیت دارد؛ به‌ویژه آنکه ترجیح اساسی کشورمان در جذب سرمایه خارجی توسعه داخلی کشور بوده^۱ که در ساختار اقتصادی کنونی با مالکیت داخلی نسبت به زیرساخت‌های مذکور ملازمه دارد.

نتیجه‌گیری

در هریک از مدل‌های سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی، یعنی مدل نروژ، مدل بیل یا وقف، مدل کانادا و مدل مشارکتی و در نهایت مدل ترکیبی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی نیز به‌موازات سرمایه‌گذاری پورتفولیو، البته در سطحی کمتر، شایع و مرسوم است.

در حقوق موضوعه ایران محدودیت‌های تقنینی چندی در زمینه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی وجود دارد. در این میان درخصوص قید «سرمایه با منشأ خارجی» و ابهام ناشی از آن، در مجموع به‌نظر می‌رسد مبنای وضع این مقرره تفاوت در وضعیت اثباتی خارجی بودن منشأ سرمایه بین سرمایه‌گذاران ایرانی و خارجی است. در اینجا درخصوص صندوق‌های ثروت حاکمیتی، در نهایت با کمی انعطاف در راستای سیاست جذب سرمایه، به‌نظر می‌رسد درباره درآمدهای صادراتی در غالب موارد که منشأ معاملاتی و محل پرداخت آنها خارج از کشور است، سرمایه‌گذاری درآمدهای مذکور در داخل کشور توسط صندوق ثروت حاکمیتی، سرمایه با منشأ خارجی تلقی می‌شود.

درخصوص آثار، شرایط و محدودیت‌های انتقال اموال مرتبط با سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی در ایران باید گفت تحمیل شرایط و محدودیت‌های متعدد ذکر شده بر صندوق‌های ثروت

۱. بهمنی، محمدعلی و حسن فرج مهرابی، «ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق»، مجله مطالعات حقوق عمومی، د. ۵۱، ش. ۳، پاییز ۱۴۰۰، ص. ۸۸۱.

حاکمیتی دشوار و غیرممکن می‌نماید. علاوه بر این ابهام و نقص مقررات مرتبط با شرایط و محدودیت‌های انتقال سرمایه وصف شفافیت، وصف پیش‌بینی‌پذیری و مؤلفه انسجام سیاست‌ها و قواعد سرمایه‌گذاری خارجی را در این زمینه تضعیف می‌کند.

درباره محدودیت در تملک اموال غیرمنقول در خصوص صندوق‌های ثروت حاکمیتی اصل منع تملک اموال غیرمنقول در حقوق موضوعه ایران را می‌توان مانعی برای سرمایه‌گذاری این نوع صندوق‌ها تلقی نمود؛ اما نه مانعی کلی، بلکه مانعی جزئی و صرفاً نسبت به سرمایه‌گذاری در املاک و همچنین زیرساخت‌های نیروگاهی و انرژی.

بر مبنای تحلیل و آسیب‌شناسی به عمل آمده در این مقاله ارتباط با موضوع تحقیق پیشنهادهای ذیل توصیه می‌شود:

۱. بر مبنای ابهام موجود در زمینه شرط سرمایه با منشأ خارجی باید تبصره‌ای ذیل ماده ۱ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی افزوده شود. متن پیشنهادی نگارنده برای حفظ مزایای جذب سرمایه، به‌ویژه سرمایه‌گذاران دولتی همچون صندوق‌های ثروت حاکمیتی، به شرح ذیل است: «منشأ خارجی سرمایه برای هریک از سرمایه‌گذاران ایرانی مقیم خارج و سرمایه‌گذاران خارجی الزامی است. در ارتباط با سرمایه‌گذاران خارجی سرمایه با منشأ خارجی تلقی می‌شود، مگر خلاف آن اثبات گردد؛ اما سرمایه‌گذاران ایرانی باید منشأ خارجی سرمایه خویش را اثبات نمایند. خارجی بودن هر یک از موارد منشأ معاملاتی، محل اجرای تعهد پرداخت، نوع پرداخت (پرداخت ارزی) و همچنین مبدأ یا محل پرداخت می‌تواند منشأ خارجی سرمایه را اثبات نماید».

۲. نفس محدودیت در انتقال و بازگشت سرمایه و سود حاصل از آن یک ضرورت قانونی است؛ زیرا برداشتن محدودیت موصوف و آزاد گذاشتن خروج ارز بدون وجود نظارت قانونی می‌تواند به منفی شدن جدی تراز پرداخت ارزی منجر شود. باوجوداین، باید نسبت به تعدیل مقررات و ایجاد شفافیت در سازوکارهای قانونی اقدام شود. در این زمینه تعدیل مقررات باید به‌صورت نسبی و موردی دنبال گردد و از وضع قواعد فراگیر اجتناب شود. در این راستا باید بسته به روابط اقتصادی ایران با سایر کشورها، در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری قواعد اختصاصی برای سرمایه‌گذاران دولتی، ازجمله صندوق‌های ثروت حاکمیتی وضع شود.

۳. درخصوص محدودیت تملک اموال غیرمنقول در زمینه روش سرمایه‌گذاری صندوق‌های ثروت حاکمیتی در املاک و زیرساخت‌های نیروگاهی و انرژی، بر مبنای هدف توسعه داخلی به‌عنوان ترجیح اساسی کشورمان در جذب سرمایه خارجی، روش مطلوب و مرجع آن است که اصل منع تملک اتباع بیگانه حاکم باشد و استثنائات احتمالی اصل، بر مبنای رویکرد هزینه-منفعت، و با لحاظ اصل منافع ملی و همچنین اصل حاکمیت کشور، در موارد لزوم در سطح موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه مطرح شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. آتشی گلستان، مرجان، **شرکت‌های خارجی در حقوق ایران**، تهران: انتشارات بهنامی، ۱۳۸۸.
۲. پیران، حسین، **مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۹.
۳. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان، **حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری**، چ. ۲، تهران: انتشارات تیس، ۱۳۹۴.
۴. شبروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین‌الملل**، چ. ۱۱، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۹۸.

مقاله

۵. بهمنی، محمد علی و حسن فرج مهرابی، «ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق»، *مجله مطالعات حقوق عمومی*، د. ۵۱، ش. ۳، پاییز ۱۴۰۰، صص. ۸۸۴-۸۶۵.

<https://doi.org/10.22059/jplsq.2020.299728.2366>

۶. صفایی، سید حسین، «محدودیت‌های مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش. ۱۱، ۱۳۶۸، صص. ۷۱-۱۰۶. DOI: 10.22066/cilamag.1989.18361
۷. هنجنی، سیدعلی و ابوالفضل استاذزاده، «مفهوم «سرمایه‌گذاری خارجی» در قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری و آرای دادگاه‌های داوری بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، د. ۲۰، ش. ۷۹، مهر ۱۳۹۶، صص. ۳۵-۱۱.

DOI:10.22034/JLR.2017.54386

References:

Books

1. Atashi Golestan, Marjan, **Foreign Companies in Iranian Law**, Behnami Publications, Tehran: 2009. (In Persian)
2. Piran, Hossein, **Legal Issues of International Investment**, Ganj Danesh Library, Tehran: 2010. (In Persian)
3. Hatami, Ali and Ismail, Karimiān, **Foreign Investment Law in the Light of Law and Investment Contracts**, 2nd edition, Tisa Publications, Tehran: 2015. (In Persian)
4. Shiravi, Abdolhossein, **International Trade Law**, 11th edition, Organization for Study and Compilation of Humanities Books of Universities (SAMT), Tehran: 2019. (In Persian)
5. S. Das, Udaibir and Adnan Mazarei and Han Van Der Hoorn, **Economics of Sovereign Wealth Funds, Issues for Policymaker**, International Monetary Fund, 2010.

Articles

6. Alhashel, Bader, "Sovereign Wealth Funds: A literature review", *Journal of Economics and Business*, Vol. 78, 2015, pp. 1–13. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0148619514000587>. DOI: 10.1016/j.jeconbus.2014.10.001
7. Bahmaei, Mohammad Ali and Hassan Faraj Mehrabi, "Criteria for Compensation for Expropriation of Foreign Investors from the Perspective of Economic Analysis of Law", *Journal of Public Law Studies*, Vol. 51, No. 3, Autumn 2021, pp. 884-865. <https://doi.org/10.22059/jpls.2020.299728.2366>, (In Persian)
8. Dadgar, Yadollah and Zeinab Orooji, "Dutch Disease, Rentier State, and Resource Curse: A Characteristic Triangle and Ultra Challenge in the Iranian Economy", *Iran. Econ. Rev.* Vol. 24, No. 1, 2020. pp. 129-157. DOI:10.22059/ier.2020.74477
9. Dimmock. G, Stephen and Neng Wang, and Jinqiang, Yang, "The Endowment Model and Modern Portfolio Theory", *Management Science*, Vol. 70, No. 3, March 2024, pp. 1554-1579. <https://doi.org/10.1287/mnsc.2023.4759>
10. Fiezzoni, Silvia Karina, "Striking Consistency and Predictability in International Investment Law from the Perspective of Developing Countries", *Frontiers of Law in China*, Vol. 7, No. 4, December 2012, pp. 521-552. DOI:10.3868/s050-001-012-0026-1

11. Ginevra, Enrico, and Chiara Presciani, "Sovereign Wealth Fund Transparency and the European Rules on Institutional Investor Disclosure", *Wake Forest Law Review*, Vol. 52, No. 4, 2017, pp. 815-836.
12. Hanjani, Seyed Ali and Abolfazl Ostadzadeh, "The Concept of 'Foreign Investment' in Domestic Laws, International Investment Treaties, and International Arbitration Court Rulings", *Legal Research Journal of Shahid Beheshti University*, Vol: 20, No. 79, Mehr 2017, pp. 35-11. DOI:10.22034/JLR.2017.54386, (In Persian)
13. Safaei, Seyed Hossein, "Restrictions on the Financial Rights of Foreigners in Iranian Laws", *International Legal Journal*, No. 11, 1989, pp. 74-106. DOI:10.22066/cilamag.1989.18361, (In Persian)
14. Sejco, Dini, "Sovereign Investors as ICSID Claimants: Lessons from the Drafting Documents and the Case Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 56, No. 3, 2023, pp. 853-903.
15. Sharma, Rajiv, "Sovereign Wealth Funds Investment In Sustainable Development Sectors", 2017, pp. 1-25. Available at: https://www.un.org/esa/ffd/high-level-conference-on-ffd-and-2030-agenda/wp-content/uploads/sites/4/2017/11/Background-Paper_Sovereign-Wealth-Funds.pdf
16. Singh Bachhe, Jagdeep and Ashby Monk, and Rajiv, Sharma, "From Theory to Practice: The Collaborative Model for Investing in Innovation and Energy", 2017, pp. 79-84. Available at: https://caia.org/sites/default/files/10_from-theory-to-practice_9-14-17.pdf

Documents

17. A. Alsweilem, Khalid et al, *A comparative study of sovereign investor models: Sovereign fund profiles*, A joint report by The Center for International Development Harvard Kennedy School The Belfer Center for Science and International Affairs Harvard Kennedy School. Available at: https://projects.iq.harvard.edu/files/sovereignwealth/files/fund_profiles_final.pdf (last visited 2026/08/10).
18. Capapé Aguilar, Javier, *Sovereign Wealth Funds 2023 Investing in a Different World Order*, IE University Center for Governance of Change et ICEX-Invest in Spain, 2023. Available at: https://static.ie.edu/CGC/2023_Sovereign_Wealth_Funds_Report.pdf (last visited 2026/08/10).
19. Capapé Aguilar, Javier, *Sovereign Wealth Funds 2021 Changes and challenges accelerated by the Covid-19 Pandemic*, IE University Center for Governance of Change et ICEX-Invest in Spain, 2021. Available at:

- <https://docs.ie.edu/cgc/SWF%202021%20IE%20SWR%20CGC%20-%20ICEX-Invest%20in%20Spain.pdf> (last visited 2026/08/10).
20. Commission of the European Communities, *A common European approach to Sovereign Wealth Funds*, Brussels, 27.2.2008 COM(2008) 115 final. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0115> (last visited 2026/08/10).
21. IMF Committee on Balance of Payments Statistics, *D.10 Defining the Boundaries of Direct Investment*, International Monetary Fund, 2022. Available at: <https://www.imf.org/en/Search#q=D.10%20Defining%20the%20Boundaries%20of%20Direct%20Investment%20&sort=relevancy> (last visited 2026/08/10).
22. International Monetary Fund, *Global Financial Stability Report Financial Market Turbulence Causes, Consequences, and Policies*, October 2007. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/GFSR/Issues/2016/12/31/Global-Financial-Stability-Report-October-2007-Financial-Market-Turbulence-Causes-21125> (last visited 2026/08/10).
23. International Working Group of Sovereign Wealth Funds, *Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices "Santiago Principles"*, The International Forum of Sovereign Wealth Funds (IFSWF), October 2008. Available at: https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf (last visited 2026/08/10).
24. Mezzacapo, Simone, *The So-Called "Sovereign Wealth Funds": Regulatory Issues, Financial Stability, And Prudential Supervision*, European Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs Publications, 2009. Available at: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication15064_en.pdf (last visited 2026/08/10).
25. Norges Bank Investment Management, *Norges Bank Investment Management Strategy 25*, Norges Bank Investment Management, 2022. Available at: <https://www.nbim.no/en/publications/strategy-for-the-fund-management/strategy-25/> (last visited 2026/08/10).
26. OECD Secretariat, *Transparency, Predictability and Accountability for investment screening mechanisms, Organisation for Economic Co-operation and Development*, 2021. Available at:

https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/61175d59_en.pdf?expires=1728650172&id=id&accname=guest&checksum=DEE0AB024128EDBE0743CAA205C5E340
(last visited 2026/08/10).

27. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Recommendation of the Council on OECD Legal Instruments the OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 2025. Available at: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0363> (last visited 2026/08/10).

Analysis of the Legislative Limitations of Foreign Direct Investment in Iran and Its Effects on Sovereign Wealth Fund Investments

Jafar Nezamolmolki*

Received: 2024.10.17 Revised: 2025.10.17 Accepted: 2025.12.28

Abstract

In all models of sovereign wealth fund investments, alongside portfolio investment, albeit to a lesser extent, the method of foreign direct investment is also applied. Although the Foreign Investment Promotion and Protection Act, enacted in 1380, focuses on foreign direct investment, this law, its executive bylaw, and other related regulations have several limitations regarding foreign direct investment in our country, which also apply to sovereign wealth funds. The objective of the present research is to identify potential legislative constraints in the field of foreign direct investment that could significantly affect sovereign wealth fund investments, and to analyze and evaluate these effects. Based on the findings of this research, in relation to the export revenues of sovereign wealth funds, in most cases where the transactions originate and are paid outside the country, investing these revenues domestically is considered capital with foreign origins. Due to the effects of conditions and limitations on the transfer of assets related to investment, applying them to sovereign wealth funds is difficult or even impossible, making regulatory reform in this area essential. Regarding the limitation on ownership of real estate for sovereign wealth funds, the principle of prohibition of ownership of real estate in Iranian law is a minor obstacle, applicable only to investments in real estate and also in power generation and energy infrastructure. Finally, recommendations for regulatory reform and implementation practices have been proposed.

Keywords:

limitations, foreign direct investment, effects, sovereign wealth fund, Iranian law.

* PhD. in Law, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: nezamolmolki.j@ut.ac.ir.

Contents:

Streamlining Civil Litigation and Reducing the Costs of Litigation through Allowing the Amendment of Statements of Claim in Certain Improperly Brought Actions and Strengthening Measures against Vexatious Claims: A Comparative Study of the Civil Procedure Rules of Iran and England

Hossein Shahsavari Shirazi- Soheil Taheri- Seyed Morteza Ghasemzadeh Zaviyeh.....37

Principles of Fair Hearing in Proceedings Concerning Violations by Regulated Persons Before the Disciplinary Boards of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran- Seyed Alireza Mirkamali.....61

Analysis of the Scope of Conflict of Interest between Director and Company in Commercial Company Law) A Comparative Study in Iranian and English Law)

Saeed Mohseni- Faezeh Teymouri Moghaddam- Mohammad Taqhi Nadi- Mahsa Robati89

Transparency of Effective Ownership of Commercial Companies in Iranian and American law

Firooz Sokouti- Seyed Mohammad Asadinezhad- Akbar Imanpor113

Collateralization of Securities :Legal Analysis in the Iranian Banking System

Habib Ramezani Akerdi- Vahid Gholami Aghababaei139

A Comparative Analysis of the U.S. and EU Approaches to the Interaction Between Fundamental Rights and Digital Markets

Mohammad Jalali- Sogol Soodbar169

Taxation of Cryptocurrencies: A Comparative Study of Iran and Europe

Navid Rahbar- Mohammadreza Afshari.....201

A Comparative Legal Analysis of Unilateral U.S. Sanctions on the International Oil Trade of Iran and Russia

Seyed Mohamad Hassan Razavi- Niloofar Heydarirochi233

Public Policy Based on the Theory of Rights: With an Emphasis on Economic Policy

Mostafa Sadegh- Ziaodin KiaalHoseini- Majid Rezaee263

Analysis of the Legislative Limitations of Foreign Direct Investment in Iran and Its Effects on Sovereign Wealth Fund Investments

Jafar Nezamolmolki294

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 VARNAMKHAFTI (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)