

مقاله پژوهشی - فصلنامه علمی **رهبان**

سال شانزدهم، شماره ۶۱، زمستان ۱۴۰۱
صفحه ۱۲۱ تا ۱۳۸

اختیارات حکومت اسلامی در تنظیم گری معاملات سرمایه‌ای

ابراهیم حبیب الهی/دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد بین المللی کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، جزیره کیش، ایران. ebrahimhabibolahi@yahoo.com

سعید منصورى/ استادیار و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی تهران جنوب، ایران (نویسنده مسئول). Dr.mansouri63@gmail.com

رضا موسی زاده/دانشیار، دانشکده روابط بین الملل وزارت امور خارجه، تهران، ایران. rmousazadeh8@gmail.com

چکیده

موضوع این تحقیق دربارهٔ اختیارات حکومت اسلامی در تنظیم گری معاملات سرمایه‌ای (با مورد مطالعاتی طلا) است. پرسش اصلی مقاله این است که حکومت اسلامی چه اختیاراتی برای تنظیم و سیاستگذاری در معاملات سرمایه‌ای دارد. دامنهٔ اختیارات حکومت اسلامی بسیار گسترده است که یکی از آنها، دخالت در حوزه تصمیم‌گیری مربوط به معاملات سرمایه‌ای و تنظیم‌گری آن است. امروزه تحولات در ماهیت و ابزارهای معاملات طلا در دنیا، به ویژه در ایران، به نحوی است که سرعت تصویب قوانین در فرایندهای قانونگذاری را یارای انطباق و روزآمدی با آنها نیست و نیازمندی تطبیقهای تقنینی و سیاستگذارانه بیشتری است. عموماً معاملات در این عرصه در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی قابل توجیه و انطباق است. فرضیهٔ مقاله آن بوده که سیاستگذاری برای تنظیم‌گری معاملات طلا نیازمند ابزارهای حاکمیتی است که می‌تواند به واسطهٔ قواعد امرهٔ حقوق عمومی آنها را تحصیل کند. نتایج پژوهش نشان داده است که حقوق عمومی و فقه حکومتی اسلامی ظرفیت بسیار مناسبی برای تنظیم‌گری عرصه‌های معاملات سرمایه‌ای، همچون بازار و بورس طلا، را دارد. روش مقاله توصیفی-تحلیلی است و داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای جمع‌آوری شده است.

کلیدواژه: حقوق عمومی، حکومت اسلامی، معاملات طلا، سیاستگذاری، تنظیم گری

تاریخ تأیید ۱۴۰۱/۱۰/۲۰

تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۸/۱۸

این مقاله برگرفته از رساله دکتری ابراهیم حبیب الهی می‌باشد.

مقدمه

اختیارات حکومت اسلامی همواره یکی از مباحث مناقشه برانگیز در حقوق عمومی بوده است که مشهورترین آن بحثی است که امام خمینی ذیل بحث مصلحت حکومت مطرح فرمودند. طبق نظر ایشان اساساً «حکومت شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است» و احکام اولیه اسلام؛ حکومت «مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج» است. حاکم اسلامی با این اختیارات میسوط‌الید «می تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرار باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند.» حکومت اسلامی حق دارد «هر امری را، چه عبادی یا غیر عبادی» که «جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند.» حکومت اسلامی می‌تواند رأساً حتی به «قراردادهای شرعی» (و علی القاعده قراردادهای اقتصادی و معاملاتی) ورود کند، و «در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک جانبه لغو کند.» (خمینی، ۱۳۹۳:۴۵۲).

از همین نکته آخر می‌توان گذاری داشت به مسئله اصلی این تحقیق که همانا حدود مداخله دولت در معاملات سرمایه‌ای است. یکی از عمده مسائلی که دولتها در حوزه حکمرانی با آن درگیر هستند، چگونگی کنترل و هدایت حوزه خصوصی در راستای منافع عمومی جامعه است. چرا که اگر چنین کنترل و نظارت و هدایتی وجود نداشته باشد، بسیار از افراد برای تأمین منافع شخصی‌شان و بعضاً سودجویی و خودخواهی‌ای که در ذات آدمی نهفته است، عرصه را بر دیگران تنگ خواهند کرد. در همین راستا، یکی از ارکان جامعه که باید هم تحت حاکمیت حقوق خصوصی باشد تا افراد بتوانند بر مبنای رقابت و توانمندی آن را پیش ببرند و هم تحت حاکمیت دولت باشد تا به خیر عمومی اجتماع صدمه نزنند، همانا «بازار» در عام‌ترین معنای آن است که در اینجا بحثی درباب اختیارات حکومت اسلامی در تنظیم گری معاملات سرمایه‌ای طرح می‌شود. البته ذیل پروبلماتیک نسبت «دولت (نماینده حقوق عمومی)» و «بازار (یکی از اصلی‌ترین نهادهای نماینده حقوق خصوصی)» دستگاه‌های معرفتی مختلفی طرح شده که خارج از تمدن اسلامی مشهورترین آنها بحثهای لیبرالیستی به سرآمدی آدام اسمیت است که به عنوان شق بدیل یک دستگاه فکری در برابر نظریه حکومت اسلامی (در موضوع حوزه مداخله دولت در بازار) در اینجا بررسی می‌شود.

لیبرالیسم و مداخله دولت در بازار

در نظریه لیبرالیسم کلاسیک، محور اصلی تفکرات این بود که دست دولت می‌بایست از اقتصاد کوتاه باشد و سیاست «لسه فر» بر جامعه اقتصادی حاکم شود؛ طرفداران اصل لسه فر بر این عقیده بودند که دولت بیشتر باید به مسائل حاکمیتی و امنیت اشخاص بپردازد و نه این که به عنوان عاملی ظهور کند که مانع از پیشرفت سرمایه‌داران در اقتصاد شود؛ آنان معتقد به آزادی مطلق اقتصادی بودند و از این حیث دخالت دولت را در بازار آزاد و رقابتی، عاملی فساد آور دانسته و مانع از پیشرفت و رونق اقتصادی قلمداد می‌کردند؛ چنین تفکری در مرور زمان، فاصله طبقاتی زیادی میان بورژواها و طبقه متوسط جامعه ایجاد نمود و به نوعی در طول زمان، قدرت طبقه سرمایه‌داران را بر طبقه متوسط اقتصادی جامعه مستولی نموده و حاکمیت بورژوازی را پدید آورد (بتفت و مومنی‌راد، ۱۳۹۴: ۱۸۶). اما به طور مشخص، پرسش از حدود مداخله دولت در بازار با لیبرالیسم کلاسیک و مباحث آدام اسمیت پیوند خورده است. از نظر اسمیت همیشه مکانیسمی به نام «دست نامرئی» (Invisible hand) وجود دارد که بدون مداخله خارجی به طور خودکار تعادل را در بازار حفظ می‌کند. فی‌الواقع دست نامرئی، در اقتصاد و نظریه لیبرالیسم اقتصادی اسمیتی، یک الگوی هماهنگ‌کننده منافع شخصی و منافع اجتماعی است، چرا که «نفع هرگز دروغ نمی‌گوید» (Interest will not lie) (هیرشمن، ۱۳۷۹: ۴۰). این الگوها را عموماً «نظم خودانگیخته» می‌نامند بدین معنا که ساختارهای کلی حاصل جمع اعمال افراد است (بری، ۱۳۹۹: ۲۴) و نیازمند مداخله‌ای از بیرون نیست. اسمیت این مفهوم متناقض را مطرح می‌کند که سرمایه‌داری خودخواهی را به ضد خودش تبدیل می‌کند. دیگران را مورد توجه قرار داده و به آنها خدمت می‌کند. بنابراین اسمیت تضمین می‌کند که با خودخواه بودن در چارچوب روابط مالکیت سرمایه‌داری، در واقع مایه خیر برای سایر هم‌نوعان می‌شویم (فولی، ۱۳۹۲: ۲۰). در واقع استدلال اسمیت این بوده که سینات فردی، حسنات جمعی را می‌سازد. اسمیت بین انباشت خصوصی سرمایه و به کارگیری تقسیم کار رابطه‌ای برقرار می‌کند. دنبال کردن نفع شخصی به وسیله سرمایه‌داران از طریق انباشت سرمایه و افزایش تقسیم کار، ممکن است ظرفیت بالقوه‌ای را برای منافع اجتماعی گسترده ایجاد کند. در این نظریه اسمیتی تبیینی بین «خود دوستی» و «نوع دوستی» وجود دارد که از آن به «مسئله آدام اسمیت» (Adam Smith Problem) (هیرشمن، ۱۳۹۲: ۱۲۵) یاد کرده‌اند که قلب پارادکس آن را شکل می‌دهد. مالتوس (در مقام یکی از رهروان اسمیت)، این استدلال را تا نهایت منطقی آن بسط دارد و

معتقد بود که خیرخواهی یا صدقه (Dole) برای فقرا، خود بر مشکلات می‌افزاید یا حتی مشکل فقر را بدتر می‌کند. در نگاه او خیرخواهی به کارگران امکان می‌دهد حتی با کار نکردن بتوانند خود را بازیابی کنند (فولی، ۱۳۹۲: ۱۱۳). شاید همین رادیکالیزه کردن منطق اسمیتی باشد که در ادامه تحولات نظریه اقتصادی در قرن بیستم به نتولیرالیسم افسارگسیخته منتهی می‌شود.

در چند دهه گذشته، بازار و اقتصاد - به ویژه در این شکل نتولیرالیستی و جهانی شده‌اش - تقریباً به سنگ بنای جوامع تبدیل شده است و همه چیز تابعی از منطق و ضروریات آن تعریف می‌شود. بازار و اقتصاد عنصر غالب در مناسبات اجتماعی شده است و بسیاری از امور شکل کالایی شده به خود گرفته اند. لذا بر بدیهی است که دولتها در چنین فضا و گفتمانی دغدغه آن را داشته باشند که چگونه می‌توانند با سیاستگذاری موثر و کاربرد ابزارهای تنظیمی (regulative) هم نظارتی دقیق بر حوزه‌های خصوصی‌ای همچون بازار داشته باشند و هم ماهیت آزاد و رقابتی آن را مخدوش نکنند. بنابراین مشاهده می‌شود که در واقع پارادکسی از «نظارت در عین آزادی» وجود دارد که مرز ظریفی بین محدودیت و نامحدودیت ایجاد می‌کند که بویژه در حوزه اختیارات حکومت اسلامی برای مداخله در بازار حائز اهمیت می‌شود.

در همین راستا نظارت بر بازارهای سرمایه‌ای که قلب اقتصاد هر کشوری را تشکیل می‌دهند و می‌توانند به دلیل ماهیتی که دارند سیاست‌های پولی (انقباضی یا انبساطی) دولت و بانک مرکزی را خنثی کنند، اهمیت دو صد چندان می‌یابند. یکی از این بازارها در اقتصاد ایران، بازار غیرمتشکل طلا و سکه است که به دلیل ماهیت سنتی، غیرمتمرکز و (بعضاً) زیرزمینی‌اش، چندان زیر نظر و حاکمیت قواعد و قوانین جاریه کشوری نیست. معهذاً، اگرچه در حقوق ایران قوانین و قواعدی تحت عنوان گران فروشی، استرداد کالا، خیار غبن و مانند اینها تصویب و اجرایی شده است؛ ولی درخصوص کاربرد حقوق عمومی به‌مثابه ابزار تنظیم‌گری در سیاستگذاری، درباره بازارهای سرمایه‌ای، از جمله حقوق معاملات روزمره طلا در بازار سنتی طلا، همانند قوانین بیشتر کشورها بیان روشن و مصرحی وجود ندارد. با این حال اگرچه قوانین جاری کشور در مورد تنظیم‌گری در معاملات طلا حکم خاصی ندارد، اما با توجه به دلایل ذیل می‌توان گفت که کاربست حقوق عمومی می‌تواند ابزار تنظیم‌گرانه موثری در دست سیاستگذاری بازار سرمایه‌ای باشد که حوزه اختیارات حکومت اسلامی را تعریف می‌کند:

حقوق عمومی به عنوان هنجارهای برتر حقوقی در رأس هرم نظام حقوقی کشور قرار دارند. مفاد هیچ قراردادی نباید با این قوانین آمره مغایرت داشته باشد. یکی از مواردی که می‌توان به آن پرداخت تأثیر حقوق عمومی در معاملات طلا به قیمت بیش از قیمت جهانی است. البته درست است که دولت در تعیین قیمت طلا نقشی ندارد و قیمت طلا یک نرخ جهانی است اما فروش طلا بیش از قیمت جهانی و بیش از ارزش کالای که دریافت شده (گران خریدن) موجب می‌شود که تدبیر شخص در زندگی اش باطل و نظام معیشتی او مختل شود و اگر (گران فروش یا کم فروشی) در جامعه گسترش یابد چیزی نمی‌گذرد که اطمینان و اعتماد به یکدیگر از دست رفته و امنیت عمومی از بین می‌رود و اجتماع انسانی بر اساس افساد حیات اداره می‌شود نه بر اساس تعاون و تحصیل سعادت. بنابراین دولت به عنوان مظهر اراده جمعی، در نظام اسلامی طبق نظر امام خمینی (ره) باید بر فعالیت بخش خصوصی نظارت نموده و از تخلفات پیشگیری کند (طرفدار، ۱۳۹۰: ۵۵-۵۶).

از آنجائی که حقوق عمومی که سکان دار آن دولت محسوب می‌شود نقش مستقیم در تعیین قیمت طلا ندارد و تعیین قیمت جهانی بوده حقوق عمومی تأثیری در تعیین قیمت معاملات روزمره طلا در بازار سنتی ندارد. حکومت اسلامی اما به عنوان نماینده مردم در یک کشور دین مدار، به عنوان کنترل کننده قیمت از گران فروشی جلوگیری می‌کند. البته با وضع یا حذف قوانین مالیاتی می‌تواند موجبات افزایش و کاهش قیمت شود که این موضوع از بحث خارج است و مجالی برای پرداختن به آن نیست.

به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است. منظور از عبارت «قانون» در این ماده، قانون آمره است؛ چرا که طرفین قرارداد می‌توانند برخلاف قوانین تکمیلی توافق کنند. از آنجا که حقوق عمومی همان قواعد آمره هستند، پس امکان توافق برخلاف آنها نیز توسط طرفین قرارداد وجود ندارد. بنابراین حقوق عمومی اصل آزادی قراردادی را محدود کرده، لذا از این طریق می‌تواند بر معاملات طلا تأثیرگذار است.

همچنین به استناد روح قانون اساسی می‌توان بیان داشت که قانون اساسی قصد حمایت از حقوق عمومی را چه در رابطه بین دولت با اشخاص خصوصی و چه در رابطه بین اشخاص خصوصی با یکدیگر دارد؛ چرا که بعید به نظر می‌رسد مقنن اساسی قصد این را داشته باشد که برای مثال از حق آزادی اشتغال (اصل ۲۱ قانون اساسی) صرفاً در رابطه بین دولت و اشخاص خصوصی حمایت کند و نقض این حق در رابطه بین اشخاص خصوصی با یکدیگر را مجاز بداند.

جایگاه حقوق عمومی در بحث معاملات در بازارهای سرمایه

جایگاه حقوق عمومی در بحث معاملات در بازارهای سرمایه (معاملات طلا) نقش پر رنگ تری به خود می‌گیرد، چرا که حقوق عمومی در بورس، بازاری تحت عنوان «بازار مشتقه (Derivative Market)» راه اندازی نموده و نحوه معاملات طلا آثار و شرایط آن تحت نظارت حقوق عمومی انجام می‌گیرد. اوراق مشتقه به آن نوع قراردادهای مالی اطلاق می‌شود که ارزش خود را از کالای فیزیکی (دارایی پایه) می‌گیرند. دارایی پایه می‌تواند به شکل سهام، کالا، بورسهای خارجی، نرخهای بهره، صنعت ساخت و ساز یا هر نوع دارایی دیگر باشد. به طور مشروح امروزه چهار نوع اوراق مشتقه اصلی مورد معامله قرار می‌گیرد: قراردادهای سلف (Forward)؛ قراردادهای آتی (Futures)؛ قراردادهای اختیار معامله (options)؛ قراردادهای معاوضه (swaps).

معاملات طلا در بازار سرمایه به صورتهای مختلفی انجام می‌شود یک از آن معاملات قرارداد آتی نام دارد که عبارت است از قراردادی که فروشنده بر اساس آن متعهد می‌شود در سر رسید معین، مقدار معینی از کالای مشخص را به قیمتی که الان تعیین می‌کنند، بفروشد و در مقابل طرف دیگر قرارداد متعهد می‌شود آن کالا با آن مشخصات را خریداری نماید (دادعلی، ۱۳۹۲: ۱۴۲). در جای دیگر قرارداد آتی را چنین تعریف کرده اند: «قراردادی است که در آن ثمن و مبیع، هر دو، مؤجل می‌باشند که در فقه عامه به آن «بیع کالی به کالی» و در فقه امامیه «بیع دین به دین» گفته می‌شود. البته فقهای شیعه از جمله شیخ در مبسوط، ابن ادریس در سرائر، علامه در تذکره، و فقهای دیگری مانند اینها، نیز اصطلاح «بیع کالی به کالی» را عموماً استعمال نموده‌اند ولی روایت صحیحی که این اصطلاح در آن به کار رفته باشد در کتب روایی شیعه موجود نیست بنابراین برای ما حجت نیست. البته اگر اشکالات وارده بر سند این روایت مرتفع گردد نیز، دلالتی بر منع چنین قراردادی ندارد (روشن، مظفری، جمالی، باغبان، ۱۳۹۱: ۳۹۳). قرارداد آتی اکنون در بازارهای مشتقه صورت می‌گیرد. و بند ۱۱ ماده ۲ قانون بازار اوراق بهادار ج.ا. ایران بازار مشتقه را چنین تعریف نموده است که بازاری است که در آن قراردادهای آتی و اختیار معامله مبتنی بر اوراق بهادار یا کالا داد و ستد می‌شود. همچنین قرارداد اختیار معامله به عنوان یکی از ابزارهای مشتقه مالی عبارت است از قراردادی میان دو طرف که یک طرف در ازای پرداخت وجهی به طرف مقابل، حق خرید یا حق فروش دارایی مشخص را به قیمت تعیین شده، در زمان مشخص در آینده یا قبل از آن به دست می‌آورد (حسین زاده، موسی زاده، ۱۳۹۲: ۶۴).

قوه مقننه ایران به طور دقیق مشخص نکرده است که آیا نهادهای مستقل تنظیم گر مالی جزئی از قوه مجریه و سایر قوا بوده یا جزئی از حاکمیت آند که به لحاظ قانون اساسی جدای از قوای سه گانه بشمار می روند. و قانونگذار آنها را به صورت مستقل به وجود آورده است (رهبر، ۱۳۹۶: ۱۸۲). البته استقلال نهادهای تنظیم گر مالی به این معناست که نهادهای حاکمیتی از یک طرف و بخش خصوصی از طرف دیگر تأثیری در تصمیم گیریهای آنها نداشته باشند. این استقلال نباید به این نحو تفسیر گردد که نهادهای مالی به هیچ وجه نباید با نهادهای حاکمیتی و یا اشخاص خصوصی و سازمانهای مردم نهاد تعامل نمایند. این نهادها به منظور پاسخ به مشکلات جامعه تشکیل می شوند و تعامل آنها با اشخاص خصوصی و نهادهای حاکمیتی معمولاً به شیوههایی مانند تعیین ترکیب اعضای تصمیم گیرنده آنها که متشکل از نمایندگان اشخاص حقوق خصوصی و صنایع داخلی و نیز نمایندگان حاکمیتی است و یا حتی از طریق رسیدگی های ادارات و شکایات افراد ذی نفع در نظر گرفته می شود. و همچنین نظارت بر آنها و نحوه معاملات آن و قوانینی که در چارچوب بازار سرمایه تنظیم می گردد تحت تأثیر مستقیم حقوق عمومی است و می توان این چنین نتیجه گرفت که معاملات طلا در بازار سرمایه با تأثیر از حقوق عمومی شکل می گیرد. چرا که سقف معاملات، نحوه معاملات آثار و شرایط آن کاملاً با تأثیر پذیری از حقوق عمومی شکل می گیرد. و این بازارها محدود و تحت پوشش و سیطره حقوق عمومی بوده چرا که تعیین ساعت کار دامنه معاملات و حتی سقف معاملات به صورت دستوری می باشد.

اختیارات حکومت اسلامی: سیاستگذاری عمومی و ابزار تنظیم گری

سیاستگذاری در اینجا به عنوان ابزار حقوق عمومی برای تنظیم گری به کار رفته است. سیاستگذاری واژه ای است که با حکومت، دولت، جامعه، و مسائل عمومی آن گره خورده و تداعی کننده اقدام دولت در اداره صحیح امور عمومی است (قلی پور و غلام پور آهنگر، ۱۳۸۹: ۲۳). سیاستگذاری عموماً به اصول، جهت گیری ها و خط مشی های اقدامات یک دولت، یک حزب، یک شرکت اقتصادی یا حتی یک فرد یا گروه اشاره دارد. بنابراین در عرصه عمومی، عمدتاً واژه سیاستگذاری به جهت گیری ها، ترجیحات، منویات و اقدامات کلان یا خرد دولت در حوزه های مختلفی همچون فرهنگ، سیاست خارجی، اقتصاد، هنر، کشاورزی، فناوری و تنظیم گری بازار اطلاق می شود و نقش دولت و پدیده قدرت در این حوزه بسیار پررنگ است. سیاستگذاری برای عملیاتی شدن نیازمند الگویی است تا بتواند فرآیند آن را طراحی و اجرا کند.

عموماً سیاست‌گذاری عمومی را هدف‌گرا دانسته‌اند. سیاست عمومی به دنبال دستیابی به یک مجموعه خاص از اهداف دقیق است که نشان‌دهنده تلاش برای حل نیازی خاص در جامعه هدف است. سیاست عمومی معمولاً فقط یک تصمیم، اقدام یا واکنش نیست، بلکه یک رویکرد یا استراتژی مشخص است. برخی از متخصصین بر این باورند که سیاست‌گذاری و یادگیری آن یک تلاش عمدی است برای تنظیم اهداف و ابزارها سیاست با توجه به پیامدهای سیاست‌های گذشته و اطلاعات جدید، به طوری که بهتر بشود به اهداف نهایی حکومت دست یافت. اما برخی دیگر بر این باورند که سیاست‌گذاری پاسخ دولت به برخی از محرک‌های اجتماعی یا محیط زیست است. از این دیدگاه، سیاست‌گذاری یک تغییر نسبتاً پایدار در رفتار است که حاصل تجربه است. معمولاً این چرخش در سیاست ناشی از واکنش به تغییرات رخ داده در جامعه است. آنچه در اینجا «یادگیری اجتماعی» نامیده شده، فی الواقع بخشی از فرایند سیاست‌گذاری عمومی است که در آن تصمیم‌گیرندگان تلاش می‌کنند بدانند چرا برخی از سیاست‌ها ممکن است موفق شوند، در حالی که برخی دیگر شکست خورده‌اند. اگر سیاست‌ها به‌عنوان یک نتیجه از یادگیری تغییر کنند، انگیزه این تغییر از طریق فرایند رسمی سیاست‌های دولت‌ها آغاز می‌شود. از سوی دیگر، آنچه را که «یادگیری سیاسی» نامیده‌اند، در واقع فعالیتی است که سیاست‌گذاران به‌عنوان واکنش به تغییرات در محیط‌های سیاست خارجی انجام می‌دهند. همان‌گونه که محیط زیست تغییر می‌کند، اگر سیاست‌گذاران می‌خواهند سیاست‌ها پشان شکست نخورد باید با جامعه سازگار شوند (ملکی و حائری یزدی، ۱۳۹۶: ۱۱).

در همین راستا الگوهای متعددی از سوی اندیشمندان این رشته معرفی شده است. برای مثال، در سال ۱۹۵۶ لاسول ترکیبی از فرایند سیاست‌گذاری را ارائه کرد که در برگیرنده هفت مرحله بود: کسب آگاهی (Intelligence) از مسئله (تهیه دستور کار)، ارتقا و بهبود (Promotion)، نسخه‌پیچی یا تجویز یا توصیه (Prescription)، تصمیم‌گیری (Invocation)، کاربست تصمیمات (application)، خاتمه (Termination) و ارزیابی (Appraisal). بنا بر این باید در نظر داشت که مدل لاسول بیشتر یک مدل هنجاری است تا یک مدل تحلیلی. از این نظر هنجاری است که به جای تحلیل چرخه سیاست‌گذاری به دنبال تجویز الگویی برای تصمیم‌گیری دولتی است.

اگر بخواهیم الگوی لاسول را در مورد مطالعاتی همین پژوهش اجمالاً به کار ببندیم به این شکل خواهد شد: آگاهی از مسئله‌ای به نام عدم قانونگذاری در عرصه معاملات طلا: در سیاست‌گذاری شناسایی یک مشکل سیاست‌گذاری پیشفرض قرار می‌گیرد. خود شناسایی

مشکل مستلزم آن است که چنین مشکلی یک مشکل اجتماعی محسوب گردد. و اینکه ضرورت مداخله دولت احساس گردد.

تلاش برای بهبود وضعیت؛ تجویز الگویی برای اقدام؛ در جریان این مرحله از چرخه سیاستگذاری تقاضاها، پیشنهادات و مشکلات مطرح شده به برنامه های حکومتی تبدیل می گردد. تصمیم گیری در مورد چه باید کرد. دانشمندان علوم سیاسی از آغاز بر این باور بودند که تصمیم گیری نه تنها از طریق جمع آوری و پردازش اطلاعات تشکیل می گردد، بلکه عمدتاً در بر گیرنده حل منازعه در درون و در میان نهادهای دولتی و کنشگران عمومی و خصوصی است. در مطالعات اولیه بر نقش بروکراسیهای اداری در صورت بندی مسائل تأکید می شد. در حالی که در نظریات متأخر کارمندان عالی رتبه در بروکراسیها را در واکنش متقابل با کنشگران اجتماعی و الگوهای پایدار ارتباطات (شبکه های سیاستگذاری) در نظر می گیرند. در حالی که تصمیم گیری نهایی در درون کابینه ها و پارلمانها اتخاذ می گردد، ولی بایستی که تصمیم مذکور از قبل از سوی فرایند غیر رسمی شکل گیری سیاستگذاری مبتنی بر مذاکره با دپارتمانهای اداری (و واحدهای درونی دپارتمانهای مورد نظر) گروه های دارای منافع سازماندهی شده و بر اساس نظام سیاسی، اعضای منتخب پارلمانها و وابستگان آنها به عنوان بازیگران اصلی، و مانند اینها، اتخاذ شده باشد.

اجرای کردن تصمیمات؛ اجرا بیانگر اقداماتی است که باید انجام گیرد و اقداماتی که نباید انجام گیرد. باید در نظر داشت که در نمونه آرمانی فرایند اجرا بر سه عنصر تعیین جزئیات برنامه، تخصیص منابع و تصمیمات توجه می گردد. در رویکرد کلاسیک نسبت به مرحله اجرا، این مرحله با تصویب قوانین خاتمه می یافت. اما با تغییر در این نگرش مرحله اجرا به عنوان مرحله حیاتی مورد توجه قرار گرفت. نگاه اولیه به این مرحله نگاه سلسله مراتبی بود. در این نگرش شکست سیاستگذاریها عمدتاً ناشی از عدم تعاملات درونی و میان سازمانها و نهادهای دولتی و گروه های هدف و همچنین طراحی بد سیاستگذاری بر پایه فرضیات اشتباه در مورد رابطه علت و معلولی تصور می شد. بر این اساس به ارزیابی ابزارهای سیاستگذارانه می پرداختند و به اهمیت رابطه میان انتخاب ابزار و اجرای سیاستگذاری توجه ویژه ای می شد و گاهی اثرات منفی دخالت دولت را مورد بررسی قرار می دادند.

از اواسط دهه هفتاد مطالعه فرایند اجرا با توجه به رویکرد سلسله مراتبی مشکلاتی را ایجاد نمود. در نتیجه رویکرد پایین-بالا رواج یافت. در چنین شرایطی نخست بر نقش

مرکزی نهادهای اجرایی و پرسنل آنها در شکل‌گیری خروجی سیاستی به ویژه الگوی مقابله با خواسته‌های متنوع و اغلب متناقض مرتبط با سیاست‌ها تأکید گردید. در ادامه تمرکز بر روی سیاست‌های مجزا که به عنوان ورودی‌هایی در نظر گرفته می‌شد که تبدیل به فرآیند اجرا می‌شد، تکمیل شد. در نهایت اینکه، به طور فزاینده‌ای حلقه‌های ارتباطی و شبکه‌ها میان شمار زیادی از بازیگران دولتی و اجتماعی در یک محدوده سیاستی مشخص را به رسمیت می‌شناسد، که این امر موجب می‌شود نگاه سلسله‌مراتبی میان فهم تعاملات اجتماع و دولت ترک شود.

خاتمه چرخه سیاستگذاری؛ ارزیابی نتایج: در این مرحله نتایج حاصل از سیاستها مورد توجه قرار می‌گیرد و منطق‌های جاری قابل قبولی که سیاستگذاری باید در برابر اهداف مورد نظر و تأثیرات آن به کار رود، ارزیابی می‌شود. ارزیابی با مرحله پایانی چرخه سیاست‌گذاری، مرحله خاتمه و طراحی مجدد و مرحله دستور کار سیاستگذاری مرتبط است که منجر به تکمیل الگو می‌گردد (Fischer, 2007).

در این پژوهش که مبتنی بر رویکرد سیاستگذاری است، همان‌گویی فرآیند سیاستگذاری لاسول - با اندک تغییراتی - معیار قرار گرفته است. در ابتدا فرض بر آن است که سیاستگذار بایستی «کسب آگاهی از مسئله» داشته باشد و متوجه این نقیصه در حکمرانی‌اش باشد. سپس به ابزارهای جعبه حکمرانی‌اش برای تنظیم گری متوسل می‌شود که در اینجا قواعد آمره حقوق عمومی است. با کاربست آنها به اجرایی‌سازی و عملیاتی کردن الگوی مورد نظر خود دست می‌یازد تا به ارتقا و بهبود کمک رساند. در ادامه و با خاتمه و تکمیل چرخه به ارزیابی و بازخوردگیری از نتایج می‌پردازد تا در صورت لزوم الگو را بازبینی و اجرای مجدد کند. در ادامه با بررسی موردی انواع معاملات (trade) در بازار سرمایه‌ای طلا (و سکه) در ایران، حسب مورد نشان داده خواهد شد که چگونه دولت می‌تواند با سیاستگذاری مبتنی بر تنظیم گری بازار با ابزارهای برآمده از حقوق عمومی دست به نظارت و مهار آن بزند به نحوی که اولاً در حوزه حقوق خصوصی دخالت آشکاری نداشته باشد و ثانیاً تضمین لازم برای خیر عمومی را نیز از دست ندهد.

تنظیم گری فروش اقساطی

تعریف مدونی از فروش اقساطی، عموماً، و فروش اقساطی طلا، خصوصاً، وجود ندارد. فروش اقساطی طلا را می‌توان چنین تعریف کرد که قراردادی است از واگذاری مقدار معینی طلا به بهای معلوم که طرف مقابل متعهد می‌گردد بهای باقیمانده طلا طی اقساط مساوی یا غیر مساوی در سررسید یا سررسیدهای معینی پرداخت نماید. در گذشته در

خصوص فروش اقساطی طلا با توجه به این که هیچ قانون مدونی وجود نداشت آن را در قالب یک قرارداد بی نام زیر مجموعه ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد می کردند که البته تا جایی که خلاف قانونی وضع نمی شد محدودیتی هم وجود نداشت. اما قانونگذار، در فروش اقساطی، در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۲ و تایید آن توسط شورای نگهبان، دلالتی تلویحی آورده است که تا حدودی در معاملات روزمره طلا تاثیر گذار است و اصل را بر نقدی بودن معاملات گذاشته است که می تواند بر فروش اقساطی طلا تاثیر گذار باشد. شایان ذکر است که در همین راستا تبصره یک ماده ۴ قانون مالیات بر ارزش افزوده مقرر داشته است: «مطابق این قانون، اصل بر نقدی بودن معاملات است؛ مگر این که تسویه بودن معاملات و دریافت و پرداختهای مرتبط با آن در سامانه مودیان ثبت شده و به تایید طرفین رسیده باشد. در مواردی که معامله یا قرارداد در سامانه مودیان ثبت نشده باشد، آن معامله یا قرارداد نقدی تلقی می شود.» بدیهی است که این تبصره فروش اقساطی را با محدودیت و تابع شرایط خاص دانسته و چنانچه معامله در سامانه ثبت نشده باشد نقدی محاسبه می شود و می توان چنین استنباط کرد که حقوق عمومی بر فروش اقساطی با وضع یک اماره تاثیر بسیار گذاشته است. چرا که اگر در گذشته با اعتبار اشخاص بدون دریافت چک و سایر اسناد مالی فروش صورت می گرفت اکنون دیگر این وضع ممکن نیست. به عنوان مثال اگر آقای الف به طلا فروشی آقای ب مراجعه کرده و طلا به مبلغ یکصد میلیون تومان به صورت قسطی خرید کند و در سامانه مودیان ثبت نشود چنانچه ایشان اقساط خود را پرداخت نکند و با مراجعه به دادگاه دادخواست مطالبه اقساط تقدیم گردد با تصویب این ماده در خوشبینانه ترین حالت آن چنان چه طرف مقابل از حضور در جلسه دادگاه امتناع کند (بدین معنی که طرف مقابل حاضر نشود و ادعا کند نقدی پرداخت کرده) قاضی بر اساس اماره قانونی رای به بی حقی صادر می کند. البته راه حلی نیز وجود دارد که هنگام فروش چک، سفته و تضامینی مانند اینها، از خریدار دریافت گردد.

در تفسیر قوانین، یکی از بهترین راه حلها این است که متن هیچ قانونی بدون توجه به سایر قوانین تفسیر نگردد و به همه قوانینی که در آن زمینه تاکنون تصویب شده اند، توجه شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۱۲).

و یک استدلال دیگر نیز می توان از این قانون کرد و آن این است که تصویب این ماده صرفاً در خصوص مطالبه مالیات بوده و تاثیری در معاملات روزمره ندارد بدین معنی که اداره دارایی به مستندات فروشندگان توجهی نکرده و کلیه معاملات را نقدی محاسبه کرده و بر اساس آن مالیات اخذ می کند و وضع قانون فوق تاثیری در معاملات اقساطی ندارد و

باید استدلال فوق را نیز مدنظر داشت، که جهت اخذ مالیات، اصل را بر نقدی بودن معاملات می‌گذارند و مالیات معاملات اقساطی نیز نقدی محاسبه می‌گردد. اما در هر حال به نظر نمی‌رسد وضع چنین قواعدی حتی اگر در قوانین خاص باشد در معاملات روزمره اقساطی طلا بی‌تاثیر نباشد.

سیاستگذاری معاملات پیش فروش

اصطلاح پیش‌فروش در لغت عبارت از «فروختن مال یا غله قبل از مهیا شدن، یا بها ستاندن پیش از تحویل مال می‌باشد و به عبارت دیگر فروختن کالایی است که هنوز موجود نیست و فروشنده پولی می‌گیرد که بعد آن را تحویل بدهد» (عمید، ۱۳۷۵: ۵۰۹). در قوانین و مقررات ایران، تعریفی از قرارداد پیش‌فروش طلا ارائه نشده است؛ حقوقدانان نیز تعریفی از قرارداد پیش‌فروش طلا ارائه نکرده‌اند؛ فعالان بازار طلافروشی غالباً پیش‌فروش طلا را چنین تعریف می‌کنند: «پیش‌فروش طلا عبارت است از قراردادی که، بر اساس آن فروشنده تعهد می‌نماید، طلا را طبق اوصاف و شرایط ذکر شده در قرارداد تدارک ببیند و در مقابل دریافت مبلغ معینی در موعد مقرر به خریدار تحویل دهد.» در فقه امامیه در مورد پیش‌فروش به «بیع میوه» اشاره می‌کنند و نظر مشهور آن است که فروش میوه پیش از ظهور آن باطل است و در این مورد استدلال کرده‌اند که چون، عنوان میوه، در زمان قبل از ظهور، عرفاً بر آن صدق نمی‌کند؛ و بیع در زمان انعقاد موجود نیست، بیع باطل است (نجفی، ۱۹۸۱م: ۵۹). پیش‌فروش اموال در حقوق انگلیس با عنوان (goods sale of future) و در حقوق فرانسه تحت عنوان (vente de la chose future) به کار می‌رود که برخی از حقوقدانان ایران آن را به «بیع آیندگان» ترجمه نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۵۰۸). در حقوق کشورهای عربی، قرارداد پیش‌فروش طلا، تحت عنوان «بیع الاشیاء المستقبله» مورد بحث قرار می‌گیرد. ماده ۱۳۱ قانون مدنی مصر اعلام می‌دارد: «مورد تعهد می‌تواند شیئی در آینده باشد». در قوانین مدنی سوریه، لیبی، سودان و لبنان نیز چنین قراردادی صحیح اعلام شده است؛ اما در صورتی که مال مورد قرارداد در موعد مقرر به وجود نیاید، بیع باطل خواهد بود.

سیاستگذاری تنظیم گرایانه بر معاملات فردایی

عموماً معامله فردایی بدین گونه است که هر یک از طرفین معامله پیش‌بینی خود را از قیمت در روز آینده بیان می‌کند و این افراد بر سر پیش‌بینی‌های یکدیگر به توافق رسیده و موعدی در ساعت کاری بازار روز بعد را به عنوان پایان معامله در نظر می‌گیرند. چنانچه پیش‌بینی یکی از طرفین صحت پیدا کند، آن شخص سود خواهد برد و طرف مقابل

اختلاف قیمت را به عنوان غرامت به دیگری پرداخت خواهد کرد. این چنین معاملاتی با اعتبار طرفین شکل می‌گیرد و چنانچه یکی از طرفین قادر به پرداخت غرامت نباشد، اعتبارش سلب شده و دیگر اجازه شرکت در معاملات فردائی را نخواهد داشت.

برای مشخص شدن جایگاه نظریه تأثیر حقوق عمومی در حقوق معاملات طلا در نظام حقوقی ایران باید موضوعات امکان تأثیرگذاری حقوق عمومی در حقوق معاملات طلا در ایران، در این مقاله مورد بررسی قرار گیرد. قضات دادگستری در استعلامی به معاونت حقوقی قوه قضائیه سولاتی پیرامون معاملات موسوم به فردایی مطرح کردند که به شرح زیر است: در خصوص معاملات موسوم به معاملات فردایی و یا کاغذی طلا و جواهرات از جهت قانونی و شرعی اعلام نمایند: اولاً، آیا این گونه معاملات از نظر حقوقی صحیح است؟

ثانیاً، با توجه به اینکه در این گونه معاملات هیچ گونه طلا و جواهری رد و بدل نمی‌شود، آیا اقدام فرد اعم از فرد صنفی و یا غیر صنفی مبنی بر دریافت وجوه از دیگری واجد وصف کیفری کلاهبرداری و یا تحصیل مال از طریق نامشروع است؟ در پاسخ نظریه مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه چنین مرقوم شده است که در معاملات موسوم به «معاملات فردایی» که به موجب آن ذی‌نفعان بازار طلا و جواهرات در پایان یک روز معاملاتی، در خصوص قیمت این فلزات با ارزش در روز آینده معامله می‌کنند و بر اساس پیش‌بینی‌هایی که از نرخ طلا و جواهر در روز آینده دارند، تعهدی بر عهده می‌گیرند و بر این اساس تحصیل سود می‌کنند یا متحمل زیان می‌شوند؛ اولاً، چنانچه طرفین قصدی برای انجام بیع در موعد مقرر نداشته باشند و تعهدی در این زمینه بر عهده نگیرند و در واقع موضوع معامله، صرفاً مابه‌التفاوت قیمت روز فروش و روز موعد مقرر باشد، به لحاظ فقدان شرایط صحت معامله موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی، باطل است. ثانیاً، چنانچه معامله نسبت به مال پایه صورت گیرد و قصد طرفین بر تحویل طلا و جواهر در آینده و یا تعهد آنان به بیع در آینده احراز شود، در صورت دارا بودن دیگر شرایط صحت معامله، واجد آثار حقوقی است. در هر صورت احراز قصد طرفین و شرایط صحت معامله بر عهده مقام قضائی رسیدگی کننده است.

ثالثاً، در معامله قسم نخست، احراز وصف کیفری موضوع و انطباق رفتار ارتكابی با قوانین جزایی حاکم، امری است که بر عهده مقام قضائی رسیدگی کننده است. و این موارد همه نشان از تأثیر حقوق عمومی بر معاملات طلا در ایران است.

مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی همچون ابزار تنظیم‌گری

ضرورتی که نگارش این مبحث را ایجاب می‌کند این است که اگر مشخص شود بین مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی با ابزارهای تنظیم‌گری در معاملات طلا رابطه وجود دارد به طوری که مفاد این مواد همان مفهوم نظریه تأثیر حقوق عمومی در حقوق معاملات طلا را افاده میکند، در این صورت مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ ق.م. به عنوان مبنا و مستندی برای تأثیرگذاری حقوق عمومی در معاملات طلای ایران محسوب می‌شوند. به موجب ماده ۹۵۹ ق.م. هیچکس نمیتواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.

برابر تفسیری از این ماده سلب حقوق مدنی اگر به طور کلی باشد ممنوع و باطل است؛ اما سلب حقوق مدنی به طور جزئی صحیح است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۷: ۳۱). سلب حقوق مدنی در صورتی جزئی است که یا نسبت به شخص معین و یا به مدت معین و محدود باشد. برای مثال سلب حق فروش طلا توسط خریدار در رابطه با شخص معین یا به مدت بیست سال سلب حق به طور جزئی بوده، جایز است. و در جایی که طلا به صورت نسبه فروخته می‌شود نیز بسیار راه گشا بوده، ولی برعکس اسقاط فروش طلا به صورت مادام‌الحیات ممنوع و باطل می‌باشد.

تفسیر دیگری که از ماده ۹۵۹ ق.م. وجود دارد عبارت حقوق مدنی مندرج در این ماده را صرفاً به مفهوم «حقوق مدنی مطلق» می‌داند. حقوق مدنی مطلق در برابر حقوق مدنی نسبی است. مراد از حقوق مدنی مطلق حقوقی است که هر انسان به صرف انسان بودن و فارغ از شرایط و وضعیت حقوقی خاص دیگر از آن برخوردار است. حقیقتی مانند حق حیات، حق آزادی، حق مالکیت را می‌توان از مصادیق این نوع حقوق دانست (ایمانیان، شمس و تفرشی، ۱۳۸۲: ۲۱). در مورد قابلیت سلب و اسقاط حقوق مدنی مطلق باید گفت که این حقوق، غیرقابل سلب و انتقال هستند. این حقوق گرچه ظاهراً به عنوان حق شناخته می‌شوند، اما با توجه به ماهیت شان، در واقع در شمار احکام قرار می‌گیرند. درست به همین جهت است که امکان سلب آنها خواه به طور کلی یا جزئی وجود ندارد و هیچکس نمی‌تواند به موجب اصل آزادی قراردادهای این حقوق را از خود ولو نسبت به شخص معین یا زمان محدود سلب کند؛ چرا که ماده ۹۵۹ ق.م. از قواعد آمره بوده، امکان توافق برخلاف آن ممکن نیست (ایمانیان و تفرشی، ۱۳۸۲: ۲۶).

در مقابل مراد از «حقوق مدنی نسبی» حقوقی هستند که ذاتی انسان نیستند و سلب آنها اگر به طور کلی باشد ممنوع و باطل و اگر به صورت جزئی باشد صحیح است. حقوقی مانند حق خیار و حق شفعه از این نوع هستند. طرفداران این تفسیر از ماده ۹۵۹ ق.م. برای

اثبات ادعای خود به دلایلی متوسل شده‌اند که شرح و نقد آنها خارج از حوصله این مقال است. به نظر می‌رسد اطلاق اصطلاح حقوق مدنی مندرج در ماده ۹۵۹ ق.م. هم حقوق مدنی نسبی و هم حقوق مدنی مطلق را در بر می‌گیرد و هیچ‌یک از آنها را نمی‌توان به طور کلی سلب کرد. اما تفاوتی که بین حقوق مدنی نسبی و حقوق مدنی مطلق وجود دارد این است که سلب جزئی حقوق مدنی نسبی به موجب مفهوم مخالف ماده ۹۵۹ ق.م. ممکن است؛ ولی با توجه به اینکه حقوق مدنی مطلق مربوط به نظم عمومی هستند به موجب وحدت ملاک از ذیل ماده ۹۵۹ ق.م. و ماده ۹۶۰ ق.م. حتی سلب جزئی آنها نیز میسر نیست. ولی در باب معاملات طلا، که بیشتر و عمده معاملات در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی صورت می‌گیرد می‌توان از این ماده بدین صورت استفاده کرد که هر گونه توافقی که موجب بروز ضرر و زیان به خریدار طلا شود را در چهارچوب حقوق عمومی بتوان از آن دفاع کرده و حق تضییع شده خریدار را جبران نمود.

روش تأثیر افقی حقوق عمومی قابل پذیرش برای نظام حقوقی معاملاتی طلا ایران

همانطور که در قوانین ایران در مورد امکان تأثیرگذاری حقوق عمومی در حقوق خصوصی و از جمله معاملات طلا سخنی گفته نشده است بالتبع در مورد روش‌های تأثیرگذاری افقی حقوق عمومی نیز مطلبی بیان نگردیده است. اما در سطح دکترین حقوقی در مورد نوع تأثیری که حقوق عمومی در حقوق خصوصی ایران و از جمله حقوق معاملات طلا دارد برخی معتقدند که در روابط خصوصی اشخاص، امکان استناد مستقیم هریک از طرفین به حقوق عمومی وجود دارد؛ چنان که «الف» می‌تواند در مقام دعوا به حقوق عمومی نقض شده خود توسط دیگری استناد کند و برای «ب» هم در مقام دفاع این امکان وجود دارد (محمد زاده، ۱۳۹۴:۲۴۳). نظر فوق را بدین گسترده‌گی نمی‌توان مورد پذیرش قرارداد؛ چرا که تأیید آن منجر به تبعیت حقوق خصوصی و از جمله حقوق معاملات طلا از حقوق عمومی شده، استقلال حقوق خصوصی را از بین میبرد؛ چرا که نمی‌توان استقلال حقوق خصوصی را نادیده گرفته و آن را صرفاً به صورت ابزاری برای ترویج حقوق عمومی تبدیل کرد. کمالین که ماده ۱۰ قانون مدنی در راستا اعتبار این موضوع قابل استناد است.

همچنین روش تأثیر افقی غیرمستقیم ضعیف نیز قابل قبول نیست؛ چرا که این روش حمایت کافی را از حقوق عمومی در روابط بین اشخاص خصوصی در بر ندارد و در این روش حقوق عمومی صرفاً تأثیر حداقلی در معاملات طلا دارند؛ در حالی که به نظر می‌رسد

در حقوق موضوعه ایران، حقوق عمومی باید تأثیر بسزایی در تنظیم گری معاملات (در این مورد: طلا) داشته باشند. اما خلاءهای قانونی موجود غیر قابل چشم پوشی است و می‌طلب‌اند که قانونگذاران به این بازار توجه ویژه‌ای داشته باشند.

روش وظیفه دولت نسبت به حمایت از حقوق عمومی در روابط بین اشخاص خصوصی که همان خریداران طلا هستند را نیز نمیتوان در حقوق ایران پذیرفت؛ چراکه این روش صرفاً در کشوری قابل پذیرش است که در قوانین آن کشور دولت مکلف به حمایت از حقوق عمومی شده باشد؛ چرا که در کشور ایران قوانینی در چهارچوب معاملات طلا وجود ندارد و پر از خلاء قانونی و سکوت قانونگذار است. تنها روشی که باقی می‌ماند و نقایص روشهای دیگر را ندارد روش «تأثیر افقی غیرمستقیم قوی» است. بنابراین برای نظام معاملات طلای سنتی در ایران روش تأثیر افقی غیرمستقیم قوی روشی حدوداً قابل پذیرش است. این روش حد وسط بین روشهای افراطی تأثیر افقی مستقیم و تأثیر افقی غیرمستقیم ضعیف است. روش تأثیر افقی مستقیم باعث می‌شود که قواعد حقوقی معاملات طلای سنتی به کلی نادیده گرفته شود و در روش تأثیر افقی غیرمستقیم ضعیف نیز از حقوق عمومی اشخاص حمایت کافی نمی‌شود.

شاید با ذکر مثالی از نحوه تأثیر گذاری حقوق عمومی، همچون ابزار تنظیم گری در سیاستگذاری روابط قراردادی براساس روش تأثیر افقی غیرمستقیم قوی، بتوان بحث را خاتمه داد و به جمع‌بندی رساند. معاملات طلایی را که در آن شرط شده که خریدار باید دو کیلو طلا از کشور خارج کند می‌توان براساس اصل قوانین گمرکی باطل دانست. چرا که ورود و خروج طلا از کشور دارای قوانین خاص و محدود کننده است یکی از موارد حقوق عمومی است ولو آن که مشروط علیه خود به این امر رضایت داشته باشد؛ چرا که اصول اساسی دربردارنده حقوق عمومی از قواعد آمره هستند؛ بلکه شرط خروج مقادیر طلا را به دلیل خلاف صریح قانون بودن و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی باطل اعلام می‌کند. در این حالت دادگاه به «شرط نامشروع» محتوای جدیدی بخشیده، شرط خلاف حقوق عمومی را نیز شرط نامشروع تلقی می‌کند.

البته اگر شخص تعهد کند که به طور جزئی و به صورت قانونی و تا حد متعارف در چندین مرتبه طلا را از کشور خارج کند این تعهد صحیح و نافذ است؛ و اگر برخلاف مفاد تعهد عمل کند، در صورت بروز خسارت به طرف دیگر، ملزم به جبران خسارت خواهد بود؛ اما عمل حقوقی که انجام داده صحیح است (ایمانیان، شمس و تفرشی، ۱۳۸۲: ۲۷) در این موارد صرفاً شرط که خلاف حقوق عمومی است به دلیل مخالفت بانظم عمومی یا

نامشروع بودن باطل است؛ اما بطلان شرط به قرارداد اصلی سرایت نمی‌کند و قرارداد صحیح است.

نتیجه‌گیری

دولت‌ها عموماً در یک دو راهی فراگیری قرار دارند که به تعبیر دارون عجم اوغلو و جیمز رابینسون - در کتابی با همین نام - می‌توان آن را «دالان باریک» نامید (عجم اوغلو و رابینسون، ۱۳۹۹). چرا که از یک طرف باید لویاتان‌هایی قدرتمند باشند تا بتوانند بر قلمرو خودشان حاکمیتی بلامنازعه داشته باشند و از سوی دیگر اگر این حاکمیت بیش از حد فراگیر شود جامعه را می‌بلعد و بنابراین نقض غرض خواهد شد. همیشه باید مرز میان اقتدار دولت و آزادی جامعه وجود داشته باشد که همانا آن دالان باریک پیش گفته است.

از منظر حقوقی دولت برآمده از چارچوب‌هایی است که در حقوق عمومی تدوین شده است و جامعه استوار بر قواعدی است که در حقوق خصوصی تبیین شده است. ارکانی از جامعه که در بستر حقوق خصوصی قرار می‌گیرند (مشخصاً بازار و اقتصاد) باید عرصه رقابت آزادانه اراده‌هایی باشند که برای حداکثر منافع عقلانی خودشان تلاش می‌کنند. ولی از سوی دیگر، دولت به عنوان حافظ منافع جمعی جامعه و پاسدار خیرعمومی نباید اجازه دهد که منافع جمعی قربانی منفعت طلبی فردی شود. در اینجا دولت به عنوان نماینده اراده عمومی ورود می‌کند و می‌کوشد تا دست به تنظیم‌گری بزند. به تعبیر پیر مولر، سیاستگذاری عمومی یعنی «دولت در عمل»، و فی الواقع عمل دولت که می‌خواهد اهداف و مقاصدی را دنبال کند که وضعیت و شرایط موجود را بهبود بخشد یا ارتقا دهد. دولت در اینجا با سیاستگذاری دست به تنظیم‌گری می‌زند. در مورد مطالعاتی این تحقیق که بخشی از بازار سرمایه بود، دولت از یک سو باید اراده آزاد شهروندانی را بپذیرد که می‌توانند هر آن چه می‌خواهند اراده کنند و از سوی دیگر باید پایبند و پیگیر قواعد آمره‌ای باشد که بنیان تاسیس و تداوم نظم مدنی است. حرکت ظریف و مداخله نامحسوس و ناپیدای دولت در درون مرزهای حقوق عمومی ابزارهای تنظیم‌گرانه‌ای است که به دولت اجازه می‌دهد ضمن به رسمیت شناختن اراده شهروندان پاسدار خیرعمومی جامعه باشد.

منابع و مأخذ:

- ایمانیان، فریبرز، شمس، عبدالله، عیسی نقرشی، محمد (۱۳۸۲)،
تفسیر حقوق مدنی در قانون مدنی، **مجله مدرس**، دوره ۷۰،
شماره ۱، ۱۳۸۲
- پری، نورمن (۱۳۹۹)، **نظم خودانگیخته**، ترجمه خشایار
دبهبی، تهران: نشر نی
- پنفت، آرین، مومن راد، احمد. (۱۳۹۴)، سیر تحول نحوه مداخله
دولت در اقتصاد از منظر حقوق عمومی، از دولت رفاه تا دولت
فراانتظمی. **پژوهش حقوق عمومی**، ۱۷(۴۷)، ۱۸۵-۲۰۴.
- روشن، محمد، مظفری، مصطفی، جمالی، قاسم علی، باغبان،
علیرضا (۱۳۹۱)، مطالعه قهقی و حقوقی پیمان آتی، فصلنامه
تحقیقات حقوقی، سال ۱۳۹۱، شماره ۵۷، دوره ۱۵.
- زهیر، نوید (۱۳۹۶)، حفظ استقلال نظام بورس و اوراق بهادار
جمهوری اسلامی ایران، **مطالعات حقوق تطبیقی**، ۱۳۹۶، دوره
۸، شماره ۸.
- حسین زاده، جواد؛ موسی زاده، فریوش (۱۳۹۲)، مقایسه قرارداد
اختیار معامله با قمار در حقوق ایران و انگلیس، **فصلنامه
پژوهش های تطبیقی**، سال هفدهم، شماره ۴، سال ۱۳۹۲.
- خجینی، روح الله (۱۳۹۳)، **صحیفه امام** (جلد ۲۰)، تهران، موسسه
تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۶)، **ترمیم‌نویزی حقوق**،
گنج دانش، تهران
- قلی پور، رحمت‌الله و ابراهیم غلام‌پور آهنگر. ۱۳۸۹. **فرایند
سیاست‌گذاری عمومی در ایران**. تهران: مرکز پژوهش‌های
مجلس شورای اسلامی
- صفایی، سید حسین؛ قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، **حقوق
مدنی (اشخاص و محجورین)**، سازمان مطالعه و تدوین کتب
علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)
- ظرفدار، محسن (۱۳۹۰)، نقش دولت در تعیین قیمت کالاها و
خدمات در نظام اقتصادی اسلام، در مجله **دو فصلنامه علمی -
تخصصی مطالعات اقتصاد اسلامی**، سال ۱۳۹۰، شماره اول.
- عجم اوغلو، دارون، و رایبسون، جیمز (۱۳۹۹)، **دالان باریک
(دولت‌ها، جوامع و سرنوشت آزادی)**، مترجم محمدرضا
فرهادی پور، تهران، موسسه فرهنگی هنری نگاه روزگار نو
- عمید، حسن (۱۳۷۵) **فرهنگ عمیده**، انتشارات امیر کبیر، تهران
- فولی، دانکن (۱۳۹۲)، **مقاله آدام اسمیت**، ترجمه علی
سعیدی و حمیدرضا مقصودی، تهران، نشر دانشگاه امام صادق
- محمد زاده، مسلم (۱۳۹۴)، تأثیر حقوق اساسی بر حقوق
خصوصی (**رساله دکتری حقوق خصوصی**)، دانشگاه تهران،
دانشکده حقوق و علوم سیاسی، استاد راهنما، دکتر حسن بیادینی،
سال ۱۳۹۴.
- ملکی، عباس، حائری زدی، آسیه (۱۳۹۶)، **باز هم سیاستگذاری
عمومی، فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی**،
دوره ۷، شماره ۲۴، پائیز ۹

نادعلی، محمد (۱۳۹۲)، بررسی راه اندازی بازار آتی سکه طلا و
نیغات آن بر اقتصاد کشور، **فصلنامه روند**، سال بیستم، شماره
های ۶۳ و ۶۴، سال ۱۳۹۲.

نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱)، **جواهرالکلام**، انتشارات
داراجیه، التراث، بیروت

میرشمن، آلبرت (۱۳۷۹)، **هواهای فزانی و منافع**، ترجمه
محمد مالجو، تهران، نشر شیرازه

Fischer, Frank (2007). **Handbook of Public
Policy Analysis Theory, Politics, and
Methods**. Routledge University, New Jersey,
U.S.A