

بررسی تطبیقی تفکیک میان اعمال دولت در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه

احمد تقی‌زاده*

خلیل منصوری‌زاده**

چکیده

از سال‌ها قبل، در نظام حقوقی ایران، اعمال دولت به دو نوع حاکمیتی و تصدّی تقسیم شده و به مرور، آثار بسیاری بر این تفکیک مترتب گردیده است. این در حالی است که چنین تفکیکی در کشور خاستگاه این نوع تفکیک (فرانسه) که مبدأ این نظریه‌پردازی بوده، متروک گشته و این کشور به معیارهایی تازه توجه کرده که نتیجه تحول مفهوم اعمال دولت به خدمت‌گزاری عمومی است. این تغییر در نتیجه بروز مشکلاتی بود که از تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدّی ناشی می‌شد. در فرانسه پس از این تفکیک، به ترتیب، معیار «خدمات عمومی» و «نوع فعالیت اداری» حاکم شد. سؤال پژوهش حاضر این است که با توجه به آسیب‌های معیار کنونی برای تفکیک اعمال دولت در ایران، چه راهکاری برای رفع این آسیب‌ها پیشنهاد می‌شود؟ به نظر می‌رسد معیار خدمات عمومی در نظام حقوق اداری ایران نیز پذیرفته شود. به تعبیر دیگر، باور نگارندگان در این پژوهش توصیفی و تحلیلی بر آن است که ورود معیاری تازه مثل خدمات عمومی در نظام حقوقی ایران برای سامان‌دهی اعمال اداری و فراهم‌سازی زمینه دستیابی مردم به حقوق خویش، ضروری است. دلیل آن نیز همان است که خدمت عمومی بر اساس یک سری اصول و قواعد تبیین می‌شود و عاری از بیان تمثیلی یا حصری است که در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری برای تشخیص اعمال حاکمیتی از تصدّی به کار رفته است. این نظریه، این ابزار را در اختیار دادرس قرار می‌دهد که با استفاده از اصول نظریه خدمات عمومی و اتکا به ویژگی انعطاف‌پذیری یک خدمت عمومی، عمل اداری را در این حوزه قرار دهد و احکام مقتضی را بر آن بار کند.

کلیدواژه‌ها: اعمال تصدّی، اعمال حاکمیتی، اعمال دولت، خدمات عمومی.

*.دانش آموخته دکتری حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران. (نویسنده مسئول)

ah.taghizadeh@yahoo.com

**دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید چمران، اهواز، ایران.

mansourizade.061@gmail.com

مقدمه

در نظام حقوقی ایران، اعمال دولت به دو بخش حاکمیتی و تصدی تقسیم می‌شوند که بر هر کدام از این دو دسته اعمال، احکام خاصی به ویژه در مبحث مسئولیت دولت مترتب است. این نوع تفکیک، از نقد تئوری «دولت بدهکار» در قانون مدنی فرانسه برداشت شده است که به دلیل خروج بسیاری از اعمال دولت از صلاحیت دادگاه‌های اداری در قرن ۱۹ صورت گرفته بود. با این حال، طولی نکشید که دیوان حل تعارضات فرانسه به موجب رأی مشهور بلانکو، این تفکیک را کنار گذاشت. در ماجرای منتهی به صدور رأی، دخترپچه‌ای به نام اگنس بلانکو بر اثر برخورد گاری‌های شرکت حمل تنباکوی دولتی با او آسیب دید. سرپرست بلانکو با طرف شکایت قرار دادن دولت در دادگاه عمومی، خواستار جبران خسارت‌های وارد شده به وی شد. با اعتراض اداره به صلاحیت نداشتن دادگاه عمومی برای رسیدگی، مسئله برای حل تعارض به دیوان حل تعارضات فرانسه ارسال شد. دیوان در رأی خود مقرر کرد که مسئولیت دولت و کارکنان آن، مشمول قانون مدنی نیست و قواعد خاصی دارد. دیوان در ادامه بیان کرد با توجه به نیازهای خدمت عمومی و ضرورت ایجاد سازش میان دولت و اشخاص خصوصی، از این پس، مرجع صالح در رسیدگی به این نوع دعاوی، مرجع اداری است. به این ترتیب دیوان حل تعارضات فرانسه، در این رأی، معیار «خدمات عمومی» را ضابطه اعمال دولت دانست.

پس از آن، استثنائاتی بر این نظریه وارد شد تا در نتیجه، اعمال دولت به صورتی سازمان پیدا کند که حقوق افراد نیز رعایت شود. این در حالی است که تفکیک میان اعمال دولتی به دو نوع اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی هم‌چنان در نظام حقوقی ایران به قوت خود باقی مانده و در قوانینی که قبل و بعد از انقلاب به تصویب رسیده‌اند، بر این موضوع تأکید شده است. ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، اعمال حاکمیتی را اعمالی دانسته است که منافع عمومی را تأمین می‌کنند، اما ایراد این است که مفهوم منفعت عمومی، مفهومی معین و منجز نیست و نمی‌تواند ضابطه مناسبی برای تفکیک اعمال دولت از یکدیگر باشد.

1-Rights-Based.

2-Human Rights in Development, Good Governance, OHCHR and Good Governance. United Nations Development Program

3-Availability.

4-Permanent Accessibility .

5-Usability.

6-Dispersality

7-Interoperability .

۸. رهنورد، فرج‌الله و داریوش محمدی، «ارزیابی مراحل تکاملی دولت الکترونیک در ایران»، پژوهش‌نامه مدیریت اجرایی، ۱۳۸۶، شماره ۲۷، ص ۶۵.

این پژوهش در نوع خود، پیشینه‌ای ندارد؛ چون با نگاهی انتقادی و تطبیقی با توجه به رویه فرانسه در مورد این مسئله، ماهیت و محتوای خود را از پژوهش‌های دیگر متمایز می‌سازد. با این حال، می‌توان به مقاله «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، نوشته سید مجتبی واعظی اشاره کرد. وی با نویسندگان مقاله حاضر در ناکارآمدی این معیار هم‌نظرند، ولی تلاش وی برای منسوخ جلوه دادن این معیار در نظام حقوقی ایران است و تنها محل کاربرد آن در سیاست‌گذاری‌هاست.^۱ این در حالی است که نویسندگان مقاله حاضر، با بیان مستندات، عقیده‌ای مخالف با نسخ ابراز داشته و پا را فراتر نهاده‌اند تا با اتکا بر رویه فعلی کشور فرانسه، معیاری تازه ارائه دهند.

مقاله ولی رستمی و ایام کمرخانی با عنوان «اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی و تصدی دولت»، تمایزهای کلیدی با مقاله حاضر دارد. نخست آن که مطالعه تطبیقی صورت‌گرفته در آن مقاله با کشور امریکاست. دیگر آن که در آن مقاله، تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدی پذیرفته شده است و از آن به عنوان پیش‌فرض و با محوریت حقوق رقابت بحث می‌شود. این در حالی است که در مقاله حاضر، اصل پذیرش این تفکیک، محل بحث است و تبعات منفی آن را بیان کرده و برای ارائه معیاری تازه گام برداشته است.

مبنای نظری پژوهش حاضر این است که ترک این تفکیک، کارآمدی دولت را محقق می‌سازد و از سوی دیگر، بیش از پیش، از حقوق شهروندان پشتیبانی می‌کند؛ چون با بیان تمثیلی اعمال حاکمیتی در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری، امکان پناه جستن دولت در لوای این اعمال و فرار از مسئولیت مندرج در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را میسر می‌سازد. به بیان دیگر، به دلیل وجود مشکلات متعدد در این تفکیک، روی آوردن به نظریه «خدمات عمومی همراه با قدرت عمومی» و رعایت استثنائات وارد بر آن و ترک تفکیک میان اعمال حاکمیتی و تصدی که مدت‌ها قبل، نظام حقوقی فرانسه، آن را کنار گذاشته است، راه حل مناسبی خواهد بود.

مباحث در سه گفتار مفاهیم و تاریخچه، تشریح وضعیت موجود در ایران و فرانسه و در نهایت، مزیت ورود معیار جدید در ایران برای اثبات فرضیه پژوهش بیان می‌شود.

گفتار نخست. مفاهیم و تاریخچه تفکیک اعمال دولت

بند نخست. مفاهیم

اعمال دولت در موسع‌ترین مفهوم آن شامل تمام فعالیت‌های حکومت می‌شود و در مضیق‌ترین مفهوم آن که مورد نظر این نوشتار است، به معنی تمام فعالیت‌های حکومت

1-Adelana, O. S., "Electronic Governance and Effective Public Administration", International Journal of social, Politics and humanities, 2019, 3(2), p. 272

به استثنای عمل تقنینی قوه مقننه و عمل قضایی قوه قضاییه است. به تعبیر دیگر، منظور، اعمالی است که در حوزه حقوق اداری قرار می‌گیرند. این اعمال به دو دسته حاکمیتی و تصدی‌گرایانه تقسیم می‌شود که اکنون توضیح می‌دهیم.

اول - اعمال حاکمیتی

اعمال حاکمیتی را اعمالی تعریف کرده‌اند که دولت با استفاده از اقتدار عمومی که به او تفویض شده است، انجام می‌دهد. در واقع، کارمند و مأمور دولت، معرّف اقتدار دولت است و قسمتی از اقتدار دولت را اجرا می‌کند.^۲ بر تلمی، حقوق‌دان برجسته فرانسوی، اعمال حاکمیتی را چنین تعریف می‌کند: «عملی است که اداره بر اساس قدرت حاکمه انجام می‌دهد و این عمل، او را از سیطره حقوق عادی خارج می‌سازد.»^۳ منوچهر طباطبایی مؤتمنی از منظر مکتب حقوقی فرانسه، تعریفی خاص‌تر از تعریف بر تلمی ارائه و چنین بیان می‌کند: «اعمال حاکمیتی، کلیه اعمال مربوط به روابط دولت با مجالس قانون‌گذاری مانند پیشنهاد لوایح به مجالس مزبور و... و کلیه اعمال مربوط به روابط بین‌الملل دولت مانند تصویب یا الغای عهدنامه‌های بین‌المللی و...» است.^۴

در آلمان نیز که حقوق اداری آن، وام‌دار فرانسه است، طبق ماده ۳۵ قانون اقدامات اداری (۱۹۷۶)، عمل اداری را با این توضیح، اقدام حاکمیتی دانسته‌اند: «عمل اداری شامل هر دستور، تصمیم یا هر اقدام حاکمیتی است که از سوی مقام عمومی برای تمشیت و تنظیم یک مورد خاص در چارچوب حقوق عمومی انجام می‌شود و اثر حقوقی دارد.» ویژگی برجسته تمام این تعریف‌ها، وجود خصلت قدرت عمومی در این نوع اعمال دولت است؛ قدرتی که در کشورهای دموکراتیک از سوی مردم به دولت تفویض شده و اعمال حاکمیتی در انحصار دولت است.^۵ برخی از حقوق‌دانان ایرانی نیز با کمی تفاوت و دقت در ماهیت تأسیس اداره می‌گویند دولت، برخی وظایفی دارد که مستلزم استفاده از اقتدار عمومی است و برای پاسخ‌گویی به نیازهایی به وجود آمده است که نهادهای دولتی برای برآوردن آن‌ها تأسیس شده‌اند.^۱ با این حال، این

۱. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۱۳۹۴، شماره ۲، صص ۲۰۷ و ۲۱۳.

۲. امین‌فر، رحمت‌الله، «اعمال حاکمیت و اعمال تصدی»، مجموعه حقوقی، ۳۱ اردی‌بهشت ۱۳۳۱، شماره ۲۴۴، ص ۴۱.

3-Gaudemet, Y., Traité de droit administrative, tome 1, 16 édition, Paris: L.G.D.J., 2000, p. 3.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی: حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۹۵.

۵. شیروی، عبدالحسین و نرگس سراج، «چگونگی تفکیک اعمال حاکمیتی و تصدی در صنعت نفت، نهادهای متولی و رابطه آن‌ها»، مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۶۸۱.

تعریف، جامع و مانع نیست؛ چون نیازهای یک نهاد دولتی می‌تواند عملی تصدی‌گرایانه و نه لزوماً حاکمیتی باشد یا آن‌که وجود لفظ «جامعه» برای تبیین نیازها ضرورت دارد.

قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۸۳/۰۶/۱۱) در بند «الف» ماده ۱۳۵ و ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶/۰۷/۰۸)، تعاریفی از این اعمال ارائه کرده‌اند. ویژگی اقتدار عمومی در این تعریف‌ها نیز به چشم می‌خورد که همراه با دو ویژگی دیگر برای اعمال حاکمیتی در نظر گرفته شده است: نخست، ویژگی استمرار که از واژه «حاکمیت» به دلیل وجود خصلت مستمر در آن می‌توان دریافت و دوم، ویژگی منفعت عمومی. وجه تفاوت این دو تعریف که به فاصله سه سال تدوین شده‌اند، بخش انتهایی ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری است که در آن، محدودیت اقشار جامعه در بهره‌مندی از این نوع اعمال نفی شده است. همچنین ماده یادشده در بیان مصادیق، از ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه پیشی گرفته و گستره موسع‌تری را ارائه داده است.

علاوه بر مرتفع شدن مسئولیت در مورد این اعمال، احکام استخدامی و صلاحیتی نیز بار می‌شود. در واقع، اعمال حکومت از دو بخش ریشه می‌گرفت: نخست، اعمال حکومت به طور سنتی. این دسته از اعمال، اعمالی بودند که با انگیزه سیاسی تعریف می‌شدند. برای مثال، شورای دولتی، درخواست بانکدار، ژاک لافیت را رد کرد که مدعی پرداخت حقوق معوقه سالانه‌ای بود که از شاهزاده بورگز، خواهر ناپلئون اول دریافت کرده بود. دلیل شورای دولتی آن بود که ادعای لافیت به یک مسئله سیاسی مرتبط است که تصمیم‌گیری نسبت به آن منحصرأً به دولت تعلق دارد.^۲ دوم این‌که گاهی تشخیص اعمال حکومتی در اختیار قاضی اداری بود و وی اجازه نمی‌داد که به این اعمال از طریق دعوای قضایی رسیدگی شود. این مقوله با گسترش و تقویت حاکمیت قانون صلاحیت اداری به حیات خود ادامه داد.^۳

دوم - اعمال تصدی

این اعمال را اعمالی می‌دانند که دولت در کسوت یک شخص خصوصی ایفای نقش می‌کند.^۴ همین تعریف در تبصره ۱ ماده واحده قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت (۱۳۰۷/۰۲/۱۹) مقرر شده است. این تبصره در تعریف اعمال تصدی مقرر کرده است: «اعمال تصدی، اعمالی است که دولت از نقطه نظر حقوقی مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد؛ مانند خرید و فروش املاک و غلات و اجاره و استیجار و امثال آن.» در اعمال تصدی، مأمور دولت،

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد ۱ و ۲)*، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۳۳.

2-CE, 1 May 1822, Laffitte, Rec. 1821-1828. p. 202.

3-CE, Ass., 9 avril 1999, Mme Ba, Leb. p. 124.

۴. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۶۱.

اعمالی شبیه بنگاه‌های خصوصی یا یک شخص عادی در راستای اداره اموال خود انجام می‌دهد، مثل خرید و فروش و اجاره.

بند «ب» ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۳۸۳/۰۶/۱۱) در تعریف اعمال تصدّی چنین بیان می‌کند: «آن دسته از وظایفی است که منافع اجتماعی حاصل از آن‌ها نسبت به منافع فردی برتری دارد و موجب بهبود وضعیت زندگی افراد می‌گردد، از قبیل: آموزش و پرورش عمومی و فنی و حرفه‌ای، علوم و تحقیقات، بهداشت و درمان، تربیت بدنی و ورزش، اطلاعات و ارتباطات جمعی و امور فرهنگی، هنری و تبلیغات دینی».

بر خلاف شباهت‌های چشم‌گیری که در تعریف اعمال حاکمیتی در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون برنامه چهارم توسعه وجود دارد که به آن‌ها اشاره شد، تعریف اعمال تصدّی در این دو قانون با یکدیگر تفاوت کلیدی دارد؛ چون ماده ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، اعمال تصدّی را تنها به فعالیت‌های اقتصادی دولت محدود کرده است: «آن دسته از اموری است که دولت، متصدّی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند، از قبیل: تصدّی در امور صنعتی، کشاورزی، حمل و نقل، بازرگانی، مسکن و بهره‌برداری از طرح‌های مندرج در ماده ۱۰ این قانون». فارغ از جامع نبودن این تعریف، قانون‌گذار، اعمال تصدّی دولت را محصور به اعمال اقتصادی می‌داند که اداره (دولت) می‌تواند آن‌ها را در کسوت یک شخص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی برای تصدّی و بهره‌برداری از اموال جامعه انجام دهد.

ویژگی قابل واگذاری بودن این اعمال در تبصره ۱ ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی لحاظ شده است. همین امر در برنامه چهارم توسعه ۱۳۸۶ آمده و دولت ملزم شده است تا اعمال تصدّی اقتصادی را واگذار کند.^۱ رسیدگی به اختلافات ناشی از این اعمال در صلاحیت دادگاه عمومی و تابع حقوق خصوصی است.^۲ رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۳۳ مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۹ نیز مهر تأییدی بر این صلاحیت است. این در حالی است که اکنون در کشور فرانسه به دلیل ارتقای سطح دادگاه‌های اداری و گسترش حیطه وظایف آن طبق نظریه‌های نوین، مرجع رسیدگی به اعمال تصدّی دولت نیز دادگاه‌های اداری هستند. هم‌چنان که پیش‌تر گفتیم، این معیار صرفاً ناظر به صلاحیت نیست و در روابط استخدامی نیز تکالیفی را متوجه دولت می‌سازد. این موضوع در مواد ۴۵ به بعد قانون مدیریت خدمات کشوری مطرح شده است و در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۱. بند د از ماده ۱۳۶ قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی.

۲. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: سمت، ۱۳۹۷،

بند دوم. تاریخچه تفکیک اعمال دولت

سرآغاز تفکیک اعمال دولت به دوران انقلاب فرانسه بازمی‌گردد که انقلابیون ادعا داشتند تفکیک نشدن اعمال اداری باعث فلج شدن قوه مجریه می‌شود. می‌توان گفت که ایجاد صلاحیت اداری در فرانسه ناشی از بی‌اعتمادی طولانی‌مدت بین قوه مجریه و قوه قضاییه بود و حضور قاضی اداری در واقع، زاییده برداشتی رادیکال از اصل تفکیک قوا بود.^۱ با تصمیم مجلس انقلابی طبق قانون ۱۶-۲۴ اوت ۱۷۹۰، دعاوی اداری قابلیت طرح در دادگاه‌های عمومی را از دست دادند. قوه قضاییه به منظور جلوگیری از نفوذ قاضی به حوزه اجرایی رسماً از ایجاد مزاحمت در فعالیت‌های اداری به هر نحوی و احضار مدیران اجرایی نزد خود به دلیل وظایفشان منع شد (ماده ۱۳ قانون ۱۶-۲۴ اوت ۱۷۹۵) و حتی برای شنیدن اعمال اداری، محلی تعیین نشد (فرمان ۱۶ فروکتیدور سال سوم جمهوری).

این روند باعث تشکیل شورای دولتی در سال هشتم انقلاب به موجب قانون اساسی ۲۸ فریمر شد. نظریه «دولت بدهکار»، مدت‌ها مبنای تصمیم‌گیری در آرای متعددی چون رأی شورای دولتی در پرونده روتشیلد (۱۸۵۵) قرار می‌گرفت.^۲ به موجب این رأی، منشأ بدهی دولت هر چه باشد، دادگاه عمومی حق محکوم کردن دولت را به پرداخت ندارد. با روی کار آمدن سلسله بوربورن‌ها و استقرار سلطنت در فرانسه، روی خوشی به شورای دولتی نشان داده نشد؛ چون این شورا از ابداعات ناپلئون بناپارت بود. در نتیجه، اختیارات این شورا محدود شد.^۳ مبنای نظری تحدید اختیارات شورای دولتی بر این استدلال استوار بود که دولت در مقام حاکم و تنظیم‌کننده امور عامه با استفاده از اقتدار عمومی، اعمالی را انجام می‌دهد و شورای دولتی تنها نسبت به این اعمال صلاحیت دارد. این دکتترین باعث تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدی‌گرایانه شد.

بنا بر عقیده مدافعان این تفکیک، دولت دو جنبه دارد: از یک طرف، دولت در مقام حاکم و تنظیم‌کننده امور اجتماعی با افراد متفاوت است که انجام اقدامات نظامی، نمونه آن است. از طرف دیگر، دولت به عنوان یک شخص حقوقی، اعمالی را هم‌چون اعمال حقوقی دیگر افراد انجام می‌دهد که معاملات، نمونه آن است. بنابراین، صلاحیت مرجع رسیدگی نیز با توجه به تفاوت این اعمال، به ترتیب، دادگاه اداری و دادگاه عمومی است. شاید بدبینی

1-Jean-Marc sauve, Le Conseil d'Etat et la protection des droits fondamentaux, 2016:www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-protection-des-droits-fondamentaux#_ftn25.(last visited at 4/16/22)

۲. خانی والی‌زاده، سعید، «نقد رأی بلانکو»، مطالعات آرای قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۲۱، ص ۱۶۴.

۳. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۶۰.

قوه مجریه به قوه قضاییه و رعایت اصل تفکیک قوا، مبنای جدایی صلاحیت رسیدگی به اعمال اداری از دادگاه عمومی به دادگاه اداری بود، اما با اجرای نظریه تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدی، تا اندازه‌ای از معایب اصل کلی منع دخالت دادگاه‌های عمومی در دعاوی دولتی جلوگیری کرد و حدّ وسط بین دو نظام، صلاحیت نداشتن دادگاه عمومی برای رسیدگی به دعاوی دولتی و تأسیس دادگاه‌های اختصاصی برای رسیدگی به آنهاست.^۱

اکنون معیار «خدمات عمومی» به دلیل افزایش وظایف اقتصادی و اجتماعی دولت و انتقاد حقوق‌دانانی برجسته چون لئون دوگی به در نظر گرفتن دو جنبه برای دولت، حاکم است.^۲ سازگاری این معیار در نظام حقوقی ایران ناممکن به نظر می‌رسد که در گفتار دوم به شرح آن خواهیم پرداخت. در سیر تکامل سیستم اداری فرانسه، پس از سیر تفکیک مطلق اعمال اداری از صلاحیت دادگاه‌های عمومی و پس از آن، روی کار آمدن تفکیک به حاکمیتی و تصدی، دادگاه‌های اختصاصی، واجد صلاحیت رسیدگی به همه دعاوی بین افراد و دولت، حتی دعاوی ناشی از اعمال تصدی شدند. در نهایت، آخرین مرحله سیر تکامل سازمان اداری و حقوقی فرانسه، شناختن حق رسیدگی و کنترل قانونی بودن اعمال و تصمیمات اداری توسط دادگاه‌های اختصاصی اداری بود.

قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت (۱۳۰۷/۰۲/۱۹)، نخستین قانونی بود که در نظام حقوقی ایران این تفکیک را چنین مقرر کرد که اعمال تصدی دولت در صلاحیت محاکم عدلیه و اعمال اداری در صلاحیت خود ادارات است تا آن‌ها را حل و فصل کنند.^۳ در این قانون، اصطلاح حاکمیتی به کار نرفته بود و در تبصره ۱ صرفاً به تعریف معیار تصدی اکتفا شده بود. در نهایت، به دلیل مخالفت قانون اساسی مشروطه با تحدید صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی^۴ به موجب قانون حذف محاکم اختصاصی (۲۵ شهریور ۱۳۳۱) و همراه با انحلال دیوان دادرسی دارایی، معیار تفکیک، نسخ و بی‌اعتبار شد.^۵ هشت سال بعد، در سال ۱۳۳۹، قانون مسئولیت مدنی در ماده ۱۱ بار دیگر این تفکیک را وارد ادبیات حقوقی ایران کرد. هم‌چنین در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)، احکام استخدای بر این تفکیک بار شده است. در قوانین دیگری چون برنامه سوم توسعه (۱۳۷۹/۰۱/۱۷) و چهارم

۱. پورهمايون، علی اصغر، «اعمال حاکمیت و اعمال تصدی (۱)»، مجموعه حقوقی، ۱۷ مهر ۱۳۱۹، ص ۷۸۹.

۲. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۶۲.

۳. ماده واحد قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت، ۱۳۰۷.

4-VAKIL, M., Les recours contre l'administration d'après le droit public person, paris, 1934, p. 88.

۵. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی معیار صلاحیت دادرسی اداری در ایران و فرانسه»، مجله حقوقی تطبیقی، ۱۳۹۲، شماره ۱، ص ۲۹.

توسعه (۱۳۸۳/۰۶/۱۱) به این تفکیک اشاره شده است. با این تفصیل‌ها نمی‌توان وجود این معیار را در نظام حقوقی ایران نادیده گرفت.

گفتار دوم. تشریح وضعیت موجود تفکیک اعمال دولت در ایران و فرانسه

بند نخست. تفکیک اعمال دولت در ایران

نظام حقوقی ایران پس از قانون حذف محاکم اختصاصی (۱۳۳۱/۰۶/۲۹)، تفکیک اعمال به تصدی و حاکمیتی را صرفاً در قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹) پذیرفت. این موضوع چنان تقویت شد که حتی برخی صاحب‌نظران به متروک شدن این معیار باورمند شدند و در توجیه این ادعا استدلال کردند که دیوان عدالت اداری تاکنون به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و معیار حاکمیتی و تصدی اعمال دولتی استناد نکرده است.^۱ این در حالی است که در بند سوم رأی شماره ۱۷۵۷-۱۱/۱۸-۱۳۹۹ دیوان عدالت اداری به خواسته ابطال بند سوم ماده ۱۳ تصویب‌نامه شماره ۱۱۲۷۱۲۸-۱۱۲/۲۸-۱۳۹۵ شورای عالی اداری، دیوان با صراحت به ماده ۱۱ این قانون استناد و در بند چهارم به عنوان یکی از دلایل ابطال چنین مقرر کرده است: «... بنابراین، حکم مقرر در بند ۳ ماده ۱۳ مقرره مورد شکایت که بدون تفکیک دلیل ورود خسارت عمدی و غیر عمدی کارکنان دولت و یا بدون تفکیک اعمال حاکمیتی و غیر آن، پرداخت خسارت وارده بر اشخاص حقیقی یا حقوقی را به طور مطلق، متوجه دستگاه اجرایی کرده است،...» آشکار است که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری هم‌چنان این تفکیک اعمال دولت را مغتنم شمرده و در رأی خود، مقررهای را که برخلاف این تفکیک است، به بطلان محکوم می‌دارد.

در روابط استخدامی، قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)، پست‌ها را با معیار حاکمیتی و تصدی تعیین می‌کند. ماده ۶ قانون مدیریت خدمات کشوری اشعار می‌دارد که پست‌های ثابت سازمانی صرفاً به اعمال حاکمیتی اختصاص می‌یابد که جنبه استمرار دارند. بند «الف» ماده ۴۵ همین قانون به «استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی» اشاره دارد. مطابق بند «ب» ماده ۴۵، تصدی این اعمال به طور موقت برای کارکنان پیمانی ممکن است. اگرچه موقتی بودن این تصدی از لحاظ عملی ناکارآمد است؛ چون با توجه به این ماده، یکی از شرایط تمدید قرارداد پیمانی، استمرار پست سازمانی کارمند است. پس می‌توان گفت حداکثر مدت استخدام پیمانی از نظر سازمانی، به استمرار پست سازمانی و حذف یا بقای آن بستگی دارد و تا زمان وجود پست مورد تصدی کارمند

۱. واعظی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، صص ۲۰۶ و ۲۰۷.

می‌توان قرارداد استخدام پیمانی وی را تجدید کرد، به گونه‌ای که ممکن است کل دوره خدمتی یک کارمند تا زمان بازنشستگی یا از کار افتادگی وی به صورت پیمانی باشد.^۱ این ناکارآمدی، نتیجه فهم ناصحیح از اعمال حاکمیتی و تصدی است که منجر به اختصاص آن به پستی شده است که تشبث تصدی آن در مواد مختلف مشاهده می‌شود. تقسیم اعمال دولت به حاکمیتی و تصدی از لحاظ اهمیت مشاغل یا اهمیت مأمور دولت نیست. برای مثال، یک پاسبان، کارمند دولت است و حقوق اندکی می‌گیرد، در صورتی که عمل حاکمیتی انجام می‌دهد؛ یعنی می‌تواند اشخاص را بازداشت کند، از هویت آن‌ها سؤال کند و مطابق وظیفه و قانون، امر و نهی کند. در مقابل، یک مشاور حقوقی یا مهندس یا محاسب، مستخدم مهم دولت است و حقوق قابل توجهی می‌گیرد، ولی اختیار امر و نهی ندارد و صرفاً اعمال تصدی انجام می‌دهد.^۲

در حوزه مقررات کیفری نیز شاهدیم که قانون‌گذار از تفکیک اعمال به حاکمیتی و تصدی بهره برده و اشخاص حقوقی را که به اعمال حاکمیتی می‌پردازند، از مسئولیت کیفری، معاف دانسته است. تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «تبصره: مجازات موضوع این ماده، در مورد اشخاص حقوقی دولتی و یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند، اعمال نمی‌شود.» با توجه به این تبصره، اشخاص حقوقی برای مسئولیت ناشی از اعمال حاکمیتی، مسئولیت کیفری ندارند، ولی پرداختن به چند نکته ضروری است:

نخست آن که بر اساس ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، شخص حقوقی را در صورتی می‌توان واجد مسئولیت کیفری دانست که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن، مرتکب جرمی شود. با این مقدمات می‌توان دریافت که این مورد نسبت به اشخاص حقوقی دولتی قابل تصور نیست؛ چون تفویض صلاحیت به نماینده طبق مقررات قانونی انجام می‌گیرد که از سلسله مراتب اداری تبعیت می‌کند.

ماده ۲۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌کند: «انحلال شخص حقوقی و مصادره اموال آن زمانی اعمال می‌شود که برای ارتکاب جرم به وجود آمده یا با انحراف از هدف مشروع نخستین، فعالیت خود را منحصراً در جهت ارتکاب جرم تغییر داده باشد.» اطلاق این ماده قابل خدشه است؛ چون اشخاص حقوقی دولتی بر اساس قانون تأسیس می‌شوند. پس موارد یادشده در این ماده برای این قسم اشخاص نامحتمل است. به نظر می‌رسد قید «در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند»، صرفاً ناظر به مؤسسات عمومی غیر دولتی است.

۱. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۲۲۶.

۲. امین‌فر، پیشین، ص ۴۱.

بنابراین، مطلق دستگاه‌های دولتی از شمول ماده ۲۰ خارج هستند.^۱ با این تفصیل‌ها، لزومی به تفکیک اعمال دولت در ماده ۲۰ و رفع مسئولیت کیفری از آن نبود؛ زیرا این سنخ اشخاص، از نظر موضوعی از شمول این ماده خارج می‌شوند.

در باب مسئولیت مدنی باید گفت قانون‌گذار ایران پس از برچیده شدن تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدّی، بار دیگر آن را در قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹) متذکر شد. ماده ۱۱ این قانون چنین بیان می‌کند: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند، شخصاً مسئول جبران خسارت وارد می‌باشند، ولی هر گاه خسارات وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و مؤسسات مزبور باشد، در این صورت، جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است، ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هر گاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود.» در بند آخر، ضمان مدنی ناشی از خسارت وارد شده از جانب دولت که به وسیله به‌کارگیری این اعمال به وقوع پیوسته، منتفی دانسته شده است. برخی از حقوق‌دانان، انتفای این ضمان را با توجه به قید مندرج مشروط به «بر طبق قانون بودن عمل» دانسته‌اند.^۲ این نظر برای تحدید انتفای مسئولیت دولت ابراز شده است، ولی تدقیق در آن را به گفتار سوم موقوف می‌کنیم.

بند دوم. تفکیک اعمال دولت در فرانسه

همان‌گونه که در مقدمه اشاره کرده‌ایم، مبنا و معیار پیشنهادی در این پژوهش، «نظریه خدمات عمومی» خواهد بود که تا اوایل فرانسه قرن بیستم، مبنای بازشناسایی اعمال دولت بود. با پیشرفت سیستم اداری فرانسه دیری نپایید که نظام حقوقی اداری این کشور به معیاری تازه برای رعایت هر چه بیش‌تر حقوق شهروندان تن داد که مبنا و ملاک تعیین اعمال دولت (ادارات) در فرانسه است. در حال حاضر، معیار پیشین، جای خود را به معیار «نوع فعالیت اداری» داده که به موجب «رأی باک دلوکا»^۳ پذیرفته است. در این بخش، ابتدا به انطباق نداشتن معیار نوین به کار گرفته‌شده در فرانسه با نظام حقوقی ایران می‌پردازیم. سپس با اتکا بر معیار پیشین و شرح آن، اعمال دولت در فرانسه را از این نظریه شناسایی خواهیم کرد.

۱. واعظی، پیشین، ص ۲۱۰.

۲. همان، ص ۲۰۴.

۱. نظام اداری ایران و نظریه «نوع فعالیت اداری»

با بررسی قضیه‌هایی مانند نظارت یک کارگاه ساختمانی که در بروز حادثه توسط یک وسیله نقلیه مشارکت داشت^۱ یا رجوع اداره به مأمور خود که سبب تصادف وسیله نقلیه شد^۲ و دعاوی تجاوز و تعدی مأموران دولت به اموال و آزادی‌های فردی، تسلط و استیلای عدوانی و غیر قانونی بر املاک خصوصی و دعاوی ناشی از مالیات‌های غیر مستقیم،^۳ به مرور استثنائاتی بر ضابطه خدمات عمومی پدیدار شد که زمینه‌ساز اعمال ضابطه‌ای نوین برای حفظ هر چه بیش‌تر حقوق شهروندان گردید. ضابطه کنونی در فرانسه برای تعیین اعمال دولت، ضابطه «نوع فعالیت اداری» است که برای حفظ هر چه بیش‌تر حقوق شهروندان به موجب رأی Bac d'Eloka، در ۲۲ ژانویه ۱۹۲۱ روی کار آمد. این ضابطه بیان می‌دارد که اگر یک فعالیت اداری (هر گونه خروجی فعلی از اداره) تحت قواعد حقوق عمومی اداره شود، دعاوی و اختلافات ناشی از آن در صلاحیت دادگاه‌های اداری خواهد بود. توضیح آن که با افزایش وظایف اقتصادی و اجتماعی دولت^۴ و وجود بنیانی برای حفظ حقوق مردم، تحکیم دادگاه‌های تخصصی برای رسیدگی به تمامی اعمال اداری پذیرفته خواهد شد. با اتکا به این ضابطه و رأی صادرشده که سرمنشأ آن بود، به امکان ورود این ضابطه به نظام حقوقی ایران نگاه می‌خواهیم داشت.

با گسترش علم حقوق و اعتباربخشی به اعمال حقوقی، قاطبه فعالیت‌های اداری را قراردادهایی موسوم به قراردادهای اداری شکل می‌دهد. دولوبادر، حقوق‌دان سرشناس فرانسوی در تعریف قراردادهای اداری چنین بیان می‌کند: «قراردادی است که بین یک شخص حقوقی حقوق عمومی (سازمان دولتی یا عمومی) با یک شخص حقیقی یا حقوقی دیگری برای انجام یک امر عمومی منعقد می‌شود و تابع شرایط و احکام حقوق عمومی است؛ اعم از این که این احکام و قواعد در قرارداد درج و تصریح شده باشد یا این که از اوضاع و احوال قرارداد مانند تشریح مساعی طرف قرارداد در اجرای آن استنباط شود و بالاخره این که اختلافات ناشی از این نوع قرارداد، در صلاحیت دادگاه‌های اداری است».

در این تعریف، عناصری مانند شخص حقوقی حقوق عمومی، انجام یک امر عمومی، تابعیت از احکام قواعد عمومی و رسیدگی به اختلافات ناشی از آن در دادگاه‌های اداری به چشم می‌خورد. یکی از این عناصر، وجود مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد است که در صلاحیت دادگاه‌های اداری است. با این حال، بر خلاف کشور فرانسه، دیوان عدالت اداری در

1-TC, 2 decembre 1991, Prefet de la Haute-Loire c. Tribunal correctionnel du Puy-en-Velay.

2-CE, 6 aout 2008, Maziere.

۳. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۶۳.

۴. همان، ص ۶۲.

ایران به عنوان یک دادگاه عام اداری به اختلافات قراردادی مردم با دولت رسیدگی نمی‌کند و اختلافات ناشی از این نوع قراردادها در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری است. چندین رأی وحدت رویه در این خصوص از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صادر شده که برخی از آن‌ها عبارتند از: رأی مورخ ۷۵/۲/۳۰ به شماره دادنامه ۵۹ کلاسه پرونده ۱۹۵/۷ و نیز رأی مورخ ۷۵/۲/۲۹ شماره دادنامه ۶/۷۵. دیوان به موجب این آرا نظر داده است که رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادها، جزء مسائل حقوقی است و باید به صورت ترافعی در محاکم دادگستری انجام شود. به همین دلیل، رسیدگی به آن‌ها از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است.

فارغ از نقدهایی که پیش‌تر به آن‌ها اشاره کردیم، اکنون در فرانسه، بیش‌تر اعمال اداره و از جمله آن‌ها، قراردادهای اداری در صلاحیت دادگاه‌های اداری و در رأس آن‌ها، شورای دولتی فرانسه است. در حال حاضر، این نظام حقوقی حتی اعمال تصدی را در صلاحیت این مراجع قرار داده است،^۱ حال این‌که این اعمال در ایران در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار دارند. طبق رأی «باک دلوکا»، مؤسسات خصوصی که به اعمال صنعتی و بازرگانی دولت بپردازند، قابلیت تعقیب در دادگاه‌های اداری را دارند. این در حالی است که در ایران، رسیدگی به دعاوی مربوط به برخی از مؤسسات خصوصی که عهده‌دار وظایف حاکمیتی هستند، مثل کانون کارشناسان رسمی دادگستری، در صلاحیت دیوان عدالت اداری به عنوان دادگاه اداری ایران قرار نمی‌گیرد.^۲ با توجه به این مطالب می‌توان نتیجه گرفت که روی آوردن به نظریه نوع فعالیت اداری، نیازمند پیمودن فرآیند حقوقی درازمدت و چشم‌پوشی نسبت به برخی مصالح است تا با تغییر گسترده در نظام حقوقی، مرجعی واحد برای رسیدگی به مطلق فعالیت‌های اداری ترتیب داده شود تا مانع استمرار فعالیت‌های اداری نگردد و رفاه افراد را بیش از پیش محقق گرداند. بنابراین، در دوران ضابطه کنونی ایران و فرانسه، ضابطه «خدمات عمومی» را ارجح می‌دانیم که به آن می‌پردازیم.

۲. نظریه «خدمات عمومی»

این نظریه در اواخر قرن ۱۹ در فرانسه و با اثرپذیری از رأی مشهور «بلانکو» پا به عرصه نظام حقوقی این کشور گذاشت. در نتیجه این رأی مقرر شد تا از آن پس، تنها مراجع اداری صلاحیت رسیدگی به این گونه دعاوی خسارت را دارا باشند. این رأی، دو اثر مهم در حقوق اداری فرانسه بر جای گذاشت: نخست، استقلال حقوق اداری در حوزه مربوط به مسئولیت را تأیید کرد؛ دوم این‌که بر استقلال حقوق اداری صحنه گذاشت.^۳ پس از این رأی، «انجام

۱. پورهمایون، پیشین، ص ۷۹۰.

۲. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، ۱۳۹۸، ص ۶۲.

۳. خانی‌والی‌زاده، پیشین، ص ۱۶۲.

خدمات عمومی»، وجه بارز تفکیک اعمال دولت از دیگر اعمال برای رهایی از سایه افکندن دادگاه‌های عمومی بر آن‌ها بود.

به موجب نظریه خدمات عمومی، حقوق اداری بر مدار مفهوم خدمات عمومی شکل می‌گیرد و آن‌چه به عملکرد خدمات عمومی مربوط است، فعالیت اداری تلقی می‌شود و تابع حقوق اداری خواهد بود. در نتیجه، دادگاه صالح در رسیدگی، دادگاه اداری خواهد بود. دوگی، حقوق‌دان مشهور فرانسوی در تعریفی مختصر از خدمات عمومی بیان می‌کند که خدمت عمومی عبارت است از هر امری که دولت باید تنظیم، تأمین و کنترل کند.^۱ این امر در معطوف شدن هر چه بیش‌تر نگاه نظام حقوق اداری فرانسه به حقوق شهروندان و رفاه بیش‌تر آنان ریشه دارد تا کنترل اداره. در تعیین مفهوم خدمات عمومی، نقش حاکمان را نمی‌توان نادیده گرفت. در واقع، این نگرش سیاست‌گذاران و حاکمان یک کشور در مورد میزان دخالت دولت در امور گوناگون است که تعیین می‌کند چه امور و خدماتی جزء خدمات عمومی خواهد بود. روشن است که تعیین گستره وسیع دخالت دولت به معنی کثرت مصادیق خدمت عمومی است و برعکس.

خدمت عمومی دارای مبانی و اصولی است که بخش جدایی‌ناپذیر آن محسوب می‌شود و برای بازشناسایی مفهوم و مصادیق آن لازم است. این مبانی و اصول عبارتند از:

۱. استمرار: عملی را می‌توان مصداق خدمت عمومی دانست که دستگاه متولی آن را بی‌وقفه و مداوم برای مردم انجام می‌دهد. استمرار یک خدمت، بسته به ماهیت آن متفاوت است. برای نمونه، خدمات درمانی و اورژانسی همانند آتش‌نشانی باید به صورت تمام وقت ارائه شوند که این الزام از نیاز عمومی ریشه می‌گیرد، ولی خدمات عمومی دیگری هم‌چون مالی و ثبتی در زمان‌های محدودی به عموم عرضه می‌شود. این اصل، الزامات متفاوتی را بر کارمندان تحمیل می‌کند. برای مثال، به موجب رأی «Deheane» که شورای قانون اساسی فرانسه بر آن تأکید کرد، حق اعتصاب کارمندان را با هدف تضمین استمرار خدمت عمومی می‌توان محدود کرد.

۲. تساوی و برابری: از مهم‌ترین اصول خدمات عمومی است؛ یعنی خدمت باید برای تمام مردم باشد. واژه «مردم»، مترادف تعریف فرانسوی از «ملت» است و تمام شهروندان یک کشور را بدون هیچ‌گونه تبعیض نژادی، مذهبی و سیاسی فرامی‌گیرد. اگر دولت، توانایی خود را سهواً یا عمداً برای خدمت‌رسانی دریغ کند، این محرومیت باید بر تمام افراد جامعه اعمال گردد. به عبارت دیگر، خدمت عمومی هرگز تبعیض را پذیرا نخواهد بود.

۳. بی‌طرفی: این اصل، منعکس‌کننده این امر است که یک دولت حق ندارد نظر خود را بر نفع و خیر عمومی تحمیل کند، بلکه برعکس باید امکان انتخاب از میان انواع

۱. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۳۸.

سبک‌های زندگی را برای شهروندان تسهیل کند. با توجه به این امر، مقام عمومی باید به همه عقاید احترام بگذارد و برای حمایت از یک گرایش خاص، کاری انجام ندهد. در ماده ۲ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه بر این امر تأکید شده است.^۱

۴. تقدّم: این اصل، برگرفته از این منطق است که اصالت را با جامعه می‌بیند، نه فرد. فلسفه این اصل آن است که چون خدمت عمومی برای عموم است و دولت موظف است این خدمت را برای همه افراد جامعه تأمین و تهیه کند، در صورت تعارض بین منافع خصوصی و عمومی افراد، تقدّم با جامعه و منافع عمومی است. این اصل موجب می‌شود که دولت از امتیازات ناشی از اعمال حاکمیت برای تأمین منافع عمومی یا ارائه خدمات عمومی استفاده کند.^۲ واضح است که این اصل از یک سو، تمهیدی برای تعدی نکردن قدرتمندان و افراد بانفوذ جامعه برای بهره‌وری از امتیازات یک خدمت عمومی است و از سوی دیگر، با ساختار دموکراتیک یک جامعه هم‌خوانی دارد.

۵. انطباق‌پذیری: این اصل از دو بخش تشکیل می‌شود تا به صورت کامل ایفا گردد: نخست، توانایی دولت در تشخیص نیازهای روز جامعه؛ دوم، توانایی تغییر نیازهای پیشین و تأمین نیازهای نوین. یک نفع عمومی زمانی که در قالب یک نیاز عمومی متبلور می‌شود، دولت باید با استفاده از این دو بخش، پاسخ مناسبی به آن نیاز بدهد. این پاسخ مناسب، همان خدمت عمومی است که باید مطابق با نیازهای روز جامعه باشد.

در مواردی، ممکن است یک خدمت عمومی به اشخاص دیگری تفویض شود و در تبیین حکم مسئله و حتی صلاحیت مرجع رسیدگی‌کننده شبهه پدید آید. نظریه‌های گوناگونی چون نمایندگی اشخاص متولی خدمت عمومی را در صلاحیت نظام اداری قرار می‌دهد و از طرف دیگر، نظریه‌ها و مقرراتی وجود دارد که از نظام اداری صرفاً حق نظارت را برای دولت در قبال این اشخاص می‌پذیرد. در فرانسه، قاضی اداری تنها زمانی برای صدور حکم در مورد این اشخاص صلاحیت دارد که این خسارت به یک باره، هم از انجام خدمت عمومی و هم از اعمال امتیاز ویژه قدرت عمومی ناشی گردد.^۳ آرای متعددی از شورای دولتی و دیوان حل تعارضات فرانسه مثل رأی CE. 23 mars 1983 و رأی TC, 6 novembre 1978 را می‌توان نام برد که در خصوص جبران خسارت این اشخاص به افراد اظهار نظر شده است.

۱. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱ و ۲)، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص ۱۳۸.

۲. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۴۲.

۳. خانی‌والی‌زاده، پیشین، ص ۱۶۹.

گفتار سوم. مزیت ورود ضابطه خدمات عمومی به نظام حقوقی ایران

پس از پذیرش تفکیک اعمال دولتی به حاکمیت و تصدی و پیرو تجدید سازمان شورای دولتی به موجب قانون ۲۴ مه ۱۸۷۲، رویه قضایی و علمای حقوق فرانسه، انتقادی را نسبت به این تفکیک بیان کردند که بر این استدلال استوار بود: نمی‌توان برای یک شخص، دو شأن در نظر گرفت. تقسیم اعمال دولت به اعمال حاکمیت و تصدی، پایه و اساس محکمی ندارد؛ زیرا این استدلال که دولت دارای دو عنوان حاکم و متصدی باشد، صحیح نیست. در واقع، هر دو، یک مفهوم انتزاعی به نام «دولت» را تشکیل می‌دهند که وظیفه و عمل آن، خدمت عمومی است. از سوی دیگر، شایبه بهره‌مندی از قدرت حاکمه که آن را اعمال حاکمیتی می‌نامند، برای پیشبرد برخی اهداف خصوصی که نام «تصدی» بر آنها نهاده‌اند، همیشه وجود دارد و برعکس، امکان تقدّم منافع خصوصی اداره بر منافع عمومی نیز خالی از وجه نیست.

به عبارت دیگر، وقتی که دو جنبه برای دولت قائل می‌شویم، وجهی برای آن قرار داده‌ایم که خارج از فلسفه وجودی آن است؛ چون دولت چیزی جز اقتدار عمومی نیست و نخواهد بود و با این تفکیک، این پیوند میان عامه مردم و دولت گسسته می‌شود و با توجه‌هایی مثل حفظ امنیت کشور ممکن است تعدی‌هایی صورت پذیرد. تفکیک اعمال با همراه داشتن برخی اشکال‌ها و انتقادهای، از سرزمین خاستگاه خود کوچ کرد و وارد قوانین ایران شد و اکنون سال‌هاست که نظام حقوقی کشور را درگیر خود کرده است. همان گونه که در تاریخچه بحث ذکر کردیم، نظریه تفکیک اعمال دولت به تصدی و حاکمیتی، مولود ناسازگاری حکومت بوربورن‌ها با عقاید و ابداعات ناپلئونی بود که با در پیش گرفتن این نظریه برای کاهش صلاحیت و اقتدار شورای دولتی کوشیدند؛ شورایی که ابداع حکومت رقیب مغلوب بود.

ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری که نقطه اتکای معرفتی اعمال حاکمیتی است، هیچ‌گونه معیاری را برای تفکیک اعمال حاکمیتی از اعمال تصدی تعیین نکرده است. این، خود، محل اشکال است؛ چون باید معیار مشخصی برای تفکیک میان این دو دسته از اعمال مشخص شود. این در حالی است که برای مثال، در بند آخر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، از نداشتن مسئولیت مدنی دولت در حوزه اعمال حاکمیتی سخن به میان آمده است، بدون آن‌که محدوده مشخصی برای این اعمال تعیین شود. برخی از نویسندگان اظهار کرده‌اند که اگر عمل اداره طبق قانون نباشد (قیدی که در ماده اخیر آمده)، تقصیر رخ داده و به همین

دلیل، چنین عملی برای دولت، مسئولیت مدنی می‌آفریند. در غیر این صورت، مشمول معافیت از مسئولیت مدنی می‌شود.^۱ باید دانست عمل و اقدام اداره زمانی مشمول معافیت از مسئولیت مدنی می‌شود که آن عمل، از طریق قانون در صلاحیت آن اداره قرار گیرد یا حداقل، خلاف اصل است که عملی از مجاری غیر قانونی در صلاحیت اداره قرار گیرد. از یک سو، ویژگی قانون، انجاز و قاطعیت آن است که از لوازم این ویژگی، وجود ضابطه و معیار برای تعیین حدود و ثغور اعمال اداری است.

با این مقدمات و ملاحظه ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مشخص می‌شود که این ماده صرفاً به ذکر مصادیقی از اعمال حاکمیتی در قالب تمثیل اکتفا کرده است، بدون آن که معیاری برای شناسایی این اعمال معرفی کند. به این ترتیب آیا ممکن نیست اداره، عملی را که به موجب قانون در صلاحیت اداره قرار گرفته است، به دلیل نبود معیار، عمل حاکمیتی تلقی کند؟ این فرض با این نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره پرونده ۹۷-۱۸۶/۱-۲۶۹۷ و شماره نظریه ۷/۹۷/۲۶۹۷ مورخ ۱۳۹۸/۰۵/۲۷ تقویت می‌شود که در بند آخر آن مقرر شده است: «بدیهی است تشخیص مصداق [امور حاکمیتی] به عهده قاضی رسیدگی‌کننده است.» دلیل چنین اختیاری برای قاضی، نبود معیار است که باعث شده است تعیین مصداق عمل حاکمیتی به قاضی رسیدگی‌کننده محول شود. از نظر نگارندگان، این امر باعث ایجاد خودکامگی در سیستم قضایی می‌شود و امکان تجاوز به حقوق اشخاص را فراهم می‌سازد.

علاوه بر این، ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری حامل مفهوم مبهم و غیر منجز منافع عمومی است که باعث می‌شود شناخت مصادیق امور حاکمیتی دشوار شود و امکان فرار دولت از مسئولیت مدنی فراهم آید. خودکامگی مورد اشاره، در نهادهای حکومتی به شکل دیگری جلوه کرده است؛ چون به دلیل ضعف در نظارت‌ها و وجود تعارض منافع برای دولت به واسطه تلقی کردن اعمال حاکمیتی به عنوان اعمال تصدی‌گری و برعکس، تعیین اعمال حاکمیتی و تصدی‌گرایانه، سلیقه‌ای و دل‌خواهانه شده است.

کوشش برخی از نویسندگان در تفکیک اعمال به حاکمیتی و تصدی نیز ثمره‌ای در گره‌گشایی از معضل تفکیک این دو دسته اعمال از یکدیگر نخواهد داشت. برخی از نویسندگان با اتکا به قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (۱۳۸۶/۱۱/۰۸) و برخی قوانین دیگر و مصوبات دولتی بیان داشته‌اند که با توجه به قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت (۱۳۹۱/۰۲/۱۹) و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، معیار «سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت» که به تفکیک فعالیت‌های اقتصادی بین بخش دولتی و خصوصی انجامید، قلمرو اعمال تصدی دولت به طور ضمنی به «انجام عملیات بالادستی» نفت محدود شد. جای‌گزینی این معیار به جای معیار اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری که در

۱. واعظی، پیشین، ص ۲۰۲.

صدر قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی عنوان شد، این گونه بود که بخشی از فعالیت‌های مربوط به دولت به بخش خصوصی واگذار گردید.^۱ روشن است که این تحول در حوزه اقتصادی رخ داده است. از طرف دیگر اذعان شده است این معیار نوین که نمودی از آن در روابط وزارت نفت و شرکت نفت است، کاری از پیش نبرده و سبب نقض غرض شده است.^۲ درست است که ادعا شده معیار جدیدی به عنوان جای‌گزین تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدّی پذیرفته شده است، ولی مبنای نظری قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی هم‌چنان از تفکیک اعمال به تصدّی و حاکمیتی پیروی می‌کند. در واقع، طبق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، طیف خاصی از اعمال به اعمال حاکمیتی و بخش خارج از آن به اعمال تصدّی اختصاص پیدا می‌کند.^۳

نبود معیار باعث تشتّت در شناسایی اعمال حاکمیتی شده است. قضاوت به عنوان یک عمل بارز حاکمیتی، طبق اصل ۱۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و پذیرش مسئولیت برای مأموران نیروهای مسلح در ماده ۱۶ قانون به‌کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری (۱۳۷۳/۱۰/۱۸)، تعارض آشکار با بخش انتهایی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی را نمایان می‌سازد. این تشتّت در رویه قضایی نیز رخنه کرده است که نمود آن را می‌توان در پرونده هموفیلی‌ها مشاهده کرد. توضیح این‌که در این پرونده، قاضی با در نظر نگرفتن مفهوم مخالف تعریف اعمال تصدّی‌گری در قوانین حاکم بر زمان صدور رأی و این‌که این اعمال شبیه اعمال اشخاص خصوصی نیستند،^۴ عملکرد وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و دیگر خواندگان را تصدّی و محکوم به جبران خسارت دانست.

این در حالی است که چنین معیایی در معیار خدمات عمومی وارد نخواهند شد؛ چون خود این معیار، واجد اصولی از پیش تعیین‌شده است که در هر زمان با تمسک به آن اصول و مبنای می‌توان مفهومی را به عنوان خدمت عمومی شناسایی و آن را به دولت منسوب کرد تا بهره‌مندی از امتیازات اقتدار عمومی محقق گردد. برای تبیین هر چه بهتر موضوع می‌توان به پرونده هموفیلی‌ها اشاره کرد. در سابقه و مستندات پرونده کیفری

۱. شیروی و سراج، پیشین، ص ۶۸۱.

۲. همان، صص ۶۸۱ و ۶۸۳.

۳. پاسبان، محمدرضا و مریم‌علی‌محمدی، «تأثیر نظریه تفکیک اعمال حاکمیت و تصدّی دولت بر خصوصی‌سازی (با تأکید بر تحولات نقش دولت و بخش خصوصی)»، راهبرد، ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۴۴ و ۲۴۶.

۴. نوازی‌زاده، عباس، «بررسی تأثیر تصدّی یا حاکمیتی بودن اعمال دولت در تحقق مسئولیت مدنی دولت در پرونده موسوم به هموفیلی‌ها»، رأی، ۱۳۹۱، شماره ۱، ص ۲۸.

مطرح شده در قضیه هموفیلی‌ها آمده که دادگاه به این نتیجه رسیده که در زمان مورد نظر، تکنولوژی لازم در دنیا وجود داشته و قابل تهیه بوده است، ولی سازمان انتقال خون، سیستم ویروس‌زدایی از فرآورده‌های خونی نداشته است. قاضی پرونده، خواندگان را با این نتیجه‌گیری که این اعمال، از سنخ تصدی‌گرایانه هستند، به جبران خسارت مکلف دانست، ولی هیچ‌گونه استدلالی در تبیین تصدی‌گرایانه بودن این اعمال ابراز نشد. به همین دلیل، این رأی با انتقادهای فراوان جامعه حقوقی روبه‌رو شد. این در حالی است که اگر معیاری چون خدمات عمومی وجود داشت، به دلیل نبود اصل انطباق‌پذیری، رأی قاضی از خدشه و ایراد در امان می‌ماند.

نتیجه گیری

تفکیک اعمال دولت به حاکمیتی و تصدّی‌گری، نه تنها گاهی نمی‌تواند حامی حقوق شهروندان باشد، بلکه حتی ممکن است بر خلاف حقوق و آزادی‌های شهروندان باشد. رسوخ این تفکیک در نظام حقوقی ایران سبب شده است دولت در برخی موارد، خود را در کسوتی خارج از خدمت عمومی ببیند، به این صورت که در حیطه این اعمال، مردم حق تظلم‌خواهی ندارند و دولت در برابر برخی اعمال، هیچ مسئولیتی نمی‌پذیرد. با پذیرش معیار «خدمات عمومی»، اموری چند که اکنون موجود نیست، محقق می‌گردد: نخست - به وسیله اصول تشکیل‌دهنده خدمت عمومی، تشخیص گونه‌های مختلف اعمال، سهل و آسان می‌گردد؛

دوم - دولت نمی‌تواند با استناد به حاکمیتی بودن برخی اعمال، از پذیرش مسئولیت سر باز بزند.

از سوی دیگر، اگرچه تشخیص یک عمل به عنوان مصداق خدمت عمومی در دست دادرس است، ولی مقید به برخورداری از اصول تشکیل‌دهنده خدمت عمومی است. بنابراین، حتی اگر دادرس از توجه به این اصول تعدّی کرد، اثبات آن، ممکن و اعتراض به آن، واجد استدلال قابل اتکاست. با این همه، می‌توان چنین تلقی کرد که این معیار نوین در جهتی گام می‌نهد که حقوق اداری را حامی مردم و شهروندان قرار می‌دهد، به جای آن که سپر بلایی برای دولت‌ها باشد. بعید به نظر نمی‌رسد که این روند، ناشی از گسترش مفاهیم حقوق بشری در عرصه حقوق اداری باشد و حتی با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به وضوح می‌توان شاهد آن بود که این معیار با اهداف قانون‌گذار اساسی هماهنگ‌تر است. در این راستا می‌توان به مفاد اصول سوم و دوازدهم و همچنین بیست و نهم و سی‌ام قانون اساسی توجه کرد. امید است که قانون‌گذار به این مهم توجه کند و با جای‌گزین کردن معیار خدمات عمومی به جای تفکیک اعمال به حاکمیتی و تصدّی، گامی جدّی در مسیر تحقق اهداف قانون‌گذار اساسی و البته مردمی کردن حقوق بردارد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱ و ۲)**، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۲. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی، **مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)**، تهران: سمت، ۱۳۹۷.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری تطبیقی: حاکمیت قانون و دادرسی اداری تطبیقی در چند کشور بزرگ**، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۴. مولابیگی، غلامرضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، ۱۳۹۸.
۵. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی (جلد ۱ و ۲)**، تهران: سمت، ۱۳۹۳.

ب) مقاله

۱. امین‌فر، رحمت‌الله، «**اعمال حاکمیت و اعمال تصدّی**»، مجموعه حقوقی، ۳۱ اردیبهشت ۱۳۲۱، شماره ۲۴۴.
۲. پاسبان، محمدرضا و مریم‌علی محمدی، «**تأثیر نظریه تفکیک اعمال حاکمیت و تصدّی دولت بر خصوصی‌سازی (با تأکید بر تحولات نقش دولت و بخش خصوصی)**»، راهبرد، ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۴۱-۲۷۰.
۳. پورهامیون، علی‌اصغر، «**اعمال حاکمیت و اعمال تصدّی (۱)**»، مجموعه حقوقی، ۱۷ مهر ۱۳۱۹، شماره ۱۷۳.
۴. توازنی‌زاده، عباس، «**بررسی تأثیر تصدّی یا حاکمیتی بودن اعمال دولت در تحقق مسئولیت مدنی دولت در پرونده موسوم به هموفیلی‌ها**»، رأی، ۱۳۹۱، شماره ۱، صص ۲۳-۳۲.
۵. خانی‌والی‌زاده، سعید، «**نقد رأی بلانکو**»، مطالعات آرای قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۲۱، صص ۱۶۱-۱۷۵.
۶. رستمی، ولی و ایام کمرخانی، «**اعمال مقررات حقوق رقابت بر اعمال حاکمیتی و تصدّی دولت**»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۴، شماره ۳، صص ۴۳۱-۴۵۱.
۷. شیروی، عبدالحسین و نرگس سراج، «**چگونگی تفکیک اعمال حاکمیتی و تصدّی در صنعت نفت، نهادهای متولی و رابطه آن‌ها**»، مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۹، شماره ۲، صص ۶۵۹-۶۸۳.

۸. واعظی، سید مجتبی، «مطالعه تطبیقی معیار صلاحیت دادرس اداری در ایران و فرانسه»، مجله حقوقی تطبیقی، ۱۳۹۲، شماره ۱، صص ۲۵-۴۶.
۹. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۱۳۹۴، شماره ۲، صص ۱۹۹-۲۲۰.

2-Latin Source

- 1-Anonumous, 2018, Droit administrative fiche 8 -le principe de:www.nanopdf.com/download/droit-administratif-de-8-le-principe-de-pdf. (last visited at 4/16/2022).
- 2-CE, 1 May 1822 , Laffitte ,Rec. 1821-1828 .p. 202.
- 3-CE, 23 mars 1983, SA Bureau Veritas.
- 4-CE, 6 aout 2008, Maziere.
- 5-CE,Ass.,9 avril 1999, Mme Ba, Leb .p. 124.
- 6-Gaudemet, Y., Traité de droit administrative, tome 1, 16 édition, Paris: L.G.D.J., 2000.
- 7-Jean-Marc sauve, Le Conseil d'Etat et la protection des droits fondamentaux, 2016:www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-protection-des-droits-fondamentaux#_ftn25.(last visited at 4/16/22)
- 8-TC, 2 decembre 1991, Prefet de la Haute-Loire c. Tribunal correctionnel du Puy-en-Velay
- 9-TC, 6 November 1978, Bernardi c. Association hospitaliere Sainte-Marie.
- 10-VAKIL, M., Les recours contre l'administration d'après le droit public person, paris, 1934

A comparative study of the distinction between government actions in the two legal systems of Iran and France

Ahmad Taghizadeh*

Khalil Mansourizade**

Abstract:

Since years ago, in Iran's legal system, the actions of the government have been divided into two types of governance and tenure, and over time, many works have been created on this separation. Meanwhile, such a separation has been abandoned in the country of origin of this type of separation (France), which was the origin of this theorizing, and this country has paid attention to new criteria, which is the result of the transformation of the concept of government actions into public service. This change was the result of problems arising from the separation of the government's actions into governance and tenure. In France, after this separation, the criterion of "public service" and "type of administrative activity" prevailed respectively. The question of the current research is that according to the harms of the current standard for distinguishing government actions in Iran, what solution is suggested to fix these harms? It seems that it is necessary to accept the criterion of public service in the administrative law system of Iran. In other words, in the course of descriptive-analytical research, the authors believe that the introduction of a new standard such as public services in Iran's legal system is necessary to organize administrative actions and provide people with access to their rights. The reason for this necessity is that the explanation of public service is done by a series of principles and rules, and it is free from allegorical or restrictive expression that is used in Article 8 of the Civil Service Management Law to distinguish governance from tenure. The above theory provides the judge with the tool to use the principles of public service theory and rely on the flexibility of a public service to place the administrative action in this area and impose the appropriate rulings on it.

Keywords: ctenure practices, governance practices, government practices, public services.

*.Ph.D. in Public Law, Farabi Campus, University of Tehran. (corresponding author)

ah.taghizadeh@yahoo.com

** . MA. Student in Public Law. Faculty of Law and Political Science. Shahid Chamran University of Ahvaz. Ahvaz. Iran. mansourizade.061@gmail.com