



شاپا: ۰۴۹۷-۳۷۱۷

پژوهش‌های حقوقی

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری
Journal of modern research on administrative law

Journal of
Modern Research on
Administrative Law

سال پنجم
شماره شانزدهم
پاییز ۱۴۰۲

پژوهش‌های نوین حقوقی

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال پنجم شماره شانزدهم پاییز ۱۴۰۲



عنوان مقاله‌ها

- ▲ آسیب شناسی تقنینی فعالیت احزاب سیاسی با تأکید بر اصلاح ساختارهای اداری. محمدتقی اکبری؛ سیدمحمد هاشمی؛ بیژن عباسی
- ▲ نگرشی بر رویکرد دادرسی و اساسی ایران بر آزادی اجتماعات در پرتو نظریه حوزه عمومی یورگن هابرماس. علی مشهدی؛ علیرضا دبیرنیا؛ حسن محمدی
- ▲ استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران؛ تأملی بر تحولات تاریخی از دوره مشروطه تا قانون اساسی (با تأکید بر مرحله استخدام و گزینش). میثم قلی زاده؛ عباسعلی سلطانی؛ محمدهادی قبولی درافشان
- ▲ اصول بنیادین مقررات گذاری اینترنت. خدیجه اکرمی؛ هدی غفاری؛ ولی رستمی
- ▲ کاربست اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در دادرسی های اداری ایران با تأکید بر دیوان عدالت اداری. اسماعیل قمری؛ مهدی حسنونند؛ سیده نفیسه کاظمی
- ▲ موانع و چالش های حمایت از حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران. جمیله جعفریان اصل؛ علی حاجی پور کندرود؛ ارکان شریفی
- ▲ آیین رسیدگی به اعتراض به آرای کمیسیون شبه قضایی در محاکم عمومی. صابر جعفرنیا سبویی؛ ابوالفضل دنکوب
- ▲ ادله الکترونیکی اثبات دعوا در دادرسی اداری و مدنی در ایران و فقه امامیه. حمیدرضا احمدی لاشکی؛ حمید ابهری؛ عباس مقدری امیری
- ▲ ابهام تئوریک در چپستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران. محمدوزین کریمیان
- ▲ اعمال سیاست «دولت باز»؛ راهکاری برای مدیریت همه گیری در ایران (بررسی موردی کووید ۱۹). پداله قاسمزاده لاهی؛ محمد جواد جعفری؛ ایرج رنجبر
- ▲ تعارض منافع در بخش عمومی؛ گونه ها و انواع مقابله های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی). محمدتقی دشتی؛ زهرا زندیه؛ محمد مهدی فر
- ▲ بررسی تطبیقی تفکیک میان اعمال دولت در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه. احمد تقی زاده؛ خلیل منصوری زاده





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال پنجم / شماره ۱۶ / پاییز ۱۴۰۲

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

دکتر محمد امامی، دکتر محمد راسخ، دکتر حسین زارعی متین، دکتر عباس زراعت، دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دکتر علی مشهدی، دکتر مرتضی نجابت‌خواه، دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر سید محمد هاشمی

شورای علمی فصلنامه

دکتر مسلم آقایی طوق، دکتر کوروش استوار سنگری، دکتر جواد تقی‌زاده، دکتر محمد جلالی، دکتر سید احمد حبیب‌نژاد، دکتر محمد حسنونند، دکتر ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی زاده، دکتر محمد حسین زارعی، دکتر حامد کرمی، دکتر محمدرضا ویژه، دکتر مهدی هداوند

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی و صفحه‌آرا:

مهدی حسنونند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری بر اساس مجوز شماره ۸۶۰۳۲ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۰۲ معاونت مطبوعاتی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به موجب ماده ۱۳ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ منتشر می‌گردد. مستند به ماده ۶ آیین‌نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۹/۲ وزارت علوم تحقیقات و فناوری و مصوبه مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۱۸ هیئت مدیره انجمن ایرانی حقوق اداری واجد درجه (ب) محسوب می‌گردد. شایان ذکر است بر اساس آیین‌نامه جدید عناوین علمی پژوهشی و علمی ترویجی حذف شده و نشریات دارای مجوز از وزارت علوم همگی دارای عنوان علمی بوده که در فرآیند ارزیابی سالیانه حسب برخورداری از ویژگی‌های مندرج بر اساس نمره اخذ شده رتبه‌بندی می‌گردند.



آدرس: تهران، خیابان ولیعصر، خیابان توانیر، میدان شهید عباس‌پور، خیابان نظامی گنجوی،

نیش کوچه هفت‌پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

نقل مطالب با ذکر مآخذ بدون مانع است.
مقالات درج شده بیان دیدگاه‌های نشریه نمی‌باشد.
مسئولیت صحت مطالب بر عهده نویسنده می‌باشد.
فصلنامه در ویرایش مطالب آزاد است.

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

از کلیه دانشجویان، اساتید و پژوهشگران محترم دعوت می‌شود مقالات علمی پژوهشی خود که مرتبط با موضوعات این فصلنامه (حقوق اداری) هستند را از طریق ثبت نام در سامانه فصلنامه به نشانی <https://malr.ir> با رعایت نکات زیر ارسال نمایند:

الف. نکات شکلی:

- ۱ حجم مقاله (شامل همه صفحات اعم از عنوان، چکیده، بدنه، نتیجه‌گیری و منابع) باید حداقل ۵۰۰۰ و حداکثر ۹۰۰۰ کلمه در قطع A4 باشد.
- ۲ حاشیه سمت راست و چپ صفحه ۴.۵ سانتیمتر و حاشیه بالا و پایین صفحه ۶ سانتیمتر باشد.
- ۳ برای بخش بندی محتوای بدنه مقاله از ترتیب گفتار، بند، ۱، الف، ب... الی آخر استفاده شود.
- ۴ چکیده فارسی و ترجمه آن به انگلیسی حداقل در ۱۵۰ و حداکثر در ۲۵۰ کلمه باشد.
- ۵ واژگان کلیدی باید حداقل ۴ و حداکثر ۷ کلمه بوده و در متن فارسی به ترتیب حروف الفبا ذکر شوند.

ب. شیوه ارجاع دهی:

- ۱ 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 لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
- ۲ اگر دو نویسنده یا بیشتر باشد، نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب، محل نشر: انتشارات، سال انتشار، صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها. مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.
- ۳ شیوه ارجاع به آراء قضایی و داوری نیز باید به صورت پاورقی (مرجع صادرکننده رأی، سال صدور رأی: پاراگراف مربوطه) باشد. به عنوان مثال: (ICJ Rep, 2010: para. 104)

ج. شیوه تنظیم فهرست منابع پایانی:

- ۱ فهرست منابع انتهای مقاله باید به ترتیب: کتاب‌ها، مقاله‌ها، اسناد، آراء و... دسته بندی شده و با شماره گذاری مسلسل به صورت زیر آورده شوند:
- الف. کتاب‌ها: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ انتشار). عنوان کتاب با حروف ایتالیک، نام

مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، شماره جلد. مثال:
زمانی، سیدقاسم (۱۳۹۳). حقوق سازمان‌های بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

Crawford, James (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*, London, Oxford University Press

ب. مقاله‌ها: نام خانوادگی، نویسنده (تاریخ انتشار). عنوان کامل مقاله در گیومه، نام مجله با حروف ایتالیک، شماره مجله، شماره صفحات ابتدایی و انتهایی مقاله، مثال:

سادات اخوی، علی و عباس خدائشناس (۱۳۹۴). «شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد و وضعیت حقوق بشر در عربستان»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، شماره ۴، صص ۶۹۱۷۱۳.

Donnelly, Jack (1980). «Natural Law and Right in Aquinas' Political Thought», *The Western Political Quarterly*, vol. 33, pp. 535-520

۲ نحوه درج مقالات چاپ شده در یک «کتاب مجموعه مقالات» در فهرست منابع انتهایی مقاله بدین صورت خواهد بود: نام خانوادگی نویسنده مقاله، نام نویسنده مقاله (تاریخ انتشار). «عنوان مقاله در گیومه»، در: نام و نام خانوادگی ویراستار/ویراستاران علمی کتاب، عنوان کتاب به صورت ایتالیک، محل انتشار، نام ناشر، شماره صفحات ابتدا و انتهای مقاله. مثال:

ممتاز، جمشید (۱۳۹۱). «یونسکو و تدوین و توسعه حقوق بین‌الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین‌الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، صص ۹۵۱۰۱.
Scovazzi, Tullio (2006). «The Protection of Underwater Cultural Heritage: Article 303 and the UNESCO Convention», in: D. Freestone, R. Barnes and D. Ong (eds.), *The Law of the Sea Progress and Prospects*, Oxford University Press, pp. 136-120.

۳ عناوین کتاب‌ها و مقالات باید به صورت توپر (Bold) باشد.

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

الف، مقاله پژوهشی اعم از کاربردی، بنیادین، نظری و توسعه‌ای

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

نام و مشخصات نویسندگان نباید در فایل اصلی مقاله ذکر گردد، بلکه باید در یک فایل جداگانه به ترتیب زیر نوشته و به همراه فایل اصلی مقاله از طریق سامانه ارسال گردد:

۱- در بالای صفحه ابتدا «عنوان فارسی» و سپس «عنوان انگلیسی» مقاله ذکر شود

۲- مشخصات نویسندگان مقاله به ترتیب (به فارسی و انگلیسی) و به صورت زیر در پاورقی صفحه اول ذکر شود:

نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی، نام گروه، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر، نام کشور.

۳- از بیان عنوان‌هایی نظیر مهندس، دکتر و... در ابتدای اسامی نویسندگان مقاله خودداری گردد.

۴- حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین المللی: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

۱- عباسعلی کدخدایی، استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Abbasali Kadkhodaei, Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: kadkhoda@ut.ac.ir

۲- امیر مقامی، دانش آموخته دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

Amir Maghami, Ph.D. in International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: amir.maghami@live.com

ه. مسئول مکاتبات و تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه

تمامی مکاتبات (ایمیل و پیامک) و تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه صرفاً با نویسنده مسئولی است که در هنگام ارسال مقاله در سامانه تعیین شده است. همچنین در صورتی که مقاله (بر اساس نظرات داوران محترم یا دبیر اجرایی فصلنامه) نیازمند بازنگری یا اصلاح شناخته شده باشد، صرفاً نویسنده مسئول می‌تواند موارد اصلاح یا بازنگری را در کارتابل خود در سامانه مشاهده، آن‌ها را انجام داده و در نهایت مقاله اصلاحی را مجدداً از طریق سامانه ارسال نماید.

نکته اول: از میان نویسندگان مقاله (در صورتی که مقاله بیش از یک نویسنده داشته باشد) حتماً باید یکی از نویسندگان (در هنگام ارسال مقاله) به عنوان «نویسنده مسئول» در سامانه تعیین شود. نویسنده مسئول، نویسندگانی است که مسئولیت تمامی مکاتبات و تماس‌ها در خصوص مقاله ارسالی را بر عهده خواهد داشت.

نکته دوم: ضرورت دارد نویسنده مسئول شماره تلفن همراه و آدرس ایمیل معتبر خود را در سامانه فصلنامه تعیین نماید. در صورت عدم رعایت موارد مذکور، مسئولیت عواقب احتمالی بر عهده وی خواهد بود و فصلنامه هیچ‌گونه مسئولیتی در خصوص تأخیر در فرآیند رسیدگی و داوری یا حتی رد مقاله ارسالی نخواهد داشت.

نکته سوم: با توجه به مشغله فراوان اساتید محترم و جهت احتراز از مشکلات احتمالی که ذکر شد، پیشنهاد می‌گردد، دانشجویانی که با اساتید محترم مقاله مشترک دارند، در

هنگام ارسال مقاله، خود را به عنوان نویسنده مسئول در سامانه تعیین نمایند. بعد از اتمام فرآیند رسیدگی و داوری و در هنگام صدور گواهی پذیرش مقاله، امکان تغییر «نویسنده مسئول» وجود دارد. تأکید می‌گردد چنین امکانی به هیچ وجه معنای اضافه نمودن شخص یا اشخاص جدید به عنوان نویسنده/نویسندگان مقاله نیست.

نکات مهم پایانی

- ۱- مقاله ارسالی باید محصول مطالعات و تحقیقات نویسنده/نویسندگان بوده و دربردارنده دستاوردهای علمی جدید باشد.
- ۲- نگارش مقالات کاربردی و نیز استناد به مقالات مرتبط که در «فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری» منتشر شده‌اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
- ۳- چکیده فارسی نباید به صورت مفهومی ترجمه گردد، بلکه ترجمه چکیده باید دقیق بوده و شامل ترجمه تمامی جملات متن فارسی باشد. عنوان، چکیده و واژگان کلیدی انگلیسی باید در صفحه آخر فایل اصل مقاله آورده شوند. در صورت تغییر و بازنگری چکیده فارسی، تغییرات در چکیده انگلیسی نیز اعمال گردد.
- ۴- مسئولیت صحت مطالب، منابع و نظرهای ابراز شده در مقاله و نیز رعایت حقوق مؤلفین و پژوهشگران بر عهده نویسنده/نویسندگان مقاله می‌باشد.
- ۵- نویسنده مسئول باید تعهدنامه‌ای از طریق سامانه ارسال نماید مبنی بر اینکه مقاله برای همایش یا مجله دیگری ارسال نشده یا در حال داوری یا چاپ نبوده یا قبلاً در جایی چاپ نشده است.
- ۶- دانشجویان باید مقاله خود را به همراه یک عضو هیئت علمی دانشگاه یا شخص دارای مدرک دکتری به صورت مشترک ارسال نمایند.
- ۷- مقال‌های که مطابق این راهنما تهیه نشده باشند، توسط کارشناس نشریه جهت اعمال تغییرات، برگشت داده می‌شود.
- ۸- مقاله ارسالی حداقل توسط دو داور ارزیابی خواهد شد. چاپ مقاله منوط به پذیرش دو داور و تصویب نهایی هیئت تحریریه خواهد بود. مقاله در صورت تصویب، برای انتشار و چاپ ویرایش می‌شود.
- ۹- هیئت تحریریه نسبت به پذیرش، عدم پذیرش و هرگونه ویرایش یا تلخیص مقاله در زمان چاپ آزاد است.
- ۱۰- با توجه به غیردولتی بودن نشریه و به منظور تامین هزینه‌های اداره نشریه، داوری و چاپ مقاله مبلغ سه میلیون ریال بابت هزینه داوری اولیه مقاله و در صورت پذیرش نهایی مبلغ پنج میلیون ریال بابت هزینه چاپ اخذ خواهد شد. فرآیند دریافت وجه از طریق سامانه صورت می‌گیرد.



فهرست مطالب

آسیب‌شناسی تقنینی فعالیت احزاب سیاسی با تأکید بر اصلاح ساختارهای اداری. محمدتقی اکبری؛ سیدمحمد هاشمی؛ بیژن عباسی.	۱۳
نگرشی بر رویکرد دادرسی و اساسی ایران بر آزادی اجتماعات در پرتو نظریه حوزه عمومی یورگن هابرماس... علی مشهدی؛ علیرضا دبیرنیا؛ حسن محمدی.	۳۹
استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران؛ تأملی بر تحولات تاریخی از دوره مشروطه تا قانون اساسی (با تأکید بر مرحله استخدام و گزینش). میثم قلی زاده؛ عباسعلی سلطانی؛ محمدهادی قبولی درافشان.	۶۵
اصول بنیادین مقررات گذاری اینترنت. خدیجه اکرمی؛ هدی غفاری؛ ولی رستمی.	۸۹
کاربست اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در دادرسیهای اداری ایران با تأکید بر دیوان عدالت اداری. اسماعیل قمری؛ مهدی حسنوند؛ سیده نفیسه کاظمی.	۱۱۱
موانع و چالش‌های حمایت از حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران. جمیله جعفریان اصل؛ علی حاجی پور کندرود؛ ارکان شریفی.	۱۳۵
آیین رسیدگی به اعتراض به آرای کمیسیون شبه قضایی در محاکم عمومی. صابر جعفرنیا اسبویی؛ ابوالفضل دنکوب.	۱۶۱
ادله الکترونیکی اثبات دعوا در دادرسی اداری و مدنی در ایران و فقه امامیه. حمیدرضا احمدی لاشکی؛ حمید ابهری؛ عباس مقدری امیری.	۱۸۸
ابهام تئوریک در چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران. محمودزین کریمیان.	۲۰۳
اعمال سیاست «دولت باز»؛ راهکاری برای مدیریت هم‌هنگری در ایران (بررسی موردی کووید ۱۹). یداله قاسمزاده لالمی؛ محمد جواد جعفری؛ ایرج رنجبر.	۲۲۷



فهرست مطالب

«تعارض منافع در بخش عمومی»: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی).
محمد تقی دشتی؛ زهرا زندیه؛ محمد مهدی‌فر.

۲۵۵

بررسی تطبیقی تفکیک میان اعمال دولت در دو نظام حقوقی ایران و فرانسه.
احمد تقی‌زاده؛ خلیل منصوری‌زاده.

۲۸۵

چکیده انگلیسی

۳۰۸



آسیب شناسی تقنینی فعالیت احزاب سیاسی با تأکید بر اصلاح ساختارهای اداری

محمد تقی اکبری*

سید محمد هاشمی**

بیژن عباسی***

چکیده

امروز نقش احزاب در برگزاری انتخابات کارآمد و سالم انکارناپذیر است. تقریباً در همه نظام‌های حقوقی و در هر انتخابات، احزاب سیاسی کم و بیش فعال هستند. مهم‌ترین کاستی‌های تقنینی فعالیت احزاب سیاسی را باید در ساختارهای اداری موجود در زمینه فعالیت احزاب سیاسی جست. این ساختارهای اداری شامل وظایف و اختیارات وزیر کشور به عنوان یکی از مقامات اداری کشور و کمیسیون ماده ۱۰ احزاب سیاسی به عنوان یکی از کمیسیون‌های اداری در ارتباط با احزاب سیاسی است. این تحقیق به روش توصیفی و تحلیلی انجام گرفته است.

نتایج تحقیق نشان داد که نظام مجوزدهی کنونی در زمینه فعالیت احزاب سیاسی، ترکیب کاملاً دولتی کمیسیون ماده ۱۰ احزاب، ناممکن بودن شکایت از تصمیمات این کمیسیون در ردّ درخواست متقاضیان تأسیس حزب، شیوه تخصیص یارانه احزاب سیاسی و وضعیت حوزه‌بندی انتخابات مجلس شورای اسلامی از مهم‌ترین کاستی‌های ساختارهای اداری موجود در زمینه فعالیت احزاب سیاسی است.

کلیدواژه‌ها: نظام تقنینی، ساختارهای اداری، وزارت کشور، کمیسیون ماده ۱۰ احزاب، نظارت قضایی.

*. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
rada538915@yahoo.com

** . استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
dr.sm.hashemi@gmail.com

*** . استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
babbasi@ut.ac.ir

مقدمه

«احزاب سیاسی با سازمان دادن به اندیشه‌ها و گرایش‌های سیاسی موجود در جامعه، در عین حالی که عامل تقسیم کردن و متشکل ساختن مردم به شاخه‌ها و بخش‌های گوناگونند، عامل نزدیک کردن و تلفیق نمودن خرده‌گرایش‌های فردی و اجتماعی در قالب دکترین‌ها، ایدئولوژی‌ها و یا نظام‌های اندیشه‌های کم و بیش منسجمی می‌باشند. این معنی طبعاً به مبارزات انتخاباتی، ابعاد عمیق‌تری می‌بخشد و معنی و مفهوم موضوعات مورد مبارزه را از شکل فردی گاه سطحی خارج کرده و بدان رنگ و بویی فلسفی، اجتماعی و فرهنگی می‌افزاید و صورت مسائلی سازمان‌یافته‌تر و پیش‌اندیشیده‌تر به بازار سیاست عرضه خواهد کرد»^۱.

انتخابات در ایران، کاندیدامحور است و به استثنای شهرهای بزرگ که احزاب توانسته‌اند تا حدودی فعال باشند، در شهرهای کوچک و در انتخابات محلی، اتکای نامزدها عمدتاً بر روابط خویشاوندی و قبیل‌های است، به شکلی که هر سال، شاهد برگزاری انتخاباتی بی‌شکل و بی‌برنامه هستیم. وابستگی شدید نمایندگان در انتخابات مجلس شورای اسلامی به حوزه انتخابیه خود موجب شده است که نماینده به جای تمرکز بر مسائل کلی و موضوعات در سطح ملی، به رسیدگی به مشکلات حوزه انتخابیه خود بپردازند و برای جلب رضایت رأی‌دهندگان حوزه انتخابیه خود وارد زد و بندهای غیر قانونی شوند که این امر به فساد دامن می‌زند. پیشینه تحقیق نشان می‌دهد تحقیقات متعددی درباره دلایل ناکارآمدی فعالیت احزاب سیاسی در ایران انجام گرفته، اما تاکنون کاستی‌های تقنینی ساختارهای اداری موجود در زمینه فعالیت احزاب سیاسی بررسی نشده است. از این رو، شناسایی این کاستی‌ها و اصلاح ساختارهای اداری موجود در مورد احزاب سیاسی ضرورت می‌یابد. هدف این تحقیق، آسیب‌شناسی نظام تقنینی فعالیت احزاب سیاسی به ویژه در زمینه ساختارهای اداری است. سؤال این پژوهش آن است که کاستی‌های تقنینی ساختارهای اداری موجود در زمینه فعالیت احزاب سیاسی چیست؟ نگارنده در این تحقیق، نخست به بررسی اهمیت احزاب سیاسی می‌پردازد. سپس اصول حاکم بر ساختارهای اداری مطلوب برای توسعه فعالیت احزاب سیاسی ترسیم می‌شود. مباحث بعدی به ترتیب شامل بررسی قوانین موجود در زمینه فعالیت احزاب سیاسی در ایران، ساختارهای اداری ایران در زمینه احزاب سیاسی، آسیب‌شناسی این ساختارها و ارائه الگوی مطلوب می‌گردد.

۱. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: دادگستر، چاپ پنجاه و ششم، ۱۳۹۵،

گفتار اول. اهمیت احزاب سیاسی

احزاب سیاسی از ضروریات انتخابات کارآمد است که برای ایجاد نظام سیاسی کارآمد و سالم ضرورت دارد. به طور کلی، اهمیت احزاب سیاسی را می‌توان به این شرح تقسیم‌بندی کرد:

بند اول. ضرورت دموکراسی

امروزه این اتفاق نظر وجود دارد که دموکراسی بدون وجود احزاب امکان‌پذیر نیست. بنابراین، وجود احزاب سیاسی، لازمه دموکراسی است و نمی‌توان نظام دموکراتیکی را تصور کرد که احزاب سیاسی فعالی نداشته باشد. در این خصوص، برخی دانشمندان علوم سیاسی نیز استدلال‌هایی ارائه کرده‌اند. موارد عملی نیز در این خصوص وجود دارد.

سیمور مارتین لیپست^۱ (۲۰۰۰) استدلال می‌کند که احزاب سیاسی، مؤلفه ضروری برای دموکراسی است. جان آلدریچ^۲ ادعا می‌کند که احزاب، دموکراسی را قابل اجرا می‌کنند. حتی برخی استدلال کرده‌اند که دموکراسی را نمی‌توان در قالبی غیر از احزاب تصور کرد.^۳ در بیان اهمیت احزاب سیاسی برای دموکراسی‌های جدید می‌توان این موارد را برشمرد:

۱. دولت را در برابر اقدامات خود پاسخ‌گو می‌کند؛
۲. مانع از ظهور سیاستمداران ضد حزبی می‌شوند؛
۳. مردم را به هنجارها و رویه‌های دموکراتیک عادت می‌دهند؛
۴. افراد را به سیاست، جذب، معرفی و وارد می‌کنند؛
۵. موجب قوام دولت‌ها می‌شوند.

احزاب سیاسی این امکان را برای مخالفان نظامی سیاسی ایجاد می‌کند که در برابر اقدامات تاکتیکی دولت مستقر برای انشقاق و دودستگی میان مخالفان ایستادگی کنند. برای مثال، در آفریقا، احزاب سیاسی مخالف بسیار ضعیف هستند و در نتیجه، سیاستمداران و سوسه می‌شوند که جذب حزب حاکم گردند.^۴ در پرو، در دوران حکومت آلبرتو فوجی موری^۵ (۱۹۹۲-۲۰۰۰)، سیاستمداران مخالف مستقل و احزاب ضعیف که به آن‌ها وابسته بودند، به جای ایجاد جبهه واحد در برابر دولت مستقر علیه همدیگر فعالیت می‌کردند.

1-Seymour Martin Lipset.

2-John Aldrich.

3-See Lipset, S.M., "The Indispensability of Political Parties", Journal of Democracy 11(1), 2000, pp. 48-55 .

4-Randall, Vicky and Lars Svåsand, "Political Parties and Democratic Consolidation in Africa", Democratization 9 (3), 2002, p. 34

5-Alberto Fujimori.

بند دوم. کمک به رأی‌دهندگان در شناخت نامزدها

احزاب سیاسی به رأی‌دهندگان این امکان را می‌دهند که عملکرد گذشته را بشناسند و رهبران ناکارآمد را در فرآیند قدرت سیاسی حذف کنند. احزاب، اطلاعات مهمی در مورد موضوعات مورد حمایت نامزدان ارائه می‌دهند.^۱ زمانی که احزاب سیاسی، ضعیف یا از هم گسیخته باشند، رأی‌دهندگان با طیف وسیعی از انتخاب‌ها مواجه می‌شوند که تشخیص دادن تفاوت میان نامزدهای مختلف را دشوار می‌کند و در نتیجه، انتخاب مناسب را ناممکن می‌سازد.

بند سوم. برنامه‌محور شدن انتخابات

در دموکراسی‌های پایدار، نامزدهای غیر حزبی به ندرت در انتخابات پیروز می‌شوند. در کشورهایی که احزاب ضعیف دارند، رأی‌دهندگان به جای این‌که برنامه یا ایدئولوژی خاصی را برگزینند، بیش‌تر بر اساس تصویر، ویژگی‌های نامزدها و ارتباطات شخصی رأی می‌دهند. از این رو، در دموکراسی‌های پیشرفته، نامزدی در انتخابات به شکل حزبی رایج‌تر است و احتمال پیروزی نامزد را افزایش می‌دهد. سیاستمداران غیر حزبی تمایل کم‌تری به ارتقای دموکراسی دارند و بیش‌تر به دنبال تخریب سیستم هستند.^۲ در روسیه (که احزاب ضعیفی دارد)، احزاب کنترل بسیار اندکی بر نامزدها دارند که این وضعیت، این امکان را به نامزدها می‌دهد تا به شکل مستقل در انتخابات شرکت کنند و پیروز انتخابات شوند.^۳ سیاستمداران غیر حزبی غالباً غیر حرف‌های هستند و به طور معمول، توانایی لازم برای تشکیل حکومت کارآمد را ندارند. در امریکای لاتین، فعالیت‌های انتخاباتی غیر حزبی به دولت‌های ناکارآمد، غیر پاسخ‌گو و در برخی از موارد، غیر دموکراتیک منجر می‌شود.^۴

بند چهارم. احزاب: رابط دولت و جامعه مدنی

مهم‌ترین کارکردهای احزاب سیاسی، برقراری رابطه بین جامعه مدنی و دولت است. ساتوری (۱۹۷۶) ادعا می‌کند که احزاب، حلقه ارتباط بین حکومت‌شوندگان و دولت است و به عنوان واسطه بین دولت و سازمان‌های جامعه مدنی عمل می‌کنند.^۵ همچنین ادعا شده است که احزاب، بهترین وسیله ارتباط بین دولت و جامعه مدنی هستند.^۶ احزاب سیاسی نه

1-Downs, Anthony, An Economic Theory of Democracy, New York (NY): Harper Press, 2001.

2-Leviŝtsky and Cameron, op.cit., 2003, p. 6.

3-Mainwaring, Scott, "Party Systems in the Third Wave", Journal of Democracy, 9 (3), 1998, p. 78.

4-Levitsky and Cameron, op.cit, p. 6

5-Sartori, Giovanni, Parties and Party Systems: A Framework for Analysis. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1976, p. 26

6-Ibid, p. 28.

تن‌ها دولت را به گروه‌های جامعه مدنی ارتباط می‌دهند، بلکه محرک دیگر فعالیت‌های جمعی نیز هستند.^۱

در زمان حاضر، با توجه به کمک دولتی وسیع به احزاب سیاسی در قالب یارانه‌های انتخاباتی، احزاب از کارکرد اصلی خود به عنوان نماینده جامعه مدنی در حال فاصله گرفتن هستند.

گفتار دوم. اصول ساختار اداری مناسب در زمینه فعالیت احزاب سیاسی

احزاب سیاسی برای انجام دادن کارکردهای خود در جامع‌های دموکراتیک، نیازمند فعالیت در بستر ساختار اداری مناسب هستند. در طراحی ساختارهای اداری در زمینه فعالیت احزاب سیاسی باید اصول بنیادین در قانون اساسی یا قانون عادی مرتبط با فعالیت احزاب سیاسی تضمین گردد. مهم‌ترین این اصول تنظیم‌گری عبارتند از:

بند اول. سیاست حداقل مداخله دولت

از آزادی تشکیل و فعالیت احزاب سیاسی در قوانین اساسی کشورها ذیل آزادی اجتماعات حمایت می‌شود. «آزادی اجتماعات، حقی فردی برای جمع شدن و ابراز، ترویج و تعقیب و دفاع کردن از علایق مشترک به طور دسته جمعی است».^۲

بر اساس اصل آزادی اجتماعات که در ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۲۲ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تضمین شده است، حق افراد به اجتماعات و تشکیل احزاب سیاسی باید تا حدّ زیادی فارغ از مداخله دولتی تضمین گردد. هر چند حق بر اجتماعات با محدودیت‌هایی مواجه است، چنین محدودیت‌هایی باید به طور مضیق تفسیر گردد و تن‌ها بر مبنای دلایل قانع‌کننده می‌توان آزادی اجتماعات را محدود کرد. این محدودیت‌ها باید به موجب قانون معین شود و برای جامعه دموکراتیک ضرورت داشته باشد. این محدودیت‌ها باید در حدّ اقدامات متناسب باشد. عضویت افراد در احزاب سیاسی باید داوطلبانه باشد و هیچ کس نباید بر خلاف میل و رضایت خود، به عضویت یا تعلق در یک انجمن خاصی مجبور شود.

آزادی تشکیل و فعالیت احزاب سیاسی با سیاست‌های حزبی ارتباط تنگاتنگ دارد. سیاست دولت در مورد احزاب سیاسی را می‌توان این گونه برشمرد:

1-Lipset, op.cit., p. 48.

2-McBride, Jeremy, Freedom of Association; The Essentials of Human Rights, Hodder Arnold, London, 2015, pp. 18-20

۱. سیاست تنظیمی و مداخل‌های شدید

دولت با تصویب قوانین و مقررات، خواه قانون اساسی و خواه قوانین عادی، فعالیت‌های احزاب را تنظیم و با ایجاد نظام مجوزدهی به احزاب سیاسی و تعلیق و انحلال فعالیت احزاب به عنوان ابزارهای تنبیهی، فعالیت‌هایشان را کنترل می‌کند. سیاست‌های تنظیمی و مداخل‌های شدید از سوی دولت با اصل آزادی اجتماعات و آزادی فعالیت احزاب سیاسی مغایر است.

۲. سیاست نفی مداخله

الگوی نفی مداخله در مورد احزاب سیاسی به معنای ضرورت نداشتن وضع قانون احزاب است. یکی از راه‌های آزادی فعالیت احزاب سیاسی، پیش‌بینی نشدن جایگاه احزاب سیاسی در قانون اساسی است. این روش در مورد قانون اساسی برخی کشورها از جمله انگلستان، ایرلند، جامائیکا، ژاپن، مالزی، تونگو، تونس و ایالات متحده امریکا صدق می‌کند.^۱ ذکر نشدن احزاب سیاسی در قانون اساسی به معنای سیاست باز نسبت به احزاب سیاسی نیست. به عبارت دیگر، در قوانین اساسی برخی کشورها از جمله عمان، قطر، عربستان و امارات متحده عربی، وجود احزاب سیاسی پیش‌بینی نشده است، اما قوانین اساسی این کشورها به عنوان «قوانین اساسی غیر آزاد» رده‌بندی شده‌اند.

۳. سیاست حداقل مداخله

دولت در قوانین خود، تشکیل و فعالیت احزاب سیاسی را مجاز اعلام می‌دارد، بدون این‌که چگونگی ترکیب اعضای حزب، نحوه سازمان‌بندی داخلی حزب، روش‌های انتخاب رهبر یا نامزدهای حزب و شیوه تأمین مالی فعالیت‌های حزب (صرف نظر از ممنوعیت‌های مقرر از سوی قانون مجازات) را تعیین کند. سیاست حداقل مداخله، مطلوب‌ترین شکل مداخله دولت در فعالیت احزاب سیاسی است که اصل آزادی اجتماعات را به خوبی تضمین می‌کند.

۴. سیاست تشویقی

حکومت‌ها گاهی قوانینی را تصویب می‌کنند که نه تنها فعالیت‌های احزاب سیاسی، بلکه تأسیس و شکل‌گیری آن‌ها را تشویق می‌کند. این کشورها، این اقدام را از طریق قوانین انتخاباتی انجام می‌دهند که به تشکیل، تثبیت و پایداری احزاب سیاسی متعدد معطوف است. یکی از قالب‌های مشهور سیاست تشویق، پرداخت یارانه دولتی به احزاب است که به طور فزاینده در طول زمان به صورت اقدامی شایع درآمده است و حدود ۴۷ کشور به احزاب سیاسی یارانه اعطا می‌کنند.

1-Kenneth, J., "Adopting Party Law", National Democratic Institute for International Affairs (NDI), 2005, p. 3

۵. سیاست ممنوعیت احزاب سیاسی

افراطی‌ترین نوع سیاست حزبی، اعلام این دستور است که فقط یک حزب مشروعیت لازم برای فعالیت را دارد. دولت‌های کمونیستی اروپای شرقی و اتحاد جماهیر شوروی سابق و در حال حاضر، چین، کره شمالی و کوبا چنین سیاستی را دنبال می‌کنند.

بند دوم. تضمین حق بر آزادی بیان در ساختارهای اداری

حق آزادی بیان و تجمع به حق شهروندان برای ابراز آزادانه عقاید در قالب فردی یا با دیگران اطلاق می‌شود. آزادی بیان در مورد احزاب سیاسی شامل آزادی احزاب سیاسی و نامزدها برای برگزاری جلسات و تجمعات و مبارزات انتخاباتی به شکل آزادانه و آشکار می‌گردد. اعمال محدودیت در آزادی بیان احزاب سیاسی تنها وقتی مشروعیت دارد که برای حفظ برابری و پرهیز از خشونت، نفرت‌پراکنی یا تحریک به خشونت اعمال شود. تضمین حق آزادی بیان احزاب مستلزم تضمین این موارد از سوی دولت است:

۱. وضع مقرراتی در خصوص رقابت منصفانه و صلح‌آمیز بین احزاب سیاسی و نامزدها؛

۲. وجود سازوکارهایی برای تضمین تکثرگرایی؛

۳. مشارکت در روند انتخابات و ارتباط با نهادهای انتخاباتی؛

۴. فراهم ساختن امکان رقابت برابر و بدون تبعیض.^۱

حق دسترسی به رسانه نیز یکی از ابزارهای مهم تضمین‌کننده حق آزادی بیان احزاب سیاسی است. به عبارت دیگر، دسترسی به رسانه، ابزار مهمی برای رأی‌دهندگان، احزاب سیاسی، نامزدهای و دیگر ذی‌نفعان است که از طریق آن می‌توانند اطلاعات مربوط به انتخابات را دریافت کنند. چارچوب‌های قانونی باید از آزادی رسانه‌ها برای گزارش و بررسی دقیق عملکرد احزاب سیاسی و دیگر بازیگران در فرآیند انتخابات حمایت کند. همچنین باید راه‌هایی برای اطمینان‌یابی از دسترسی احزاب سیاسی به رسانه‌های عمومی و پوشش عادلانه فعالیت‌های انتخاباتی نامزدها در رسانه‌های دولتی وجود داشته باشد.^۲

بند سوم. شفافیت مالی و پاسخ‌گویی احزاب سیاسی

فعالیت حزبی در گرو دو عامل اساسی است: عامل اول، تأمین نیرو و عضوگیری و عامل دوم، تأمین درآمدها و سرمایه‌های مادی و مالی احزاب برای انجام فعالیت‌ها که شامل مراحل پیدایش، شکل‌گیری و رشد و توسعه احزاب سیاسی می‌شود.^۳ از سوی دیگر، تأمین مالی

۱-ACE Electoral knowledge Network, party and Candidate, 2012, available at: www.aceproject.org/ace-en/topics/pc/introduction/pc20

2-Ibid.

۳. اخوان کاظمی، بهرام، «بررسی تعاملات فرهنگ سیاسی و تحزب در ایران»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۷۶، صص ۱۰ و ۲۷.

هزینه‌های فعالیت سیاسی، یکی از اجزای فرآیندهای دموکراتیک است. پول برای احزاب سیاسی و نامزدها، امکان بیان حمایت سیاسی و همچنین ورود به رقابت‌های انتخاباتی را فراهم می‌سازد. با این حال، پول ممکن است به عنوان ابزاری برای اعمال نفوذ ناروا به کار گرفته شود. برای مثال، نامزدهای پیروز انتخابات ممکن است از سوی شرکت‌هایی که هزینه‌های انتخاباتی آن‌ها را تأمین کرده است، زیر فشار قرار گیرند تا منافعی را در قدرت کسب کنند.^۴ کنترل پول در مورد احزاب سیاسی علاوه بر این که در زمینه هزینه‌های انتخاباتی مطرح است، هزینه فعالیت‌های سیاسی احزاب را هم دربرمی‌گیرد که شامل همه هزینه‌های فعالیت احزاب سیاسی است.

قوانین و مقررات و رویه‌های اداری، شیوه فعالیت احزاب و تأمین مالی آن‌ها را تنظیم می‌کند. قوانین و مقررات مرتبط با احزاب سیاسی ممکن است دسترسی به منافع عمومی را مقرر سازد و محدودیت‌هایی را بر استفاده از منافع مالی عمومی (توسط نامزدها و احزاب پیروز انتخابات) اعمال کند. مقررات مربوط به شیوه تأمین مالی احزاب و نامزدهای انتخاباتی یا ممنوعیت برخی منابع تأمین مالی باید شفاف باشد.^۲ در راستای نظارت بر تأمین مالی احزاب سیاسی، این موارد به طور معمول در قوانین انتخاباتی پیش‌بینی می‌شود:

۱. ممنوعیت برخی اشکال تأمین مالی انتخاباتی مانند دریافت کمک از بیگانگان یا منابع مالی ناشناس؛
 ۲. ممنوعیت برخی اشکال کمک به احزاب سیاسی مانند کمک اشخاص حقوقی حقوق خصوصی؛
 ۳. تعیین سقف کمک مالی به هر یک از احزاب سیاسی و نامزدها در قوانین انتخاباتی.
- همچنین برای ارتقای شفافیت لازم است که احزاب سیاسی:
۱. میزان و منابع تأمین مالی فعالیت‌های خود را به مقامات دولتی اعلام کنند؛
 ۲. در خصوص کمک‌های دریافتی از دولت نیز مکلفند شیوه هزینه‌کرد آن را به مقامات دولتی گزارش دهند.

گفتار سوم. قوانین و مقررات مربوط به فعالیت احزاب سیاسی در ایران

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر خلاف قانون اساسی مشروطه، آزادی فعالیت‌های حزبی را به صراحت مقرر داشته است. در کنار قانون اساسی، قوانین و مقرراتی نیز درباره احزاب سیاسی به تصویب رسیده است.

1-OECD, finance democracy, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, 2016, p. 22.

2-ACE Electoral Knowledge Network, op.cit.

بند اول. قانون اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی در اصل بیست و ششم، آزادی احزاب و جمعیت‌ها را به رسمیت شناخته است. مطابق این اصل: «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند، مشروط به این‌که اصول استقلال و آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند. هیچ کس را نمی‌توان از شرکت در آن‌ها ممنوع کرد و یا به شرکت در یکی از آن‌ها مجبور ساخت».

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت به حق بر آزادی فعالیت احزاب سیاسی تصریح کرده و از باید و نبایدهای حزبی نام برده است. سیاست قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مورد احزاب سیاسی، سیاست تنظیمی میانه است، به این معنی که سیاست تنظیم‌گرایانه به شکلی نیست که احزاب را از مشارکت آزادانه در امور عمومی دل‌سرد یا منع کند.

آزادی فعالیت احزاب سیاسی در حقیقت، نوعی حق آزادی فعالیت جمعی به شکل تجمعات سازمان‌یافته است و هدف آن، کسب قدرت سیاسی است. قانون اساسی برای فعالیت احزاب سیاسی، محدودیت‌هایی را پیش‌بینی کرده است. این محدودیت‌ها عبارتند از: رعایت اصول استقلال، آزادی و وحدت ملی. با وجود وضع محدودیت‌ها برای فعالیت احزاب سیاسی در اصل ۲۶ قانون اساسی، از نظر قانون اساسی، تشکیل آن‌ها نیازمند کسب مجوز نیست. در حقیقت، اصل ۲۶ قانون اساسی، دو قاعده برای تضمین آزادی احزاب مقرر داشته است:

قاعده اول - اصل باحه و آزادی فعالیت؛

قاعده دوم - پذیرش قانون به عنوان مرجع تمیز استثنا.

از جمع این دو قاعده استفاده می‌شود که قانون باید امری را منع کند و دادگاه صالح برای قضا درباره این گونه امور نظری به داوری بنشیند.^۱ با تصویب قانون احزاب سیاسی، بر خلاف اصل ۲۶ قانون اساسی، نظام مجوزدهی در حوزه فعالیت احزاب برقرار شد. بنابراین، در حال حاضر، احزاب برای فعالیت علاوه بر رعایت محدودیت‌های مقرر در اصل ۲۶ قانون اساسی باید از دولت نیز تقاضای مجوز فعالیت کنند. ضرورت کسب مجوز برای فعالیت حزبی، محدودیتی است اضافی که فعالیت حزبی در ایران را به شکل قابل ملاحظه‌ای محدود کرده است.

۱. نک: کاتوزیان، ناصر، آزادی اندیشه و بیان، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول،

بند دوم. قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی

در اجرای اصل ۲۶ قانون اساسی، نخستین قانون مرتبط با فعالیت احزاب، «فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده» در ۱۳۶۰/۶/۷ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. این قانون با تصویب «قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» در تاریخ ۱۳۹۵/۸/۸ نسخ شد. به موجب قوانین یادشده، در حوزه فعالیت حزبی، نظام مجوزدهی دولتی برقرار گردید. متولی اجرای این قانون نیز وزارت کشور و کمیسیون ماده ۱۰ این قانون (موسوم به کمیسیون ماده ۱۰ احزاب) است. کمیسیون ماده ۱۰ احزاب و وزارت کشور، مرجع صدور پروانه فعالیت، نظارت بر عملکرد احزاب و تصمیم‌گیری در مورد تعلیق فعالیت و پیشنهاد انحلال احزاب هستند. در فصل دوم قانون جدید فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی با عنوان تأسیس حزب، شرایط و ضوابط فعالیت احزاب به تفصیل تشریح شده است. برای تشکیل یک حزب، نخست، هیئت مؤسس باید تقاضای صدور مجوز را همراه با اساس‌نامه و مرام‌نامه و امضای حداقل پانزده نفر از هیئت مؤسس به کمیسیون ماده ۱۰ احزاب ارائه کنند.^۱ اهداف و آرمان‌های حزب که در مرام‌نامه حزب اعلام می‌شود، باید مشروع و در یکی از قالب‌هایی باشد که در تبصره ۲ ماده ۲ قانون فعالیت احزاب مقرر شده است. پروانه فعالیت حزب در صورت دارا بودن همه شرایط قانونی با تشخیص کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب صادر می‌گردد.

بحث مهم دیگر در این قانون، شفافیت و نظارت بر عملکرد مالی احزاب سیاسی است. در این راستا، قانون یادشده، شفافیت مالی احزاب سیاسی، گزارش‌دهی از هزینه و منابع درآمدی و شیوه استفاده از یارانه‌های احزاب سیاسی را مقرر داشته است. مطابق بند ۷ ماده ۱۱ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، یکی از وظایف کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب، بررسی گزارش مالی و عملکرد سالانه احزاب سیاسی است. همچنین به موجب ماده ۱۶ این قانون، احزاب این حق را دارند که بتوانند از یارانه‌های دولتی بهره‌مند شوند.

بند سوم. قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی هزینه انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی ۱۳۹۸

قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی هزینه‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی از جهت وضع ممنوعیت و محدودیت‌های هزینه احزاب سیاسی در انتخابات اهمیت دارد. مطابق با بند ۲ ماده ۳ این قانون، احزاب و گروه‌های سیاسی می‌توانند به تأمین

۱. ماده ۲ قانون احزاب.

مالی تبلیغات انتخاباتی کمک کنند. بنابراین، احزاب سیاسی مجازند در فعالیتهای تبلیغات انتخاباتی، خواه برای خود یا دیگر احزاب و نامزدها هزینه کنند.

به موجب تبصره ۲ ماده ۳ قانون یادشده، احزاب در تأمین منابع مالی خود در انتخابات مجلس شورای اسلامی با ممنوعیت و محدودیتهایی روبه‌رو هستند. دریافت کمک مالی و غیر مالی از سوی اشخاص بیگانه یا اشخاصی که به جرایم اقتصادی محکوم شده‌اند، ممنوع است. ممنوعیت دیگر در تأمین مالی فعالیتهای انتخاباتی احزاب، دریافت کمک از اشخاص حقوقی مندرج در تبصره ۱ ماده یادشده است.

در راستای شفافیت و نظارت بر هزینه‌های انتخاباتی احزاب در انتخابات مجلس شورای اسلامی، ماده ۴ این قانون، شفافیت و نظارت بر تأمین مالی هزینه انتخاباتی مجلس شورای اسلامی، شفافیت در پرداخت و دریافت کمک مالی نقدی و غیر نقدی از سوی احزاب سیاسی را مقرر داشته است. بنابراین، مشارکت احزاب سیاسی در تأمین مالی هزینه انتخابات مجلس شورای اسلامی باید کاملاً شفاف باشد. به منظور نظارت مالی بر هزینه احزاب سیاسی، ماده ۸ این قانون، معرفی نماینده مالی از سوی احزاب به وزیر کشور، فرمانداری یا بخشداری را مقرر داشته که این نماینده مالی به موجب تبصره ۲ این ماده مکلف است همه کمک‌ها و منابع تأمین مالی تبلیغات و فعالیتهای انتخاباتی حزب را ثبت و نگهداری کند.

بند چهارم. آیین‌نامه نحوه پرداخت یارانه‌های دولتی به احزاب و گروه‌های سیاسی

آیین‌نامه نحوه پرداخت یارانه به احزاب و گروه‌های مشمول «قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده» در تاریخ ۱۳۸۰/۸/۳۰ به تصویب هیئت وزیران رسید.

مطابق ماده ۱ این آیین‌نامه، نحوه تخصیص یارانه احزاب طبق دستورالعملی است که وزارت کشور تهیه می‌کند و به تصویب کمیسیون ماده ۱۰ قانون فعالیت احزاب و انجمن‌های اسلامی خواهد رسید. یارانه احزاب تنها به گروه‌ها و تشکلهایی تعلق خواهد گرفت که طبق قوانین و مقررات بتوانند پروانه فعالیت از وزارت کشور بگیرند.

در ماده ۴ این آیین‌نامه، ترتیب خاصی برای تخصیص یارانه به احزاب سیاسی مقرر شده است. به موجب این ماده، وزارت کشور، امتیازبندی و محاسبه پرداخت یارانه به احزاب سیاسی را تنظیم می‌کند و به تصویب کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی می‌رسد. در ماده ۸ این آیین‌نامه مقرر شده است احزاب، یارانه‌هایی را که دریافت می‌کنند، باید در جهت اهداف و برنامه‌های خود استفاده و گزارش مالی آن را برای بررسی به کمیسیون ماده ۱۰ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی ارائه کنند. ضمانت اجرای تخلف از این تکلیف در

تبصره ماده یادشده، محرومیت از دریافت مجدد یارانه حزبی است. هم‌چنین دریافت مجدد یارانه حزبی به گزارش‌دهی مالی و تأیید آن به دست وزارت کشور بستگی دارد. این آیین‌نامه در راستای قانون پیشین فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده ۱۳۶۰ به تصویب رسیده، اما چون تاکنون آیین‌نام‌های مشابه تصویب نشد، هم‌چنان لازم‌الاجراست.

گفتار دوم. ساختارهای اداری مرتبط با فعالیت احزاب سیاسی

در اصل ۲۶ قانون اساسی، چارچوب اداری ویژه‌ای برای فعالیت احزاب سیاسی پیش‌بینی نشده و صرفاً به آزادی فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی تصریح شده است. در قانون فعالیت احزاب سیاسی و گروه‌های سیاسی که در راستای اصل ۲۶ به تصویب رسیده، ساختار اداری برای نظارت و تنظیم فعالیت احزاب سیاسی پیش‌بینی شده است. بر مبنای قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، وزارت کشور و کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب، ساختار اداری مرتبط با نظارت و تنظیم‌گری فعالیت احزاب سیاسی را تشکیل می‌دهند. در این گفتار، این دو ساختار اداری و ارتباط آن با احزاب سیاسی را بررسی می‌کنیم.

بند اول. رابطه وزارت کشور با احزاب سیاسی

یکی از اهداف و وظایف وزارت کشور، «زمینه‌سازی برای فعالیت مطلوب احزاب و تشکلهای سیاسی و غیر دولتی و نظارت بر فعالیت آن‌ها»ست. با وجود این که نظارت بر احزاب سیاسی و صدور پروانه فعالیت برای آن‌ها در کمیسیون ماده ۱۰ احزاب انجام می‌گیرد، اما در «قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، مصوب ۱۳۹۵»، برخی وظایف خاص برای وزارت کشور درباره احزاب سیاسی تعیین شده است.

بر اساس ماده ۱۰ قانون احزاب سیاسی، معاون سیاسی وزارت کشور، یکی از اعضای کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب است که حق رأی دارد. مقرر کمیسیون ماده ۱۰ احزاب سیاسی نیز در وزارت کشور قرار دارد. هم‌چنین انتخاب نمایندگان از میان دبیران کل احزاب ملی و یک نماینده از میان دبیران کل احزاب سیاسی استانی در ترکیب کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب بر مبنای دستورالعملی انجام می‌گیرد که با پیشنهاد کمیسیون احزاب به تصویب وزارت کشور می‌رسد.^۱ وزارت کشور، مرجع صدور مجوز راه‌پیمایی برای احزاب سیاسی،^۲ مرجع اعلام انحلال احزاب سیاسی،^۳ آگهی انحلال حزب سیاسی در نتیجه تصمیم

۱. تبصره ۳ ماده ۱۰ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، ۱۳۹۵.

۲. بند خ ماده ۱۳ همان.

۳. بند ۱ ماده ۲۰ همان.

مقامات صلاحیت‌دار حزب یا دادگاه در روزنامه رسمی^۱ و نظارت بر امور مربوط به تصفیه اموال احزاب سیاسی منحل^۲ است. یکی از وظایف مهم وزارت کشور، بر اساس ماده ۷ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، صدور پروانه فعالیت برای احزاب ملی یا استانی بعد از احراز شرایط قانونی از سوی کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب است. با توجه به ماده پیش‌گفته، صلاحیت وزارت کشور در زمینه صدور پروانه فعالیت احزاب سیاسی، صلاحیت تکلیفی است. در ساختار تقنینی موجود در زمینه فعالیت احزاب سیاسی، وزارت کشور در صدور پروانه فعالیت احزاب یا اعمال تنبیه یا هر نوع تصمیم‌گیری در خصوص تعلیق و انحلال احزاب سیاسی صلاحیتی ندارد و این اقدامات باید از طریق کمیسیون ماده ۱۰ احزاب یا صدور حکم از سوی دادگاه صالح انجام گیرد. با این حال، بخش مهمی از اقدامات مرتبط با احزاب سیاسی از مجرای وزارت کشور انجام می‌گیرد.

یکی از جنبه‌های مهم رابطه وزارت کشور با احزاب سیاسی، اختصاص دادن کمک‌های دولتی به احزاب سیاسی و «نظارت این وزارتخانه بر مصرف این کمک‌های به طور خاص»^۳ است. بودجه مربوط به یارانه احزاب سیاسی به وزارت کشور تعلق می‌گیرد و این وزارتخانه بر مبنای قوانین و مقررات مربوط نسبت به توزیع این کمک‌ها و همچنین نحوه مصرف آن از سوی احزاب سیاسی نظارت می‌کند. وزارت کشور در برابر نحوه هزینه کردن یارانه‌های دولتی احزاب سیاسی در برابر دیوان محاسبات و همچنین مجلس شورای اسلامی، مسئول است.^۴ بر مبنای ماده ۸ آیین‌نامه نحوه پرداخت یارانه به احزاب و گروه‌های مشمول «قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده»، مصوب ۱۳۸۰/۸/۳، تشکلات و گروه‌های مشمول دریافت یارانه موظفند گزارش مالی وجوه دریافتی را در پایان سال مالی برای بررسی در کمیسیون ماده ۱۰ احزاب سیاسی به وزارت کشور ارسال کنند. بنابراین، وزارت کشور، مرجع قانونی دریافت گزارش مالی احزاب سیاسی در مورد یارانه‌های دولتی احزاب سیاسی است.

بند دوم. کمیسیون ماده ۱۰ احزاب

نظارت دولت بر احزاب سیاسی از طریق کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب صورت می‌گیرد. این کمیسیون، ماهیت یک کمیسیون اداری را دارد. با وجود سابقه طولانی این کمیسیون در

۱. تبصره ۱ بند ب ماده ۲۱ همان.

۲. تبصره ۲ همان.

۳. مرکزی مالگیری، احمد و رحمان قهرمان‌پور بناب، «بررسی راه‌های اعطای کمک مالی دولت به احزاب»، مجلس و پژوهش، ۱۳۸۲، ص ۲۲۲.

۴. نک: احمدی، مونا و سید محمد هاشمی، «سازوکار نظارت مالی بر احزاب سیاسی در حقوق موضوعه ایران»، مجله تحقیقات حقوقی ایران و بین‌الملل، سال نهم، شماره ۳۴، ۱۳۹۵، ص ۱۶.

خصوص نظارت بر فعالیت احزاب سیاسی، در خصوص ماهیت و حدود اختیارات و صلاحیت آن، ابهام‌هایی وجود دارد. در این بند، نخست ماهیت کمیسیون ماده ۱۰ احزاب و سپس حدود وظایف و اختیارات آن در زمینه احزاب سیاسی بررسی می‌شود.

الف) ماهیت کمیسیون ماده ۱۰ احزاب

پیش از ورود به بحث ماهیت کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب لازم است به اختصار، صلاحیت در حقوق اداری بررسی گردد. در حقوق عمومی و اداری، اصل بر عدم صلاحیت مقامات دولتی است، مگر این که صلاحیت به موجب قانون اعطا شده باشد.^۱ بنابراین، اصل بر عدم صلاحیت مقامات اداری است، مگر آن که قانون‌گذار به طور صریح، صلاحیت خاصی را برای یک مقام یا نهاد اداری معین کرده باشد. «صلاحیت بر دو قسم است: صلاحیت اختیاری و تکلیفی. صلاحیت وقتی اختیاری است که مأمور دولت در مقام امور معینی، حق اتخاذ تصمیم داشته باشد و عمل و تصمیمی که او اتخاذ می‌کند، نباید قبلاً از سوی قانون مشخص شده باشد».^۲ «صلاحیت وقتی تکلیفی است که در برابر اوضاع و احوال معینی، قانون قبلاً نوع عمل و تصمیمی را که مأمور دولت باید اتخاذ کند، معین کرده باشد و او را در اختیار تصمیم و انتخاب راه حل آزاد نگذارد».^۳

قانون‌گذار، تنظیم امور مربوط به احزاب سیاسی یعنی صدور مجوز تشکیل احزاب سیاسی و همچنین نظارت بر فعالیت آن‌ها را به کمیسیون ماده ۱۰ احزاب واگذار کرده است. با توجه به قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی به نظر می‌رسد که اختیارات کمیسیون ماده ۱۰ احزاب بر خلاف وزیر کشور از نوع صلاحیت تکلیفی محض نیست، بلکه ویژگی هر دو نوع صلاحیت اختیاری و تکلیفی را دارد. با این توضیح، شرایط اعضای هیئت مؤسس و همچنین متقاضیان تأسیس حزب و عضویت در آن در ماده ۴ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مشخص شده است که برخی از این شرایط به طور دقیق مشخص نیست و کمیسیون ماده ۱۰ در این خصوص صلاحیت‌گزینشی دارد. برای مثال، احراز شرط التزام به قانون اساسی و ولایت فقیه در بند ۱ (الف) و (ب) ماده ۴، ضابطه مشخص ندارد. کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب، یک دادگاه اداری نیز محسوب می‌شود. دادگاه‌های اداری، مراجع زیرمجموعه قوه مجریه هستند و حل و فصل اختلافات میان دستگاه‌های اداری و شهروندان^۴

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، چاپ چهارم، ۱۳۹۵، صص ۱۱۰-۱۱۲.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۵، صص ۲۶۲.

۳. همان.

۴. استوار سنگری، کورش، «چیستی دادرسی اداری در ایران: دادرسی در اداره و یا دادرسی بر اداره»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹، صص ۱۳۸.

و نیز رسیدگی به تخلفات انتظامی را بر عهده دارند. در این صورت، اختیارات این کمیسیون برای تصمیم‌گیری و صدور رأی در خصوص تخلفات احزاب سیاسی بر مبنای ماده ۱۸ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی و اعمال مجازات مقرر در ماده ۱۹ این قانون، به کمیسیون ماده ۱۰، ماهیت یک مرجع اداری انتظامی را می‌دهد.

ب) صلاحیت کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب

مهم‌ترین صلاحیتی که به موجب قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، به کمیسیون ماده ۱۰ احزاب سیاسی محوّل شده، صدور پروانه فعالیت است. کمیسیون در صورت وجود همه شرایط قانونی موظف است پروانه فعالیت را برای متقاضیان صادر کند.^۱ اگر کمیسیون، درخواست متقاضیان تأسیس حزب را رد کند، به موجب تبصره ۲ ماده ۷ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی می‌توان به این تصمیم اعتراض کرد. البته مرجع رسیدگی به اعتراض، خود کمیسیون ماده ۱۰ احزاب است.

معیار مشخصی برای احراز شرایطی وجود ندارد که در ماده ۴ قانون احزاب برای هیئت مؤسس برشمرده شده است، مثل اعتقاد و التزام عملی به قانون اساسی و اصل ولایت فقیه در بند ۱ ماده ۴ و این امر می‌تواند تابع سلیقه اعضای کمیسیون ماده ۱۰ احزاب باشد. بنابراین، پیش‌بینی معیارهای عینی‌تری در این خصوص ضرورت دارد. در قانون جدید احزاب، حضور نمایندگان از احزاب در ترکیب کمیسیون ماده ۱۰ پیش‌بینی شده است، اما این نمایندگان تنها به عنوان عضو ناظر حضور دارند. قانون جدید احزاب و گروه‌های سیاسی در مقایسه با قانون سابق به شکل قابل توجهی از اقتدار کمیسیون ماده ۱۰ احزاب کاسته است. با این حال، استدلال شده «که آزادی مصرّحه در اصل ۲۶ قانون اساسی با تشکیل کمیسیون ماده ۱۰ قانون فعالیت احزاب که اکثریت اعضای آن را نمایندگان حکومتی تشکیل می‌دهند، محدود شده و به نوعی حیات و ممات احزاب و گروه‌های سیاسی را از صدور مجوز تأسیس تا انحلال در دست حکومت گذاشته است».^۲

بخش مهم دیگری از صلاحیت کمیسیون ماده ۱۰ احزاب سیاسی، رسیدگی به تخلفات احزاب سیاسی است که به موجب ماده ۱۸ و ۱۹ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی صورت می‌گیرد. قانون جدید احزاب سیاسی و گروه‌های سیاسی، در مقایسه با قانون سابق، اقتدار کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب را در اعمال مجازات اداری نسبت به تخلفات احزاب سیاسی محدود کرده است. با وجود اختیار کمیسیون در اعمال مجازات‌های مقرر در ماده ۱۹ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، در بندهای ۱ تا ۶ این ماده آمده است که تصمیمات

۱. ماده ۷ و تبصره‌های ذیل آن.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷، ص ۲۴۳.

کمیسیون در این خصوص، ظرف مدت سی روز قابلیت تجدید نظر در دیوان عدالت اداری را دارد. در خصوص مجازات بند ۷ این ماده یعنی انحلال حزب سیاسی نیز نخست کمیسیون احزاب باید پروانه حزب را توقیف و سپس تقاضای انحلال حزب را از دادگاه تقاضا کند. بنابراین، محاکم دادگستری، مرجع نهایی تصمیم‌گیری برای انحلال احزاب سیاسی است. از دیگر اقدامات مثبت قانون جدید احزاب، تبصره ۳ ماده ۷ این قانون است که مقرر داشته است هر گاه تخلف حزب، عنوان جرم سیاسی را داشته باشد، رسیدگی به آن در محاکم دادگستری همراه با حضور هیئت منصفه صورت می‌گیرد. بنابراین، احزابی که پرونده انحلال آن‌ها در حال رسیدگی است، از این امتیاز قانونی برخوردارند که از حضور هیئت منصفه در رسیدگی به پرونده خود استفاده کنند که این امر می‌تواند به دادرسی عادلانه بیانجامد.

صلاحیت دیگر کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب سیاسی، نظارت بر شفافیت مالی احزاب سیاسی است. بر اساس ماده ۱۷ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، اختصاص کمک به احزاب سیاسی و همچنین نظارت و حسابرسی آن بر عهده کمیسیون ماده ۱۰ احزاب قرار دارد. نظارت مالی بر احزاب سیاسی بر اساس بند ۷ ماده ۱۱ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی از طریق «بررسی گزارش‌های مالی و عملکرد سالانه احزاب» انجام می‌گیرد. برخی از وظایف کمیسیون ماده ۱۰ احزاب، فراتر از حیطه احزاب سیاسی است. توضیح این‌که بر اساس بند ۶ ماده ۱۱ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، اختیار بررسی و تصمیم‌گیری در خصوص درخواست تجمعات و راه‌پیمایی‌ها بر عهده این کمیسیون است.

بند سوم. نظام مجوزدهی در حوزه فعالیت احزاب سیاسی

اصل ۲۶ قانون اساسی صرفاً به آزادی فعالیت احزاب سیاسی تصریح کرده، اما سازوکار اداری خاصی برای فعالیت احزاب سیاسی مشخص نکرده است. بنابراین، از اصل ۲۶ قانون اساسی نمی‌توان ایجاد نظام مجوزدهی دولتی در حوزه فعالیت احزاب سیاسی را افاده کرد. قانون احزاب و گروه‌های سیاسی که در راستای اصل ۲۶ قانون اساسی تصویب شده، در عمل، نظام مجوزدهی برای فعالیت احزاب سیاسی را برقرار کرده است، به این صورت که همه احزاب سیاسی برای فعالیت باید از کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب، پروانه فعالیت دریافت کنند. در بند ۱۴ ماده ۱ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مقرر شده که

۱. صالح، علی‌پاشا، سرگذشت قانون: مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ص ۲۲۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق: تعریف و ماهیت حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۶۰۳.

۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۶۳۱.

پروانه فعالیت نهایی، مجوزی است که به موجب آن، حزب اجازه فعالیت دارد. پروانه فعالیت در اصطلاح حقوق اداری، «حکمی است که مقامات صلاحیت‌دار اداری به شخص و یا اشخاص معینی اجازه می‌دهند تا بتوانند اعمال معینی را انجام دهند».^۱

در مقابل، رویکرد آزادمنشانه نسبت به فعالیت احزاب سیاسی به این صورت است که هر حزب سیاسی بتواند بدون الزام به دریافت مجوز از دولت و صرفاً در چارچوب قوانین و مقررات تشکیل شود. در این حالت، نظارت دولت بر فعالیت احزاب سیاسی، «نظارت تعقیبی» یا «پسینی» است. به عبارت دیگر، در رویکرد دوم، احزاب صرفاً ملزم به اعلام موجودیت خود به مقامات دولتی هستند، در حالی که در رویکرد اول، حزب برای فعالیت باید از مقامات دولتی مجوز دریافت کند که نظارت «پیشینی» است.

در قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مقرر شده که هر حزب سیاسی برای تأسیس نخست باید مجوز اولیه را که مجوز موقتی است، دریافت کند تا شرایط لازم برای صدور پروانه فعالیت نهایی از کمیسیون احزاب را به دست آورد. در صورت پیمودن تشریفات قانونی و احراز صلاحیت هیئت مؤسس و اعضای حزب، کمیسیون ماده ۱۰ احزاب، پروانه نهایی فعالیت حزب سیاسی را صادر می‌کند.^۲

گفتار پنجم. اصلاح ساختارهای اداری در قوانین و مقررات مرتبط با فعالیت احزاب سیاسی

اجرای نظام حزبی مطلوب و مشارکت گسترده احزاب سیاسی در جریان انتخابات مستلزم اصلاح ساختارهای اداری در قوانین و مقررات مرتبط با احزاب سیاسی است. در این گفتار به بررسی اصلاحات لازم در قوانین و مقررات مرتبط با احزاب سیاسی برای اجرای الگوی مطلوب حزبی می‌پردازیم.

بند اول. اصلاح ساختارهای اداری در قانون اساسی

اصل ۲۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل آزادی فعالیت احزاب سیاسی را مقرر داشته است. قانون اساسی، قیودی نیز برای فعالیت احزاب سیاسی مشخص کرده است. مرجع تفسیر قیود فعالیت حزبی در ایران، قانون‌گذار عادی است. محدودیت آزادی فعالیت احزاب به اصولی مانند استقلال، آزادی و وحدت ملی کاملاً منطقی است، اما برخی قیود مانند موازین اسلامی در این اصل چندان روشن نیست؛ چون در قانون اساسی و قوانین عادی، تعریف مشخصی از موازین اسلامی ارائه نشده است. از این رو، تفسیر قید یادشده عملاً در اختیار مقامات متولی صدور پروانه برای احزاب سیاسی یعنی وزارت کشور و کمیسیون ماده ۱۰ احزاب

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۳۱۴.

۲. بندهای ۱۴ و ۱۵ ماده ۱ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، ۱۳۹۵.

قرار می‌گیرد که می‌تواند به عنوان حرب‌های برای حذف گروه‌های مخالف استفاده شود. لازم است در راستای اصلاح قانون اساسی، محدودیت‌های فعالیت احزاب به طور دقیق مشخص باشد و تشخیص این امر به دلیل اهمیت بنیادین آن نباید به نهادهای دولتی واگذار گردد.

بند دوم. اصلاح ساختارهای اداری در قانون فعالیت احزاب سیاسی

اصلاح قانون فعالیت احزاب سیاسی از آن جهت اهمیت دارد که حیات و ممات احزاب سیاسی در این قانون تعیین می‌شود. از این رو، هر چه قانون، رویکردی آزادمنشانه در مورد احزاب سیاسی داشته باشد، موجب رشد و گسترش بیش‌تر فعالیت حزبی می‌گردد. قانون فعالیت احزاب سیاسی (۱۳۹۵) در مقایسه با قانون سابق، رویکردی آزادمنشانه‌تر نسبت به احزاب سیاسی دارد. از جمله این‌که به شکل گسترده از اقتدار کمیسیون ماده ۱۰ در مورد ابطال و لغو مجوز فعالیت احزاب سیاسی کاسته است. با وجود نوآوری قانون جدید فعالیت احزاب سیاسی، ایرادهای اساسی همچنان وجود دارد.

بر خلاف ترتیبات مقرر در اصل ۲۶ قانون اساسی، تشکیل احزاب سیاسی همچنان به کسب مجوز فعالیت از کمیسیون ماده ۱۰ احزاب مشروط است که این ترتیب با اصل آزادی تشکیل احزاب و فعالیت آن‌ها مغایرت دارد. به عبارت دیگر، افراد یک جامعه برای فعالیت حزبی نباید ملزم به کسب مجوز از دولت باشند و نظارت دولت تن‌ها محدود به نظارت پسینی و تعقیب احزاب در صورت ارتکاب تخلف، از طریق محاکم قضایی است. همان‌طور که یکی از استادان حقوقی استدلال کرده است، «در خصوص فعالیت افراد در یک جامعه، اصل، اباحه و آزادی است و محدودیت باید استثنا باشد».^۱ این در حالی است که در نظام مجوزدهی، اصل بر محدودیت است و آزادی یک فعالیت جنبه استثنایی دارد.

مواردی که اصلاح آن در قانون احزاب ضرورت دارد، به این شرح است:

۱. قابلیت شکایت از رد درخواست تشکیل حزب از سوی کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب که در قانون احزاب ۱۳۹۵، این حق به متقاضیانی داده نشده که درخواست آن‌ها رد شده است و تن‌ها مطابق تبصره ۲ ماده ۷ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، حق شکایت از این تصمیم به خود کمیسیون ماده ۱۰ را دارند که نمی‌تواند تضمین‌کننده درستی عمل مقامات کمیسیون ماده ۱۰ احزاب باشد.

۲. پیش‌بینی نمایندگانی از احزاب سیاسی در ترکیب کمیسیون ماده ۱۰ احزاب همراه با حق رأی. در بند ۳ ماده ۱۰ قانون احزاب، حضور یک نماینده از بین دبیران کل احزاب ملی و یک نماینده از بین دبیران کل احزاب استانی را ضروری می‌داند، اما این حضور هیچ گونه اثری ندارد؛ زیرا بدون حق رأی است.

۱. کاتوزیان، پیشین، ص ۱۲۳.

۳. همان طور که در بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بحث شد، برخی قیود فعالیت احزاب مشخص نیست و در عمل، تفسیربردار است. این در حالی است که قانون‌گذار باید محدودیت‌های آزادی را به طور مشخص و صریح و خالی از هر گونه ابهام مشخص کند.

۴. در قانون احزاب، محدودیت‌های دیگری علاوه بر قیود قانون اساسی اضافه شده که دایره آزادی احزاب را محدود کرده است. برای مثال، شروطی مانند اعتقاد و التزام عملی به قانون اساسی و ولایت فقیه، اختیار مصلحت‌سنجی کمیسیون ماده ۱۰ را توسعه می‌دهد.

۵. در قانون احزاب و گروه‌های سیاسی به شکل فعالیت انتخاباتی احزاب سیاسی هیچ اشارهای نشده است، در حالی که اصول کلی فعالیت انتخاباتی احزاب سیاسی نیز باید در این قانون مشخص گردد تا جامعیت پیدا کند.

د) اصلاحات ساختارهای اداری در قوانین انتخاباتی

ساختارهای اداری در قوانین انتخاباتی در ایران باید به صورتی بازنگری شود که به احزاب در برگزاری انتخابات محوریت دهد. ساختارهای اداری در قوانین و مقررات مرتبط با انتخابات در ایران به شکلی تدوین شده است که انتخابات، کاندیدامحور گردد. در ساختاری اداری قوانین انتخاباتی ایران، الزامی در خصوص معرفی نامزدها از طریق احزاب سیاسی مقرر نشده است. این امر باعث نبود برنامه‌محوری در انتخابات ایران و افزایش نامعقول تعداد نامزدهای انتخاباتی می‌شود. در حال حاضر، ساختار اداری معرفی نامزدهای انتخاباتی در ایران به شکلی است که هر شخص در صورت احراز صلاحیت از سوی شورای نگهبان، بدون الزام به عضویت یا معرفی از سوی یک حزب سیاسی می‌تواند در انتخابات مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری حضور یابد.^۱

قوانین انتخاباتی باید به گونه‌ای اصلاح شود که این موارد تضمین گردد:

۱. نقش احزاب سیاسی در معرفی نامزدهای انتخاباتی برجسته‌تر گردد.
۲. شکل برگه‌های رأی در انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای محلی و الزام به معرفی نامزدها از طریق فهرست‌های انتخاباتی حزبی یا ترکیبی از فهرست انتخاباتی و نامزدهای مستقل (غیر حزبی) تغییر یابد.
۳. حوزه‌بندی انتخابات به ویژه در انتخابات مجلس شورای اسلامی که یکی از آفات این انتخابات است و مانع از شکل‌گیری انتخابات حزب‌محور در ایران می‌شود.^۲
۴. نظام انتخاباتی حسب مورد اکثریتی یا تناسبی باید به شکلی طراحی گردد که فعالیت

۱. نک: قانون انتخابات ریاست جمهوری، مصوب ۱۳۶۴/۴/۵ و قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۸.

۲. اقداماتی برای اصلاح نظام حوزه‌بندی انتخابات در ایران انجام گرفته است، مانند لایحه استانی‌شدن انتخابات مجلس شورای اسلامی در ایران شورای نگهبان آن را رد کرد. برای تفصیل بحث نک: تقی‌زاده، جواد و شبیر ضرغامی، «استانی‌شدن انتخابات مجلس شورای اسلامی»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، ۱۳۸۸، دوره چهارم، شماره ۴ (پیاپی ۱۶).

و دخالت احزاب سیاسی در جریان برگزاری انتخابات را برجسته‌تر کند. برگزاری بخشی از انتخابات به شکل تناسبی برای تصاحب تعدادی از کرسی‌های نمایندگی در انتخابات مجلس شورای اسلامی و شوراهای محلی در این راستا ضرورت دارد.

بند سوم. تقویت بنیه مالی احزاب از طریق پیش‌بینی و پرداخت یارانه به احزاب

یکی از راهکارهای مهم برای تقویت احزاب سیاسی، تأمین بخشی از هزینه‌های فعالیت احزاب سیاسی از طریق مشارکت دولت است. در پیش‌نویس برنامه ششم توسعه، کمک دولت به احزاب سیاسی وجود داشت که برای تأمین نظر شورای نگهبان حذف شد.^۱ بر اساس بند الحاقی ۱۲ اصلاحی ماده ۱۲۰ برنامه ششم توسعه (ماده الحاقی ۴)، دولت موظف است برنامه‌ریزی‌های لازم برای توسعه سیاسی را به‌گون‌های طراحی کند که تا پایان اجرای قانون برنامه ششم، احزاب و تشکل‌های سیاسی مطابق ضوابط قانونی که به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد، از حمایت برخوردار شوند.

در قانون احزاب و تشکل‌های سیاسی ۱۳۹۵، بحث پرداخت یارانه به احزاب مقرر شده است و بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۶ این قانون، دولت باید هر ساله، ردیفی را در بودجه سالانه خود به یارانه احزاب اختصاص دهد. احزاب مکلفند یارانه‌های دولتی را در راستای اهداف و برنامه‌ریزی‌های حزب هزینه کنند و گزارش آن را در پایان هر سال به کمیسیون ماده ۱۰ احزاب بفرستند. ضمانت اجرای تخلف از مقررات این ماده، ممنوعیت احزاب از دریافت مجدد یارانه‌های دولتی است.^۲ پرسشی که همواره در خصوص یارانه‌های دولتی به احزاب سیاسی مطرح بوده، نحوه اختصاص این یارانه‌هاست. بند ۱۱ ماده ۷ اساس‌نامه «خانه احزاب»، مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۲۲، یکی از وظایف خانه احزاب را توزیع یارانه‌های دولتی به احزاب و نظارت بر مصرف آن مقرر داشته، اما معیاری برای نحوه توزیع ارائه نکرده بود. «در آیین‌نامه نحوه پرداخت یارانه به احزاب و گروه‌های مشمول «قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده»، مصوب ۱۳۸۰/۸/۳، هیئت وزیران، ترتیباتی برای کمک به احزاب و گروه‌های سیاسی قانونی بر اساس امتیازبندی و محاسباتی که وزرات کشور با تصویب کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب انجام می‌دهد، اندیشیده شده است».^۳ بر اساس ماده ۱۷ قانون احزاب، پرداخت یارانه باید در چارچوب دستورالعمل مصوب و

۱. پیش از این در مصوبه مجلس، این عبارت نوشته شده بود: «و یارانه آن‌ها مطابق بودجه سنواتی بر اساس آیین‌نامه‌های تخصیص می‌یابد که به پیشنهاد وزارت کشور به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

۲. تبصره ۲.

۳. احمدی و هاشمی، پیشین، ص ۱۸.

نحوه هزینه کرد آن با نظارت کمیسیون ماده ۱۰ احزاب انجام شود. این دستورالعمل در ۱۰ ماده و ۱۳ تبصره در کمیسیون تصویب شده و نظارت بر توزیع و هزینه‌کرد یارانه احزاب به عهده کمیسیون ماده ۱۰ احزاب است.

بند چهارم. نظارت قضایی بر تصمیم‌گیری کمیسیون ماده ۱۰ احزاب

نظارت عبارت از کنترل و بررسی اقدامات یک مقام یا نهاد حکومتی از سوی مقام و نهادهای دیگر است که غایت آن، اطمینان‌یابی از باقی ماندن اقدامات یادشده در حدود و ثغور قانونی است.^۱ نظارت قضایی بر تصمیمات اداری با هدف تضمین اصل حاکمیت قانون صورت می‌گیرد. بنابراین، در این راستا باید تصمیمات کمیسیون‌ها و محاکم اداری قابلیت نظارت و بازنگری از سوی مقامات قضایی را داشته باشند. نظارت قضایی بر اعمال اداری به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی و از طریق دیوان عدالت اداری انجام می‌گیرد. در حال حاضر، دیوان عدالت اداری به موجب «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲/۴/۳» فعالیت می‌کند. بند ۲ ماده ۱۰ این قانون، صلاحیت بازنگری قضایی تصمیم‌های کمیسیون‌های اداری را برای دیوان عدالت اداری پیش‌بینی کرده است.

در قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی (۱۳۹۵)، امکان شکایت از برخی تصمیم‌های کمیسیون ماده ۱۰ احزاب به عنوان یک کمیسیون اداری در دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شده است. از تصمیم‌های کمیسیون در این موارد می‌توان در دیوان عدالت اداری شکایت کرد:

۱. تعلیق پروانه فعالیت احزاب از سوی کمیسیون به موجب تبصره ۴ ماده ۹؛
۲. رسیدگی به شکایات احزاب از تصمیمات و اقدامات کمیسیون ماده ۱۰ احزاب به موجب ماده ۱۲ قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. از این رو، به موجب این ماده، همه تصمیمات و اقدامات کمیسیون احزاب قابلیت شکایت در دیوان عدالت اداری را دارند؛
۳. عدم صدور مجوز نشریه الکترونیکی یا مکتوب برای احزاب سیاسی مندرج در تبصره بند «ج» ماده ۱۳؛

۴. اعمال مجازات‌های انتظامی مندرج در ماده ۱۹ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی که موجب تبصره ۲ این ماده، ظرف مدت سی روز، قابلیت شکایت در دیوان عدالت اداری را دارند. با وجود این که قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، نظارت قضایی گسترده بر تصمیمات کمیسیون ماده ۱۰ احزاب را مقرر داشته، اما این نظارت به مرحله صدور پروانه فعالیت تسری نیافته است. به موجب تبصره ۲ ماده ۷ قانون احزاب و گروه‌های سیاسی، اگر کمیسیون

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۹۰، صص ۲۰-۲۱.

ماده ۱۰، درخواست متقاضیان تأسیس حزب را رد کند، این تصمیم در خود کمیسیون ماده ۱۰ احزاب قابل اعتراض است که این امر نمی‌تواند تضمین‌کننده بی‌طرفی و درستی عمل کمیسیون باشد.

نتیجه‌گیری

در تحقیقاتی که تاکنون درباره آسیب‌شناسی نظام فعالیت احزاب سیاسی در ایران صورت گرفته، این موضوع از جنبه کاستی‌های تقنینی ساختارهای اداری بررسی نشده است. در حقیقت، وجود یک ساختار اداری مطلوب باعث رشد حزب و توسعه فعالیت احزاب سیاسی می‌شود. از این رو، تأکید این مقاله بر شناسایی این ساختارهای اداری و ارائه راهکارهایی برای اصلاح آن است.

احزاب سیاسی در وضعیت کنونی ایران در چارچوب یک نظام مجوزدهی دولتی فعالیت می‌کنند. به عبارت دیگر، احزاب سیاسی برای تشکیل و فعالیت بر خلاف آن‌چه در اصل ۲۶ قانون اساسی مقرر شده است، آزادی کامل ندارند، بلکه باید برای فعالیت خود از مقامات دولتی مجوز دریافت کنند. همچنین احزاب سیاسی در جریان فعالیت خود تحت نظارت مقامات اداری یعنی وزارت کشور و کمیسیون ماده ۱۰ احزاب قرار دارند. هر چند در قانون جدید فعالیت احزاب سیاسی تلاش شده است از اقتدار کمیسیون ماده ۱۰ کاسته شود، اما حیات و ممات احزاب سیاسی در ایران به شیوه عملکرد کمیسیون ماده ۱۰ احزاب بستگی دارد.

در این تحقیق، پیشنهادهایی برای اصلاح قوانین موجود یا تصویب قوانین جدید ارائه شد. قیود مبهم اصل ۲۶ قانون اساسی در مورد فعالیت احزاب، ساختارهای اداری موجود در قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی و دیگر قوانین مرتبط با فعالیت احزاب سیاسی، مانع جدی در برابر رشد حزب در ایران است. در این راستا، پیشنهادهایی ارائه می‌شود:

۱. حذف نظام مجوزدهی دولتی برای فعالیت احزاب سیاسی: در قانون جدید فعالیت احزاب سیاسی، مصوب ۱۳۹۵، فعالیت حزبی در ایران باید از طریق کسب پروانه فعالیت از کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب انجام گیرد و کمیسیون از اقتدار قابل توجهی در انحلال یا تعلیق احزاب سیاسی برخوردار است. در این راستا، پیشنهاد می‌شود نظام مجوزدهی در خصوص فعالیت احزاب حذف شود و به جای آن، نظام نظارت تعقیبی اعمال گردد.

۲. اعمال سیاست‌های تشویقی نسبت به احزاب سیاسی: لازم است در این راستا، قانونی جامع برای تنظیم شیوه اختصاص یارانه و کمک دولت به احزاب بر مبنای معیارهای توزیع عادلانه و منصفانه تصویب شود.

۳. تغییر در نظام انتخاباتی کنونی ایران: قوانین کنونی انتخابات ایران در زمینه نظام حوزه بندی انتخابات باید اصلاح شوند. طرح استانی شدن انتخابات مجلس شورای اسلامی تا حدودی راه‌گشا خواهد بود.

۴. تضمین شفافیت مالی احزاب سیاسی: قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی احزاب

سیاسی، مصوب ۱۳۹۸ را می‌توان به دیگر قوانین انتخاباتی تسری داد.
۵. شمول نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر همه تصمیم‌های کمیسیون ماده ۱۰ درباره احزاب سیاسی: این کاستی به صورت خاص در اعتراض به تصمیم‌های کمیسیون ماده ۱۰ در ردّ درخواست متقاضیان تأسیس حزب مشهود است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۵.
۳. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: سمت، ۱۳۹۴.
۴. کاتوزیان، ناصر، آزادی اندیشه و بیان، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۵. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۳۹۷.
۶. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، چاپ چهارم، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. احمدی، مونا و سید محمد هاشمی، «سازوکار نظارت مالی بر احزاب سیاسی در حقوق موضوعه ایران»، مجله تحقیقات حقوقی ایران و بین‌الملل، سال نهم، شماره ۳۴، ۱۳۹۵.
۲. اخوان کاظمی، بهرام، «بررسی تعاملات فرهنگ سیاسی و تحزب در ایران»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۷۶.
۳. استوار سنگری، کورش، «چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره و یا دادرسی بر اداره؟»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۴، ۱۳۹۹.
۴. تقی‌زاده، جواد و شبیر ضرغامی، «استانی شدن انتخابات مجلس شورای اسلامی»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، ۱۳۸۸، دوره چهارم، شماره ۴ (پیاپی ۱۶).
۵. مرکزی مالگیری، احمد و رحمان قهرمان‌پور بناب، «بررسی راه‌های اعطای کمک مالی دولت به احزاب»، مجلس و پژوهش، ۱۳۸۲.

2-Latin Source

A) Book

- 1-ACE Electoral knowledge Network, party and Candidate, 2012, available at: www.ace-electoral.org.

aceproject.irg/ace-en/topics/pc/introduction/pc20

2-Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, New York (NY): Harper Press, 2001

3-Kenneth, J., *Adopting Party Law*, National Democratic Institute for International Affairs (NDI) 2005

4-McBride, Jeremy, *Freedom of Association; The Essentials of Human Rights*, Hodder Arnold, London, 2015

5-OECD, *finance democracy*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, 2016

6-Sartori, Giovanni, *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1976

B) Article

1-Lipset, S. M., "The Indispensability of Political Parties", *Journal of Democracy*, 2000, 11(1): 48-55

2-Mainwaring, Scott, "Party Systems in the Third Wave", *Journal of Democracy*, 9 (3), 1998

3-Randall, Vicky and Lars Svåsand, "Political Parties and Democratic Consolidation in Africa", *Democratization*, 2002, 9 (3).

نگرشی بر رویکرد دادرسی اداری و اساسی ایران بر آزادی اجتماعات در پرتو نظریه حوزه عمومی یورگن هابرماس

علی مشهدی*

علیرضا دبیرنیا**

حسن محمدی***

چکیده

آزادی اجتماعات، یکی از اساسی‌ترین ارکان تحقق حوزه عمومی در دولت‌های مدرن محسوب می‌شود. از این رو، تحقق آن با کم‌ترین محدودیت‌ها در قوانین اساسی تضمین شده است و دادرسان اداری و اساسی به عنوان حافظان حوزه عمومی، از آزادی اجتماعات پاسداری می‌کنند. از سوی دیگر، قضایی‌سازی به معنی افزایش قوانین اثباتی در بستر زیست‌جهان به مستمهرسازی آن و انحلال حوزه عمومی می‌انجامد؛ زیرا هر چند در مواردی، دخالت دولت از طریق وضع قوانین اثباتی در حوزه زیست‌جهان ممکن است به طبقات فرودست کمک کند، اما ماهیت دولت‌ها به گونه‌های است که از رعایت استقلال افراد با سلیقه‌های متفاوت و گوناگونی شیوه‌های زندگی عاجزند. بنابراین، برای ساخت هنجارهای قانونی مشروع در حوزه عمومی، دادرسان اساسی و اداری در رویه‌های خود از طریق منع قضایی‌سازی، موانع ورود دولت به حوزه عمومی را محقق می‌سازند. این مقاله در راستای بررسی حقوقی دلایل ضعف آزادی اجتماعات در نظام حقوقی ایران به این سؤال می‌پردازد که آیا آزادی اجتماعات در نظام حقوقی ایران و در رویه‌های دادرسی اداری و اساسی از توان لازم برای نقش‌آفرینی در تکوین حوزه عمومی و تطبیق با معیارهای این حوزه برخوردار است؟ قضایی‌سازی یکی از عوامل اصلی ضعف حوزه عمومی در نظام حقوقی ایران است. با وجود تضمین آزادی اجتماعات در قانون اساسی، دادرسان اساسی و اداری ایران در رویه‌هایی گاه متناقض برای پاسداشت آزادی اجتماعات، زمینه‌های قضایی‌سازی زیست‌جهان، ضعف حوزه عمومی و به تبع آن، بحران مشروعیت در هنجارسازی را ایجاد کرده‌اند. در این نوشتار، این موضوع‌ها را به صورت توصیفی و تحلیلی بررسی می‌کنیم.

کلیدواژه‌ها: حوزه عمومی، آزادی اجتماعات، قضایی‌سازی، قانون.

*. دانشیار گروه حقوق عمومی دانشگاه قم، قم، ایران.

**. دانشیار گروه حقوق عمومی دانشگاه قم، قم، ایران.

***. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه قم (نویسنده مسئول).

مقدمه

حوزه عمومی مبتنی بر ارتباطات بیانی است که بر محوریت آزادی بیان استوار شده و مقدمه اصلی برای دستیابی و تحقق دیگر آزادی‌هاست. آزادی بیان اگر در بافت حوزه عمومی آزاد از هر گونه سیادت قدرت و مبتنی بر پایه‌های آزادی، برابری و دسترسی همگانی واقع شود، از توانایی بالقوه برای ایجاد جامعه دموکراتیک برخوردار خواهد بود. در چنین عرصه‌های است که دموکراسی شامل همگان خواهد شد. با این حال، مردم برای قرار گرفتن در عرصه‌های محوری این حوزه که همانا کنش ارتباطی آزاد است، باید حداقل‌های ضروری را به دست آورند.^۱ کنش ارتباطی در وجه کلامی که رویکردی به آزادی بیان در این دستگاه فکری به شمار می‌آید، سنگ‌بنایی است که پویش دسترسی به دیگر آزادی‌ها، پیوستگی اصولی با آن دارد، به گونه‌ای که نادیده انگاشتن آن، زمینه تحقق دیگر آزادی‌ها را محو و نابود می‌سازد.

دستیابی به شرایط رها از هر گونه قدرت در عرصه عمومی و کنار گذاردن موقت منزلت‌ها در میدان گفتمان و بنیان‌گذاری هر گونه ادعای اعتبار بر استدلال خردمندانه و فارغ از هر گونه پیش‌فرض‌های ثابت و پیشینی و دیگر شرایط تفصیلی این عرصه، آرمانی است که در روزگار کنونی به سهولت، دستیافتنی به نظر نمی‌رسد. در این راستا، آزادی اجتماعات به عنوان یکی از بارزترین عرصه‌های ظهور آزادی بیان، نقشی انکارناپذیر در تحقق فضای گفتمان عمومی، استدلال و اعتبارسنجی ایده‌ها دارد. آزادی اجتماعات به تبع این عناصر، زمینه‌های ظهور هنجارهایی را فراهم می‌کند که به عنوان خروجی حوزه عمومی باید بر ارکان دولت تحمیل شود تا از طریق پارلمان از اعتبار هنجار قانونی برخوردار شوند. در این فرآیند، آزادی اجتماعات به عنوان یکی از ارکان اصلی حوزه عمومی، رویه‌های ضروری را در تحقق قانون مشروع فراهم می‌سازد. یک حوزه عمومی باز و دموکراتیک، مبتنی بر حقوق مدنی تضمین‌شده، آزادی بیان، آزادی عقیده، آزادی اجتماعات و همچنین قوانین دسترسی به اطلاعات است. این سخن به آن معناست که مقامات دولتی باید نسبت به حق عمومی برای دانستن متعهد باشند، نه حق پنهان‌کاری دولت.^۲

با عنایت به نقش محوری آزادی اجتماعات در تحقق حوزه عمومی، در این مقاله می‌کوشیم به این پرسش‌ها پاسخ دهیم: آیا آزادی اجتماعات در نظام حقوقی ایران برای نقش‌آفرینی در تکوین حوزه عمومی همه‌سالارانه، توانایی لازم را دارد؟ آیا رویکردهای دیوان عدالت اداری و شورای

۱. بومن، جیمز و ویلیام رگ، *دانش‌نامه فلسفه استنفورد*: یورگن هابرماس، ترجمه: وحید غلامی‌پور فرد، تهران: ققنوس، ۱۳۹۶، صص ۷۴-۸۲.

2-Communication for Governance and Accountability Program (CommGAP), "The Public Sphere: towards a new - Agora", The World Bank 1818 H Street, NW, MSN U11-1102 Washington DC, 2008, p. 3

نگهبان به آزادی اجتماعات از قابلیت تطبیق با معیارهای نظریه حوزه عمومی برخوردار است؟ در این راستا، در قسمت ابتدایی به آزادی اجتماعات و پیوند آن با حوزه عمومی می‌پردازیم. در بخش بعدی، قضایی‌سازی به عنوان یکی از چالش‌های حوزه عمومی در نظام‌های حقوقی مطرح می‌شود. سپس با بررسی آزادی اجتماعات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، رویکرد دادرسان اداری و اساسی در خصوص این آزادی و معضلات و چالش‌های حوزه عمومی در این رویکردها بررسی می‌گردد. روش تحقیق در این مقاله، توصیفی - تحلیلی و روش جمع‌آوری اطلاعات نیز کتاب‌خان‌های است.

گفتار اول. پیوند آزادی اجتماعات و حوزه عمومی

یورگن هابرماس، تعبیر «حوزه عمومی» را برای عرصه‌های اجتماعی به کار می‌برد که در آن، افراد از طریق مفاهمه، ارتباط و استدلال مبتنی بر تعقل به جهت‌گیری‌های هنجاری مشغولند که بر فرآیند اعمال قدرت دولت، تأثیری آگاهی‌دهنده و عقلانی‌ساز باقی می‌گذارند. افراد در حوزه عمومی و در وضعیتی رها از هر گونه فشار و اضطراب و بر مبنای آزادی و آگاهی تعاملی و در شرایط برابر برای تمام طرف‌های مشارکت‌کننده در این حوزه، مجموع‌های از رفتارها، مواضع و جهت‌گیری‌های ارزشی و هنجاری را تولید می‌کنند که در نهایت، به صورت ابزاری مؤثر برای اثرگذاری بر رفتار و عملکرد دولت به ویژه در عقلانی‌سازی قدرت دولتی عمل می‌کنند.^۱

«حوزه عمومی به معنی درست، عرصه‌ای است که هیچ حد و حدودی بر فعالیت آن وضع نشده و حوزه عقلانی، حقیقت‌یاب و حقیقت‌ساز جامعه است. شرایط مکالمه باز و آزاد در حوزه عمومی متضمن این اصل است که هیچ فرد یا گروهی نمی‌تواند در خارج از این حوزه به صورت قانع‌کننده، مدعی شناخت بهتر خیر و صلاح جامعه باشد. پاسخ به پرسش‌هایی از این قبیل که آزادی، عدالت، برابری، عقلانیت و جز آن چیست، تنها در حوزه عمومی هر جامع‌های ممکن است داده شود و مورد پذیرش و باور قرار گیرد».^۲

حوزه عمومی که هابرماس از آن صحبت می‌کند، حدّ واسط میان دولت رسمی (اقتدار عمومی) و حوزه خصوصی (جامعه مدنی) است.^۳ ویژگی این حوزه، نظارت بر دولت و شفاف‌سازی تصمیم‌های سیاسی و اداری است که به منظور تأمین این جایگاه، اصول

۱. هابرماس، یورگن، دگرگونی ساختاری حوزه عمومی: کاوشی در باب جامعه بورژوازی، ترجمه: جمال

محمدی، تهران: افکار، چاپ اول، ۱۳۹۹، ص ۲۱۰.

۲. بشیریه، حسین، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری (جلد ۲)، تهران:

نی، چاپ دوم، ۱۳۸۰، ص ۵۷.

3-Boyte, H. C., beyond deliberation: citizenship as public work, 1995, available at: www.cen.org/newcitizenship, p. 5 .

حقوقی عقلانی نهادینه می‌شوند و رعایت آن اصول برای همه الزام‌آور می‌گردد.^۱ روایتی از دموکراسی که در چارچوب دولت - ملت مدرن شکل گرفته، این است که مشروعیت مستلزم مشارکت دموکراتیک است. این روایت هنوز هم گفته می‌شود، اما با توجه به وضعیت تجربی مشارکت دموکراتیک در نظام‌های سیاسی پیچیده معاصر، اعتبار خود را از دست داده است.^۲ به این معنی که ممکن است حکومتی دارای مشارکت دموکراتیک بالایی باشد، اما مشروعیت آن در خطر باشد؛ زیرا ممکن است تصمیم‌های حکومت، نه بر اساس هنجارهای تولیدشده اجتماعی، بلکه به صورت ایدئولوژیک یا دل‌خواهانه حاصل شود.

از سوی دیگر، حوزه عمومی، خود، یکی از عناصر اصلی تحقق دموکراسی مشارکتی است. هدف اساسی دموکراسی، تأمین حقوق و آزادی‌های بنیادینی است که بر پایه آزادی بیان (آزادی پیشنهاد و مخالفت)^۳ استوار می‌شود. آزادی بیان پس از حق تعیین سرنوشت، در گام دوم تضمین حقوق ایستاده است که بدون آن‌ها، مقابله با دولت‌های فاسد و استبدادی امکان‌پذیر نیست^۴ و دیگر حقوق و آزادی‌ها قابل تحقق نیست. تضمین این دو با نفی مداخله تحدیدی قدرت محقق می‌شود.

بیان، بازتابی از اندیشه است و آزادی بیان، بنیادی‌ترین حق فردی و از استلزامات قطعی فرآیند دموکراسی به شمار می‌آید.^۵ هیچ حکومتی هر چند بناشده بر اراده و خواست مردم حق ندارد به اجبار، عقیده‌های را خاموش و مطرود کند، اگر چه با استناد به حق مردم؛ زیرا چنین قدرت و صلاحیتی اساساً نامشروع است. این اقدام ناحق، اگر به پشتیبانی افکار عموم نیز مستظهر باشد، زیان‌بارتر است. با خاموش ساختن یک عقیده و برداشت (چه درست و چه نادرست)، فرصت تضارب آرا و نظرها و روشن شدن حقیقت از دست می‌رود. چهره حقیقت هنگامی وضوح لازم را نزد مردم به دست می‌آورد که در تقابل با باطل قرار گیرد.^۶ آزادی بیان به شیوه تک‌گویی و تک‌صدایی، پایه و سنگ‌بنای ضروری جوامع مردم‌سالار به شمار می‌آید، ولی بهره‌مندی بهینه از این حق - ادعا در درون وضعیت آرمانی کلام با به

۱. هندال، پتر، «یورگن هابرماس: سیطره عمومی»، ترجمه: هاله لاجوردی، نشریه اغنون، ۱۳۸۱، شماره ۲۰، ص ۲۷۵.

2-Eder, Klaus, "Theory, Culture & Society", The Public Sphere, SAGE Publications, London, Thousand Oaks, CA and New Delhi, Vol. 23, 2006, p. 610

۳. کوهن، کارل، دموکراسی، ترجمه: فریبرز مجیدی، تهران: خوارزمی، چاپ اول، ۱۳۷۳، ص ۱۸۸.

4-Mill, John Stuart, On Liberty, The Floating Press, 2009, p. 28 .

۵. بیتام، دیوید، دموکراسی و حقوق بشر، ترجمه: محمدتقی دل‌فروز، تهران: طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۱۴.

6-Mill, op.cit., pp. 29-30.

بحث گذاردن موضوعات عمومی، مذاکره و نقادی در گفت‌وگوی دو یا چند جانبه و دادوستد بین‌الاذهانی باید قالب‌بندی شود. برخی از چهره‌های این آزادی مانند سخنرانی در حالت مونولوگ و غیر تعاملی است. مذاکره و نقادی در این قبیل شیوه‌های آزادی بیان مفقود است و هر چند مفید و ارزشمند، اما کم‌تر چاره‌ساز است. عقلانی شدن حوزه سیاست دولت، نیازمند گسترش «حوزه عمومی» است که بر خلاف عرصه تک‌ذهنی قدرت، عرصه‌های چندذهنی و محل برخورد اندیشه‌های گوناگون است. اندیشه حوزه عمومی با برخورداری از میدان تعاملات گفتمانی، جایگاهی محوری در نظریه و عمل دموکراتیک دارد.^۱

بنابراین، ساختارهای حقوقی و سیاسی باید بتوانند گردش قدرت از پیرامون به مرکز را دایم بازتولید کنند. در غیر این صورت، نظام یادشده دچار بحران مشروعیت خواهد شد. از این رو، در نظام‌های حقوقی - سیاسی به آزادی اجتماعات به عنوان یکی از ارکان ضروری در ساخت و بازتولید مشروعیت توجه شده است. آزادی اجتماعات، متضمن آن دسته از شیوه‌های بیانی است که در محیطی آزاد و برابر مطرح گردد که همه قادر باشند به عنوان کنشگر ورود یابند و از ادعاهای خود دفاع یا در نقد اعتبار ادعاهای دیگر، استدلال عقلانی کنند. عناصر تشکیل‌دهنده حوزه عمومی بر اساس اصل اساسی باز بودن و عمومیت با هم کار می‌کنند.^۲ بر این اساس، اجتماعات در هر نوع خود (متحرک یا ثابت) چنین خصیصه‌های دارد؛ زیرا با تأمین مقدمات ضروری، زمینه تحقق گفت‌وگو، طرح ادعا و استدلال برای اعتبارسنجی هر ادعا را فراهم می‌کند. بنیان ابتدایی حوزه عمومی، امکان تحقق گردهم‌آیی عموم به منظور تضارب آرا و اندیشه است. بنابراین، آزادی اجتماعات، یکی از ارکان ضروری تحقق حوزه عمومی است.^۳

گفتار دوم. قضایای سازی

قضایای سازی از نظر محتوای توصیفی و هنجاری، مفهومی مبهم است. برخی، قضایای سازی را «تکثیر قانون» یا «تمایل به افزایش قوانین رسمی (یا مثبت و مکتوب)» می‌دانند.^۴

۱. بوستانی، مهدی و کمال پولادی، «بررسی عناصر تشکیل‌دهنده حوزه عمومی در اندیشه هابرماس»، فصل‌نامه تخصصی علوم سیاسی، سال سیزدهم، ۱۳۹۶، شماره ۳۸، ص ۲۲.

2-Communication for Governance and Accountability Program (CommGAP), The Public Sphere: towards a new Agora, The World Bank 1818 H Street, NW, MSN U11-1102 Washington DC, 2008, p. 3

3-Habermas, Jürgen, "The Public Sphere: An Encyclopedia Article", In: Critical theory and Society A Reader (ed. Stephen E. Bronner and Douglas Kellner), 136-142, New York: Routledge, 1989, p. 27; Habermas, Jürgen, (German (1962), English Translation 1989), The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society, (translated by: Thomas Burger), Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1989, p. 136

4-Habermas, Jürgen, The Theory of Communicative Action (Vol. 2), Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason, Translated by Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987, p. 359

برخی دیگر به عنوان «انحصارسازی حوزه حقوقی توسط متخصصان حقوقی»^۱، «ساخت قوه قضاییه»^۲، «گسترش قوه قضاییه»^۳ و برخی به طور کلی آن را به گسترش اقدامات مبتنی بر قانون یا انتظار رفتار قانونی، در هر شرایطی، خصوصی یا عمومی مرتبط می‌کنند.^۴ این‌ها تنها تعدادی از تعریف‌های مختصر ارائه‌شده در ادبیات حقوقی هستند.

بر اساس تعریف‌های یادشده، دو گرایش عمده در خصوص مفهوم قضایی‌سازی در دکتترین حقوقی ایران قابل انفکاک است:

الف) در ادبیات حقوق اداری، قضایی‌سازی به عنوان ترجمه‌های از Judicialization Of Politics به معنی افزایش ورود قوه قضاییه به امور و مسائل کلان حاکمیتی و سیاسی در کشورهایی است که سازوکار نظارت بر قانون اساسی در صلاحیت قوه قضاییه قرار گرفته است.^۵

ب) در ادبیات فلسفه سیاسی به ویژه در ترجمه آثار هابرماس، قضایی‌سازی به عنوان ترجمه‌های از Juridification به معنی تنظیم قانونی مسائل مربوط به حوزه زیست‌جهان به دست دولت مطرح است.^۶

گفتنی است که ترجمه‌های دیگری از جمله قانون‌زدگی^۷ و حقوقی‌سازی^۸ نیز از این واژه صورت گرفته است. در اصطلاحات هنجاری، قضایی‌سازی گاهی به عنوان نشانه دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی، پیروزی حاکمیت قانون بر استبداد دیده می‌شود و در اندیشه بعضی دیگر، قضایی‌سازی نه تنها این کارآیی را ندارد، بلکه به عکس، در قالب «سلطه قانونی»،

1-Brooker, Penny, "The Juridification of Alternative Dispute Resolution", Anglo American Law Review, Vol. XX, 1999, pp. 1-36

2-Shapiro, Martin and Alec Stone Sweet, On Law, Politics and Judicialization, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 71

3-Neal Tate, C. and Tobjörn Vallinder, The Global Expansion of Judicial Power, New York University Press, 1995, p. 2.

4-Arturs, Harry W. and Robert Krekewich, "Law, Legal Institutions, and the Legal Profession in the New Economy", in Osgoode Hall Law Review, Vol. 34, No. 1, 1996, p. 29

۵. رضایی، مهدی و نرگس نخجوانی، «حکمرانی امنیت ملی در پرتو نظریه قضایی‌سازی سیاست: بهینه‌سازی نقش قوه قضاییه در حکمرانی امنیت ملی»، مطالعات راهبردی، سال بیست و سوم، ۱۳۹۹، شماره ۳ (پیاپی ۹۰)، ص ۸۳؛ فتحی‌زاده، مهدی، محمد هاشمی و ولی رستمی، «قضایی‌سازی سیاست در حوزه سلامت و بیمه‌های اجتماعی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی بیمه سلامت ایران، دوره سوم، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۱۴۶.

۶. توماسن، لاسه، معمای هابرماس، ترجمه: محمدرضا غلامی، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۵، ص ۱۰۵.

۷. بومن و رگ، پیشین، ص ۴۶.

۸. هابرماس، پیشین، ص ۲۴۳.

دموکراسی و جامعه مدنی را نیز تضعیف می‌کند.^۱ در رویکرد هابرماس در مطالعاتش در خصوص قانون، به رویکرد دوم بیش‌تر توجه شده است. بنابراین، چون Judicialization Of Politics، مبین وجه ایجابی دخالت دولت به معنی اعم در امور مربوط به اداره امور عمومی و Juridification، مبین وجه سلبی دخالت دولت در این امور است. با توجه به تقابل نسبی این دو مفهوم، در این مقاله، مفهوم دوم یعنی Juridification مورد نظر است و به منظور تفکیک آن از دیگر مفاهیم برای جلوگیری از اشتباه، معادل «قانون‌زدگی» برای مفهوم اخیر به کار می‌رود. با این حال، به حکم ضرورت و برای رساندن معنا، در بعضی عبارات از «قضایی‌سازی» در ترجمه Juridification استفاده شده است. با عنایت به آمیختگی مفهوم قانون‌زدگی با مفاهیم زیست‌جهان، سیستم و اخلاق گفتمان، به تبیین این مفاهیم می‌پردازیم.

بند اول. زیست‌جهان و سیستم

به اعتقاد هابرماس، جامعه تحت تأثیر دو عامل اصلی زیست‌جهان و سیستم قرار دارد. بر خلاف زیست‌جهان که مبتنی بر زبان و کنش ارتباطی است، سیستم از طریق نظام‌های غیر زبانی یعنی پول و قدرت انسجام می‌یابد. در سیستم، کنش به فهم متقابل معطوف نیست، بلکه پی‌آمدهای ارادی و غیر ارادی حاکم بر کنش هستند. دولت و بازار به عنوان مهم‌ترین مصادیق سیستم به ترتیب از طریق رسانه‌های هدایت‌کننده قدرت و پول انسجام می‌یابند.^۲ طبق نظر هابرماس، زیست‌جهان، خود را از طریق رسانه بین‌الذهنیتی که به صورت گفتاری قوام یافته است، بازتولید می‌کند: بین‌الذهنیتی که تحت رهبری اصل اعتباریابی و اصل حقیقت به مثابه اجماع عقلانی است.^۳

در اصطلاح هابرماس، سیستم، عرصه زبان مخدوش و ایدئولوژی و عقل ابزاری است و جهان‌زیست، عرصه کنش ارتباطی و عقل تفاهمی است. فرض اصلی او این است که ارتباط آزاد و نامخدوش در عرصه عمومی و زیست‌جهان، خواست‌های راستین انسان را آشکار می‌سازد. به عبارت دیگر، فرض او، وجود‌گوینده و شنونده‌های آرمانی و کاملاً عقلانی است که به طور پیشینی به فهم منظور یکدیگر علاقه‌مندند.^۴ هابرماس، جامعه را نه به سیستم و نه به زیست‌جهان تقلیل نمی‌دهد، بلکه به اعتقاد

1-Bohman, Cf. James, "Constitution Making and Democratic Innovation: The European Union and Transnational Governance", European Journal of Political Theory, 2004, pp. 315-337

۲. توماسن، پیشین، صص ۱۰۳-۱۱۳.

3-Knodt, Eva, "Toward a Non- Foundationalist Epistemology: the Habermas/ luhmann, Controversy Revisited", New German Critique, Duke University Press, No. 61, 1994, p. 82

۴. بشیریه، حسین، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری (جلد ۲)، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۳۰۷.

وی، جامعه به هر دو رکن نیازمند است. این دو رکن زمانی می‌توانند کارآیی داشته باشند که مرزهای آن مشخص شوند و همچنین الگوی تأثیر مشخص‌شده‌ای داشته باشند. به اعتقاد هابرماس، رشد سیستم در جهان امروزی و به ویژه در جوامع مدرن به اولویت‌بخشی به کنش ابزاری منجر شده و به تبع آن، سیستم، زیست‌جهان و کنش ارتباطی زبان‌محور آن را تحت سیطره خود درآورده است. هابرماس از این فرآیند با عنوان مستعمره‌سازی زیست‌جهان توسط سیستم یاد می‌کند. زمانی که جهت‌گیری ابزاری و استراتژیک (مثلاً کارآیی در دستیابی به اهداف مشخص)، جای‌گزین جهت‌گیری ارتباطی معطوف به فهم متقابل شود، مستعمره‌سازی زیست‌جهان اتفاق می‌افتد.^۱ مستعمره‌سازی زیست‌جهان در حوزه سیاست، آثار مخربی دارد؛ زیرا با تقویت سیستم، دولت و بازار با استفاده از ابزارهای سیستم یعنی قدرت و پول، به زیست‌جهان وارد شده و کنش ابزاری هدف‌محور آن، انسان را به بردگی و از خودبیگانگی کشانده است.

در نظام فکری آرمانی هابرماس، ریشه‌های قدرت را باید تن‌ها و تن‌ها در زیست‌جهان جست. مشروعیت و قانون مشروع تن‌ها زمانی محقق می‌شود که در فرآیند گفتمان عمومی که در بستر زیست‌جهان، حاصل شده باشد. از سوی دیگر، هابرماس معتقد است با ورود دولت به زیست‌جهان، عملیات قضایی‌سازی زیست‌جهان محقق شده است. به عبارتی دیگر، به جای آن که هنجارهای حقوقی در بستر گفتمان آزاد زیست‌جهان مورد مفاهمه قرار گیرد و به دولت تحمیل شود، فرآیند معکوس شکل می‌گیرد و این دولت است که به تنظیم قانونی مسائل مربوط به زیست‌جهان می‌پردازد، قوانینی که پیش‌تر و به شکلی بهتر از طریق کنش ارتباطی تنظیم می‌شدند. در نتیجه، قضایی‌سازی زیست‌جهان دولت‌ها با افزودن به قوانین رسمی در این بستر به بهانه تضمین آزادی و یا ایجاد رفاه و برابری، آزادی افراد را در معرض خطر قرار می‌دهند؛^۲ زیرا علاوه بر این که فرآیند اصلی چرخش قدرت از پایین به بالا معکوس می‌شود، شهروندان نیز در روابط با دولت به موکلان منفعل تقلیل خواهند یافت.

بند دوم. اخلاق گفتمان

تحقق گفتمان عمومی در حوزه عمومی و خروج هنجارهای عادلانه از آن حوزه به عنوان هنجارهای اجتماعی که نظام حقوقی متکی به آن است، نیازمند رعایت رویه‌های خاصی است. به عبارتی، تأمین هنجارهای مبتنی بر عدالت در ساختار مورد نظر هابرماس، الزامات

۱. توماسن، پیشین، ص ۱۰۴.

۲. مشهدی، علی، «از عمومی شدن حقوق خصوصی تا خصوصی شدن حقوق عمومی: مشروعیت و قلمرو مداخله دولت در اندیشه هابرماس»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و پنجم، ۱۳۹۴، شماره ۲، صص ۱۸۷-۱۹۰.

روی‌های خاصی را می‌طلبد. هابرماس در اخلاق گفتمان به این رویه‌ها به منظور تحقق عدالت توجه نشان می‌دهد. به اعتقاد هابرماس، مشروعیت هنجارها هنگامی محقق می‌شود که در یک نظام روی‌های مبتنی بر آزادی، جذب و برابری محقق شوند.

آزادی به این معناست که تمامی افراد ذی‌نفع در یک موضوع، توانایی شرکت و اظهار نظر در خصوص آن موضوع را داشته باشند و هیچ مانع بیرونی و درونی، پسینی و پیشینی برای اظهار ادعا، نظر و استدلال وجود نداشته باشد. ایده جذب بیانگر این موضوع است که با عنایت به لزوم مشارکت در ساخت هنجارها در فرآیند گفتمان و صرفاً برتری هنجارهای مبتنی بر استدلال موجه‌تر، طرد هیچ طبقه، گروه، قوم، نژاد یا جنسی در فرآیند گفتمان صورت نگیرد. سرانجام به موجب اصل برابری، تمامی اشخاص مشارکت‌کننده در گفتمان از برابری برخوردارند و تن‌ها استدلال است که منجر به برتری یک ایده در فرآیند گفتمان می‌شود.^۱

بنابراین، هابرماس، چهار ویژگی ممتاز را به عنوان ضرورت تحقق اخلاق گفتمانی به این صورت مطرح کرده است:

۱. هیچ شخص ذی‌نفع در بحث از آن کنار گذاشته نشود؛
۲. مشارکت‌کنندگان به اندازه هم حق ابراز عقیده دارند؛
۳. مشارکت‌کنندگان از درون آزادند که عقیده صادقانه خود را بی‌فریب یا خودفریبی بیان کنند؛

۴. هیچ منبع اعمال زوری که به فرآیند و روال گفتار وارد شود، در کار نیست.^۲
- چنین شروطی به گویایی بیان می‌کنند که ارزیابی تا حد امکان معقولانه‌ی کل اطلاعات و دلایل مربوط به بحث به چه معناست و دلایل را صرفاً بر مبنای شایستگی‌های آن‌ها در طلب بی‌طرفانه حقیقت می‌سنجند.^۳ این پیش‌فرض‌ها بر تحقق گفتار واقعی تأثیر عملی دارند: نتایج (هم آن‌هایی که اجماعی‌اند و هم آن‌هایی که اجماعی نیستند) را تن‌ها در صورتی می‌توانیم معقولانه بدانیم که در این فرآیند (گفتمان)، مواردی هم‌چون کنار نهادن، سرکوب دلایل، تقلب، خودفریبی و مانند این‌ها صورت نگیرد.^۴

1-Flyvbjerg, Bent, "Ideal Theory, Real Rationality: Habermas Versus Foucault and Nietzsche", Political Studies Association's 50th Annual Conference, The Challenges for Democracy in the 21st Century, London School of Economics and Political Science, 10-13 April, 2000, p. 3

2-Habermas, Jürgen, justification and application: remarks on discourse ethics, (trans. C. Cronin), Cambridge: polity press, 1993, p. 163

۳. بومن و رگ، پیشین، ص ۵۳.

4-Habermas, Jürgen, Truth and justification (trans. B. Fultner), Cambridge, MIT press, 2003, p. 108.

بند سوم. قانون‌زدگی زیست‌جهان

مفهوم قانون‌زدگی به طور کلی به افزایش قوانین رسمی از طریق گسترش قانون اثباتی (که در آن، روابط اجتماعی، بیش‌تر از طریق قانون تنظیم می‌شود) و متراکم شدن قانون یعنی تفصیل مقررات قانونی اشاره دارد. همان گونه که در ابتدای گفتار دوم مطرح شد، «قانون‌زدگی»، ترجمه Juridification است که در بعضی موارد، «قضایی‌سازی» هم معنی شده است. بنابراین، در ادامه متن «قضایی‌سازی» و «قانون‌زدگی» دارای معانی یکسان و ترجمه Juridification است. هابرماس، چهار موج قضایی‌سازی را در زمینه خاص دولت‌های رفاه اروپایی شناسایی می‌کند:

۱. اولین موج قضایی‌سازی در جریان شکل‌گیری دولت مطلقه بورژوایی در اروپا اتفاق افتاد: انحصار حاکمیت بر زور، حقوق و تعهدات قراردادی افراد خصوصی برای مشروعیت بخشیدن به هم‌زیستی یک دولت سلطنتی قدرتمند و بازار سرمایه آزاد تنظیم شده بود.
۲. دوم، دولت مشروطه بورژوازی قرن نوزدهم به تدریج، حقوق فردی را در برابر اقتدار سیاسی پادشاه تنظیم کرد: زندگی، آزادی و دارایی رعایای خصوصی طبق قانون اساسی تضمین شده بود.

۳. در مرحله بعد، با ایجاد دولت دموکراتیک مشروطه در پی انقلاب فرانسه، حقوق اجتماعی شهروندان برای مشارکت در تشکیل نظم سیاسی برای دموکراتیک کردن قدرت دولت تنظیم شد.
۴. سرانجام با ظهور دولت رفاه اجتماعی در قرن بیستم، سیستم اقتصادی سرمایه‌داری برای اولین بار از طریق قوانینی مهار شد که آزادی‌های فردی و حقوق اجتماعی را بر خلاف الزامات بازار آزاد تضمین می‌کرد.^۱

هابرماس، مدعی است شکل کنونی قضایی‌سازی در دولت‌های رفاه به طور مشخصی دوسوگراست؛ زیرا هر آزادی تضمین‌شده در آن واحد به معنای سلب آزادی است. به این معنی که دولت هر چه بیش‌تر به تضادهای طبقاتی واقع در حوزه تولید آرامش بخشد، تأثیرات جانبی و آسیب‌شناسانه قانون‌زدگی نیز که خود شامل بوروکراتیزه شدن و پولی شدن حوزه‌های مرکزی زیست‌جهان است، بیش‌تر خواهد شد.^۲

بنابراین، خواسته‌های زیست‌جهان به این ترتیب به الزامات سازمان‌های بوروکراتیک و پولی تبدیل می‌شوند، به طوری که قانون به شیوه‌های سیستماتیک در روابط اجتماعی

1-Juridification.

2-Deflem, Mathieu, "Law in habermas's theory of communicative action", Pontificia Universidad Javeriana Colombia, 2008, p. 275

3-Habermas, The Theory of Communicative Action, op.cit., p. 364.

زندگی روزمره مداخله می‌کند. هنگامی که قانون برای انطباق با الزامات دولت و اقتصاد رعایت گردد، زیست‌جهان نیز در داخل توسط قانون، مستعمره می‌شود.

هابرماس در تئوری کنش ارتباطی استدلال می‌کند که حقوق مدرن به جای عقلانی شدن در یک نهاد کاملاً کاربردی، به توجیه اخلاقی از نظر گفتمان عملی در مورد درستی هنجارها نیاز دارد. پس سؤال این است که چگونه می‌توان این گفتمان را برای تضمین استدلال عقلانی تصور کرد؟ هابرماس استدلال می‌کند فلسفه دیگر نمی‌تواند وانمود کند که هنجارهای اخلاقی درست و بلامنازع، منطقی و موجه (به عنوان پایه ماهوی هنجارهای حقوقی) را ارائه می‌کند. در عوض، بررسی‌های فلسفی در بهترین حالت می‌توانند شرایط عقلانی روی‌های را مشخص کنند که بر اساس آن هنجارها می‌توانند و باید توسط مردم در زمینه زیست‌جهانشان پایه‌گذاری شوند. بنابراین، اصل اخلاق گفتمان می‌گوید: «فقط آن دسته از هنجارهایی می‌توانند ادعای معتبری داشته باشند که با تأیید همه افراد تحت تأثیر در مقام شرکت‌کننده در یک گفتمان عملی مطابقت داشته باشند (یا می‌توانند برآورده شوند)»^۱. کاربرد معنادار اصل گفتمان در بهترین حالت می‌تواند از طریق اجرا و بررسی الزامات روی‌های حاصل شود؛ زیرا آن‌ها تحقق اصول اساسی حقوق بشر، هم‌بستگی، آزادی و عدالت را برآورده می‌کنند.

هابرماس در کتاب «کنش ارتباطی»، تلقی منفی نسبت به قانون دارد به این معنی که به قانون به عنوان ابزاری برای سلطه سیستم بر زیست‌جهان از طریق مقررات‌گذاری در حوزه‌های کنش ارتباطی تحت عنوان قانون‌زدگی زیست‌جهان می‌پردازد.^۲ رویکرد وی در کتاب «میان واقعیات و هنجارها» به سوی تلقی مثبت نسبت به قانون تغییر پیدا می‌کند. با این حال، هر چند هابرماس بر هر دو جنبه محدودکنندگی و تضمین‌کنندگی آزادی توسط قانون تأکید می‌کند،^۳ اما تأکید وی بیش‌تر بر جنبه محدودکنندگی قانون است و می‌خواهد نشان دهد که چگونه قانون به سیستم کمک می‌کند تا زیست‌جهان را با قضایی کردن برخی حوزه‌های کنش، استعمار کند. چون مقصود وی در این کتاب، بازتفسیر ارتباط میان قانون و هم‌بستگی اجتماعی است، تأکید خود را بر جنبه تضمین‌کنندگی آزادی توسط قانون می‌گذارد.

گفتار سوم. آزادی اجتماعات در نظام حقوقی ایران

آزادی اجتماعات به مثابه یکی از اساسی‌ترین بنیان‌های حوزه عمومی عبارت است از «حق گردهم‌آیی آگاهانه، مسالمت‌آمیز، موقتی و هدفمند بیش از یک نفر در یک مکان

۱-Habermas, The Theory of Communicative Action, op.cit., pp. 357-367.

۲. بیاتی، علی، «نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۷۹.

عمومی که به منظور ابراز مخالفت یا موافقت، ترویج، تعقیب و دفاع از علایق مشترک صورت می‌پذیرد.» این حق به موجب اصل ۲۷ قانون اساسی به این صورت تضمین شده است که «تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها بدون حمل سلاح به شرط آن که مخل مبانی اسلام نباشد، آزاد است».

واژه «اجتماعات» در این اصل از نظر این که شامل اجتماعات عمومی می‌شود یا خصوصی، به صورت مطلق نگاشته شده، اما با عنایت به این که عطف به «راه‌پیمایی» شده، به نظر می‌رسد که این اصل و قیود آن که به منظور پاسداشت منفعت عمومی در آن مندرج شده است، صرفاً ناظر به اجتماعات عمومی است، نه اجتماعات خصوصی افراد. اجتماعات عمومی در مقابل اجتماعات خصوصی قرار دارد و آن عبارت است از حضور افراد در معابر و اماکن عمومی و استفاده از یک فرصت نمایشی برای بیان خواسته‌های جمعی خویش که اصولاً ماهیت «مطالبه‌گرایانه» دارد.^۱ در تفسیر این اصل، مطابق اصول حقوقی از جمله اصل عدم صلاحیت، اصل بر آزادی است و موارد مستثنا باید به صورت مضیق تفسیر شوند. به این ترتیب، آزادی مندرج در این اصل از قانون اساسی صرفاً به «حمل نکردن سلاح» و «اخلال نکردن در مبانی اسلام» مقید شده است. با این حال، به منظور تبیین تعادل بین آزادی اجتماعات و نظم عمومی در نظام حقوقی ایران، مطالعه رویکرد دادرسی اداری و اساسی ضروری است.

بند اول. رویکرد دیوان عدالت اداری

دولت همواره می‌تواند در صورت اقتضای نظم عمومی، حقوق و آزادی‌های شهروندان را تحدید و حتی تعلیق کند.^۲ بنابراین، برای پیش‌گیری از تضییع حقوق و آزادی‌های شهروندان، نظارت قضایی بر اعمال مقامات عمومی ضرورت می‌یابد. دیوان عدالت اداری در مقام دادرسی اداری با توجه به صلاحیتی که اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی به آن واگذار کرده، در رأی ابطالی ۱۳۱۴-۱۳۱۲ مورخ ۱۳۹۸/۰۶/۲۶، در دفاع از آزادی اجتماعات، رویکردی قابل تأمل در پیش گرفته است. در این پرونده، شاکیان، خواهان ابطال مصوبه هیئت وزیران به دلیل مغایرت با اصل ۲۷ قانون اساسی شدند؛ چون در آن مصوبه، مکان‌هایی برای برگزاری تجمعات گروه‌های مختلف مردمی تعیین شده بود. معاونت حقوقی ریاست جمهوری در دفاع از این مصوبه، تعیین محل‌های مشخص برای برگزاری اجتماعات را مستند به ماده ۱۱ و ۱۳ قانون احزاب دانست و استدلال کرد که برگزاری تجمع مردمی مطابق این مستندات

۱. دوفار، ژان، آزادی‌های گروهی، ترجمه: علی‌اکبر گرجی ازندریانی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۲۹.

2-Feinberg, J., Rights, justice, and the bounds of liberty: Essays in social philosophy, Princeton University Press,

2014, p. 141 (به نقل از: بیاتی، پیشین، ص ۸۶).

به کسب مجوز از وزارت کشور و استانداری نیاز دارد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری آن مصوبه را این گونه ابطال کرد: «تصویب‌نامه مورد شکایت که محل‌های تجمع گروه‌های مختلف در تهران و شهرستان‌ها به محل‌های مشخص محدود شده، اولاً: با اصل ۲۷ قانون اساسی که تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها را از حیث محل‌های اجتماعات علی‌الاطلاق آزاد اعلام کرده، مغایرت دارد. ثانیاً: با عنایت به ماده ۱۱ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۴/۱۱/۴ که وظایف و اختیارات کمیسیون احزاب موضوع ماده ۱۰ قانون مذکور را احصا کرده و مطابق بند ۶ ماده ۱۱ قانون مرقوم، بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص درخواست برگزاری تجمعات و راه‌پیمایی‌ها که مستلزم تعیین محل برگزاری آن نیز خواهد بود، یکی از وظایف و اختیارات کمیسیون مذکور می‌باشد، بنابراین، مصوبه مورد اعتراض با قوانین مذکور مغایرت دارد و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

در پرتو نظریه حوزه عمومی، رویکرد دیوان عدالت اداری به آزادی اجتماعات در این رأی از دو نظر قابل تأمل است:

الف) در بند اول این رأی، دیوان عدالت اداری در راستای پاسداری از آزادی‌های عمومی، تعیین مکان‌های مشخص برای اجتماع عموم را مغایر اطلاق اصل ۲۷ قانون اساسی اعلام کرده است. در نگاه اول به نظر می‌رسد دادرس اداری با آگاهی از ماهیت حق - ادعای آزادی اجتماعات بر لزوم تلقی آزادی منفی از این نوع آزادی، مصوبه را ابطال کرده است. از سوی دیگر، رویکرد دیوان در پرتو قاعده منع تجویز در سرایشی لغزنده نیز قابل تأمل است. دیوان در این قسمت از استدلال خود، با توجه به اصل عدم صلاحیت دولت در تعیین مکان‌های مشخص برای برگزاری اجتماعات، هر چند بر حسن نیت دولت برای تعیین طریقی به منظور تحقق این آزادی احاطه دارد، اما تجویز این امر را به عنوان مقدمه احتمالی برای نقض دیگر حقوق و آزادی‌ها دانسته است. به هر طریق، چه آگاهانه و چه ناآگاهانه، اثر این رأی، تحدید دولت در حوزه خاص دولت و منع تجویز آن (هرچند با حسن نیت) در ورود به حوزه عمومی و قواعد و رویه‌های حاکم بر آن است.

تجویز ورود دولت به قاعده‌گذاری در رویه‌های حاکم بر آزادی اجتماعات به معنی تلقی مثبت از آزادی اجتماعات است. در حالی که آزادی‌های مدنی و سیاسی بر خلاف آزادی‌های نسل دوم، در ردیف آزادی‌های منفی و حقوق مندرج در آن عموماً در زمره حق - ادعاها قرار می‌گیرد که با آزادی منفی هم‌خوانی دارد. علاوه بر این، ابطال نشدن این مصوبه تحت عنوان حمایت‌گری دولت از آزادی اجتماعات یا هر عنوان دیگر، منجر به قانون‌زدگی حوزه عمومی می‌گردد. به این معنی که با ورود دولت در تعیین قواعد حاکم بر آزادی اجتماعات،

هنجارهایی که باید در فرآیند گفتمان عمومی مبتنی بر برابری، آزادی و جذب (منع طرد)، موضوع استدلال و اعتبارسنجی قرار گیرد، تحت تأثیر ورود دولت و هژمونی آن قرار می‌گیرد و با از بین بردن پایه‌های حوزه عمومی، آن را در حوزه دولت تحلیل می‌برد.

ب) بند دوم استدلال دیوان عدالت در راستای پاسداشت آزادی اجتماعات، قابل نقد به نظر می‌رسد. در این بند، دیوان استدلال کرده است: «مطابق بند ۶ ماده ۱۱ قانون مرقوم، بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص درخواست برگزاری تجمعات و راهپیمایی‌ها که مستلزم تعیین محل برگزاری آن نیز خواهد بود» این قانون برای تنظیم فعالیت‌های احزاب نگاشته شده است، در حالی که حتی در صورت برداشت عام از مفهوم اجتماعات، احزاب، تن‌ها یکی از انواع اجتماعات محسوب خواهد شد. به اعتقاد ما، مفهوم اجتماعات، منصرف از احزاب و گروه‌های سیاسی است و با آن تفاوت دارد. به هر طریق، در قانون اساسی، اصل بر آزادی اجتماعات است و مطابق اصول حقوقی، موارد استثنای مصرّح در متن قانون باید به صورت محدود و مضیق تفسیر شوند. به این معنی که صحیح‌تر بود دادرس اداری به عنوان ناظر قضایی و حافظ آزادی‌های عمومی، با ارائه تفسیری محدود، شمول این قانون را صرفاً بر احزاب می‌دانست و به تبعیت از بخش اول استدلال خود در این رأی، قانون یادشده و محدودیت‌های مندرج در آن را منصرف از اجتماعات عمومی قرار می‌داد و صرفاً ناظر بر احزاب تلقی می‌کرد.

بند دوم. رویکرد شورای نگهبان

در مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی در خصوص اصل ۲۷، اکثریت قریب به اتفاق اعضا، نه تن‌ها دریافت مجوز برای برگزاری اجتماعات و راهپیمایی‌ها را لازم ندانستند، بلکه به دلیل نقش بی‌بدیل این آزادی در پیروزی انقلاب اسلامی ایران، با گنجانیدن آن در اصل ۲۷ مخالفت کردند.^۱ در همین راستا، شورای نگهبان در بررسی «طرح قانونی فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده»، در نظریه شماره ۲۹۹۰ مورخ ۱۳۶۰/۰۴/۲۵ اعلام کرد: «آن قسمت از تبصره (۲) ماده (۶) که تشکیل راهپیمایی در معابر عمومی را منوط به کسب اجازه قبلی از وزارت کشور دانسته، با توجه به این‌که اصولاً راهپیمایی در غیر معابر عمومی مصداق ندارد و طبق اصل ۲۷ قانون اساسی، تشکیل راهپیمایی بدون قید دیگری آزاد است، مغایر قانون اساسی می‌باشد».

شورای نگهبان بر این عقیده بود که صرفاً با دو قید یادشده (غیر مسلحانه بودن تجمع و عدم اخلال به مبانی اسلام)، برگزاری تجمع و راهپیمایی آزاد است و وضع هر گونه قید

۱. کمالوند، محمدمهدی، «تحلیل حق بر آزادی اجتماعات در پرتو اسناد بین‌المللی حقوق بشر و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر، دانشگاه مفید، ۱۳۹۱، صص ۲۰۹-۲۱۰.

دیگری، مغایر با اصل ۲۷ قانون اساسی است.^۱ بر این اساس، مصوبه مجلس وقت در تاریخ ۱۳۶۰/۶/۰۷ را خلاف قانون اساسی اعلام کرد. مجلس هم مجبور شد دست کم به صورت صوری بین تجمعات و راه‌پیمایی‌ها تفکیک قائل شود و با صرف این تفکیک، مصوبه مجلس در شورای نگهبان مسکوت ماند تا با انقضای مهلت اعلام نظر شورا، این مصوبه لازم‌الاجرا گردد. به نظر می‌رسد که شورا از نظریه ابتدایی خود عقب‌نشینی کرده است؛ زیرا این رویه در قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی به تاریخ ۱۳۹۵/۰۸/۰۸ در این شورا تصویب شد. در این مصوبه حتی همین تفکیک نیز از میان رفت و علاوه بر آن، بزرگ‌ترین محدودیت (لزوم کسب مجوز) را در آن مصوبه، مغایر قانون اساسی ندانست و اجرای اصل ۲۷ قانون اساسی را با چالش جدی مواجه ساخت.

گفتار چهارم. تحلیل رویکرد دادرسی اداری و اساسی در پرتو نظریه حوزه عمومی

یکی از چالش‌های حوزه عمومی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، ضعف زیست‌جهان در ساخت هنجارها و بازتولید مشروعیت به دلیل تحقق نیافتن شرایط پای‌های اخلاق‌گفتمان است. ناتوانی کارکردی حوزه عمومی در بافتار اجتماعی، سیاسی و حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران ممکن است ریشه‌های اجتماعی و فرهنگی نیز داشته باشد، اما در بررسی حقوقی حوزه عمومی، قانون‌زدگی زیست‌جهان، یکی از عمده دلایل ضعف حوزه عمومی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است.

مطابق تحلیل هابرماس از مفهوم و جایگاه قانون، گسترش قوانین اثباتی برای تأمین آزادی منجر به محدودسازی آزادی می‌گردد. در نظریه کنش ارتباطی، مسئله این است که قانون به استلزامات سیستمی مرتبط است. پس باید راه حل را در دفاع از زیست‌جهان و کنش ارتباطی در برابر قانون جست. وی در کتاب «میان واقعیات و هنجارها»، راه‌حل متمایزی را برمی‌گزیند که به گونه‌ای به آزادی مثبت اعتبار می‌بخشد. راه حل این است که برای محدود ساختن مبادلات بین سیستم و زیست‌جهان باید موانعی ایجاد کنیم و حسگرهایی برای مبادلات بین آن‌ها کار بگذاریم. هابرماس پیشنهاد می‌کند ریشه قانون را در کنش ارتباطی زیست‌جهان جست‌وجو کنیم. به این ترتیب، قانون بدون اثرات مستعمره‌سازی به زیست‌جهان برمی‌گردد.^۲ این موضوع مستلزم آن است که به جامعه و فرآیند سیاسی قانون‌سازی با دیدگاهی متفاوت بپردازیم. در واقع، این قانون نیست که به مستعمره‌سازی منجر می‌شود، بلکه

۱. مجموعه نظریات شورای نگهبان، از سال ۱۳۵۹ تا پایان ۱۳۶۳، اداره کل قوانین و مقررات کشور، ریاست جمهوری، ۱۳۶۹؛ مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان (جلد ۱)، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.

۲. توماسن، پیشین، ص ۱۶۱.

کاربرد نادرست یا علاقه بسیار زیاد به کاربرد قانون در بستر زیست‌جهان است که به مستعمره‌سازی می‌انجامد. قانون مادام که از طریق مشورت با تابعانش (کسانی که باید از آن تبعیت کنند) تثبیت شود، مبنایی ارتباطی دارد. به منظور تبدیل شهروندان به فاعلان قوانینی که ضمناً موضوع آن قوانین نیز همین شهروندان هستند، ضروری است تا قانون‌سازی در زیست‌جهانی عاری از دخالت‌های ابزارهای سیستم شامل پول و قدرت و صرفاً با اتکا بر گفتمان عمومی محقق شود. در این راستا، رویه‌های اخلاق‌گفتمان شامل آزادی، برابری و منع طرد باید از طریق سامانه‌های نظارت اداری و اساسی تضمین شود.

با عنایت به پیوند آزادی اجتماعات با حوزه عمومی و پایه‌های اساسی تحقق آن از جمله زیست‌جهان، برگزاری اجتماعات برای تحقق گفتمان در زیست‌جهانی عاری از وجود قدرت دولت و تضمین منع دخالت دولت در فرآیندهای حاکم بر این اجتماعات از جمله آزادی، جذب حداکثری و منع طرد، ضروری است که دادرس اداری و اساسی با تضمین آزادی یادشده، از نفوذ سیستم از جمله دولت در زیست‌جهان جلوگیری کند؛ زیرا هر چند می‌دانیم قوانین هر جامع‌های از فرهنگ و تاریخ آن جامعه تأثیر می‌پذیرد و در مواردی، دخالت دولت ممکن است به افشار و طبقات فرودست کمک کند. با این حال، نباید از یاد ببریم که ماهیت دولت‌ها به گون‌های است که غالباً از احترام به استقلال افراد با سلیقه‌های متفاوت و قبول تفاوت ارزش‌ها و گوناگونی شیوه‌های زندگی مردم ناتوانند.^۱ نفوذ دولت در زیست‌جهانی که منبع هنجارسازی است، به تضعیف و فروپاشی آن و در نهایت، اخلال در مسیر مشروعیت نظام سیاسی و قانونی حاکم می‌انجامد.

از این رو، رویکرد دیوان عدالت به عنوان دادرس اداری در تضمین رویه‌های یادشده، هر چند در رأی مورد نظر قابل تحسین است، اما تناقض دارد. دیوان در بند اول استدلال خود، یکی از اساسی‌ترین رویه‌های تحقق گفتمان عمومی (اخلاق‌گفتمان) یعنی آزادی اجتماعات را تضمین کرده است. نتیجه تبعی این استدلال، اصل گرفتن آزادی اجتماعات و تفسیر مضیق از استثنائات حاکم بر این اصل است که در راستای اراده خبرگان قانون اساسی در منع محدودیت بر این اصل بوده است. دیوان در قسمت ثانوی استدلال، رویکرد متعارض را انتخاب کرده و برخلاف استدلال اولیه، اجتماعات را قرین احزاب قرار داده و لزوم کسب مجوز برای برگزاری اجتماعات را نیز مشمول قانون احزاب دانسته است. این در حالی است که چه اجتماعات را اعم از احزاب در نظر بگیریم و چه اجتماعات را منصرف از احزاب بدانیم، قانون یادشده و محدودیت‌های ناشی از آن صرفاً بر احزاب حاکم است و شامل دیگر مصادیق اجتماعات نمی‌شود.

۱. میرسپاسی، علی، اخلاق در حوزه عمومی؛ تأملاتی در باب ارزش‌ها و نهادهای دموکراتیک، تهران:

ثالث، چاپ دوم، ۱۳۹۴، ص ۱۱۹.

این ایده که «رویه مأخوذه دیوان در قسمت ثانویه رأی، ریشه در نظریه شورای نگهبان در مطابقت لزوم اخذ مجوز به منظور برگزاری اجتماعات و تظاهرات با قانون اساسی دارد»، صحیح به نظر نمی‌رسد؛^۱ زیرا قانون «نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» صرفاً شامل احزاب و گروه‌هایی است که در ماده اول این قانون تعریف شده است و مطابق با همین ماده، به اساس‌نامه، مرام‌نامه و پروانه تأسیس نیاز دارند. حال آن‌که «اجتماعات» مندرج در اصل ۲۷ قانون اساسی، مفهومی اعم از احزاب و گروه‌های مندرج در قانون احزاب را افاده می‌کند. بنابراین، بر اساس بند ۶ ماده ۱۱ قانون احزاب در خصوص صلاحیت کمیسیون احزاب در بررسی «درخواست برگزاری تجمعات و راهپیمایی‌ها» باید گفت همان گونه که از نام کمیسیون پیداست، این کمیسیون صرفاً مجاز به رسیدگی به درخواست احزاب و گروه‌های سیاسی مشمول این قانون برای برگزاری اجتماعات و راهپیمایی است. مطابق با اصل عدم صلاحیت، دیگر اجتماعات منصرف از احزاب و گروه‌های سیاسی دارای پروانه، مشمول محدودیت‌های این قانون نخواهند بود و مطابق اصل ۲۷ قانون اساسی، به کسب مجوز برای اجتماعات و راهپیمایی‌ها نیاز ندارند. بند «خ» ماده ۱۳ این قانون نیز مؤید این نظر است.

«بنابراین، چنین می‌توان نتیجه گرفت که اصل ۲۷ قانون اساسی بیش از هر اصل دیگری با تفاسیر مضیق و متناقض‌نما مواجه است، به گونه‌ای که در نگرش دادرسی اداری ایران، شرط اخذ مجوز از کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب، «آزادی تجمع» را محدود نمی‌کند، لیکن تصویب‌نامه هیئت وزیران در تعیین محل‌های مشخص برای برگزاری تجمعات این حق، آزادی را محدود می‌کند. البته باید ایراد اساسی در این زمینه را به شورای نگهبان وارد نمود تا دیوان عدالت اداری، چه آن‌که شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی و کنترل عدم مغایرت قوانین مجلس با شرع و قانون اساسی، در دو مقطع، قوانین مصوب مجلس در حوزه احزاب را در حالی منطبق با قانون اساسی قلمداد نموده که شرط اخذ مجوز برای تجمعات و راهپیمایی در آن‌ها قید شده است».^۲

شورای نگهبان نیز در روی‌های متعارض در نهایت، آزادی اجتماعات را در فرآیند تصویب قانون احزاب تضییق کرده است. این شورا در رویه ابتدایی خود در پاسداشت آزادی اجتماعات، ورود دولت به حوزه زیست‌جهان و مقررگذاری در آن را به منظور حفظ اساسی‌ترین بنیاد حوزه عمومی منع کرد. سپس در رویه‌های بعدی، بر خلاف اصول یادشده، با تأیید قانون احزاب، مقدمات بعدی ورود دولت به اجتماعات منصرف از احزاب را نیز فراهم آورد. این در حالی است که آزادی اجتماعات هم‌چون دیگر حق و آزادی‌های بنیادین بشر، نسبت به دارنده حق، واجد ماهیتی آزادی‌محور و حق - آزادی و به لحاظ دولت دارای ماهیت حق -

۱. برای اطلاع از دلایل مدافعان این ایده نک: بیاتی، پیشین.

۲. بیاتی، پیشین، ص ۸۹.

ادعاست که تکلیف دولت در برابر چنین حقی، لازمه آن به شمار می‌آید. دولت در این موقعیت از یک طرف، متعهد به رعایت تکلیف و تعهد سلبی، عدم مداخله تحدیدی و از سوی دیگر، ملزم به حمایت و فراهم ساختن همه امکانات و تمهیدات ضروری در مسیر تضمین دارندگان حق در برابر تهدیدهای احتمالی است.^۱

با عنایت به ماهیت حق - ادعای آزادی یادشده، صحیح‌تر آن بود که شورای نگهبان به عنوان دادرس اساسی در حفاظت از حوزه عمومی، مطابق رویکرد ابتدایی خود، با منع حضور دولت در زیست‌جهان، ضمن پاسداشت آزادی اجتماعات، حوزه عمومی برین از قدرت دولت را به منظور تحقق کارکرد اصیل این حوزه در بازتولید مشروعیت تضمین می‌کرد.

آزادی اجتماعات به عنوان پایه اصلی تحقق گفتمان و حوزه عمومی، همان گونه که مورد نظر هابرماس است، به تلقی منفی نیاز دارد. به این معنی که دادرس اداری و اساسی مکلفند برای پاسداشت آزادی اجتماعات، ورود دولت را از طریق مقررہ‌گذاری در حوزه‌هایی ممنوع کنند که مبانی حوزه عمومی را تشکیل می‌دهند. این در حالی است که تلقی مثبت از آزادی اجتماعات قرین به ورود دولت به حوزه عمومی از طریق مقررہ‌گذاری و در نتیجه، قانون‌زدگی زیست‌جهان را به همراه خواهد داشت. ورود دولت به حوزه عمومی در تئوری هابرماس، خط قرمزی است که دادرسان اداری و اساسی برای پاسداشت دموکراسی مشارکتی و جلوگیری از چرخش سیستم انتقال قدرت رسمی (صعودی) به غیر رسمی (نزولی) باید آن را تضمین کنند. در شیوه غیررسمی چرخش قدرت، حوزه عمومی را احزاب سیاسی و دیگر عاملان سیاسی مدیریت می‌کنند. در نتیجه، قانون برای جامعه مدنی و زیست‌جهان، امری بیگانه و تحمیلی در نظر گرفته می‌شود.^۲ حال آن‌که با ورود دولت به حوزه عمومی، انحلال این حوزه در حوزه دولتی و بحران مشروعیت را در پی خواهد داشت؛ زیرا در این وضعیت، قانون به محیط‌های زندگی اجتماعی، بیش از پیش تجاوز می‌کند و شهروندان را از طریق آن‌چه میشل فوکو، تأثیرات «بهنجارساز» می‌خواند، به مشتریان دیوان‌سالاری‌ها تبدیل می‌کند.^۳ ادعا شده است که «تصویب‌نامه ابطالی در دیوان عدالت اداری، نه برای تحدید آزادی تجمع و بلکه اقدامی به منظور تأمین امنیت اجتماعات و تسهیل برگزاری آن‌ها در محل‌هایی مشخص به تصویب رسیده بود تا از این طریق، عبور و مرور و کسب و کار سایر شهروندان دچار اختلال نگردد».^۴ این سخن با در نظر گرفتن حسن نیت مقامات دولتی در انتظام بخشی

۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر: حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۰، شماره ۳۳-۳۴، ص ۲۳۷.

۲. توماسن، پیشین، ص ۱۶۳.

۳. بومن و رگ، پیشین، ص ۴۶.

۴. بیاتی، پیشین، ص ۸۸.

به اجتماعات و ایجاد بسترهای مناسب برای تسهیل اجتماعات قابل قبول است، اما حداقل در رویکرد حوزه عمومی به آزادی اجتماعات و لزوم حفظ زیست‌جهان عاری از ابزارهای پول و قدرت قابل قبول نمی‌نماید؛ زیرا آزادی به خصوص آزادی اجتماعات، یکی از اصول روی‌های بنیادین در اخلاق گفتمان و پاگیری نهال حوزه عمومی است که مقررگذار دولت در آن، هر چند با حسن نیت باشد، سبب قضایی‌سازی زیست‌جهان و به تبع آن، اخلال در عملکرد گفتمان، هنجارسازی و بازتولید مشروعیت در حوزه زیست‌جهان و در نهایت، استیلای سیستم به خصوص از طریق ابزار قدرت بر حوزه عمومی و فروپاشی آن در حوزه دولتی می‌گردد. به همین دلیل، آزادی‌های اساسی از جمله آزادی اجتماعات در قوانین اساسی مختلف، در اصول متعدد تضمین شده‌اند.

بنابراین، آینده‌نگری دولت در خصوص تعیین مکان‌های مشخص برای تضمین آزادی اجتماعات یا الزام به کسب مجوز برای برگزاری اجتماعات در پرتو نگاه امنیتی سبب تنظیم مسائل مربوط به حوزه زیست‌جهان می‌گردد. نتیجه ضروری این اقدامات، قانون‌زدگی زیست‌جهان است که بر اثر آن، دولت با افزایش قوانین اثباتی، تحت عنوان تضمین آزادی، دایره آزادی‌ها را محدود می‌کند و آزادی افراد ذی‌نفع را به خطر می‌اندازد.

نتیجه گیری

حوزه عمومی، عرصه‌ای است که در آن، مشارکت‌کنندگان از طریق مفاهمه و استدلال و در شرایطی عاری از هر گونه فشار و اضطراب و بر مبنای آزادی و آگاهی تعاملی و در شرایط برابر برای تمام طرفه‌های مشارکت‌کننده، مجموع‌های از رفتارها، جهت‌گیری‌های ارزشی و هنجاری را تولید می‌کنند که در نهایت، به صورت ابزاری برای اثرگذاری بر رفتار و عملکرد دولت به ویژه در عقلانی‌سازی قدرت دولتی عمل می‌کند.

آزادی اجتماعات به عنوان یکی از رویه‌های ضروری اخلاق گفتمان، از فرآیندهای بنیادین حوزه عمومی است که مشارکت در ساخت هنجارهای مشروع را فراهم می‌کند. به اعتقاد هابرماس، در جوامع امروزی، سیستم از طریق ابزارهای قدرت و ثروت، کنش ابزاری را جای‌گزین کنش ارتباطی کرده و به استعمار زیست‌جهان به عنوان یکی از پایه‌های ضروری حوزه عمومی دست زده است. قضایی‌سازی زیست‌جهان، یکی از روش‌های سیستم در تحقق این سلطه است. در این شیوه، دولت‌ها تحت عناوین حمایت‌گرانه از وضعیت رفاهی طبقات فرودست یا تضمین آزادی، برابری و منع طرد، قوانین و مقررات اثباتی را وضع و به حوزه عمومی وارد می‌کنند.

در این راستا، بار سنگین دفاع از آزادی‌های عمومی و به تبع آن، تضمین انتقال قدرت رسمی (صعودی) از حوزه عمومی به دولت بر عهده دادرسان اداری و اساسی است. دادرسان اساسی و اداری با تضمین رویه‌های اخلاق گفتمان (آزادی، برابری و منع طرد)، حوزه عمومی را از دست‌اندازی‌های دولت در امان نگه می‌دارند. یکی از چالش‌های اساسی حوزه عمومی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که منجر به ضعف اساسی حوزه عمومی شده، قضایی‌سازی زیست‌جهان از طریق وضع قوانینی است که به گسترش دایره نفوذ دولت به این حوزه و به تبع آن، استیلای حوزه دولتی بر حوزه عمومی انجامیده است. بررسی آزادی اجتماعات در نظام حقوقی ایران نشان می‌دهد که هر چند این آزادی در مذاکرات خبرگان قانون اساسی همانند دیگر نظام‌های حقوقی پیشرو با حداقل محدودیت‌ها تضمین شده، اما رویه دادرس اساسی و اداری، آن محدودیت‌ها را افزایش داده است. لزوم کسب مجوز برای برگزاری اجتماعات از وزارت کشور، نمونه کاملی از رویه‌های متعارض و آسیب‌زای این نهادها در حوزه عمومی است.

شورای نگهبان در رویه ابتدایی خود، در پاسداشت آزادی اجتماعات، کسب مجوز برای برگزاری اجتماعات را مغایر قانون اساسی اعلام کرد، اما در چرخشی انتقادآمیز، با تصویب قانون احزاب، مقدمات قضایی‌سازی زیست‌جهان را فراهم کرد. از سوی دیگر، دیوان عدالت اداری نیز با ابطال مصوبه دولت که در آن، محل‌های مشخصی برای اجتماعات و راه‌پیمایی

مشخص شده بود و در رویه کلی خود، با مقررہ گذاری دولت در حوزه آزادی اجتماعات مخالفت کرد. با این حال، بند دوم استدلال رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نشان می‌دهد که دیوان، برگزاری اجتماعات را نیز همانند احزاب، نیازمند کسب مجوز از وزارت کشور دانسته است. این در حالی است که صحیح‌تر آن بود که برگزاری اجتماعات را منصرف از احزاب و تشکلهای سیاسی قرار می‌داد و با ارائه تفسیر مضیق از استثنائات اصل ۲۷ قانون اساسی، کسب مجوز برای برگزاری اجتماعات را مشمول محدودیت‌های واقع در قانون احزاب قرار نمی‌داد.

دادرس اساسی و اداری ایران بدون توجه به شرایط بنیادین حوزه عمومی، مقررہ گذاری دولت و قضایی‌سازی زیست‌جهان را به رسمیت شناخته است. این رویه منجر به حضور دولت در حوزه عمومی، استیلای ابزارهای قدرت بر این حوزه، اخلال در فرآیندهای هنجارسازی و بازتولید مشروعیت در سیستم اساسی و اداری و در نهایت، انحلال این حوزه در حوزه دولتی می‌شود. مطابق با این رویکردها، حداقل در خصوص آزادی اجتماعات، رویکرد شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری، با مبانی حوزه عمومی و اخلاق گفتمانی که زمینه‌های تحقق اصل مشارکت در امر عمومی را فراهم می‌آورند، مغایر است. راه برون‌رفت از این وضعیت نیز آن است که دادرس اساسی و اداری برای ساخت حوزه عمومی تهی از ابزارهای سیستم (پول و قدرت) به تفاسیری در وجه سلبی از آزادی‌های عمومی دست بزنند و از حقوقی‌سازی زیست‌جهان و نفوذ دولت در حوزه عمومی جلوگیری کنند. رفع قسمتی از بحران‌های معاصر از جمله معضل مشروعیت، نیازمند بازنگری در رویه‌های دادرسان اساسی و اداری و درک اهمیت دفاع از حوزه عمومی به عنوان خاستگاه وضع قواعد مشروع است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بشیریه، حسین، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری (جلد ۲)، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۲. بشیریه، حسین، تاریخ اندیشه‌های سیاسی در قرن بیستم: لیبرالیسم و محافظه‌کاری (جلد ۲)، تهران: نی، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
۳. بومن، جیمز و ویلیام رگ، دانش‌نامه فلسفه استنفورد: یورگن هابرماس، ترجمه: وحید غلامی‌پور فرد، تهران: ققنوس، ۱۳۹۶.
۴. بیتام، دیوید، دموکراسی و حقوق بشر، ترجمه: محمدتقی دل‌فروز، تهران: طرح‌نو، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۵. توماسن، لاسه، معمای هابرماس، ترجمه: محمدرضا غلامی، تهران: دنیای اقتصاد، ۱۳۹۵.
۶. دوفار، ژان، آزادی‌های گروهی، ترجمه: علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی، تهران: مجد، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۷. کوهن، کارل، دموکراسی، ترجمه: فریبرز مجیدی، تهران: خوارزمی، چاپ اول، ۱۳۷۳.
۸. مجموعه نظریات شورای نگهبان، از سال ۱۳۵۹ تا پایان ۱۳۶۳، اداره کل قوانین و مقررات کشور ریاست جمهوری، ۱۳۶۹.
۹. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان (جلد ۱)، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.
۱۰. میرسپاسی، علی، اخلاق در حوزه عمومی: تأملاتی در باب ارزش‌ها و نهادهای دموکراتیک، تهران: ثالث، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۱۱. هابرماس، یورگن، دگرگونی ساختاری حوزه عمومی: کاوشی در باب جامعه بورژوازی، ترجمه: جمال محمدی، تهران: افکار، چاپ اول، ۱۳۹۹.

ب) مقاله

۱. بوستانی، مهدی و کمال پولادی، «بررسی عناصر تشکیل‌دهنده حوزه عمومی در اندیشه هابرماس»، فصل‌نامه تخصصی علوم سیاسی، سال سیزدهم، ۱۳۹۶، شماره ۳۸.
۲. بیاتی، علی، «نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، ۱۳۹۹، شماره ۲.

۳. رضایی، مهدی و نرگس نخجوانی، «حکمرانی امنیت ملی در پرتو نظریه قضایی‌سازی سیاست: بهینه‌سازی نقش قوه قضاییه در حکمرانی امنیت ملی»، مطالعات راهبردی، سال بیست و سوم، ۱۳۹۹، شماره ۳ (پیاپی ۹۰).
۴. فتحی‌زاده، مهدی، محمد هاشمی و ولی رستمی، «قضایی‌سازی سیاست در حوزه سلامت و بیمه‌های اجتماعی»، فصل‌نامه علمی و پژوهشی بیمه سلامت ایران، دوره سوم، ۱۳۹۹، شماره ۲.
۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر: حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۳۳-۳۴.
۶. مشهدی، علی، «از عمومی شدن حقوق خصوصی تا خصوصی شدن حقوق عمومی: مشروعیت و قلمرو مداخله دولت در اندیشه هابرماس»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره چهل و پنجم، ۱۳۹۴، شماره ۲.
۷. هندال، پتر، «یورگن هابرماس: سیطره عمومی»، ترجمه: هاله لاجوردی، نشریه اغنون، ۱۳۸۱، شماره ۲۰.

ج) پایان‌نامه

۱. کمالوند، محمدمهدی، «تحلیل حق بر آزادی اجتماعات در پرتو اسناد بین‌المللی حقوق بشر و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق بشر، دانشگاه مفید، ۱۳۹۱.

2-Latin Source

A) Book

- 1-Eriksen, E.O. (Ed.), Making the European Polity: Reflexive integration in the EU (1st ed.). London: Routledge, 2005
- 2-Feinberg, J., Rights, justice, and the bounds of liberty: Essays in social philosophy, Princeton University Press, 2014
- 3-Habermas, Jürgen, (German (1962), English Translation 1989)), The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society, (translated by: Thomas Burger), Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 1989
- 4-Habermas, Jürgen, justification and application: remarks on discourse ethics, (trans. C. Cronin), Cambridge: polity press, 1993

- 5-Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990
- 6-Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action (Vol. 2), Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Translated by Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987
- 7-Habermas, Jürgen, *Truth and Justification* (trans. B. Fultner), Cambridge, MIT press, 2003
- 8-Mill, John Stuart, *On Liberty*, The Floating Press, 2009.
- 9-Neal Tate, C. and Tobjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995
- 10-Shapiro, Martin and Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002

B)Article

- 1-Arturs, Harry W. and Robert Kreklewich, "Law, Legal Institutions, and the Legal Profession in the New Economy", in *Osgoode Hall Law Review*, Vol. 34, No. 1, 1996
- 2-Bohman, Cf. James, "Constitution Making and Democratic Innovation: The European Union and Transnational Governance", *European Journal of Political Theory*, 2004
- 3-Brooker, Penny, "The Juridification of Alternative Dispute Resolution", *Anglo American Law Review*, Vol. XX, 1999
- 4-Communication for Governance and Accountability Program (Comm GAP), "The Public Sphere: towards a new Agora", The World Bank 1818 H Street, NW, MSN U11-1102 Washington DC, 2008
- 5-Deflem, Mathieu, "Law in habermas's theory of communicative action", Pontificia Universidad Javeriana Colombia, 2008
- 6-Eder, Klaus, "Theory, Culture & Society", *The Public Sphere*, SAGE Publications, London, Thousand Oaks, CA and New Delhi, Vol. 23, 2006
- 7-Flyvbjerg, Bent, "Ideal Theory, Real Rationality: Habermas Versus Foucault and Nietzsche", Political Studies Association's 50th Annual Conference, The Challenges for Democracy in the 21st Century, London School of Economics and Political Science, 10-13 April, 2000
- 8-Habermas, Jürgen, "The Public Sphere: An Encyclopedia Article", In: *Critical theory*

and Society A Reader (ed. Stephen E. Bronner and Douglas Kellner), New York: Routledge, 1989, 136–142

9-Knodt, Eva, “Toward a Non- Foundationalist Epistemology: the Habermas/ luhmann, Controversy Revisited”, New German Critique, Duke University Press, No. 61, 1994

10-March, James, “Toward a Critique of Habermas’s Philosophy of Law”, Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2001

11-Sweet, Alec Stone, “Judicialization and the Construction of Governance”, in: Martin Shapiro and Alec Stone Sweet on Law, Politics and Judicialization, Oxford, Oxford University Press, 2002

C)Site

1-Boyte, H. C., beyond deliberation: citizenship as public work, 1995, available at:www.cen.org/newcitizenship

استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران؛ تأملی بر تحولات تاریخی از دوره مشروطه تا قانون اساسی (با تأکید بر مرحله استخدام و گزینش)

میثم قلی زاده*

عباسعلی سلطانی**

محمدهادی قبولی درافشان***

چکیده

اصل استقلال قضا، یکی از اصول تضمین‌کننده دادرسی عادلانه است. استقلال از دو بعد قابل بررسی است: بعد اول، استقلال نهادی قوه قضاییه است که بر اساس آن، قوه قضاییه باید مستقل از دیگر قوا عمل کند و تحت تأثیر نفوذ و مقاصد سیاسی دیگر قوا نباشد. بعد دیگر استقلال، استقلال فردی قضا است و منظور از آن، اعمال نشدن هیچ گونه فشار از ناحیه مقامات مافوق و نیز فشارهای سیاسی است. البته استقلال قضایی دارای ابعاد گوناگونی است از جمله: بی‌طرفی، سلامت و شایستگی. قانون‌گذار برای تضمین اصل استقلال قضا، سازوکارهایی را در نظر گرفته است که از آن جمله می‌توان به رعایت مقررات در فرآیند جذب و گزینش قضا، اعمال مصونیت شغلی، مصونیت مدنی و مقررات مربوط به عزل، انتقال و تغییر قضا اشاره کرد. پیش‌بینی اصل استقلال قضایی در قوانین دوران مشروطه ظهور یافت و در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و نیز برخی قوانین عادی به اصل استقلال قضا اشاره شده است. یکی از مهم‌ترین مراحل که اهمیت اصل استقلال قضا در آن نمود می‌یابد، مرحله ورود به خدمت و استخدام قضا است. مقررات مربوط به استخدام و گزینش قضا در اختیار قوه قضاییه است و از نظام عام استخدامی که در اختیار قوه مجریه است، خروج موضوعی دارد. مسئله اصلی این پژوهش، بررسی قوانین موجود و تحولات تاریخی تضمین اصل استقلال قضا در فرآیند گزینش است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خان‌های استفاده شده است. بر اساس این مطالعه، قانون‌گذار به ویژه بعد از پیروزی انقلاب اسلامی تلاش کرده است اصل استقلال قضا را به صورت مؤثرتری محقق کند، اما همچنان کاستی‌هایی در تحقق کامل این اصل وجود دارد که برای رفع این مشکل، قوانین موجود باید اصلاح شوند.

کلیدواژه‌ها: استقلال فردی، استقلال نهادی، بی‌طرفی، قانون اساسی، تفکیک قوا، قوه قضاییه، استخدام، گزینش.

*. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران. mr.meysamgh@yahoo.com

** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران. (نویسنده مسئول) soltani@um.ac.ir

*** استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی، مشهد، ایران. h.ghaboli@um.ac.ir

مقدمه

در دولت مدرن مبتنی بر قانون اساسی، استقلال دستگاه قضایی در نظریه تفکیک قوا ریشه دارد. در نظام مبتنی بر نظارت و تعادل متقابل نهادهای حکومتی، تفکیک قوا به منظور جلوگیری از سوء استفاده از قدرت تدوین می‌شود. این استقلال به آن معناست که هم دستگاه قضایی به عنوان یک نهاد و هم قضات به عنوان تصمیم‌گیرندگان پرونده‌های قضایی باید وظایف و مسئولیت‌های خود را بدون اثرپذیری منفی از قوای مجریه و مقننه و دیگر عوامل فشار انجام دهند.

افزون بر ملاحظات سازمانی در تأمین استقلال شخصی قضات، مدل نظام سیاسی مبتنی بر نظریه تفکیک قوا نیز بر ضرورت استقلال قوه قضاییه از دیگر قوای حکومتی اثر دارد. استقلال قوه قضاییه در خدمت اهداف مهم سیاسی هم‌چون حفاظت از حاکمیت قانون، جلوگیری از تمرکز قدرت و استبداد سیاسی و کنترل قدرت در نظام نظارت و تعادل قرار گرفته است و نظام‌های مختلف بیش از پیش به اهمیت استقلال سازمانی قوه قضاییه توجه کرده‌اند.^۱

اصل استقلال قضایی که با محوریت استقلال قضات در دستگاه قضایی تعریف می‌شود، از بنیادی‌ترین اصول دادرسی منصفانه در دستگاه عدالت‌گزار قضایی به شمار می‌رود. دولت‌ها در قوانین و هنجارهای داخلی خود به شیوه‌های مختلفی برای تضمین آن تلاش کرده‌اند و در اسناد بین‌المللی هم بر آن تأکید شده است.^۲

تاریخ قضای اسلامی از حساسیت و ارزش والای قضاوت در راستای تحقق عدالت اسلامی و حفظ حقوق آحاد جامعه و برخورداری همه افراد از رسیدگی قانون‌مدار و عادلانه در دادگاهی منصفانه و بی‌طرف حکایت دارد. قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران نیز به تبعیت از الگوی اسلامی، برای قاضی به عنوان ارزشمندترین سرمایه قوه قضاییه در مقابله با مفسدین، جایگاهی رفیع قائل است.^۳

در تبیین هدف استقلال قضایی آورده‌اند که در رژیم‌های آزادی‌خواه و دموکراتیک، قوه قضاییه در مقابل قوه مجریه و قوه مقننه استقلال دارد و هدف از آن نیز تأمین بی‌طرفی در امر قضا و تضمین آزادی‌هاست.^۴ استقلال قضایی سه گونه است: استقلال به معنای انفکاک

۱. یاور، اسدالله و قاسم تنگستانی، «نظام پاسخ‌گویی قوه قضاییه و نسبت آن با استقلال این قوه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم، شماره ۹۵، ۱۳۹۵، ص ۱۵۳.

۲. رستمی، ولی و همکاران، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: گرایش، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۲۶.

۳. فرمنش، طاهره و همکاران، «بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی با استقلال قضایی مجتهد»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۰، ص ۳۵۲.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۷۳.

نسبی قوا، استقلال شخصی و فردی قاضی و استقلال از حکومت و قدرت. دو نوع اول و دوم نسبی‌اند، ولی نوع سوم مطلق است و به هر میزان، نوع سوم استقلال قضا در جامع‌های قوی و نهادینه باشد، حفظ حقوق و آزادی‌های مشروع ملت و جامعه، به صورت بهتری امکان‌پذیر خواهد شد.^۱

استقلال قضایی از مسائل بنیادین حقوق عمومی است؛ زیرا اعتماد عمومی به حکومت، تحقق حکومت قانون و دادرسی عادلانه در هر جامعه تا حدود زیادی به میزان استقلال قضایی وابسته است. نهادینه شدن جریان مردمی و حکومت مردم‌سالار به تثبیت و اشاعه فرهنگ حاکمیت قانون و قانون‌گرایی ارتباط تام دارد و از سوی دیگر، استقلال قضایی از پیش‌فرض‌های مهم تثبیت فرهنگ قانون‌گرایی به شمار می‌رود.^۲ حساسیت موقعیت قوه قضاییه چنان استقلالی را می‌طلبد که با استقلال دیگر دستگاه‌های عمومی تفاوت کلی و اصولی دارد و یکی از ارکان استقلال ملت است.^۳

دستگاه‌های اداری دیگر قوا نیز از نظر حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین زیر نظر سازمان بازرسی کل کشور قرار دارند و می‌توان از تصمیمات و اعمال خلاف قانون آن‌ها در دیوان عدالت اداری شکایت کرد. هر دو نهاد هم تحت نظارت رییس قوه قضاییه تشکیل شده‌اند. با این حال، قوه قضاییه، مستقل از دیگر قواست.^۴

در خصوص دلیل یا دلایل پیش‌بینی مقررات خاص استخدامی در نظام حقوقی ایران گفته شده است: «دلیل مستثنا کردن برخی از وزارت‌خانه‌ها و مؤسسه‌ها از شمول قانون استخدام کشوری روشن است. این دلایل، فنی و سیاسی هستند. چنان‌که قوه مقننه بر طبق دستور قانون اساسی، قوه مستقلی است، به این جهت لازم بوده است مسائل استخدامی و دیگر مسئله‌های اداری مربوط به این قوه از قلمروی قدرت قوه مجریه خارج باشد و به دست مسئولان خود قوه مقننه تنظیم گردد. در خصوص پیش‌بینی مقررات خاص استخدامی برای قضات نیز بیان شده است: دادرسان قوه قضاییه به علت اصل استقلال قضات مشمول قانون استخدام کشوری نیستند».^۵

۱. شاملو، باقر و شهرام محمدی، «نقض بی‌طرفی و استقلال قاضی؛ جلوه‌های از اقدام مُخِلّ دادرسی عادلانه»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۶، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸.

۲. لارکینز، کریستوفر، «استقلال قضایی و مردمی شدن»، ترجمه: محمدحسین زارعی، راهبرد، شماره ۲۵، ۱۳۸۱، ص ۳۹.

۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۳۷۳.

۴. محسنی، حسن و مجید غمامی، «رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۳۰۳.

۵. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران (جلد ۲)، تهران: توس، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۸۵.

مسئله اصلی این پژوهش، بررسی موضع نظام حقوقی ایران نسبت به وضعیت استقلال قضاوت در مرحله گزینش با توجه به قوانین عادی، قانون اساسی و نیز قوانین مصوب در دوران مشروطیت است. دلایل تضمین کننده استقلال قضایی در دو بعد استقلال نهادی و فردی قابل بررسی است. در خصوص تضمین استقلال فردی، مواردی مانند مصونیت شغلی، شیوه گزینش و استخدام، نحوه ترفیع رتبه و جابه جایی در مقررات مربوط به قانون اساسی و نیز قوانین عادی و قوانین قبل از انقلاب اسلامی قابل بررسی است. روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه های استفاده شده است.

گفتار اول. مفهوم شناسی استقلال قضایی

دو مفهوم «عدالت» و «دادرسی» در تاریخ تمدن بشری ریشه دارند و عدالت از زمان های گذشته جزء ذاتی دادرسی محسوب می شود. دادرسی عادلانه شامل اصول و موازین گوناگونی است که اصل استقلال از آن جمله است. منظور از استقلال قضایی این است که دادرسان در صدور رأی تنها قانون و وجدان را حاکم اعمال خود قرار دهند و به دستورها، نظرها و خواسته های دیگران توجهی نداشته باشند، از هیچ مانع و رادعی نهراسند و بیم انفصال، تنزل رتبه و مقام تغییر محل خدمت و موقعیت شغلی به خود راه ندهند.^۱

استقلال قضاوت، یکی از اصول اساسی دولت مشروطه و یکی از دستاوردهای حکومت های دموکراتیک مدرن تلقی می شود. در قوانین اساسی بسیاری از کشورها به ضرورت استقلال قضایی و حسب مورد، برخی از تضمین های این اصل توجه شده است. ایده کلی آن است که هیچ شخص یا مقام دولتی یا غیر دولتی نباید بتواند نظر و تصمیم خود را به قاضی دیکته کند.^۲ به نگاه برخی از حقوق دانان، «قضاوت فقط باید از حیث مقام و عدم اعمال نفوذ دارای استقلال باشند که در احقاق حق و صدور دادنامه از هیچ مانع، رادع و مؤاخذهای بیم نداشته و از انفصال یا تغییر محل خدمت یا هیولای رعب انگیز انتظار خدمت نهراسند».^۳

بند اول. استقلال نهادی

استقلال نهادی به این معناست که قوه قضاییه باید از دیگر قوا یعنی قوه مجریه و

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری (جلد ۴)، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۹۹.

۲. تنگستانی، ابوالقاسم، ویژگی های اختصاصی شغل قضاوت نسبت به سایر مشاغل دولتی (از حیث تأثیر آن در طراحی نظام خاص استخدامی)، زیر نظر: عباس توازنی زاده، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۵.

۳. نوری زاده، حسین، «امنیت قضایی»، ماهنامه کانون و کلا، بی تا، ص ۳۳.

مقننه مستقل باشد و با شناسایی تفکیک قوا باید از قوه قضاییه در برابر نفوذ یا مداخله ناروای خارجی دیگر قوا حمایت کرد. استقلال نهادی به خودی خود، هدف نیست، بلکه وسیله‌ای است برای دستیابی به هدف اصلی که همان استقلال قضایی است.^۱ با توجه به اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون اساسی، استقلال قضایی مطلق است، اما استقلال دستگاه قضایی نسبی است. با این حال، استقلال مطلق قضایی ایجاب می‌کند که با دیگر دستگاه‌ها ارتباطی نداشته باشد و از آن‌ها اثر نپذیرد.^۲ استقلال قضایی نه تنها باید بر شخصیت تمامی قضات حاضر در دستگاه قضا اثر بگذارد، بلکه باید مجموعه قوه قضاییه را به عنوان نهادی که بخشی از قدرت عمومی را در اختیار دارد و مجری توافق عموم جامعه در ایجاد عدالت محسوب می‌شود، مجزا از دیگر اشخاص اعم از حقیقی یا حقوقی و دولتی یا خصوصی به نمایش بگذارد.^۳

به این ترتیب، استقلال قضایی باید کامل و همه‌جانبه، در برابر قوه مجریه، در برابر مسئولان قوه قضاییه و حتی در برابر افکار عمومی باشد.^۴ این نوع از استقلال که استقلال نهادی نامیده می‌شود، دربردارنده حقوقی برای دستگاه قضایی است که به جلوگیری از جهت‌گیری و اعمال فشار دیگر قوا و نهادها منجر می‌گردد.

بند دوم. استقلال فردی

حق بر دادرسی عادلانه ایجاب می‌کند که قضات به لحاظ نهادی و شخصی، مستقل از نفوذ و کنترل سیاسی یا اجرایی باشند.^۵ یکی از شروط مهم استقلال قضایی، استقلال شخص دادرس است. استقلال شخصی یعنی آزادی دادرس از هر گونه فشارهای بیرونی است. ممکن است اثرناپذیری قضات از مقامات و نهادهای خارج از قوه قضاییه به ویژه قوه مجریه از اصطلاح «استقلال قضات» به ذهن برسد. در عالم واقع، بیش از آن که استقلال قضات از طریق مسئولان و مقامات دیگر قوا و به صورت خاص، قوه مجریه مخدوش شود، ممکن است به دست مقامات درون قوه قضاییه مخدوش گردد. البته گفتنی است که این

۱. رجبی، عبدالله و اسماعیل کریمیان، «مسند قضا و استقلال قضایی»، مجله پژوهش‌نامه حقوقی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۸۹، ص ۸۰.

۲. همتی، مجتبی و غلامرضا داوودی، «مطالعه تطبیقی استانداردهای رفتار قضایی (اسلام، ایران، امریکا و چین) در پرتو اصول بنگلور»، مجله مطالعات حقوقی، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۲۸۵.

۳. رجبی و کریمیان، پیشین، ص ۷۳.

۴. آخوندی، پیشین، ص ۳۷۵.

۵. فضایی، مصطفی، دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی، تهران: شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۱۸۰.

خداشمار شدن صرفاً بعد ظاهری و دستور علنی مقامات و نهادهای بالادستی به قضات را شامل نمی‌شود، بلکه گاهی اظهار نظر هر چند غیر رسمی یک مقام عالی در قوه قضاییه درباره یک پرونده یا موضوعات و پرونده‌های مطرح در دادگاه‌ها نیز هست.^۱ استقلال قضایی و مستقل بودن قوه قضاییه از قوای مجریه و مقننه، شرطی لازم، ولی ناکافی است. تحقق استقلال قضایی علاوه بر استقلال دستگاه قضایی در گرو استقلال شخص قاضی به ویژه قضات محکمه یا اصطلاحاً قضات نشسته است.^۲ استقلال قاضی در صدور حکم و هر گونه تصمیم‌گیری عادلانه و مبتنی بر واقعیت موجود در پرونده مستلزم آن است که هیچ مقامی، حق تغییر و برکناری او را نداشته باشد. این همان موقعیتی است که از آن به اصل تغییرناپذیری قضات یاد می‌شود.

بند سوم. بی‌طرفی

دیوان اروپایی حقوق بشر در سال ۱۹۹۲ چنین نظر داد: «بی‌طرفی دادگاه به این معناست که قاضی نباید در پرونده مطروحه پیش‌فرض داشته باشد و نباید به گون‌های عمل کند که منافع یکی از طرفین را ارتقا دهد. مبنای اصلی بی‌طرفی را باید برابری افراد نسبت به یکدیگر و در رابطه با مقامات عمومی در برابر قانون و دادگاه دانست».^۳ عینیت یافتن اصل استقلال قضایی، شرط دومی هم دارد و آن، استقلال مجموعه دستگاه قضایی از دیگر ارکان حکومت به وسیله اصل تفکیک قواست. به یک تعبیر، استقلال دستگاه قضایی یعنی دیگر ارکان حکومت به قضاوت‌ها و تصمیم‌گیری‌های نهاد قضایی احترام بگذارند؛ قوه قضاییه، بودجه کافی از قوه مقننه دریافت کند و استقلالش، موضوع مصالحه‌های سیاسی قرار نگیرد.^۴ سازمان ملل متحد در گزارشی با عنوان «استقلال، بی‌طرفی و یک‌پارچگی دستگاه قضایی» با در نظر داشتن سند اصول اساسی در مورد استقلال دستگاه قضایی، چارچوب حقوقی استقلال قضایی را ترسیم می‌کند:

۱. پروین، خیرالله و حسین آیینہ نگینی، «تأملی بر آثار صلاحیت قضایی رییس قوه قضاییه در پرتو بازشناسی این صلاحیت در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۷، ص ۱۲۶.

۲. دهقانی، علی، «استقلال قضایی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانون‌گذاری»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۵، ۱۳۸۸، ص ۸۷.

۳. ناجی، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶، ۱۳۸۸، ص ۳۳.

۴. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «عدالت روی‌های و تحول‌گرایی در لایحه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۳۵۸.

۱. انحصاری شدن صلاحیت رسیدگی به امور قضایی در قوانین؛
۲. شروع و خاتمه دعاوی در درون قوه قضاییه و در نظر گرفتن صلاحیت بازنگری در آراء، تن‌ها توسط دادگاه بالاتر؛
۳. صلاحیت دادگاه‌ها در بی‌اعتبار اعلام کردن قوانین و مقررات مغایر قانون اساسی یا موازین حقوق بشری و نظارت بر کارکرد دستگاه اجرایی؛
۴. امکان ناپذیری تشکیل مراجعی خارج از دستگاه قضایی و به موازات دادگاه‌ها؛
۵. لزوم الزام‌آور بودن تصمیمات قضایی.
۶. استقلال نهادی در چهار سطح اداری، مالی، الزام‌آوری تصمیمات و داشتن صلاحیت انحصاری^۱.

گفتار دوم. تضمین اصل استقلال قضایی در دوره مشروطیت

بند اول. سیر تاریخی

پس از تصویب متمم قانون اساسی مشروطیت در سال ۱۲۸۶، قواعد و مقررات عادی برای تنظیم و تثبیت قوه قضاییه به تصویب رسید. اولین قانون، قانون اصول تشکیلات عدلیه و شرعیه و حکام صلیحه مصوب کمیسیون عدلیه مجلس شورای ملی در ۲۱ رجب ۱۳۲۹ بود. بر طبق ماده ۱۵ این قانون، رؤسا و اعضای محاکم و صاحب‌منصبان و مستنطقین عدلیه را دولت تعیین می‌کرد. به این ترتیب، از همان ابتدا قوه قضاییه زیر نفوذ و تأثیر قوه مجریه قرار گرفت. متمم قانون اساسی مشروطیت در اصل ۸۱ و ۸۲، دو شاخص مهم استقلال قضات (منع عزل و تغییر سمت و محل قضات) را به رسمیت شناخته بود، اما در ابتدای مشروطیت، تفسیرهای نامحدودی از این اصول می‌شد.

در قانون یادشده، در باب سوم که موارد عزل حکام عدلیه را پیش‌بینی کرده بود، از قبیل ارتکاب جنحه و جنایت و اعمالی که خلاف شرف قضات باشد، حکم عزل آن‌ها را به رسیدگی و رأی مجلس عالی موکول کرده بود که این حکم را وزیر عدلیه اجرا می‌کرد. از طرف دیگر، اگر قاضی، بیمار بود و نمی‌توانست کار کند، قانون مقرر داشته بود اگر استعفا ندهد، باید احضار شود و اگر باز استعفا نمی‌داد، خود به خود مستعفی شناخته می‌شد. در قوانین دیگری نیز از قبیل قانون استخدام قضات ۱۳۰۲، انتظار خدمت پیش‌بینی شده بود. قوانین و مقررات جزئی در همان اوایل وضع شده بود، اما اسناد و مدارک موجود از رعایت نشدن اصل استقلال قضات در آن زمان حکایت دارد. کاپیتولاسیون هم وجود داشت. در همین زمینه، اداره‌های در وزارت خارجه تشکیل شده بود به نام اداره محاکمات که دعاوی اتباع روسیه را با ایرانی‌ها

۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و سمانه رحمتی‌فر، «استقلال قضایی به مثابه پیش‌شرط توسعه حقوق شهروندی»، فصل‌نامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۱۸.

در تهران به این اداره و در شهرستان‌ها به کارگزاری‌ها ارجاع می‌دادند.^۱ قضات نه تن‌ها در صدور حکم، بلکه در اجرای حکم نیز استقلال نداشتند. «اجرای احکام در آن تاریخ واقعاً دشوار و سهمگین بود. به کار بردن آن احکام بر ضد منتفذان و سرمایه‌داران و اعیان و اشراف آن روزگار کار ساده‌ای نبود؛ چون آن افراد، عدلیه را قبول نداشتند».^۲

پس از تغییر حکومت، رضا شاه برای این که وضعیت دادگستری و قضایی کشور را اصلاح و خود را به عنوان شخصی طرفدار اجرای عدالت معرفی کند، علی‌اکبر داور را به عنوان وزیر عدلیه برگزید. داور در ۲۰ بهمن ۱۳۰۵، همه تشکیلات قضایی و اداری وزارت عدلیه را منحل کرد.^۳ وی در جلسه علنی پنج‌شنبه ۲۷ بهمن ۱۳۰۷ در زمینه اصلاح دادگستری، لایح‌های را تقدیم مجلس شورای ملی کرد و خواهان تصویب این ماده واحده شد: «وزیر عدلیه مجاز است به وسیله کمیسیون‌های مرکب از اشخاص بصیر، مواردی راجع به اصلاح اصول تشکیلات و محاکمات و استخدام عدلیه تهیه و به موقع اجرا بگذارد تا پس از آزمایش در عمل به مجلس شورای ملی پیشنهاد نماید. کمیسیون‌های مذکور، چهار ماه پس از تصویب این قانون منحل می‌شوند.

تبصره: وزیر فعلی عدلیه می‌تواند اشخاصی را که لازم می‌داند اعم از این که سابقه استخدام دولتی داشته باشد یا نه، برای مؤسسات اداری و محاکم عدلیه انتخاب نموده، مؤسسات و محاکم را از این اشخاص دایر نماید».

هنگام بررسی این ماده واحده در مجلس شورای ملی، مخالفت‌هایی نیز با استدلال مخالف بودن این ماده واحده با قانون اساسی صورت گرفت، اما این ماده واحده به تصویب رسید.^۴ به این ترتیب، مهم‌ترین شاخص استقلال قضایی (منع عزل و انفصال قضات) از طریق تصویب یک ماده واحده نقض و یکی از قوای مملکت تعطیل شد. دیگر شاخص مهم استقلال قضایی، منع تغییر و انتقال قضات است. در سال ۱۳۱۰،

۱. منصوریان، جعفر، «الغای کاپیتولاسیون»، مجله حقوق مردم، سال یازدهم، شماره‌های ۴۲ و ۴۳، ۱۳۹۱، ص ۳.

۲. عاملی، باقر، داور و عدلیه: علی‌اکبر داور و نقش او در تأسیس دادگستری نوین ایران، تهران: نامک، ۱۳۹۷، ص ۱۴: «مشهور است که وقتی عدلیه، فرمان‌فرما را برای پاره‌ای از توضیحات احضار کرد، وی ضمن نثار چندین دشنام و ناسزا گفت: عدلیه باید نزد من بیاید، نه من نزد او بروم».

۳. عاملی، باقر، روزشمار تاریخ ایران از مشروطه تا انقلاب اسلامی (جلد ۱)، تهران: گفتار و نامک، ۱۳۸۷، ص ۲۱۸.

۴. داور در دفاع از ماده واحده خویش در پی اعتراض یکی از نمایندگان چنین اظهار نظر می‌کند: «اولاً در نظر آقا باشد، قانون اساسی اظهار نمی‌کند که باید حکماً فلان قدر محکمه باشد، فلان قدر تشکیلات باشد. این تشکیلات را نمی‌شود کم و زیاد کرد. می‌گوید قاضی را نمی‌شود منفصل کرد، مگر به حکم قانون. بنده کاری که کرده‌ام، عبارت بوده است از انحلال تشکیلات عدلیه یک شهر، کاری است که در این مملکت سابقه داشته،

قانون تفسیر اصل ۸۲ قانون اساسی به تصویب رسید. در مهر ۱۳۲۳ هم وزارت دادگستری در لایح‌های که به مجلس شورای ملی تقدیم کرد، خواهان حذف قانون تفسیر اصل ۸۲ و دادن اختیار سلب رتبه قضایی از مأموران متخلف به دادگاه انتظامی شد که این لایحه به کمیسیون رفت، اما هرگز طرح و بررسی نشد.

بند دوم. اصل استقلال در فرآیند جذب و گزینش قضات (دوره مشروطه)

اولین قانون در این زمینه، قانون اصول تشکیلات عدلیه، مصوب ۱۳۲۹ هـ.ق بود که به موجب آن، قضات عالی‌مقام (رؤسا و مستشاران تمیز، رؤسا و کارمندان محاکم استیناف و رؤسای محاکم ابتدایی) به تصویب وزیر عدلیه و با صدور فرمان همایونی منصوب می‌شدند و دیگر قضات به حکم وزارتی.^۱ در ۲۵ خَمَل (فروردین) ۱۳۰۲، قانون استخدام حکام و محاکم عدلیه و صاحب‌منصبان پارکه به تصویب رسید. در این قانون، تغییرات چندانی صورت نگرفته و استخدام قضات همچنان در دست وزیر دادگستری باقی مانده بود. در اختیار گرفتن امور قضایی کشور به دست شخصی به نام وزیر دادگستری که خود، جزء کابینه دولت و قوه مجریه بود، از ابتدا استقلال قضایی را زیر سؤال برد و مفاسدی به همراه آورد.

گفتار سوم. سازوکارهای تأمین استقلال قضات در قانون اساسی و قوانین عادی

برخی از نویسندگان بر این نظرند که مفهوم استقلال مندرج در اصل ۱۵۶ قانون اساسی از استقلال به کار رفته در اصل ۵۷ متفاوت است. بر اساس این نظر، استقلال در اصل ۱۵۶ در معنای بی‌طرفی و استقلال در تشخیص حق و عدالت به کار رفته و منظور از آن، استقلال کارکردی قاضی در دادرسی است. در این نظر، استقلال اداری و تشکیلاتی قوه قضاییه، طریقی برای تأمین استقلال شخصی قضات تلقی می‌شود و از این جهت، موضوعیت ذاتی ندارد.^۲

بند اول. اصل استقلال در گزینش قضات

یکی از اهدافی که در مسیر اصلاح دادگستری باید به آن توجه شود، وجود قضات عالم و متخلق به اخلاق است. قوه قضاییه با جذب افراد شاخص و فرهیخته، زمینه را برای تحقق امنیت و حفظ حقوق شهروندان فراهم می‌کند که انتظار اساسی از عدالت هم همین است.

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: بی نا، چاپ چهارم، ۱۳۴۹، ص ۱۵۶.

۲. آرامش، رسول، «آسیب‌شناسی حقوقی استقلال قضایی و دستگاه قضایی»، مجله وکالت، شماره ۹، ۱۳۸۰، ص ۱۴.

بدیهی است اصلاح دادگستری توسط قضات مستقل قابل اجرا خواهد بود و قضات زمانی استقلال خواهند داشت که شرایط علمی و اخلاقی منصب قضا را داشته و در مسیر انجام وظایف شغلی خود، نفوذناپذیر باشند.^۱

نظام استخدامی مناسب هم برای کارمندان دستگاه‌های اجرایی و هم برای قضات و کارمندان قوه قضاییه، یکی از دغدغه‌های اساسی برای تصمیم‌گیرندگان است؛ زیرا مهندسی یک نظام استخدامی مناسب، نیازمند برخورداری از اطلاعات علمی و فنی بسیار زیادی است. همان‌طور که قانون اساسی، امور اداری و استخدامی قوه قضاییه را به صورت مستقل از دولت منظور کرده است، این نظام در عمل نیز باید از بدنه تصمیم‌گیری دولت جدا شود.^۲ انتصاب یا انتخاب قاضی باید مبتنی بر ضوابط عینی باشد و توسط نهادی مستقل و بدون طرفداری سیاسی صورت گیرد. هر قدر شیوه گزینش و انتخاب قاضی، بیش‌تر بر شایستگی، قابلیت‌های فردی، معیارهای عینی و سنجش‌پذیر استوار باشد، می‌توان استقلال رأی در نظام قضایی را مشاهده کرد. در مقابل، اگر استخدام و گزینش قضات بر معیارهای نامتعارف، مبهم و روابط ناسالم و سیاسی استوار باشد، دایره استقلال به نفع توصیه‌پذیری و پیروی از مقامات بالادست محدود خواهد شد.^۳

یکی از معیارهای مهم برای احراز و تشخیص استقلال قضایی، شیوه‌ای است که از طریق آن، اشخاص برای تصدی منصب قضایی انتخاب و نصب می‌شوند. اصولاً دو روش اصلی برای برگزیدن قضات وجود دارد: یکی، روش انتخاب توسط مردم و دیگری، روش انتصاب از طرف قوه مجریه یا دستگاه‌های دیگری که برای این کار صلاحیت دارند. امروزه در بیش‌تر کشورهای جهان، روش انتصاب قضات متداول است، اما در برخی کشورها هنوز روش برگزیدن قضات از طریق انتخابات عمومی رایج است.^۴

برای این‌که در بی‌طرفی و استقلال قضات هیچ شک و شبهه‌ای نباشد، باید انتصاب قضات بر اساس اصولی عینی صورت گیرد که مشخص‌کننده برتری علمی و اخلاقی داوطلبان باشد. هم‌چنین روند انتصاب قضات باید شفاف و قابل ارزیابی باشد و در این زمینه، تأسیس نهادی مستقل توصیه می‌شود؛ زیرا وجود یک نهاد مستقل در چنین زمینه‌هایی می‌تواند

۱. مهدوی، ابراهیم، «طرق اصلاح دادگستری»، مجله کانون وکلا، شماره ۹۲، ۱۳۴۳، ص ۵۵.

۲. آقای طوق، مسلم، گزارش نشست علمی «آسیب‌شناسی نظام استخدامی قضات و کارمندان قوه قضاییه»، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، بی تا، ص ۳.

۳. ویژه، محمدرضا و محمدرضا محمدی کشکولی، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین اصل بی‌طرفی قضایی در نظام بین‌الملل و حقوق ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۴، ۱۳۹۷، ص ۲۹۳.

۴. صانعی، پرویز، حقوق و اجتماع، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۴۶۰.

به تخصصی شدن امور کمک کند و احتمال تخصصی بودن استخدام قضات را بالا ببرد.^۱ طبق بند ۳ اصل ۱۵۸ قانون اساسی، استخدام قضات عادل و شایسته و عزل و نصب آن‌ها و تغییر محل مأموریت و تعیین مشاغل و ترفیع آن‌ها و مواردی مانند آن، طبق قانون از وظایف رئیس قوه قضاییه است. بنابراین، با مروری بر شیوه انتخاب قاضی برای تصدی امر قضا در ایران می‌توان گفت انتخاب قضات به شیوه کاملاً انتصابی است و نصب قضات به دست رئیس قوه قضاییه است. رئیس قوه قضاییه نیز خود طبق قسمت «ب» بند ۶ اصل ۱۱۰ و نیز اصل ۱۵۷ قانون اساسی، منصوب مقام رهبری است که همین امر، استقلال قضایی را خدشه‌دار کرده است. دیگر ایراد مهم به شیوه انتخاب قضات در نظام قضایی ایران این است که به معیارهای ذهنی در گزینش قضات توجه می‌شود، در حالی که استاندارد مشخصی برای احراز آن‌ها وجود ندارد.^۲

قانونی مدوّن و یک‌پارچه در مورد جذب و گزینش قضات وجود ندارد و به قوانین و آیین‌نامه‌هایی مانند آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضا و استخدام قضات با استناد به بند ۳ اصل ۱۵۸ قانون اساسی ایران، قانون استخدام قضات و شرایط کارآموزی، مصوب ۱۳۴۳ و اصلاحیه آن، قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳۶۱ و اصلاحات آن، ماده واحده قانون اختیارات رئیس قوه قضاییه، مصوب ۱۳۷۱ می‌توان اشاره کرد. بر اساس ماده ۱۴ آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان امر قضا و استخدام قضات، اداره کل گزینش قضات پس از پیمودن مراحل، حداکثر ظرف ۴ ماه با تهیه گردش کار و اعلام نظر، پرونده را به هیئت احراز صلاحیت داوطلبان تصدی منصب قضا ارسال می‌کند. آن مراحل عبارتند از:

۱. استعلام از مراجع ذی‌ربط؛
 ۲. تحقیقات محلی؛
 ۳. مصاحبه عقیدتی و سیاسی؛
 ۴. آزمون‌های روان‌شناختی؛
 ۵. تعدیل و توثیق داوطلب به وسیله حداقل دو نفر مشهور به عدالت.
- اداره کل گزینش قضات موظف است داوطلب منصب قضا را از طریق بررسی روان‌شناختی، سلامت روانی، تناسب هوش و شخصیت ارزیابی کند. احراز صلاحیت داوطلبان بر عهده

۱. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۲۳۱.

۲. جزایری، سید عباس، امنیت قضایی در حقوق کیفری ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر، تهران: سامان دانش، ۱۳۹۴، ص ۸۱.

هیئت‌های سه نفره است که اعضای آن از بین قضات یا مسئولان ستادی قوه قضاییه به وسیله رئیس قوه قضاییه برای مدت سه سال تعیین می‌شوند. مدیر کل گزینش قضات به عنوان دبیر امور اجرایی هیئت‌ها، عهده‌دار اموری از قبیل تعیین مکان و زمان برگزاری جلسات و دعوت از اعضاست. اعضای هیئت پس از ملاحظه پرونده گزینشی داوطلبان و با توجه به نتیجه مصاحبه علمی داوطلب و نظریه اداره کل گزینش قضات در خصوص صلاحیت عمومی نام‌برندگان اظهار نظر می‌کنند. هیئت با اکثریت آرا تصمیم می‌گیرد.^۱

یکی از مصادیق ضعف ساختاری قوه قضاییه، ضعف در فرآیند گزینش داوطلبان منصب قضاست. آفت مهم گزینش‌ها، اعمال سلیقه شخصی گزینش‌گران در روند فعالیت حرف‌های خود است. بر اثر انجام نشدن صحیح گزینش، یا اشخاص نالایق جذب نهاد قضایی می‌شوند یا احتمال وجود دارد که اشخاص سالم امکان حضور نیابند.^۲

نکته دیگر در خصوص شرایط داوطلبان قضا، شفاف نبودن شرایط عقیدتی، سیاسی و اخلاقی است که قانون‌گذار برای داوطلبان قضا در نظر گرفته است. مفهوم عدالت و تعهد عملی به موازین اسلامی و وفاداری به نظام جمهوری اسلامی ایران روشن نیست. به بیان دیگر، این شرایط قابل احراز و بررسی نیست و مصادیق آن هم روشن نیست. امنیت حقوقی داوطلبان قضا ایجاب می‌کند که قانون‌گذار، شرایط انتخاب‌پذیری و شایستگی آن‌ها را به طور شفاف معلوم کند. در حقوق ایران، رئیس قوه قضاییه و مقامات عالی‌رتبه دستگاه قضایی، پس از انتصاب، اختیارات وسیعی در خصوص سرنوشت شغلی قضات دارند.^۳

مطابق تبصره ۱ ماده ۱۱ قانون استخدام قضات با اصلاحات بعدی، درباره جذب و استخدام قضات باید گفت که «در حال حاضر، قوه قضاییه مجاز است همه ساله از پذیرفته‌شدگان در مسابقات ورودی یا از دانشجویان واجد شرایط رشته قضایی، انتخاب و برای ورود به دوره کارآموزی قضایی استخدام نماید.» سوای شیوه آزمون، انتخاب از میان دانشجویان حقوق هم پیش‌بینی شده که نظر به زمان تصویب قانون، تعداد دانشجویان کم بود، ولی اکنون با وفور دانش‌آموختگان حقوق‌سازگاری ندارد. همان‌طور که پیداست، دوره کارآموزی برای قضات وجود دارد که تقریباً معادل آموزش بدو خدمت کارمندان است. مطابق با بند «ث» ماده ۱۱۳ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴

۱. حیدرنژاد، ولی‌الله، «الگوی مطلوب گزینش قضات در نظام جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۷.

۲. پیرنیاکان، امیر لطف‌الله و همکاران، «اصلاح دادگستری در پرتو تنقیح قوانین و مقررات»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۷، ۱۳۹۹، ص ۳۲۱.

۳. عزیزی، ابراهیم و همکاران، «تأثیر روش انتخاب قضای بر استقلال قضایی در حقوق ایالات متحده با نگاهی به حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، شماره ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۳۸.

نیز جذب قضات از طریق آزمون استخدامی و در فضای رقابتی از میان استعدادهای برتر و نخبگان دانشگاهی و حوزوی پیش‌بینی شده است.^۱

در حقوق ایران، برای استخدام قضات باید این مراحل را پیمود: آزمون ورودی، مصاحبه، گزینش و دوره آزمایشی. به موجب ماده ۷ آیین‌نامه قانون گزینش و استخدام قضات، پس از قبولی داوطلب قضا در آزمون و احراز صلاحیت علمی، اداره گزینش و استخدام قضات برای تعیین صلاحیت آنان از طریق مصاحبه و گزینش اقدام می‌کنند. آن گاه قضات دوره آزمایشی سه ساله را سپری می‌کنند. پس از آن و در صورت تأیید صلاحیت نهایی توسط نهادهای بیان‌شده در قوانین استخدامی قضات، به صورت رسمی استخدام می‌شوند. بدیهی است گذراندن دوره آزمایشی توسط قضاتی که از تمامی مراحل گزینش با موفقیت عبور کرده‌اند، نتایج‌های جز خدشه‌دار کردن استقلال آنان نخواهد داشت.^۲

بند دوم. نظارت قضایی بر فرآیند گزینش و استخدام قضات

نظارت قضایی به معنای نظارت دادگاه بر اقدامات و تصمیمات مقام‌ها و نهادهای عمومی بر اساس قواعد و اصول حقوق عمومی است. بر این اساس، دادگاه می‌تواند تصمیم غیر قانونی را ابطال و بی‌اعتباری آن را اعلام کند. بنابراین، دادگاه در نظارت قضایی از صلاحیت بازنگری برخوردار است، نه صلاحیت پژوهشی.^۳

به دلیل رعایت اصل استقلال، فرآیند جذب و گزینش قضات توسط قوه قضاییه صورت می‌گیرد. با این حال، اعمال یادشده، ماهیت و خصلت اداری دارند. رعایت اصل استقلال با امکان نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر فرآیند استخدام و گزینش منافاتی ندارد. بنابراین، رویه قضایی دیوان عدالت اداری هم در سطح شعب و هم در سطح هیئت عمومی نشان‌دهنده نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر تصمیم‌های گزینشی و استخدامی قضات است. برای نمونه، هیئت تخصصی استخدامی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۱۴۰۱/۵/۲۵-۱۴۰۱/۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۳۲۹ که در مقام ابطال شرط معدل قیدشده در شرایط استخدام قضات سال ۱۴۰۰ صادر گردیده، با استدلالی صحیح، شکایت را رد کرده است. شاکی در بیان شکایت خود و دلایل آن، قرار دادن شرط معدل را با اصل برابری، مغایر

۱. آگاه، وحید و مهدی حسنونند، «امکان سنجی بازگشت قضات به حقوق عام استخدامی پس از ۱۱۰ سال:

تحلیل مبحث ورود به خدمت»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۰، ۱۴۰۱، ص ۱۰۶.

۲. جزایری فارسانی، سید عباس و فاطمه علی‌اصغرزاده، «نحوه گزینش قضات و تأثیر آن بر استقلال قضایی در حقوق کیفری ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق، شماره ۱۷، ۱۴۰۰، ص ۱۸۹.

۳. شفیعی سردشت، جعفر و همکاران، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادم، شماره ۹۶، ۱۳۹۵، ص ۱۳۰.

و مصداقی از تبعیض ناروا دانسته است. هم‌چنین به کلیات قوانین استخدامی از جمله ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری اشاره کرده است. در مقابل، هیئت عمومی در رأی صادرشده تصریح کرده است: «به موجب بند ۳ اصل ۱۵۸ قانون اساسی، استخدام قضات شایسته و عزل و نصب آن‌ها از وظایف رییس قوه قضاییه می‌باشد و دخالت سایر قوا در این امر موجب تضعیف اصل تفکیک قوا می‌باشد و به همین لحاظ، در ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، قضات از شمول قانون مذکور خارج شده‌اند. ثانیاً آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی در قضا و استخدام قضات به استناد اصل ۱۵۸ قانون اساسی به تصویب رییس قوه قضاییه رسیده است که در آن، نحوه احراز شرایط برای استخدام قضات تعیین شده است. ثالثاً آرای مورد اشاره هیئت عمومی که شاکی در دادخواست خود به آن استناد نموده است، در خصوص آزمون استخدامی بانک ملی و آزمون استخدامی سازمان تأمین اجتماعی می‌باشد که در مقررات مربوط یعنی قانون مدیریت خدمات کشوری و آیین‌نامه استخدامی سازمان تأمین اجتماعی، تعیین شرط معدل و جاهت قانونی نداشته، لیکن استخدام قضات مشمول مقررات مورد استناد مذکور نمی‌باشد. با عنایت به مراتب فوق، شرط معدل قیدشده در شرایط استخدام اختصاصی سال ۱۴۰۰ قضات، مغایرتی با قوانین نداشته و قابل ابطال نمی‌باشد».

در این رأی، هیئت تخصصی استخدامی با درک صحیح از وضعیت استخدام قضات و لزوم رعایت اصل استقلال در مرحله جذب و اختصاصی بودن فرآیند جذب به قوه قضاییه، مقررات عام استخدامی را در خصوص قضات قابل اعمال ندانسته و به رد شکایت حکم داده است. هیئت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه دیگری به شماره ۱۳۷۹/۱۲/۲۲-۱۲۱ در پرونده کلاسه ۷۶/۳۴ با موضوع ابطال دستورالعمل‌های اجرایی تبدیل وضعیت کارکنان قوه قضاییه از اداری به قضایی چنین آورده است: «نظر به این که استخدام قضات به حکم بند ۳ اصل ۱۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از اختیارات خاص قوه قضاییه است و وضع ضوابط مربوط به شرایط ورود به خدمت قضایی از لوازم اختیار مذکور محسوب می‌شود و از مقوله استخدام و انتصاب اشخاص به مناسب قضایی یا تبدیل وضعیت استخدامی کارکنان اداری به قضایی نیست، بنابراین، مفاد دستورالعمل مورد شکایت، مغایرتی با قانون ندارد».

هیئت‌های گزینش قوه قضاییه در فرآیند جذب و گزینش قضات در مقام دادگاه اختصاصی اداری عمل می‌کنند. بنابراین، شکایت از تصمیمات و آرای صادرشده از آن‌ها بر اساس بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، در شعب دیوان قابل شکایت است. شعبه ۲۶ تجدید نظر در مقام رسیدگی به اعتراض شاکی نسبت به هیئت مرکزی گزینش، با این استدلال که رسیدگی در هیئت بدون توجه به ارزش و اعتبار دلایل بوده و در آن، به حقوق مکتسب شاکی و

امنیت شغلی توجهی نشده است، مستند به مواد ۲ و ۱۵ قانون گزینش کشور ضمن نقض دادنامه شعبه بدوی، به وارد بودن شکایت و رسیدگی مجدد در هیئت مربوط حکم داده است.

بند دوم. مصونیت شغلی

بر اساس ماده ۴۲ قانون اصول تشکیلات دادگستری، تعقیب کیفری قضات به اجازه دادگاه عالی انتظامی قضات وابسته است. در این ماده آمده است: «هر گاه در اثنای رسیدگی کشف شود که کارمند قضایی، مرتکب جنحه یا جنایتی شده و دادستان انتظامی قضات آن را مقرون به دلایل و قرائن ببیند که تعقیب کیفری را ایجاب نماید، تعلیق کارمند مظنون را از شغل خود تا صدور رأی نهایی مراجع کیفری از دادگاه عالی انتظامی تقاضا می‌نماید. دادگاه پس از رسیدگی به دلایل، قرار مقتضی صادر خواهد نمود و در صورت براءت، ایام تعلیق جزء مدت خدمت محسوب و مقرری آن به کارمند داده خواهد شد».^۱

در سال ۱۳۷۶، قانون جدیدی با نام «قانون رسیدگی به صلاحیت قضات» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و جای‌گزین «قانون تشکیل محکمه عالی انتظامی قضات»، مصوب ۱۳۷۵ شد. این قانون نیز دارای یک محکمه است که وظیفه رسیدگی به صلاحیت قضایی کسانی را دارد که در صلاحیتشان طبق موازین قانونی از ناحیه مقامات مصرّح در این قانون تردید هست. ممکن است در صلاحیت این مرجع با دادگاه عالی انتظامی اشتباه پیش آید که به نظر می‌رسد قانون‌گذار خواسته است نوعی تخصیص وظیفه یا تقسیم کار انجام دهد.

با دقت در وظایف و صلاحیت دادگاه انتظامی قضات که شامل رسیدگی به سوء شهرت یا رفتار و اعمال منافی حیثیت و شئون قضایی یا انحرافات سیاسی، رسیدگی به تخلفات غیبت غیر موجه و تمرّد از نظامات اداری، اعمال نظرهای خصوصی در تصمیم قضایی و اهمال و مسامحه در انجام وظیفه است، درمی‌یابیم که تکلیف محکمه انتظامی فقط رسیدگی به صلاحیت قضایی شخص قاضی است. این کار هم به این دلیل صورت می‌گیرد که نظام جمهوری اسلامی ایران به امر قضا و دارا بودن شرایط و صفات قضاوت بسیار اهمیت می‌دهد.^۲

بند سوم. عزل، انتقال و تغییر قضات

شرط استقلال را می‌توان قاعده‌های تعریف کرد که در آن بر ارتباط نداشتن قاضی با اشخاصی تصریح شده است که به موجب قانون یا عرف اداری، اختیاراتی دارند که می‌توانند در برخی تصمیم‌های وی تزلزل ایجاد کنند. به علاوه برای انجام مستقل وظایف دادگاه باید تضمین‌هایی

۱. داورنیا، رحیم، «مسئولیت مدنی قاضی در حقوق ایتالیا، فرانسه، ایالات متحده آمریکا و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴، ۱۳۸۵، ص ۱۴۰.

۲. مرادی‌زاده، کیوان، «مبانی مرتبط با استقلال قاضی و امنیت قضات»، دوفصل‌نامه بین‌المللی تحقیقات حقوق قضایی، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۹، ص ۳۳۷.

وجود داشته باشد. این تضمینات به ویژه به شرایط انتصاب و عزل قضات مربوط می‌شود.^۱ طبق بند ۳ اصل ۱۵۸ قانون اساسی ایران، یکی از وظایف رییس قوه قضاییه، عزل قضات است. هم‌چنین طبق اصل ۱۶۴، قاضی را نمی‌توان از مقامی که شاغل آن است، بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است، به طور موقت یا دایم منفصل کرد یا بدون رضایت او، محل خدمت یا سمتش را تغییر داد، مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رییس قوه قضاییه پس از مشورت با رییس دیوان عالی کشور و دادستان کل. رییس قوه قضاییه در سال ۱۳۶۹ از شورای نگهبان، تفسیر اصل ۱۶۴ را جویا شد و پرسید که آیا عبارت «مگر به اقتضای مصلحت جامعه»، به صدر اصل ۱۶۴ مربوط است یا ناظر به جمله دوم این اصل است؟ شورای نگهبان در تفسیر اصل ۱۶۴ قانون اساسی بیان داشت: «استثنای مندرج در اصل ۱۶۴ قانون اساسی صرفاً ناظر به جمله دوم اصل یعنی عبارت «یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد» می‌باشد و ارتباطی به جمله صدر اصل ندارد. بنابراین، رییس قوه قضاییه که عالی‌ترین مقام قوه قضاییه است، نیز نمی‌تواند قضات را بدون محاکمه و ثبوت جرم به صورت دایم یا موقت از خدمت منفصل نماید»^۲ بی‌شک، بهترین روش استخدام قضات از طریق مقامات صلاحیت‌دار و به وسیله آزمون است تا مقامات منصوب‌کننده نتوانند نظر خود را به قاضی تحمیل کنند.^۳

با وجود توجه خاص قانون‌گذار اساسی به استقلال برون‌سازمانی قوه قضاییه، موردی نیز وجود دارد که استقلال ساختاری درون‌سازمانی قوه قضاییه را تهدید می‌کند و می‌تواند بر استقلال قضایی اثر نامطلوب بگذارد. وجود رییس قوه قضاییه که یک مقام سیاسی انتصابی است و اختیارات وسیع این مقام در امور اداری، استخدامی، انتظامی و شغلی قضات و هم‌چنین صلاحیت هنجارسازی وی در قالب بخش‌نامه‌های قضایی می‌تواند به صورت غیر مستقیم، ناقض استقلال شخص قاضی در عمل قضایی باشد. در واقع، باید گفت قوه قضاییه ایران از استقلال برون‌سازمانی بالایی برخوردار است، اما استقلال درون‌سازمانی متزلزلی دارد. مطابق نظریه تفسیری شماره ۴۴۸-۱۳۶۹/۴/۲۳ شورای نگهبان، رییس قوه قضاییه حق عزل قاضی را ندارد و عزل وی تنها در اختیار دادگاه انتظامی قضات و دادگاه عالی رسیدگی به صلاحیت قضات است.

۱. قربانی، علی، «بررسی روبه دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه»، پایان‌نامه دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۸۹.

۲. روستایی حسین‌آبادی، یاسر و حمید علی‌نژاد، «استقلال قضایی، پیش‌شرط دادرسی عادلانه (مطالعه تطبیقی قانون اساسی ایران و فرانسه)»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۱، ۱۳۹۵، ص ۱۵.

۳. قضایی، علی، «بررسی و تحلیل معیارهای مطلوب در رفتارهای قضات»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ص ۷۰.

بند چهارم. دخالت نکردن در امور سیاسی

علاوه بر فشارها و تهدیدهایی که ممکن است گروه‌های بانفوذ جامعه بر قاضی و روند دادرسی اعمال کنند، قضات ممکن است زیر فشار و تهدیدهایی ظریف‌تر و به مراتب، خطرناک‌تر قرار گیرند که به افکار و تمایلات عقیدتی و ایدئولوژی‌های خود آنان مربوط است.^۱

قانون اساسی ایران در مورد دخالت نکردن قضات در سیاست سکوت کرده است. با این حال، چون بالاترین مقام قوه قضاییه، وظیفه تعیین و نصب و انتخاب قضات مستقل را بر عهده دارد، طبق اصل ۱۵۸ دارای وظایف مشخص و معینی است که این وظایف با امور سیاسی منافات دارد. قضات نیز جدای از سیاست‌های دولت و قوه مجریه صرفاً به دادرسی و حل و فصل اختلافات می‌پردازند. هم‌چنین با توجه به اصل ۱۴۱ قانون اساسی و تفسیر آن یعنی ممنوع بودن قاضی از تصدی هم‌زمان قضاوت و نمایندگی مجلس شورای اسلامی (که یک شغل سیاسی است) و بر اساس روح قانون اساسی و سابقه وجود مسئله دخالت نکردن قضات در سیاست می‌توان گفت قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر این امر صّحّه گذاشته است.^۲

بند پنجم. مصونیت مدنی قضات

در ایران نیز همانند بسیاری از کشورهای دارای حقوق نوشته، قضات، مصونیت مدنی مطلق ندارند و در برابر افعال تقصیرآمیز خویش در رسیدگی قضایی به دعوایی مسئولند که منجر به وارد آمدن خسارت به اصحاب دعوا شوند.^۳ به نظر می‌رسد نظام استخدای، سازوکار محوری برای دستیابی به استقلال قضایی باشد. یکی از اصول مهم استقلال قضایی، نداشتن وابستگی استخدای قضات به قوای تقنینی یا اجرایی کشور است. مسئله استخدام قضات اهمیت دارد و در نظام حقوقی ایران، انتخاب قضات از طریق امتحان‌های علمی از بین دانش‌آموختگان رشته حقوق انجام می‌شود که همانند دیگر کارمندان بخش عمومی است.

پیروی از روش انتخاب قاضی در کشورهای دارای نظام حقوقی کامن لا می‌توانست قضاتی شایسته‌تر و مستقل‌تر را وارد دستگاه قضایی کند؛ زیرا قضات در این کشورها از میان

۱. سلمانی سبینی، مرضیه، «مطالعه استقلال قضایی در ایران با نگاهی به نظام قضایی ایالات متحده امریکا»، فصل‌نامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۶، ص ۲۰۸.

۲. سهرابی چهارازی، مریم، «بررسی تطبیقی استقلال قضات در حقوق ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴، ص ۶۵.

۳. داورنیا، پیشین، ص ۳۲.

حقوق دانان دارای تجربه حقوقی انتخاب می‌شوند. اصل ۱۵۸ قانون اساسی، استخدام قضات را از وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه می‌داند و رئیس قوه قضاییه تن‌ها فردی است که به موجب ماده واحده قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴ درباره استخدام و انتخاب قضات تصمیم می‌گیرد. از این نظر به این فرآیند می‌توان انتقاد وارد کرد که رئیس قوه قضاییه، مقامی سیاسی است و انتصاب قضات توسط وی می‌تواند بی‌طرفی در انتخاب قاضی را تنزل دهد.^۱

۱. ویژه و محمدی کشکولی، پیشین، ص ۲۹۰.

نتیجه‌گیری

عدالت اصولاً جنبه‌های مختلف فلسفی، اخلاقی و حقوقی دارد. با این حال، مسلم است که ارزیابی میزان تحقق عدالت در فرآیند اداره امور اجتماعی، مستلزم ملاک‌ها و معیارهای عینی است. فرآیند دادرسی نیز برای آن که عادلانه تلقی شود، باید وصف عینی به خود بگیرد. تن‌ها راه تضمین نتیجه منصفانه و درست در دادرسی کیفری، پیروی از قواعد دادرسی است. از جمله اقداماتی که به تضمین عینی و در نتیجه، عادلانه بودن محاکمه کمک می‌کند، استقلال و بی‌طرفی قاضی است. اهمیت این موضوع به مرتبه‌ای است که توجه حقوق و جامعه بین‌المللی را به خود جلب کرده است، به طوری که اگر در محاکم هنگام رسیدگی به دعاوی از اصول شکلی بی‌طرفی و استقلال عدول شود، مصداق در دسترس نبودن عدالت است. قاضی، اختیارات قانونی زیادی دارد که این اختیارات و قدرت را باید با بی‌طرفی و بی‌غرضی کامل برای حل و فصل دعاوی مردم به کار بندند، نه این که قدرت قانونی خود را برای ارضای تمایلات نفسانی به کار گیرد و حق و قانون را نادیده بشمارد. اصل عدالت و بی‌طرفی و پرهیز از غرض‌ورزی، پایه و اساس دادرسی است و خروج از مسیر عدالت و بی‌طرفی، جرم محسوب می‌شود و مستوجب مجازات است.

چون عمل قضایی، عمل حکومتی نیست، اگر محاکم از نفوذ و سلطه دولت خارج شوند و وابستگی اداری و مالی به دولت نداشته باشند و قضات آن از بین اشخاص دارای شرایط اخلاقی و سوابق علمی و عملی انتخاب شوند، می‌توان زمینه آزادی عمل، استقلال و بی‌طرفی دادگاه و قضات را تا حدود زیادی افزایش داد. بنابراین، ضعف قوه قضاییه ناشی از ضعف قاضی و ضعف قاضی ناشی از روحیه ضعیف و ناآشنایی با قدرت قانونی خود است.

رجوع به پیشینه قانون‌گذاری و بررسی تحولات آن در ایران حکایت از آن دارد که با وجود اهمیت استقلال قاضی در تحقق دادرسی عادلانه، به این موضوع، درست توجه نشده است، بلکه در فرآیند قانون‌گذاری همواره شاهد گسترش اختیارات مقام‌های حکومتی با عنوان‌های مختلف و با هدف محدودسازی استقلال قضات هستیم. تهدید اصلی برای استقلال قاضی در ایران، از درون خود قوه قضاییه و از طرف مقامات قضایی است. بنابراین، به نظر می‌رسد که قوانین و مقررات مرتبط با قضات از چشم‌انداز استخدام و ترفیع شغل و ارتقای مقام، تأمین امنیت شغلی، چگونگی تعقیب انتظامی و رسیدگی به تخلف‌ها، اعتباربخشی به رأی، تفسیر و نظر قاضی باید برای تضمین و رعایت استقلال قاضی، اصلاح شوند؛ چون بدون آن نمی‌توان از استقلال قاضی به مفهوم واقعی آن سخن به میان آورد.

با توجه به نقش قواعد شکلی حقوق در دادرسی عادلانه، شایسته است قانون‌گذار در ارتقای کمی و کیفی اصول استقلال و بی‌طرفی بکوشد و رعایت این اصول را تکلیف کند.

همچنین با تصویب قوانین جامع و مانع در کنار در نظر گرفتن ضمانت اجرای متناسب با جرم، از غرض‌ورزی و اظهار نظر مغایر حق قضایی (ناقض اصل بی‌طرفی قضایی) و توصیه‌پذیری و اعمال نفوذ مأموران قضایی و اداری (ناقض اصل استقلال قضایی) پیش‌گیری کند. نظام حقوقی ایران از لحاظ ساختاری و اصول و آیین رسیدگی دچار ضعف‌ها و نارسایی‌هایی است، به گونه‌ای که در استقلال و بی‌طرفی قضایی به طور جدی تردید وجود دارد. بنابراین، ایجاد محاکم مستقل و بی‌طرف برای تکمیل و تکامل هر چه بیش‌تر نظام عدالت قضایی، تأمین اصل برابری سلاح‌ها و پذیرش نظارت بر عملکرد قضات و مجازات قضایی متخلف پیشنهاد می‌شود.

استقلال قضایی قضات که زیرمجموعه استقلال قضایی قوه قضاییه است، شاخص‌ها و سازوکارهایی دارد که مجموع آن‌ها، اصل استقلال قضایی را تضمین خواهند کرد. این شاخص‌ها عبارتند از: نفوذناپذیری و اثرناپذیری، منع عزل قضات، منع نقض رأی قضایی، تمکن مالی قضات و مشخص بودن وظایف و تکالیف آنان. پس حتی اگر قوانین مربوط، استقلال قضایی را در متون خود تأیید کرده باشند، اما شخص قضایی آن اصول را رعایت نکند، باز استقلال قضایی معنا و مفهوم حقیقی نخواهد داشت.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران (جلد ۲)**، تهران: توس، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۲. آخوندی، محمود، **آیین دادرسی کیفری (جلد ۴)**، تهران: اشراف، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۱. آخوندی، محمود، **آیین دادرسی کیفری (جلد ۴)**، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۴.
۲. آقای طوق، مسلم، **گزارش نشست علمی «آسیب‌شناسی نظام استخدای قضات و کارمندان قوه قضاییه»**، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، بی تا.
۳. بوشهری، جعفر، **حقوق اساسی (جلد ۱)**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۵۳.
۳. تنگستانی، ابوالقاسم، **ویژگی‌های اختصاصی شغل قضاوت نسبت به سایر مشاغل دولتی (از حیث تأثیر آن در طراحی نظام خاص استخدای)**، زیر نظر: عباس توازنی‌زاده، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۴. جزایری، سید عباس، **امنیت قضایی در حقوق کیفری ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر**، تهران: سامان دانش، ۱۳۹۴.
۵. رستمی، ولی و همکاران، **دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران**، تهران: گرایش، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۶. صانعی، پرویز، **حقوق و اجتماع**، تهران: طرح نو، ۱۳۸۱.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
۸. عاملی، باقر، **داور و عدلیه: علی‌اکبر داور و نقش او در تأسیس دادگستری نوین ایران**، تهران: نامک، ۱۳۹۷.
۹. عاملی، باقر، **روزشمار تاریخ ایران از مشروطه تا انقلاب اسلامی (جلد ۱)**، تهران: گفتار و نامک، ۱۳۸۷.
۱۰. فضایی، مصطفی، **دادرسی عادلانه محاکمات کیفری بین‌المللی**، تهران: شهر دانش، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۱۱. متین دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)**، تهران: بی نا، چاپ چهارم، ۱۳۴۹.
۱۲. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)**، تهران: میزان، ۱۳۸۹.

۱۳. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.

۲. مقاله

۱. آرامش، رسول، «آسیب‌شناسی حقوقی استقلال قضایی و دستگاه قضایی»، مجله وکالت، شماره ۹، ۱۳۸۰.
۲. آگاه، وحید و مهدی حسنون، «امکان سنجی بازگشت قضات به حقوق عام استخدامی پس از ۱۱۰ سال: تحلیل مبحث ورود به خدمت»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۰، ۱۴۰۱.
۳. پروین، خیرالله و حسین آیینہ نگینی، «تأملی بر آثار صلاحیت قضایی رییس قوه قضاییه در پرتو بازشناسی این صلاحیت در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال هفتم، شماره ۲۲، ۱۳۹۷.
۴. پیرنیاکان، امیر لطف‌الله و همکاران، «اصلاح دادگستری در پرتو تنقیح قوانین و مقررات»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۷، ۱۳۹۹.
۵. جزایری فارسانی، سید عباس و فاطمه علی‌اصغرزاده، «نحوه گزینش قضات و تأثیر آن بر استقلال قضایی در حقوق کیفری ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق، شماره ۱۷، ۱۴۰۰.
۶. داورنیا، رحیم، «مسئولیت مدنی قاضی در حقوق ایتالیا، فرانسه، ایالات متحده آمریکا و ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۴، ۱۳۸۵.
۷. دهقانی، علی، «استقلال قضایی در نظام قضایی ایران در پرتو تحولات قانون‌گذاری»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۵، ۱۳۸۸.
۸. رجبی، عبدالله و اسماعیل کریمیان، «مسند قضا و استقلال قضایی»، مجله پژوهش‌نامه حقوقی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۸۹.
۹. روستایی حسین‌آبادی، یاسر و حمید علی‌نژاد، «استقلال قضایی، پیش‌شرط دادرسی عادلانه (مطالعه تطبیقی قانون اساسی ایران و فرانسه)»، فصل‌نامه مطالعات حقوق بشر اسلامی، سال پنجم، شماره ۱۱، ۱۳۹۵.
۱۰. سفری، محمدعلی، «انگیزه داور در انحلال عدلیه چه بود؟»، مجله حقوق مردم، شماره ۲۳، ۱۳۵۰.
۱۱. سلمان‌سیب‌بنی، مرضیه، «مطالعه استقلال قضایی در ایران با نگاهی به نظام قضایی ایالات متحده آمریکا»، فصل‌نامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۶.

۱۲. شاملو، باقر و شهرام محمدی، «نقض بی‌طرفی و استقلال قاضی؛ جلوه‌های از اقدام مُخل دادرسی عادلانه»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۶، ۱۳۹۰.
۱۳. شفیعی سردشت، جعفر و همکاران، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادم، شماره ۹۶، ۱۳۹۵.
۱۴. عزیزی، ابراهیم و همکاران، «تأثیر روش انتخاب قاضی بر استقلال قاضی در حقوق ایالات متحده با نگاهی به حقوق ایران»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، شماره ۱، ۱۳۹۲.
۱۵. فرمانش، طاهره و همکاران، «بررسی تعارض تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی با استقلال قاضی مجتهد»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۲۴، ۱۴۰۰.
۱۶. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و جعفر شفیعی سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹.
۱۷. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و سمانه رحمتی‌فر، «استقلال قضایی به مثابه پیش‌شرط توسعه حقوق شهروندی»، فصل‌نامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۶.
۱۸. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «عدالت روی‌های و تحول‌گرایی در لایحه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۹، ۱۳۸۹.
۱۹. لارکینز، کریستوفر، «استقلال قضایی و مردمی شدن»، ترجمه: محمدحسین زارعی، راهبرد، شماره ۲۵، ۱۳۸۱.
۲۰. محسنی، حسن و مجید غمامی، «رابطه میان استقلال قضاوت و استقلال وکالت»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و پنجم، شماره ۲، ۱۳۹۴.
۲۱. مرادی‌زاده، کیوان، «مبانی مرتبط با استقلال قاضی و امنیت قضات»، دوفصل‌نامه بین‌المللی تحقیقات حقوق قضایی، دوره اول، شماره ۲، ۱۳۹۹.
۲۲. منصوریان، جعفر، «الغای کاپیتولاسیون»، مجله حقوق مردم، سال یازدهم، شماره‌های ۴۲ و ۴۳، ۱۳۹۱.
۲۳. مهدوی، ابراهیم، «طرق اصلاح دادگستری»، مجله کانون وکلا، شماره ۹۲، ۱۳۴۳.
۲۴. ناجی، مرتضی، «بی‌طرفی در دادرسی کیفری»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۶، ۱۳۸۸.
۲۵. نوری‌زاده، حسین، «امنیت قضایی»، ماهنامه کانون وکلا، بی تا.
۲۶. همتی، مجتبی و غلام‌رضا داوودی، «مطالعه تطبیقی استانداردهای رفتار قضایی (اسلام، ایران، امریکا و چین) در پرتو اصول بنگلور»، مجله مطالعات حقوقی، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶.

۲۷. ویژه، محمدرضا و محمدرضا محمدی کشکولی، «اصول بنیادین ناظر بر تضمین اصل بی‌طرفی قضایی در نظام بین‌الملل و حقوق ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۴، ۱۳۹۷.

۲۸. یاوری، اسدالله و قاسم تنگستانی، «نظام پاسخ‌گویی قوه قضاییه و نسبت آن با استقلال این قوه»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم، شماره ۹۵، ۱۳۹۵.

۳. پایان‌نامه

۱. حیدرنژاد، ولی‌الله، «الگوی مطلوب گزینش قضات در نظام جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۷.
۲. سهرابی چهارازی، مریم، «بررسی تطبیقی استقلال قضات در حقوق ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.
۳. قربانی، علی، «بررسی رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در زمینه حق آزادی و امنیت و حق بر دادرسی منصفانه»، پایان‌نامه دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۴. قضایی، علی، «بررسی و تحلیل معیارهای مطلوب در رفتارهای قضات»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی.



اصول بنیادین مقررات گذاری اینترنت

خدیجه اکرمی*

هدی غفاری**

ولی رستمی***

چکیده

با وجود این که حقوق اینترنت پدیده‌ی حقوقی نسبتاً جدیدی است؛ اما برخی از اصول آن در حال تکامل است. پنج اصل بنیادین مقررات گذاری اینترنت شامل آزادی ارتباطات اینترنتی، احترام به حریم خصوصی، اصل صلاحیت سرزمینی، مشارکت ذی‌نفعان و همکاری دولت‌ها است؛ از این‌رو هدف پژوهش حاضر، تحلیل حقوقی از اصول بنیادین مقررات گذاری اینترنت در چارچوب موازین حقوقی است تا علاوه بر نظریه-پردازی در این زمینه، راهنمایی برای تنظیم‌گری اینترنت از سوی قانون‌گذار ملی کشورمان باشد. این تحقیق از نوع توصیفی-تحلیلی است و اطلاعات لازم نیز با استفاده از روش کتابخانه‌ای جمع‌آوری گردیده و تنظیم شده است. بر مبنای یافته‌های تحقیق، می‌توان ادعا کرد که اصول بنیادینی در ارتباط با تنظیم-گری اینترنت در سطح بین‌المللی ظهور یافته است که می‌تواند راهنمای عملی کشورها در مقررات گذاری فضای مجازی قرار گیرد. نظام مقررات گذاری اینترنت در ایران در مقایسه با اصول اساسی مقررات گذاری اینترنت، مطلوب نیست. نتیجه این که در وضعیت کنونی، نظام مقررات گذاری اینترنت در بحث آزادی ارتباطات اینترنتی به دنبال حداکثرسازی محدودیت‌ها است. نهاد مقررات‌گذار در این خصوص عموماً نهادهای انتصابی هستند. حریم خصوصی در اینترنت در زمینه‌ی مقررات گذاری با وجود حمایت‌های قانونی؛ اما همچنان کاستی‌هایی دارد. مدل تنظیم‌گری اینترنت یک مدل کاملاً دولتی و بدون مشارکت ذی‌نفعان است و در زمینه‌ی مشارکت و همکاری‌های بین‌المللی، تمایلی به همکاری با سایر دولت‌ها در زمینه‌ی مقررات گذاری اینترنت وجود ندارد.

کلیدواژه‌ها: آزادی اینترنت، حریم خصوصی، صلاحیت سرزمینی، همکاری دولت‌ها، مشارکت ذی‌نفعان

*. دانشجوی گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
kh_akrami@yahoo.com

**. استادیار، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
hodaghfari@yahoo.com

***. استاد گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران
vrostami@ut.ac.ir

مقدمه

اینترنت تغییرات شگفت‌انگیزی در زندگی مردم در سرتاسر جهان ایجاد کرده است و به اصلی‌ترین عنصر زندگی بشر در زمان حاضر تبدیل شده است. امروزه وابستگی مردم جهان به اینترنت، به شکل چشمگیری افزایش یافته است. حوزه‌هایی؛ مانند ارتباطات، آموزش، تجارت و غیره به شکل قابل توجهی متکی به اینترنت است. اینترنت هم‌چنین ابزاری لازم برای اعمال حقوق بنیادین بشر؛ مانند حق دسترسی به اطلاعات و حق بر آزادی بیان است. مقررات‌گذاری فضای مجازی از مسائل مهم و اساسی است که همواره با چالش‌هایی رو به رو است. دولت‌ها بر مبنای اصل صلاحیت سرزمینی، از حق انحصاری تنظیم‌گری اینترنت در قلمرو سرزمینی خود برخوردار هستند؛ با این حال اصول مقررات‌گذاری اینترنت در حال شکل‌گیری است که راهنمای قوانین ملی در زمینه‌ی مقررات‌گذاری اینترنت است و اختیارات مطلق دولت ملی را در این زمینه کاسته است؛ برای مثال در عرصه‌ی بین‌المللی اصول آزادی بیان و آزادی اطلاعات مانع از اعمال محدودیت بر دسترسی به اینترنت با استفاده از ابزار سانسور است.

از این رو، این تحقیق در صدد ارائه‌ی الگویی برای مقررات‌گذاری اینترنت بر مبنای اصول بنیادینی است که در این زمینه ظهور یافته و در حال تکامل است. اهمیت تحقیق از آن جهت است که نتایج این تحلیل‌ها می‌تواند راهنمای قانون‌گذار کشورمان در تنظیم مقررات مرتبط با اینترنت باشد و نیز پیامدهای عدم توجه به این اصول را متذکر گردد. ضرورت انجام تحقیق را می‌توان به این شکل توجیه کرد که تاکنون نظام مقررات‌گذاری اینترنت در ایران از حیث اصول مقررات‌گذاری اینترنت به شکل جامع مورد آسیب‌شناسی و نقد قرار نگرفته است و از این جهت انجام موضوع این تحقیق ضرورت دارد.

سؤالات تحقیق آن است که چه اصولی باید راهنمای مقررات‌گذاری ملی در رابطه با فضای سایبری در عصر اینترنت باشد؟ نظام مقررات‌گذاری اینترنت در ایران در ارتباط با اصول بنیادین مقررات‌گذاری اینترنت چه وضعیتی دارد؟ فرضیه‌ی نخست این که مقررات‌گذاری اینترنت باید بر مبنای اصول بنیادین حقوق بین‌الملل اینترنت که ظهور یافته و در حال تکامل است انجام گیرد. فرضیه‌ی دوم این که مقررات‌گذاری اینترنت در ایران در مقایسه با اصول بنیادین مقررات‌گذاری اینترنت کاستی‌هایی دارد.

در سازمان‌دهی این پژوهش ابتدا پنج اصل اساسی و بنیادین در رابطه با مقررات‌گذاری بین‌المللی اینترنت که عبارت است از: ۱. اصل آزادی اینترنت، ۲. اصل احترام به حریم خصوصی، ۳. اصل صلاحیت سرزمینی به شکل اصلاحی خود در رابطه با فضای سایبری، ۴. اصل همکاری بین‌الدولی، ۵. اصل مشارکت کلیه‌ی ذی‌نفعان بحث خواهد شد و سپس با نظام مقررات‌گذاری اینترنت در ایران مقایسه می‌گردد.

گفتار اول: آزادی ارتباطات اینترنتی

آزادی بیان، یکی از آزادی‌های اساسی در اینترنت محسوب می‌گردد. بند ۲، ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی این آزادی را در سطح جهانی تضمین می‌کند. در اروپا، حق مشابهی در ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است. بند ۲، ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی به صراحت به آزادی بیان از طریق هر نوع رسانه به انتخاب خود شخص، اشاره نموده است. اطلاعات و ایده‌هایی که در روی یک صفحه وب بیان می‌گردد در چارچوب ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی، قرار می‌گیرد.^۱

در دعوای روزنامه تایمز علیه دولت بریتانیا، دادگاه اروپایی حقوق بشر بر این عقیده بود که آرشیوهای اینترنتی را می‌توان در قلمرو ماده ۱۰ گنجانده؛ زیرا آزادی بیان، آزادی اطلاعات را نیز شامل می‌گردد؛ بنابراین نه تنها ارائه دهندگان محتوا بلکه هم‌چنین کاربران ساده اینترنت را نیز شامل می‌گردد.^۲ حمایت‌های مقرر در ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، از آزادی بیان در خصوص مجلات الکترونیکی نیز صادق است. در دعوای فتولایف علیه جمهوری آذربایجان، دادگاه اروپایی حقوق بشر به صراحت شبکه‌های اجتماعی در اینترنت که از محبوبیت بالایی برخوردار هستند را مشابه رسانه‌های چاپی از جهت تأثیرگذاری تلقی کرد.^۳ لازم است خاطر نشان گردد که هر دو رأی صادره، آزادی بیان را صرف‌نظر از مرزها تضمین می‌کند. این امر به‌ویژه در رابطه با اینترنت که مرزهای ملی را به چالش کشیده است، اهمیت دارد.^۴

در رابطه با محدودیت آزادی بیان در اینترنت با وجود تأکید بر آزادی اینترنت؛ اما دادگاه اروپایی حقوق بشر اهمیت کنترل دولت را در دعوای مگادات علیه کشور مولداوی تصدیق نمود.^۵ بند ۳، ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و بند ۲، ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر این ساختار را انعکاس داده است. هر دو سند حاوی فهرستی از اهداف مشروعی است که می‌تواند دخالت دولت در آزادی بیان را توجیه نمایند. این اهداف شامل اصولی و علائقی؛ مانند آزادی سایر افراد، امنیت ملی، نظم عمومی و اخلاق حسنه است.

1-Eur. Court H.R. Perrin v. United Kingdom, Judgment of 18 October 2005.

2-Eur. Court H.R., Times Newspapers Ltd v. United Kingdom (nos. 1 and 2), Judgment of 10 March 2009

3-Ibid .

4-Eur. Court H.R., Fatullayev v. Azerbaijan, Judgment of 22 April 2010

5-Wenzel, Nicola, Opinion and Expression, Freedom of, International Protection, MPEPIL, Rüdiger Wolfrum, 2009

6-Eur. Court H.R., Megadat.com SRL v. Moldova, Judgment of 8 April 2008

در صورت تعارض، برقراری یک تعادل منصفانه بین منافع رقیب ضرورت دارد.^۱ این تعادل باید به لحاظ معیارهایی که در بند ۳، ماده ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی و بند ۲، ماده ۱۰ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر مقرر شده است، ایجاد گردد و مداخله‌ی دولت در محدودیت آزادی ارتباطات اینترنتی باید متناسب با اهداف مشروعی باشد که محدودیت آزادی بیان در راستای آن اهداف انجام می‌گیرد.^۲

اصل بیست و چهارم قانون اساسی ایران، به آزادی مطبوعات و نشریات اشاره دارد و به‌نظر می‌رسد منظور از تدوین این اصل، اصل آزادی بیان و عقیده است؛ چرا که این امر بدیهی است که یک عقیده و اندیشه تا زمانی که ظاهر و ابراز نشود نمی‌تواند مورد مؤاخذه و تعرض قرار گیرد؛ بنابراین می‌توان حق آزادی بیان و اندیشه را از این اصل استنباط نمود.^۳ بر مبنای اصل ۲۴ قانون اساسی، باید پذیرفت که اصل آزادی ارتباطات اینترنتی در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است؛ با این حال این آزادی با محدودیت‌هایی مواجه است. در ایران طبق ماده ی ۲۲ قانون جرائم رایانه‌ای، وظیفه‌ی پالایش فضای مجازی برعهده‌ی کمیته تعیین مصادیق مجرمانه (ماده ۲۲ قانون جرائم رایانه‌ای) قرار دارد. کارگروه مصادیق مجرمانه^۴ به استناد تبصره ۲ ماده ۲۲ قانون جرائم رایانه‌ای^۵ کارگروه کمیته، موظف است به شکایات راجع به مصادیق پالایش (فیلتر) شده رسیدگی و نسبت به آن‌ها تصمیم‌گیری کند. مسئول اجرای محدودیت آزادی ارتباطات اینترنتی در فضای مجازی است.

در مصوباتی که در ارتباط با فضای مجازی تصویب شده است محدودیت آزادی بیان در فضای مجازی تعیین شده است. شورای عالی انقلاب فرهنگی پیرو تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی شبکه‌های اطلاع رسانی رایانه‌ای از سوی مقام رهبری، ضوابط شبکه اطلاع‌رسانی رایانه‌ای را در سال ۱۳۸۰ تصویب نمود. مقرر شد شورای عالی انقلاب فرهنگی شامل چندین آیین‌نامه است.

در ماده ی ۶، آیین‌نامه واحدهای ارائه‌کننده ی خدمات اطلاع‌رسانی و اینترنت رسا، به ممنوعیت تولید و عرضه توهین و افتراء به مقدّسات اسلامی و رهبری و مقامات حکومتی و اشخاص حقیقی و حقوقی اشاره کرده است. ضمانت اجرای تخطی از موارد مندرج در

1-Eur. Court H.R., Von Hannover v. Germany, Judgment of 24 June 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VI

2-Ehlers, Dirk, General Principles, in European Fundamental Rights And Freedoms, Dirk Ehlers ed., 2007.

۳. انصاری، باقر، **حقوق رسانه**، چاپ دهم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.

۴. ماده ۲۲ قانون جرائم رایانه‌ای

۵. «کارگروه (کمیته) موظف است به شکایات راجع به مصادیق پالایش (فیلتر) شده رسیدگی و نسبت به آن‌ها تصمیم‌گیری کند»

آیین‌نامه طبق ماده ۹؛ شامل تذکر، قطع موقت مجوز، لغو پروانه و طرح در دادگاه و محاکم قانونی است. همچنین در ماده ۷، آیین‌نامه‌ی دفاتر خدمات اینترنت مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی، تولید و عرضه توهین و افتراء به مقدّسات اسلامی، مقامات حکومتی توسط شبکه‌های انتقال اطلاعات رایانه‌ای ممنوع اعلام شده است.

بررسی عملکرد در ارتباط با آزادی بیان در فضای مجازی در سال‌های اخیر نشان دهنده‌ی اتخاذ رویکرد حداکثری در فیلترینگ است؛ به‌طوری که در حوزه‌ی اخلاقی، سیاسی و اعتقادی، به دو روش استفاده از لیست سیاه و فیلترینگ بر اساس کلید واژه‌ها، سایت‌های مورد نظر را غیر قابل دسترسی می‌کند و گسترده‌ی فیلترینگ سایت‌های اینترنتی بسیار وسیع است.^۱

در ارتباط با آسیب‌شناسی آزادی ارتباطات اینترنتی در ایران می‌توان استدلال نمود که محدودیتی که به موجب مصوبات قانونی فوق مقرر شده بسیار کلی و مبهم است و در نتیجه موجب حاکمیت رویکرد حداکثر محدودیت فضای مجازی در ایران شده است و از سوی دیگر اختیارات وسیع کمیته تعیین مصادیق مجرمانه در محدودیت‌سازی اینترنت نیز قابل انتقاد است.

گفتار دوم: اصل احترام به حریم خصوصی

اصل احترام به حریم خصوصی، همچنین در قوانین بین‌المللی حقوق بشر گنجانده شده است. ماده ۱۷، میثاق حقوق مدنی و سیاسی از زندگی خصوصی و خانوادگی و اقامتگاه یا مکاتبات اشخاص حمایت می‌کند. ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی افراد را مطرح کرده است. هر دو ماده حوزه‌ی شمول گسترده‌ای دارند که به‌طور خاص توسط دادگاه اروپایی حقوق بشر توسعه داده شده است؛ بنابراین نامه‌های الکترونیکی نیز تحت حمایت‌های مقررات این دو ماده قرار می‌گیرند. سایر داده‌هایی که از طریق اینترنت منتقل می‌گردند یا از طریق اینترنت قابل دسترسی می‌باشند به زندگی خصوصی اشخاص تعلق دارد مگر این‌که امکان دسترسی برای عموم از سوی خود شخص اجازه داده شود. در دعوای کوپلند علیه دولت بریتانیا، دادگاه اروپایی حقوق بشر تردیدی در شناسایی استفاده اشخاص از اینترنت به‌عنوان بخشی از زندگی خصوصی و مکاتبات خود نداشت.^۲

در نتیجه، کنترل دولت بر استفاده‌ی خصوصی از محتویات اینترنت از جمله نامه‌های الکترونیکی، معادل مداخله‌ی خودسرانه تلقی می‌گردد. همین استدلال در خصوص تعهدات

۱. سعد، علی، درآمدی بر سیاست‌های فیلترینگ سایت‌های اینترنتی، فصلنامه مطالعات رسانه‌های نوین، سال اول شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۲۱.

2-Eur. Court H.R., Copland v. United Kingdom, Judgment of 3 April 2007.

ارائه دهندگان خدمات اینترنتی به نگهداری داده‌ها به شکلی که در ماده ۳ دستورالعمل اتحادیه ی اروپا، در خصوص نگهداری داده‌هایی که در ارتباط با مقررات مربوط به ارائه‌ی خدمات الکترونیکی در دسترس عموم قرار دارد، تولید یا پردازش می‌شود نیز صادق است. در صورتی که کارکنان دولتی چنین اطلاعاتی را منتشر نمایند یا در صورتی که قانون‌گذار تکلیفی را در خصوص انتشار اطلاعات خصوصی افراد در اینترنت تحمیل نماید همان‌طور که دادگاه اروپایی حقوق بشر مقرر داشته، نوعی دخالت دولت در زندگی خصوصی افراد محسوب می‌گردد؛^۱ بنابراین مشروعیت دخالت دولت در حریم خصوصی در اینترنت نیازمند توجیهات ویژه‌ای است.

تهدید حریم خصوصی در اینترنت تنها از سوی مقامات دولتی نیست؛ بلکه هم‌چنین اشخاص و شرکت‌های خصوصی نیز ممکن است تهدیدی علیه حریم خصوصی باشند. برخی شرکت‌ها یا انجمن‌ها مقادیر زیادی از داده‌های شخصی را نگهداری می‌کنند که در صورت سرقت و یا هر نوع سوءاستفاده می‌تواند تهدیدی علیه شخص باشد یا به او آسیب برساند. به علاوه، هر شخص ممکن است از انتشار اطلاعاتی در رابطه با خود اینترنت متأثر گردد در چنین شرایطی دولت‌ها تعهدات مثبتی جهت حمایت از حریم خصوصی دارند.

این الزام دولت‌ها به‌طور خاص در بند ۲، ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر به‌صراحت بیان شده است که مطابق با آن هر کسی حق دارد در مقابل این‌گونه مداخلات یا تعرضات نسبت به زندگی خصوصی خود، از حمایت‌های قانونی برخوردار گردد. با این حال، تمرکز صرف بر رعایت حریم خصوصی در مواردی اشکالاتی ایجاد می‌کند.

در برخی موارد، حمایت از حریم خصوصی با آزادی اینترنت در تعارض قرار می‌گیرد. در این حالت، این دو اصل راهنما در زمینه‌ی استفاده از اینترنت در تعارض قرار می‌گیرند؛ باوجود این که آزادی بیان را می‌توان در راستای حقوق دیگران به‌طور خاص حق بر حریم خصوصی محدود نمود؛ اما هر نوع محدودیتی باید متناسب با اهدافی باشد که دنبال می‌گردد. دولت‌ها باید تعادلی منصفانه بین حریم خصوصی از یک سو و آزادی اینترنت از سوی دیگر، ایجاد نمایند.^۲

در دعوایی علیه دولت فنلاند، شخص ناشناسی اعلامیه‌ایی را به نام پتری ۱۲ ساله در یک سایت اینترنتی قرار داد. در آن زمان ارائه دهندگان خدماتی اینترنتی به‌موجب قوانین فنلاند ملزم نبودند هویت شخصی که اعلامیه را قرار داده است، افشاء نمایند؛ بنابراین تعقیب آن شخص ناممکن گردید. از دید دادگاه اروپایی حقوق بشر دولت فنلاند نتوانسته به تعهدات مثبت خود جهت حمایت از حریم خصوصی آن شخص عمل نماید.

1-Eur. Court H.R., Wypych v. Poland, Judgment of 25 October 2005.

۲. در رابطه با تعارض حریم خصوصی با آزادی مطبوعات نگاه کنید به رای دیوان اروپایی حقوق بشر mutatis mutandis, Eur. Court H.R., von Hannover, paras. 57-58 .

3-K. U. v. Finland, Judgment of 2 December 2008.

اگر حریم خصوصی به حوزه‌های حریم خلوت و تنهایی یا حریم مکانی،^۱ حریم اطلاعاتیو حریم ارتباطی^۲ و حریم جسمانی^۳ طبقه‌بندی شوند، قانون‌گذار اساسی در اصل بیست و پنجم به صراحت به ممنوعیت تجاوز به حریم خصوصی افراد اشاره کرده است. در این اصل، بدون آن‌که به آزادی ارتباطات تصریح شده باشد به استثنای این آزادی اشاره شده و حریم خصوصی ارتباطات در مورد شایع‌ترین وسایل ارتباطی مورد حمایت قرار گرفته است.^۴

در حال حاضر، دو «قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۳» و «قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸» به‌طور خاص از داده‌های شخصی در فضای مجازی حمایت کرده است. قانون تجارت الکترونیک در ماده ۵۸، به اصل رضایت در جمع‌آوری و پردازش اطلاعات وضعیت جسمانی، روانی و یا جنسیتی اشخاص اشاره شده است. در ماده ۵۹ این قانون شرایط ذخیره، پردازش و توزیع داده پیام شخصی در بستر مبادلات الکترونیکی تعیین شده است. در ماده ۷۱ و ۷۲ این قانون، برای نقض حریم خصوصی جسمانی برخلاف ماده ۵۹ مذکور ضمانت اجرای کیفری تعیین کرده است.

ایراد اساسی قانون تجارت الکترونیک این است که تنها تعرض به حریم خصوصی جسمانی اشخاص در فضای مجازی را منع کرده است؛ درحالی‌که در فضای مجازی، حریم خصوصی اطلاعات و ارتباطات که اهمیت بالایی دارد نیز باید تحت شمول حمایت‌های قانون قرار گیرد؛ بنابراین نقض حریم خصوصی افراد در فضای مجازی از طریق تلاش برای دسترسی به اطلاعات و داده‌هایی که شخص از طریق ابزارهای الکترونیکی (نامه‌های الکترونیکی) انتقال می‌دهد فاقد حمایت است. این امر باعث عدم ترغیب کاربران ایرانی به استفاده از پیام رسان‌های داخلی شده است.

ماده ۱ و ماده ۲ قانون جرائم رایانه‌ای به‌طور خاص، در ارتباط با حمایت از حریم خصوصی در فضای مجازی است. حمایت‌های این قانون جنبه کیفری دارد. ماده ۱ این قانون، نقض اصل تحصیل مجاز و مشروع اطلاعات شخصی افراد را جرم‌انگاری کرده است.

۱. حریم خصوصی ارضی در برگرفته یکی از ابتدایی‌ترین و سنتی‌ترین اشکال حق افراد دایر بر لزوم محترم و مصون از تعرض بودن منازل مسکونی است. (امام‌وردی، محمدحسن، ماهیت‌شناسی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی ایران، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۳۴۹)

۲. حریم ارتباطی شامل مصون ماندن ارتباطات اشخاص از هر گونه تعرض است. در فضای مجازی این بحث به شکل امنیت داده‌های که در حال پردازش است مطرح است.

۳. حریم خصوصی جسمانی در باب حمایت از تمامیت جسمانی و اطلاعات مربوط به سلامتی انسان است. (انصاری، باقر، حق بر حریم خصوصی، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص ۱۲۳).

۴. انصاری، باقر، حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام-تطبیقی و ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳، ص ۳۵.

ماده ۲ این قانون، به بحث حمایت از حریم خصوصی اطلاعات و ارتباطات مرتبط است. در این ماده شنود غیرقانونی در فضای مجازی که به معنای دریافت داده‌های در حال انتقال یا به هر نحوی دسترسی به آن‌ها است.^۱ در ماده ۱۷ این قانون نیز از حریم خصوصی جسمانی شامل صوت، تصویر و یا فیلم خصوصی زندگی در فضای مجازی حمایت کرده است؛ اما این حمایت را مقید به اضرار به هتک حیثیت آن شخص نموده است. یکی از نوآوری‌های قانون جرائم رایانه‌ای نسبت به قانون تجارت الکترونیک، حمایت از حریم خصوصی اطلاعات و مکاتبات افراد در فضای مجازی است و از این جهت این اقدام قانون‌گذار قابل تقدیر است؛ بنابراین در حال حاضر شنود غیرقانونی مکاتبات اشخاص در فضای مجازی نیز ممنوع و جرم است؛ اما در خصوص حمایت از حریم خصوصی جسمانی این ایراد اساسی باقی است که این حمایت در ماده ۱۷، مقید به ضرر و یا هتک حیثیت شخص قربانی نموده که از این جهت قابل انتقاد است.

گفتار سوم: اصل صلاحیت سرزمینی

اصل صلاحیت سرزمینی در حوزه ی مقررات گذاری اینترنت، از دو جهت قابل بحث است. نخست از جهت اعمال تنظیم‌گری اینترنت و دوم اعمال صلاحیت نسبت به جرائم اینترنتی.

بند اول: صلاحیت سرزمینی در ارتباط با مقررات گذاری اینترنت

بر مبنای اصل صلاحیت سرزمینی، دولت‌ها می‌توانند در ارتباط با کلیه‌ی موضوعات در قلمرو سرزمینی خود قانون‌گذاری و یا عمل تنظیم‌گری را انجام دهند؛ بنابراین هر دولت صلاحیت دارد که در رابطه با اینترنت در قلمرو سرزمینی خود مقررات گذاری نماید. این مقررات گذاری شامل تنظیم جنبه‌های فنی اینترنت، تعریف جرائم اینترنتی، آیین رسیدگی به این جرائم و ... می باشد.

تنظیم‌گری اینترنت با توجه به ویژگی‌های آن، وضعیت خاصی دارد. صرف نظر از واقعیت روشن تسلط چند کشور محدود بر بخش قابل توجهی از زیر ساخت‌های مهم اینترنت هیچ فرد، دولت یا مؤسسه ی تجاری مالک آن نیست. اینترنت توسط یک مدیریت واحد اداره نمی‌شود؛ اما برای حفظ جنبه‌های فنی و سیاست‌های زیرساختی، نهادی به نام «انجمن اینترنت برای اسامی و اعداد تعیین شده»^۲ وجود دارد.^۳ با وجود این که هر دولتی بر مبنای

۱. فتحی، یونس، شاهمرادی، خیراله (۱۳۹۶) گسترده و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی، مجله حقوقی دادگستری، شال هشتاد و یکم، شماره نود و نهم، ۱۳۹۶، ص ۳.

2-Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN.

۳. رضایی، مهدی؛ بابازاده مقدم، حامد، اصول تدوین قوانین و مقررات برای اینترنت با تأکید بر مصوبات یونسکو و شورای اروپا، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۲، بهار ۱۳۹۳، ص ۵۴.

قاعده صلاحیت سرزمینی، می‌تواند آزادانه نسبت به تنظیم‌گری فضای سایبری اقدام نماید؛ اما در این خصوص الزامات بین‌المللی مقرر شده است. طبق اصل ۴۸ اعلامیه اصول، مصوب سازمان ملل متحد، مقررات‌گذاری اینترنت باید چندجانبه، شفاف، دموکراتیک و با مشارکت کامل دولت‌ها و بخش خصوصی و نهادهای جامعه مدنی و سازمان‌های بین‌المللی باشد.^۱ در نتیجه کشورها در اعمال صلاحیت سرزمینی خود در رابطه با مقررات‌گذاری اینترنت، با محدودیت‌هایی مواجه هستند. مقررات‌گذاری اینترنت باید شفاف و دموکراتیک باشد و دولت باید در مشارکت با سایر ذی‌نفعان اقدام نماید؛ حتی این الزام مقرر شده که دولت در مقررات‌گذاری اینترنت باید سازمان‌های بین‌المللی را مشارکت دهند که این موضوع نوعی تحدید صلاحیت سرزمینی دولت‌ها است.

نتیجه این که صلاحیت دولت در خصوص مقررات‌گذاری اینترنت در قلمرو سرزمینی خود؛ مانند سایر موارد مقررات‌گذاری دولت، انحصاری نیست و باید به‌شکل مشارکتی انجام گیرد. از سوی دیگر، اینترنت در حال تبدیل شدن به حقّ مستقل بشری است؛ بنابراین مقررات‌گذاری اینترنت باید با احترام به اصول بنیادین حقوق بشر و همچنین اصول حقوق بشر در حال ظهور مرتبط با اینترنت انجام گیرد.^۲

بند دوم: اصل صلاحیت سرزمینی در جرائم فضای سایبری

صلاحیت سرزمینی دولت‌ها بر جرائم فضای سایبری بر دو مبنا اعمال می‌گردد: نخست، دکترین^۳ آثار^۴ که صلاحیت را به دولتی اعطاء می‌کند که عمل مجرمانه در قلمرو آن آثاری دارد و دوم، کد دامنه سطح بالای^۵ که قلمرو سایبری کشورها محسوب می‌گردد. بر مبنای دکترین آثار جرم نیز در قلمرویی روی می‌دهد که آثار جرم در آن‌جا نمایان گردیده است؛^۶ بنابراین دولت‌ها بر مبنای این نظریه، توانایی و اختیار اعمال صلاحیت نسبت به بیگانگان در خارج از کشور که رفتار آن‌ها آثاری را در قلمرو دولت ایجاد کرده است را دارند. کمیته‌ی وزیران شورای اروپا، دکترین اثر را در نظریه تفسیری خود درباره‌ی

۱. قاجار قیونلو، سیامک، مقدمه حقوق سایبری، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶، ص ۱۶۲.

۲. در رابطه با ارتباط حقوق بشر و اینترنت ر.ک: اکرمی خدیجه؛ غفاری، هدی و رستمی ولی، «دسترسی به اینترنت حق مستقل بشری: رویکرد نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۱۴۰۰.

۳. محبی، محسن؛ صفای‌عبدالحسین، صلاحیت فراسرزمینی بر اساس دکترین آثار در حقوق بین‌الملل، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، ص ۸۵.

4-The Effects Doctrine.

5-Code Top Level Domain.

6-Vaughan Lowe & Christopher Staker Jurisdiction in International Law, Malcom D. Evans ed, 2010.

ماده ۲۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در رابطه با جرائم سایبری مورد تأیید قرار داد. بر طبق دیدگاه این کمیته، دولت‌ها نه تنها باید اصل صلاحیت سرزمینی را در وضعیتی که هم شخص حمله کننده به سیستم رایانه‌ای و هم سیستم رایانه‌ای مورد حمله در درون یک قلمرو قرار دارند اعمال نمایند؛ بلکه هم چنین در جایی نیز این صلاحیت باید اعمال گردد که سیستم رایانه‌ای مورد حمله، در دورن قلمرو یک کشور قرار داشته باشد؛ حتی اگر حمله کننده در خارج از قلمرو آن کشور باشد.^۱

به موجب دکترین تأثیرگذاری وسیع،^۲ صلاحیت صرفاً بر مبنای این حقیقت به وجود می‌آید که مقام تعقیب کننده وبسایتی که حاوی محتوای مضر است را از محل کار یا میز خود مشاهده می‌کند. در قضیه پرین، دادگاه بریتانیا یک تبعه فرانسه را به دلیل انتشار محتوای مستهجن بر روی یک وب سایت آمریکایی محکوم کرد؛ زیرا افسر پلیس آن محتویات را در ایستگاه پلیس لندن مشاهده کرده بود.^۳

دکترین تأثیرگذاری به شکل مشروط، در رابطه با صلاحیت کشورها برای رسیدگی به جرائم رایانه‌ای به طور گسترده از سوی دادگاه‌ها و نویسندگان حقوقی پذیرفته شده است؛^۴ بنابراین تلاش‌های متعددی صورت گرفته تا این که دکترین تأثیر را به شیوه‌ای محدود نمایند که ماهیت فراسرزمینی فضای سایبری در آن لحاظ گردد. دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا در اعمال صلاحیت بر جرائم رایانه‌ای، بر «دکترین تأثیرگذاری معقول»^۵ متکی هستند. با این توضیح که اعمال صلاحیت بر مبنای آثار ناشی از رفتار بیگانگان در خارج از کشور مشروط به «مستقیم»، «ماهوی»، و «قابل پیش بینی بودن» و «اثر» دانسته است؛ بنابراین اعمال صلاحیت بر مبنای دکترین آثار مشروط به این است که جرمی که در خارج از ایالات متحده آمریکا ارتکاب یافته است آثار آن به اندازه کافی گسترده بوده و زیان قابل توجهی نیز وارد نموده باشد.^۶

اعمال صلاحیت کشورها بر مبنای دکترین تأثیرگذاری در شکل نامحدود، نه تنها نقض حاکمیت سایر کشورها می‌باشد؛ بلکه هم چنین منجر به تقابل با اصل آزادی اینترنت

1-Available at: <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm>.

2-Wide Effects Doctrine.

3-Eur. Court H.R. Perrin v. United Kingdom, Judgment of 18 October 2005

4-Kohl, op cit, p 49.

5-Reasonable Effects Doctrine.

6-Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc., US District Court for the Western District of Pennsylvania, 952 F.Supp. 1119, at 1124, W.D.Pa. 2009, p 306-307

۷. محبی، محسن؛ صفایی، عبدالحسین، صلاحیت فراسرزمینی بر اساس دکترین آثار در حقوق بین الملل، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، ۱۳۹۷.

می‌گردد. در صورتی که تولیدکنندگان محتوا در فضای سایبری مجبور شوند که دسترسی کاربران خارجی را به دلیل ترس از این که در خارج از کشور خود مورد تعقیب و یا محاکمه قرار گیرند مسدود نمایند، آزادی بیان صرف‌نظر از مرزهای آن؛ همان‌طور که در بند ۲ میثاق بین‌المللی مدنی و سیاسی مقرر شده، نقض می‌گردد.

به نظر می‌رسد دکتین تأثیر به‌شکل محدود، معیاری معقول برای اعمال صلاحیت در فضای مجازی است. دامنه سطح بالای کد کشورها در اینترنت برای نمونه UK برای کشور پادشاهی متحد^۱ یا PL برای لهستان^۲ را نیز می‌توان به‌عنوان قلمرو سایبری خاص کشورها تلقی کرد و معیاری برای اعمال صلاحیت سرزمینی باشد. این دامنه‌ها به فهرستی از کدهای کشورها اشاره دارد که به‌وسیله‌ی سازمان بین‌المللی استانداردسازی (ایزو)^۳ ایجاد شده است. در سال ۱۹۸۰ میلادی، دامنه‌های سطح بالای عمومی با هفت پسوند (.com, .org, .net, .mil, .gov, .edu) ایجاد شدند.

در نظام حقوقی ایران، دکتین تأثیرگذاری به‌شکل مشروط و دامنه‌های سطح بالای اینترنتی به‌عنوان مبنایی برای صلاحیت رسیدگی به جرائم فضای سایبری از سوی ایران پذیرفته شده است. مطابق بند (ج) ماده ۲۸ قانون جرائم رایانه‌ای ایران، دادگاه‌های ایران در موارد زیر صالح به رسیدگی خواهند بود. جرم توسط هر ایرانی یا غیر ایرانی در خارج از ایران علیه سامانه‌های رایانه‌ای و مخابراتی و تارنماهای مورد استفاده یا تحت کنترل قوای سه‌گانه یا نهاد رهبری یا نمایندگی‌های رسمی دولت یا هر نهاد و مؤسسه‌ای که خدمات عمومی ارائه می‌دهند یا علیه تارنماهای دارای دامنه‌ی مرتبه‌ی بالای کد کشوری ایران در سطح گسترده ارتکاب یافته باشد.^۴

مطابق بند (ب) ماده ۲۸، (آئین‌نامه مرکز خدمات داده اینترنتی مصوب ۱۳۸۳ کمیسیون تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی)، وب سایت‌های دارای نام دامنه مرتبه بالای کد کشوری در حکم قلمرو ایران است.^۵

1-United Kingdom.

2-Poland.

3-International Organization for Standardization.

۴. جلالی‌فراهانی، امیرحسین، صلاحیت کیفری سایبری در پرتوی قوانین داخلی، حقوق فن‌آوری اطلاعات و ارتباطات (مجموعه مقالات). تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵، ص ۵۳.

۵. افتخارچهرمی، گودرز؛ اسلامی، ابراهیم، نحوه اعمال صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به جرائم فضای مجازی، مجله حقوقی دادگستری، شماره هشتاد و هشتم، ۱۳۹۳، ص ۵۲.

گفتار چهارم: همکاری بین دولتها

در رابطه با حکمرانی از طریق اینترنت،^۱ بیش از هر چیزی نیاز به همکاری بین‌المللی احساس می‌شود. از آن جایی که اینترنت مرزهای ملی را به چالش می‌کشد، مسائل عمده در این حوزه را تنها نمی‌توان به‌وسیله‌ی یک دولت به‌تنهایی حل نمود؛ به‌عنوان مثال کلاهبرداری اینترنتی و سایر جرائم مرتباً توسط مجرمان و از طریق سرورهای اینترنتی واقع در خارج از کشور قربانی، ارتکاب می‌یابد.

پیگرد قانونی چنین جرائمی نیازمند تحقیقات در کشورهای مختلف است که این امر نیز همکاری مؤثر کشورها را می‌طلبد. کنوانسیون جرائم سایبری مصوب ۲۰۰۱^۲ نتیجه‌ی این پدیده است؛ زیرا بر این باور استوار است که یک مبارزه‌ی مؤثر در برابر جرائم سایبری به همکاری‌های بین‌المللی گسترده و کارآمد نیاز دارد.

صرف نیاز به همکاری، لزوماً به‌معنای الزام حقوقی دولتها به همکاری در این زمینه نیست. برخی ضرورت‌ها برای همکاری بین دولتها می‌تواند از حقوق بین‌الملل عمومی ناشی گردد؛ برای مثال، یکی از اهدافی که در ماده ۱ منشور سازمان ملل متحد ذکر شده حصول همکاری بین‌المللی در حل مسائل بین‌المللی که دارای جنبه‌های اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی یا بشر دوستانه است و در پیشبرد و تشویق احترام به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی برای همگان بدون تمایز از حیث نژاد، جنس، زبان و یا مذهب است. اعلامیه اصول حقوق بین‌الملل در زمینه‌ی روابط و همکاری بین‌المللی بین دولتها مطابق با منشور سازمان ملل متحد^۳ (اعلامیه روابط دوستانه) که به‌عنوان تفسیری معتبر از منشور می‌تواند تلقی گردد، الزام دولتها به همکاری را مورد تأیید قرار می‌دهد؛^۴ با این حال این الزام کلی بسیار انتزاعی است و به سختی می‌توان آن را به‌عنوان یک تکلیف حقوقی خاص تفسیر کرد.^۵

الزامات دولتها به طور خاص به همکاری در رابطه با حل و فصل برخی مشکلات بین‌المللی را می‌توان در معاهدات بین‌المللی؛ مانند «کنوانسیون حقوق کودک»^۶ یافت.^۷

1-Internet governance.

2-The Convention on Cybercrime of 2001.

3-The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among.

4-Schreuer, Christoph, State Sovereignty and the Duty of States to Cooperate – Two Incompatible Notions?, in International Law Of Cooperation And State Sovereignty, Jošt Delbrück ed, 2012, p30

5-Ibid

6-The Convention on the Rights of the Child 1989.

7-GA Res. 44/25 of 20 November 1989.

بند (ج) ماده ۳۳ کنوانسیون حقوق کودک، کشورهای طرف کنوانسیون را ملزم می‌کند که کلیه اقدامات ملی دو و چندجانبه را در جهت جلوگیری از استفاده‌ی استثماری از کودکان در اعمال و مطالب پرونوگرافیک به‌عمل آورند.

به‌دلیل این‌که مطالب پرونوگرافی غالباً از طریق اینترنت از یک دولت به دولت دیگر تبادل می‌یابد، هر گونه واکنش مؤثر باید با همکاری بین دو یا چند دولت صورت گیرد؛ از این‌رو، بند (ج) کنوانسیون حقوق کودک دولت‌ها را ملزم می‌کند که در مبارزه با پرونوگرافی کودکان با هم همکاری نمایند. در نتیجه کنوانسیون جرائم سایبری که جرائم مربوط به پرونوگرافی را در ماده ۹ بیان می‌کند، صریحاً به کنوانسیون حقوق کودک ارجاع می‌دهد.

تعهدات مشابهی را برای دولت‌ها می‌توان از اسناد بین‌المللی حقوق بشر از جمله کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استنباط نمود. در دعوای رانتسوف علیه قبرس و روسیه دادگاه اروپایی حقوق بشر بر ماهیت فراملی قاچاق انسان تأکید نمود؛ بنابراین، تعهد مثبت به تحقیقات در زمینه‌ی موارد قاچاق انسان که از ماده ۴ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ناشی می‌گردد، به این عنوان تفسیر می‌گردد که الزام به همکاری مؤثر فراملی را شامل می‌گردد.^۱ این وضعیت هم‌چنین در رابطه با ارتکاب جرم از طریق اینترنت که عموماً بیش از یک دولت را درگیر می‌سازد، صدق می‌کند.

برای نمونه، در دعوای کی.یو علیه فنلاند تاریخ سایت از طریق شخصی خارج از فنلاند که خدمات اینترنتی را ارائه می‌داد کنترل می‌گردید. تکلیف به حمایت از پسر ۱۲ ساله به‌موجب ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، به‌طور ضمنی مستلزم همکاری با دولتی بود که ارائه دهنده‌ی خدمات اینترنتی در آن ساکن بود؛^۲ با این‌حال، الگوی یکسانی در رابطه با تکلیف به همکاری وجود ندارد.

در حقیقت باوجود این‌که دیپلماسی، اساس همکاری بین‌المللی محسوب می‌گردد؛ اما دولت‌ها حتی ملزم به حفظ روابط دیپلماتیک نیستند. اسناد نهایی اجلاس جهانی جامعه اطلاعاتی^۳ نیز در این خصوص ضد و نقیض است.

اعلامیه ژنو^۴ مصوب ۱۲ دسامبر ۲۰۰۳ به این تعهد عمومی برای دولت‌ها منتج گردید که همکاری خود را جهت واکنش مشترک به چالش‌ها و برای اجرای نقشه اقدام که

1-Eur. Court H.R., Rantsev v. Cyprus and Russia, Judgment of 7 January 2010, para 289.

2-K. U. v. Finland, Judgment of 2 December 2008, para 389.

3-World Summit on the Information Society.

این اجلاس به پشتیبانی سازمان ملل متحد در خصوص فناوری اطلاعات و ارتباطات جامعه اطلاعاتی در سال‌های ۲۰۰۳ در ژنو و ۲۰۰۵ در تونس برگزار شد.

3-The Geneva Declaration

چشم‌انداز یک جامعه‌ی اطلاعاتی فراگیر را براساس اصول کلیدی موجود در این اعلامیه را تحقق می‌بخشد، تقویت نمایند؛^۱ با این حال پاراگراف ۴۰ دستورالعمل تونس،^۲ صرفاً تأکید بر ضرورت برای ارتقاء همکاری‌های بین‌المللی است.

اگرچه نیاز به همکاری از سوی دولت‌ها به‌طور کلی پذیرفته می‌شود؛ اما دولت‌ها تمایلی به پذیرش چنین الزامی را ندارند. از جنبه‌ی حقوقی، اصل الزام دولت‌ها به همکاری جایگاه بسیار ضعیفی در حقوق بین‌الملل دارد.

گفتار پنجم: اصل مشارکت چند جانبه

نظام تنظیم‌گری مشارکتی در بردارنده‌ی دولت و مؤلفه‌های غیردولتی است و از این جهت متمایز از نظام خود تنظیمی است که در این شکل اخیر مقررات‌گذاری اینترنت، نهاد مقررات‌گذار بدون دخالت دولت و به‌طور مستقل عمل می‌کند.^۳ مشارکت جامعه مدنی و بخش خصوصی به‌طور سنتی نقش مهمی را در حکمرانی از طریق اینترنت بازی می‌کند. اگرچه توسعه‌ی اینترنت از طریق سرمایه‌گذاری دولت ایالات متحده آمریکا صورت گرفته؛ اما ساختار آن به‌وسیله‌ی جامعه علمی تعیین می‌گردد.

هنگامی که نیاز به ایجاد ساختارهای پایدار برای اداره‌ی سیستم دامنه مرتبه بالای کد کشوری احساس گردید، این وظیفه نه به مقامات دولتی و نه به سازمان‌های بین‌المللی؛ مانند اتحادیه بین‌المللی مخابرات بلکه به یک سازمان غیرانتفاعی با نام «آیکان»^۴ محول گردید. با این حالت ایده حکمرانی اینترنت فراتر از کنترل دولت‌ها، تاکنون نتوانسته واقعیت یابد.

آیکان از ابتدا تحت قراردادی با وزارت بازرگانی ایالات متحده آمریکا قرار داشت.^۵ از آن هنگام، نفوذ دولت افزایش یافته و کمیته‌ی مشورتی دولتی در حال حاضر نهاد مهم کنترل دولتی است؛ بنابراین برنامه دولت ایالات متحده آمریکا برای اعطای استقلال کامل به آیکان هنوز تحقق نیافته است. از اوایل سال ۲۰۰۲ رئیس آیکان خواستار مشارکت بخش عمومی و خصوصی به شکل مؤثری گردید.

1-Doc. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, para. 65, available at: http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf

2-Doc. WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)E, available at: <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf>.

۳. ابدی، سعیدرضا، تنظیم مشارکتی مالیاتی، الگوی جدید در نظام مالیاتی ایالات متحده آمریکا، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱، ۱۳۹۴، ص ۲۱۳.

4-ICANN

۵. به یادداشت تفاهم ۲۵ نوامبر ۱۹۹۸ بین وزارت بازرگانی ایالات متحده و آیکان، مراجعه کنید:

<http://www.icann.org/en/general/icann-mou-25nov98.htm>

در این مدل پیشنهادی نقش اصلی را بخش خصوصی، بازی می‌کند و دولت نقش مشارکت و پشتیبانی را برعهده داشت.^۱ این پیشنهاد به‌تدریج در حال تحقق یافتن است. نشانه‌های روشنی وجود دارد که رویکرد مشارکت چند جانبه نه‌تنها در واقعیت در حال تحقق است؛ بلکه هم‌چنین به‌عنوان یک اصل راهنما نیز برای حقوق بین‌الملل اینترنت تلقی می‌گردد.

در راستای تأکید بیشتر بر تعهد به مشارکت، وزارت بازرگانی ایالات متحده آمریکا تعهد خود را به مشارکت چند جانبه با محوریت بخش خصوصی، مدل توسعه سیاست‌گذاری از پایین به بالا برای همکاری فنی در زمینه‌ی دامنه‌های اینترنتی که در راستای منافع کاربران جهانی اینترنت عمل می‌کند را مورد تأیید قرار داد. این موضوع در چارچوبی گسترده‌تر در طی اجلاس جهانی جامعه اطلاعاتی مطرح گردید.

به‌موجب اصول اعلامیه ژنو ۲۰۰۳،^۲ مدیریت اینترنت که شامل هم موضوعات فنی و هم سیاست‌گذاری عمومی می‌گردد باید کلیه‌ی نمایندگان ذی‌نفعان، سازمان‌های دولتی و بین‌الدولی را شامل گردد.^۳ در این رابطه، این اعلامیه به بازیگران متفاوت نقش‌های خاص را واگذار می‌کند. اختیار خط مشی‌گذاری برای موضوعات مربوط به سیاست‌گذاری عمومی در رابطه با اینترنت به دولت‌ها محوّل می‌گردد؛^۴ در حالی که بخش خصوصی باید نقش مهمی در توسعه اقتصادی و فنی اینترنت داشته باشد^۵ در این رابطه نقش ویژه‌ای برای جامعه مدنی پیش بینی شده است.

جامعه مدنی باید نقش مهمی در رابطه با موضوعات مرتبط با اینترنت، در سطح اجتماع بازی نماید.^۶ دو سال بعد، دستور اجلاسیه تونس برای جامعه

1-ICANN, President's Report: ICANN – The Case for Reform of 24 February 2002, available at: <http://www.icann.org/general/lynn-reform-proposal-24feb02.htm>

2-Doc. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, available at: http://www.itu.int/dms_pub/itu/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-E.pdf

۳. اجلاسیه جهانی جامعه اطلاعاتی (WSIS)، که با حمایت سازمان ملل متحد در طی دو اجلاسیه در رابطه با اطلاعات، ارتباطات و در معنای گسترده، جامعه اطلاعاتی در سال ۲۰۰۳ در ژنو برگزار گردید. دور بعدی آن در سال ۲۰۰۵ در تونس تشکیل شد. نخستین مصوبه این اجلاسیه اصول اعلامیه ژنو و نقشه اقدام ژنو بود.

۴. اعلامیه ژنو ۲۰۰۳ پارگراف (الف) ماده ۴۹

۵. بند(ب) پارگراف ۴۹ اعلامیه ژنو ۲۰۰۳.

۶. بند (ج) پارگراف ۴۹ همان.

اطلاعاتی^۱ رویکرد چند جانبه‌گرایی که در اعلامیه ژنو مقرر شده بود را بار دیگر در قالب عبارت مشابهی مورد تأیید قرار داد.^۲

این اعلامیه رویکرد مشارکت چند جانبه در کلیه سطوح را پیشنهاد نمود^۳ و نهادی برای حکمرانی اینترنت تحت عنوان «انجمن جدید برای گفتگو در زمینه‌ی سیاست‌گذاری چند جانبه» ایجاد کرد.^۴

رویکرد مشارکت چند جانبه تنها محدود به موضوعاتی مانند سیستم نام دامنه یا آیکان نیست، بلکه برعکس در اجلاس جهانی جامعه اطلاعاتی از مفهومی گسترده‌تر در رابطه با حکمرانی اینترنت حمایت شد که موضوعات سیاست‌گذاری عمومی؛ مانند تعقیب جرائم اینترنتی را شامل می‌گردید.^۵ در حقیقت، همکاری بین ذی‌نفعان متعدد نکته کلیدی اعلامیه ژنو^۶ و دستور جلسه تونس^۷ است. رویکرد چند جانبه‌گرایی تنها محدود به مقررات‌گذاری بین‌المللی در رابطه با اینترنت نیست.

سایر کنفرانس‌های جهانی هم‌چنین بر اهمیت رو به رشد بازیگران غیردولتی تأکید داشته‌اند. با این حال در مقررات‌گذاری بین‌المللی اینترنت، مفهوم مشارکت چندجانبه چنان استحکام یافته که در حال حاضر به شکل یک اصل بنیادین تبدیل شده است. در ایران، در ارتباط با تنظیم‌گری فضای مجازی از مدل کاملاً دولتی استفاده می‌گردد. در سال ۱۳۹۰ با دستور مقام رهبری، شورای عالی فضای مجازی تشکیل گردید. این شورا از ترکیب

1-The Tunis Agenda for the Information Society 2005.

«دستور جلسه تونس برای جامعه اطلاعاتی» در دومین اجلاس سران جهان درباره جامعه اطلاعاتی در تونس درحالی در روزهای شانزدهم تا هجدهم نوامبر ۲۰۰۵ برگزار شد، مصوب گردید که ۱۹۴۰۱ شرکت کننده با این ترکیب داشت:

شرکت‌کنندگانی از بخش دولتی و جامعه اروپایی

شرکت‌کنندگانی از سازمان‌های دولتی

شرکت‌کنندگانی از سازمان‌های غیردولتی و جامعه مدنی

شرکت‌کنندگانی از بخش تجاری

و شرکت‌کنندگانی از بخش رسانه‌ای

۲. پاراگراف ۳۵ دستور جلسه تونس.

۳. پاراگراف ۳۷ همان.

۴. پاراگراف ۷۲ همان.

۵. نگاه کنید به پاراگراف های ۴۰ و ۵۶-۶۲ همان

۶. اعلامیه ژنو ۲۰۰۳ پاراگراف های ۱۷، ۲۰، ۳۵، ۶۰، ۶۱.

۷. پاراگراف ۲۷، ۳۹، ۴۱، ۷۱، ۸۳، ۸۸-۸۹ دستور جلسه تونس

اشخاص حقوقی و حقیقی به ریاست رئیس جمهور تشکیل می‌گردد. هر دو دسته اعضای شورا را مقام رهبری منصوب می‌کند. مصوبات آن در حکم قانون است و هیچ نهادی حق ابطال آن را ندارد. هم‌چنین مجلس، حق قانون‌گذاری مغایر با مصوبات شورا را ندارد. این شورا در ارتباط با فضای مجازی نهاد سیاست‌گذار و نهاد مجری محسوب می‌گردد. دستگاه‌های اجرایی به ویژه وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات مجری مصوبات شورای عالی فضای مجازی است. این مدل تنظیم‌گری کاملاً یک مدل تنظیم‌گری دولتی بدون مشارکت ذی‌نفعان غیردولتی است.

نتیجه گیری

در این مقاله تلاش شده است که مدل و چارچوب تنظیمی برای مقررات گذاری و مدیریت اینترنت ارائه گردد. بر مبنای اصل صلاحیت سرزمینی مقررات گذاری و مدیریت اینترنت در انحصار دولت ملی قرار دارد؛ با این حال به لحاظ اهمیت اینترنت در دنیای کنونی و ارتباط نزدیکی که با حقوق بشر دارد در سطح بین المللی، اصولی در ارتباط با مقررات گذاری اینترنت شکل گرفته و در حال تکامل است که الزامات و چارچوب الگو و مدل تنظیم گری اینترنت در سطح ملی را نیز تشکیل می دهد.

یافته های تحقیق نشان می دهد که اینترنت در وضعیت کنونی مهم ترین ابزار حق آزادی بیان است و در عین حال حریم خصوصی افراد را متأثر ساخته است. هم چنین ظهور اینترنت بحث های جدیدی را در ارتباط با نحوه ی اعمال صلاحیت سرزمینی در مقررات گذاری اینترنت و رسیدگی به جرائم ارتكابی در فضای مجازی موجب گردیده است.

در شیوه ی مقررات گذاری اینترنت بحث همکاری دولت ها و نیز مشارکت سایر ذی نفعان راهکار اساسی است. حتی می توان از مدل خودتنظیمی فضای مجازی بدون مداخله دولت دفاع نمود؛ بنابراین پنج اصل اساسی در زمینه مقررات گذاری اینترنت در این تحقیق بحث گردید. در نتیجه ی این فرضیه این تحقیق اثبات می گردد که اصول بنیادینی در سطح بین المللی در ارتباط با مقررات گذاری اینترنت شکل گرفته و در حال تکامل است.

نتیجه ی تحقیق نشان می دهد که تنظیم گری فضای مجازی در ایران در مقایسه با اصول بنیادین مقررات گذاری اینترنت با کمبودهایی مواجه است. درباره ی تنظیم گری حریم خصوصی در فضای مجازی در ایران، قانون تجارت الکترونیک و قانون جرائم رایانه ای به عنوان تنها اسناد قانونی در باب حمایت از داده های اشخاص در فضای مجازی جامعیت ندارند. حریم خصوصی همان طور که بحث گردید، ابعاد متعددی دارد؛ در حالی که در قوانین مذکور تنها یک جنبه ی خاص مورد حمایت قرار گرفته است.

قانون تجارت الکترونیک تنها به حمایت از حریم خصوصی جسمانی پرداخته و ذکری از سایر اقسام حریم خصوصی نشده است. در قانون جرائم رایانه ای از حریم خصوصی اطلاعات و ارتباطات حمایت شده؛ اما این حمایت مقید به اضرار یا هتک حیثیت شخص شده که از این جهت قابل ایراد است و از این رو این حمایت باید مطلق باشد. ترس از نقض حریم خصوصی کاربران در فضای مجازی موجب عدم گرایش به استفاده از نرم افزارهای پیام رسان داخلی است.

اصلی ترین خلاء مقررات گذاری فضای مجازی در ایران، تضمین آزادی ارتباطات اینترنتی است. در این زمینه، سیاست حداکثرسازی محدودیت اینترنت ایران دنبال می گردد. مصادیق

محدودیت آزادی بیان که در قوانین مربوط به فضای مجازی ذکر شده است، بسیار کلی و مبهم است و در نتیجه صلاحدید نهاد مقررات‌گذار در تعیین مصادیق محدودیت آزادی بیان به شکل غیرقابل قبولی، توسعه یافته است.

در حال حاضر کمیته ی مصادیق مجرمانه نقش اصلی را در تعیین مصادیق محدودیت‌های آزادی بیان دارد که ساختاری کاملاً دولتی دارد و قاعدتاً مطابق با سایر اصول باید تعدیل گردد. مفهوم همکاری ذی-نفعان، مفهومی کاملاً جدید در زمینه مقررات‌گذاری اینترنت است و به یکی از اصول خاص مقررات‌گذاری بین‌المللی اینترنت تبدیل شده است. در ایران، الگوی مقررات‌گذاری اینترنت الگویی کاملاً دولتی از طریق شورای عالی فضای مجازی و بدون مداخله سایر ذی‌نفعان است.

در راستای نظریه‌پردازی برای ترسیم الگوی مطلوب مقررات‌گذاری اینترنت در ایران در پرتوی اصول بنیادین مقررات‌گذاری اینترنت، نکات ذیل ضروری به نظر می‌رسد:

۱. ضرورت دارد که یک قانون عام در ارتباط با حریم خصوصی به تصویب برسد که تمام ابعاد حریم خصوصی را تحت حمایت قرار دهد که این حمایت، فضای مجازی را نیز شامل گردد. در این قانون به طور جامع می‌بایست حریم خصوصی مکانی، جسمانی و حریم خصوصی اطلاعات و ارتباطات تضمین گردد.

۲. تعیین محدودیت‌های آزادی ارتباطات اینترنتی، از آن جهت که تحدید حقوق و آزادی‌های عمومی باید به موجب قانون باشد می‌بایست صرفاً از طریق قانون مصوب مجلس شورای اسلامی صورت پذیرد.

۳. اصل آزادی ارتباطات اینترنتی در وضعیت کنونی مطلوب نیست و باید از اقتدار کارگروه مصادیق مجرمان کاسته شود. به این شکل که تصمیمات این هیأت تحت نظارت قضایی دیوان عدالت اداری قرار گیرد و قابل رسیدگی باشد.

۴. مدل تنظیم‌گری کنونی اینترنت در ایران دارای ایراداتی است و باید در تنظیم‌گری اینترنت، سایر ذی‌نفعان نیز مشارکت داده شوند.

فهرست منابع

۱- فارسی

الف) کتاب

۱. انصاری، باقر، **حق بر حریم خصوصی**، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱.
۲. انصاری، باقر، **حقوق رسانه**، چاپ دهم، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۰.
۳. قاجار قیونولو، سیامک، **مقدمه حقوق سایبری**، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. ابدی، سعیدرضا، **تنظیم مشارکتی مالیاتی، الگوی جدید در نظام مالیاتی ایالات متحده آمریکا**، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱، ۱۳۹۴.
۲. افتخارجهرمی، گودرز؛ اسلامی، ابراهیم، **نحوه اعمال صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به جرائم فضای مجازی**، مجله حقوقی دادگستری، شماره هشتاد و هشتم، ۱۳۹۳.
۱. اکرمی، خدیجه؛ غفاری، هدی و رستمی ولی، «**دسترسی به اینترنت حق مستقل بشری: رویکرد نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی ایران**»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ۱۴۰۰.
۳. امام‌وردی، محمدحسن، **ماهیت‌شناسی حق بر حریم خصوصی در نظام حقوقی ایران**، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۴، شماره ۲، ۱۳۹۶.
۴. انصاری، باقر، **حریم خصوصی و حمایت از آن در حقوق اسلام-تطبیقی و ایران**، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۱۳۸۳.
۵. جلالی فراهانی، امیرحسین، **صلاحیت کیفری سایبری در پرتوی قوانین داخلی، حقوق فن آوری اطلاعات و ارتباطات (مجموعه مقالات)**، تهران: انتشارات روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵.
۲. رضایی، مهدی؛ بابازاده مقدم، حامد، **اصول تدوین قوانین و مقررات برای اینترنت با تأکید بر مصوبات یونسکو و شورای اروپا**، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۲، بهار ۱۳۹۳، ص ۵۴.
۶. سعد، علی، **درآمدی بر سیاست های فیلترینگ سایت های اینترنتی**، فصلنامه مطالعات رسانه های نوین، سال اول شماره ۲، ۱۳۹۴.
۷. فتحی، یونس؛ شاه مرادی، خیراله، **گسترده و قلمرو حریم خصوصی در فضای مجازی**، مجله حقوقی دادگستری، شال هشتاد و یکم، شماره نود و نهم، ۱۳۹۶.

۸. محبی، محسن؛ صفایی، عبدالحسین، **صلاحیت فراسرزمینی بر اساس دکترین آثار در حقوق بین‌الملل**، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۹، شماره ۲، ۱۳۹۷.

2-Latin Source

- 1-Döge, Jenny, Cyber Warfare: Challenges for the Applicability of the Traditional Laws of War Regime, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2010
- 2-Ehlers, Dirk, General Principles, in European Fundamental Rights And Freedoms, Dirk Ehlers ed. 2007
- 3-Reidenberg. R, Joel (2002). "Yahoo and Democracy on the Internet ", 42 Jurimetrics Journal, 261, 2002
- 4-Oxman, Bernard H, Jurisdiction of state, in MPEPIL, Rudiger Wolfrum Ed, online Ed, 2007
- 5-Schmitt, Michael N. "Wired Warfare: Computer Network Attack and jus in bello," international law studies, Vol 84, 2002
- 6-Schreuer, Christoph, State Sovereignty and the Duty of States to Cooperate – Two Incompatible Notions?, in International Law Of Cooperation And State Sovereignty, Jost Delbrück ed, 2012
- 7-Vaughan Lowe & Christopher Staker, Jurisdiction in International Law, Malcom D. Evans ed, 2010
- 8-Wenzel, Nicola (2009). Opinion and Expression, Freedom of, International Protection, MPEPIL, Rüdiger Wolfrum, 2009
- 9-Affirmation of Commitments, paragraph 4: <http://www.icann.org/en/documents/affirmation-of-commitments-30sep09-en.pdf>
- 10-Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J. L 12/1
- 11-Doc.WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1) E, the Tunis Agenda for the Information Society
- 12-EP and Council Directive 2006/24 of 15 March 2006, O.J. 2006 L 105/54.

- 13-Eur. Court H.R., Times Newspapers Ltd v. United Kingdom (nos. 1 and 2), Judgment of 10 March 2009
- 14-Eur. Court H.R., Von Hannover v. Germany, Judgment of 24 June 2004, Reports of Judgments and Decisions 2004-VI
- 15-Eur. Court H.R. Perrin v. United Kingdom, Judgment of 18 October 2005
- 16-Eur. Court H.R., Copland v. United Kingdom, Judgment of 3 April 2007.
- 17-Eur. Court H.R., Fatullayev v. Azerbaijan, Judgment of 22 April 2010.
- 18-Eur. Court H.R., Megadat.com SRL v. Moldova, Judgment of 8 April 2008.
- 19-Eur. Court H.R., Rantsev v. Cyprus and Russia, Judgment of 7 January 2010.
- 20-The Geneva Declaration Doc. WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, available at: http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC_0004!!PDF-E.pdf
- 21-Eur. Court H.R., Wypych v. Poland, Judgment of 25 October 2005.
- 22-Eur. Court H.R., X and Y v. the Netherlands, note 4627.
- 23-K. U. v. Finland, Judgment of 2 December 2008.
- 24-G. v. Finland, Judgment of 27 January 2009.
- 25-GA Res. 44/25 of 20 November 1989.
- 26-ICANN, President's Report: ICANN – The Case for Reform of 24 February 2002, available at: <http://www.icann.org/general/lynn-reform-proposal-24feb02.htm>
- 27-Joined Cases 89/85 et al., Wood Pulp, 1988 E.C.R. 5193, Council of Europe, Committee of Ministers, Convention on Cybercrime, Explanatory Report of 8 November 2001, available at: <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm>
- 28-The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among the Convention on the Rights of the Child 1989
- 29-U. v. Finland, Judgment of 2 December 2008, Application 2827/02.the European Convention on Cybercrime
- 30-Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc., US District Court for the Western District of Pennsylvania, 952 F.Supp. 1119, at 1124 (W.D.Pa. 2009)

کاربست اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در دادرسی‌های اداری ایران با تأکید بر دیوان عدالت اداری

اسماعیل قمری*

مهدی حسنونند**

سیده نفیسه کاظمی***

چکیده

این مقاله، اصل مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری را با هدف ترسیم نظام مشروع تحصیل دلیل در این نوع از دادرسی تجزیه و تحلیل می‌کند. در دادرسی اداری، مشابه دادرسی کیفری و مدنی، بحث تحصیل دلیل از سوی دادگاه مطرح می‌شود. چون بحث تحصیل دلیل از سوی دادگاه با اصل بی‌طرفی قاضی مغایر است، تجزیه و تحلیل آن در دادرسی اداری مشابه دادرسی مدنی و کیفری اهمیت دارد. از سوی دیگر، این موضوع نیز مطرح می‌شود که اگر دلیل به طریق نامشروع تحصیل گردد، چه ضمانت اجرایی در دادرسی اداری دارد. این تحقیق به روش توصیفی و تحلیلی انجام می‌گیرد و برای گردآوری داده‌ها از کتاب‌ها و مقالات مرتبط در این زمینه استفاده می‌شود. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد که در دادرسی اداری ترافعی مانند دادرسی کار، اصل بر عدم جواز تحصیل دلیل از سوی قاضی اداری است، اما در دادرسی اداری، برای رسیدگی به تخلفات، مانند هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری، قاضی در تحصیل دلیل نقش فعالی دارد. در رویه قضایی دیوان عدالت اداری و قوانین و مقررات مرتبط با دادرسی اداری، اصل عدم اعتبار دلیل که به طریق نامشروع تحصیل شده، به طور پراکنده مطرح گردیده است.

کلیدواژه‌ها: تحصیل دلیل، دادرسی اداری، عدم اعتبار دلیل، دادرسی کیفری و دادرسی مدنی، دیوان عدالت اداری.

*. دانش آموخته دکتری، دانشگاه آزاد کرمانشاه، ایران. /قاضی دادگستری. (نویسنده مسئول).

amir92amir94@gmail.com

ma_hasanvand@yahoo.fr

kazemi.nafiseh@yahoo.com

**. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، دانشکده‌گان فارابی، ایران.

***. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

مقدمه

«دلیل» در همه اقسام دادرسی اهمیت دارد؛ زیرا در حقوق بین عالم اثبات و عالم ثبوت، تفاوت وجود دارد. با این توضیح که ممکن است مدعی در دعوای خود، ذی‌حق باشد، اما به دلیل ارائه ندادن دلیل نتواند حق خود را اثبات کند و در نتیجه، به بی‌حقی محکوم شود. شاید به جرئت بتوان گفت ناتوانی مدعی از تحصیل دلیل، مساوی با بی‌حقی اوست. از طرف دیگر، این بحث مطرح می‌شود که آیا دادرسی این حق را دارد که به نفع یکی از طرفین اختلاف عمل کند و خود، تحصیل دلیل کند؟

این پرسش به طور مجزا درباره همه اقسام دادرسی یعنی دادرسی مدنی، کیفری و دادرسی اداری مطرح می‌شود. در دادرسی مدنی، چون منفعت خصوصی طرفین دعوا مطرح است، تحصیل و ارائه دلیل، وظیفه طرفین اختلاف است و دخالت قاضی در تحصیل دلیل با اصل بی‌طرفی مغایر است. در دادرسی کیفری، برعکس دادرسی مدنی، چون دعوا با منافع عمومی مرتبط است، قاضی در تحصیل دلیل نقش فعالی دارد. به همین دلیل، در دادرسی کیفری، مرحله دادرسی از مرحله دادگاه تفکیک شده است و قاضی دادرسی، وظیفه تحصیل دلیل را بر عهده دارد، اما قاضی دادگاه باید بی‌طرف باشد.

علاوه بر تکلیف ارائه دلیل، بحث مشروعیت تحصیل دلیل نیز در دادرسی و در هر دو نوع آن (ترافعی و تفتیشی)^۱ مطرح است. در نظام دادرسی ترافعی،^۲ قاعده عدم اعتبار دلیل بر این منطق مبتنی است که طرفی که ادله را به شکل غیر قانونی تحصیل کرده است،

۱. آیین دادرسی تفتیشی به معنای «تفتیش عقاید» (Inquisition) با ظهور انقلاب ۱۹۸۹ فرانسه کنار گذاشته شد. آلمان نیز شیوه رسیدگی‌های کیفری (Reformiertes strafverfahren) خود را که بعد از انقلاب ۱۸۶۸ برقرار شده بود، اصلاح کرد. در نتیجه، در حال حاضر، رسیدگی‌های تفتیشی در دو مرحله و توسط افراد مشخص با مسئولیت‌های جداگانه صورت می‌گیرد. مرحله تحقیقات مقدماتی که دادستان یا قاضی تحقیق (قاضی بررسی کننده) (Jugend 'instruction) آن را به عهده دارد و مرحله محاکمه که توسط یک قاضی دادگاه رسیدگی کننده انجام می‌شود. با وجود این، حتی می‌توان گفت که هر دو نظام ترافعی و تفتیشی، تفتیشی هستند؛ زیرا رسیدگی در مرحله مقدماتی توسط دولت یعنی پلیس و دادستان آغاز و هدایت می‌شود. همین طور، هر دو نظام، «اتهامی» هستند؛ زیرا مرحله تعقیب و محاکمه به رسوایی ضمنی نظام تفتیشی چندان از سوء استفاده‌های بعدی و افراط‌گرایی‌های آیین دادرسی تفتیشی قاعده‌مند ناشی نمی‌شود. این رسوایی بیشتر ناشی از این بود که آیین دادرسی تفتیشی با یک نوع آیین دادرسی اختصاری و بدون قاعده شباهت لغوی داشت که به منظور تعقیب و مجازات ملحدان (Inquisition haereticae pravitatis) در اروپای قاره‌ای به ویژه در اوج فعالیت «اداره مقدس تفتیش عقاید» استفاده می‌شد. با این حال، حقوق دانان کامن لا سعی دارند از آن به عنوان آیین دادرسی سیاست نفرت‌آور، سرتی و ظالمانه یاد کنند. (کای آمبوس، «آیین دادرسی کیفری بین‌المللی، ترافعی یا تفتیشی یا مختلط»، ترجمه: حسین جنت‌مکان، تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۴۵).

نباید اجازه یابد که از محصول این تخلف خود بهره‌مند شود. این استدلال را در نظام دادرسی تفتیشی^۱ به دشواری می‌توان پذیرفت؛ زیرا ادله در این نظام بیش‌تر به دادگاه تعلق دارد تا این‌که متعلق طرفین دادرسی باشد. با این حال در این نظام نیز قاعده عدم اعتبار دلیل می‌تواند تصمیم دادگاه را در نپذیرفتن برخی از دلایل توجیه کند. دغدغه عدم اعتبار دلیل در نظام تفتیشی می‌تواند در مورد منافع سیستم (مانند ظواهر انصاف) یا منافع فردی (مثل دفاع از حقوق اشخاصی که از تخلف دستگاه قضایی متأثر شده‌اند) مطرح شود. حفظ منافع عدالت و منافع فردی می‌تواند چنان اهمیت داشته باشد که تحصیل دلیل را بی‌اعتبار کند.^۲

هر یک از نظام‌های دادرسی، قاعده عدم اعتبار دلیل را در واکنش به برخی موارد شدید تخلف به رسمیت شناخته‌اند. تقریباً یک قاعده جهان‌شمول وجود دارد که از اظهارات متهم در نتیجه شکنجه نباید در دادگاه استفاده کرد.^۳ در کنار دادرسی مدنی و کیفری، دادرسی اداری نیز با تشکیل محاکم اداری، برای حل و فصل اختلافات بین دولت و مردم در مورد دعاوی مرتبط با منافع عمومی شکل گرفته است. محاکم اداری، طیفی گسترده از مراجع شبه‌قضایی را شامل می‌گردد که در درون قوه مجریه تشکیل می‌شود و به دعاوی رسیدگی می‌کنند. به موازات این محاکم، دیوان عدالت اداری به عنوان دادگاه اداری عام، به تظلم‌خواهی مردم از دولت رسیدگی می‌کند و بر آرای صادرشده از دادگاه‌های اداری نیز نظارت شکلی دارد. در نتیجه، بحث از دادرسی اداری در کنار دادرسی مدنی و کیفری مطرح می‌شود. حال پرسش این است که تحصیل دلیل در دادرسی اداری چه وضعیتی دارد؟ آیا قاعده عدم اعتبار دلیل در دادرسی اداری اعمال می‌گردد؟

روش انجام این تحقیق، توصیفی و تحلیلی است. در این راستا ابتدا از اصل مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی مدنی و کیفری بحث می‌کنیم. سپس به قاعده عدم اعتبار دلیل می‌پردازیم و در پایان، مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری تجزیه و تحلیل می‌شود.

1-Inquisitorial systems

2-Turner, J. and Weigend, T., "The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview", Faculty Journal Articles and Book Chapter, 2019, p. 259

۳. ماده ۱۵ کنوانسیون منع شکنجه (۱۹۸۴) سازمان ملل متحد اظهار می‌دارد: هر دولت عضو، موظف است به گون‌های اطمینان یابد که اقرار بر اثر شکنجه هرگز مدرک محسوب نخواهد شد و به آن مدارک نمی‌توان به جز در مورد شخص شکنجه‌گر و برای پی‌گرد او به دلیل ارتکاب جرم استناد کرد.

گفتار اول. اصل مشروعیت تحصیل دلیل

«دلیل» در لغت عبارت است از رهبر، راهنما، آن‌چه برای اثبات امری به کار برند^۱ و تحصیل دلیل به معنای مجموعه عملیات مادی است که با آن، عناصر مبتین ارتکاب جرم و انتساب آن به متهم، جمع‌آوری و به دادرس ارائه می‌شود.^۲ در اصطلاح حقوقی با توجه به ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی، «دلیل»، امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌کنند. «مطالعه بار دلیل و نحوه تحصیل و کاربرد آن بیانگر این مطلب است که بر حسب این‌که در قلمرو حقوق جزا یا خصوصی باشیم، موقعیت دلیل متفاوت است».^۳ مطابق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، ادله اثبات در امور حقوقی عبارتند از: اقرار، سند، شهادت، امارات و قسم. البته در قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹، تحقیقات محلی و معاینه محل و کارشناسی نیز به ادله اثبات حقوقی اضافه شد. در امور کیفری، ادله اثبات دعوا به موجب مواد ۱۶۰ تا ۲۱۰ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲ عبارتند از: اقرار، شهادت، سوگند و قسامه و علم قاضی. ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی در خصوص بار اثبات دلیل در امور حقوقی مقرر می‌دارد: «هر کس مدعی حقی است، باید آن را اثبات کند». در ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ نیز این قاعده صریحاً منصوص شده است. «بار دلیل در امور جزایی به عهده مرجع قضایی است؛ زیرا که مکلف است به وقوع جرم استناد نماید. در صورتی که در امور مدنی، ارائه دلیل به عهده شخصی است که وقوع امری را مورد استناد قرار می‌دهد، ولی به خاطر حمایت از حقوق شخص تحت تعقیب (متهم)، بار دلیل در حقوق جزا، سنگین‌تر از بار دلیل در حقوق مدنی است».^۴

در فرآیند دادرسی کیفری، اثبات اموری که به وقوع پیوسته‌اند، با توسل به انواع ادله با ماهیت متفاوت امکان‌پذیر است. علی‌الاصول، در ارائه دلیل، جز آن‌چه قانون‌گذار یا رویه قضایی در برخی موارد پیش‌بینی کرده است، هیچ‌گونه محدودیتی وجود ندارد. از این موضوع تحت اصل ادله آزاد یا آزادی ادله در امور کیفری نیز نام برده شده است که از اصل ارزیابی آزادانه دلیل باید تفکیک شود. در عین حال، آزادی در تحصیل دلیل به معنای آزادی مطلق و بی قید و شرط در تهیه و جمع‌آوری ادله نیست و قانون‌گذار و رویه قضایی، تحدیدات چندی بر این اصل وارد آورده‌اند.^۵

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی (جلد ۲)، تهران: امیر کبیر، ۱۳۸۶، ص ۱۵۵۶.

۲. تدین، عباس و زینب باقری‌نژاد، «تضمین دادرسی منصفانه در پرتو اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۳، ۱۳۹۰.

۳. گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوا، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۱.

۴. همان.

۵. طاهری بجد، محمدعلی، «تعیین رژیم دلایل کیفری در نظام قضایی ایران، علوم جنایی»، در: مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری، تهران: سمت، ۱۳۸۳، ص ۳۰۳.

در تحصیل و ارائه دلیل، دو نظام وجود دارد: نظام ادله قانونی و نظام آزادی دلیل. در نظام ادله قانونی، دلایل اثبات دعوا شمارش و احصا شده و قانون نیز ارزش دلیل را مشخص کرده است و قاضی تن‌ها می‌تواند بر مبنای دلایل موجود رأی صادر کند. در مقابل، نظام ادله اخلاقی یا معنوی قرار دارد. در این نظام، دلایل اثبات دعوا مشخص نیست و به اختیار قاضی است. همچنین تشخیص ارزش اثباتی دلیل با قاضی است. در نظام حقوقی ایران، در دعاوی مدنی و رسیدگی‌های حقوقی، به موجب ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی و مواد ۲۰۲ تا ۲۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دلایل به طور دقیق شمارش و احصا شده است و ارزش دلایل و شیوه کاربرد آن‌ها مشخص است. قاضی موظف است که به همین شکل رسیدگی و حکم صادر کند. با این حال، در ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، دست قاضی را برای هر اقدام یا تحقیقی جهت کشف حقیقت باز گذاشته است؛ یعنی با تصویب این ماده، نظام حقوقی ایران به سمت نظام آزادی ادله گرایش پیدا کرده است.

با بررسی جامع در حقوق کیفری ایران مشخص می‌شود در بطلان یا اعتبار ادله تحصیلی از طریق غیر قانونی، مقررات واضح و روشنی وجود ندارد، هر چند به صراحت برای عامل آن، مجازات تعیین شده است، مانند نقض شدید حقوق متهم ناشی از شکنجه. با این حال، در مورد ادله‌های که بدون رعایت قوانین به بازرسی و توقیف و بازداشت متهمان به دست آمده، واکنشی نشان نداده و صرفاً به اعمال ضمانت اجرای کیفری نسبت به مأموران متخلف بسنده کرده است. در آیین دادرسی کیفری کشور به مسئله اعتبار یا عدم اعتبار کسب‌شده از طریق تحریک و فریب متهم نیز اشاره نشده است.^۱ همین طور به موجب ماده ۱۶۱ قانون مجازات اسلامی، دادگاه در حدود و قصاص می‌تواند اگر ادله بر خلاف علم او باشد، به آن‌ها ترتیب اثر ندهد. بنابراین، می‌توان گفت در نظام دادرسی کیفری، گرایش به سمت نظام ادله آزاد است. حاکمیت نظام ادله آزاد بر دادرسی کیفری ایران و برخی از کشورهای دیگر به این معنی نیست که برای اثبات جرم می‌توان به هر روشی برای تحصیل دلیل متوسل شد، بلکه تحصیل دلیل باید به شیوه مشروع و قانونی صورت گیرد. اصل ۳۸ قانون اساسی، هر نوع تحصیل دلیل از طریق شکنجه را به صراحت، ممنوع و ادله تحصیلی را بی‌اعتبار می‌داند. ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی کیفری در اقرار، بحث مشروعیت را مقرر داشته است. بنابراین، در نظام حقوق کیفری ایران با وجود پذیرش اصل آزادی تحصیل دلیل، شیوه تحصیل دلیل باید مشروع باشد.

ماده ۱۵ کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها و مجازات‌های ظالمانه، غیر انسانی یا تحقیرآمیز (۱۹۸۴) نیز ادله تحصیل‌شده با شکنجه را بی‌اعتبار می‌داند. در اصلاحیه پنجم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نیز اصل مشروعیت تحصیل دلیل مقرر شده است: «...»

۱. احمدلو، محمد، «اعتبار تحصیل دلیل به روش غیر قانونی در حقوق کیفری ایران»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق، آذر ۱۴۰۰.

هیچ کس در هیچ مورد کیفری، به ادای شهادت علیه خود، مجبور یا از زندگی آزاد و دارایی خویش بدون طی مراحل قانونی لازم محروم نخواهد شد.^۱ هم‌چنین مطابق این اصل، هیچ شخص نباید از زندگی آزاد و دارایی خویش بدون پیمودن مراحل قانونی لازم محروم شود.

گفتار دوم. مبانی نظری مشروعیت تحصیل دلیل

پس از بیان این مقدمه به بررسی مبانی توجیهی قاعده عدم اعتبار دلیل نامشروع و غیر قانونی می‌پردازیم. در ابتدا از ملاحظات مربوط به دستگاه کیفری، از جمله گستردگی جست‌وجو برای کشف حقیقت و سلامت سیستم کیفری بحث خواهیم کرد. سپس ممانعت از سوء رفتار پلیس و حمایت از حقوق فردی را به عنوان توجیهات برای قاعده عدم اعتبار دلیل مطرح خواهیم کرد.

بند اول. کشف حقیقت

در یک نظام دادرسی، برای انجام وظایف به شکل شایسته، صرف نظر از نوع نظام دادرسی ضرورت دارد که قواعد و اصول رعایت شود. در یک نظام دادرسی کارآمد لازم است که دادگاه در رسیدگی خود، جهت‌گیری عدالت‌محور و مطابق با قانون داشته باشد که شامل گرایش یافتن فرآیند تحقیقات به سمت کشف واقعیت یا به شکل آرمان‌گرایانه‌تر، نقض احکام دادگاه در مواردی است که رأی بر مبنای شواهد غیر واقعی صادر شده است. بنابراین، دادگاه باید تشویق شود که این آرمان اساسی را با پذیرش و بررسی هر نوع دلیلی دنبال کند که به نظر می‌رسد برای روشن شدن واقعیت‌های فرآیند دادرسی ضرورت دارد.^۱ در شرایط استثنایی، استناد به برخی از دلایل صرف ممکن است به شکل مخربی، سلامت دادرسی را تحت‌الشعاع قرار دهد. برای مثال، صدور حکم محکومیت از سوی دادگاه بر مبنای اقرار متهم زیر شکنجه، نه تنها با استانداردهای سلامت دادرسی مغایرت دارد، بلکه تردیدهایی جدی در محوری بودن حقیقت در دادرسی کیفری ایجاد می‌کند؛ زیرا شکنجه باعث می‌شود که قربانی، مطالبی بگوید که از نظر او برای پایان درد و رنجش ضرورت دارد. بنابراین، می‌توان ادله را در مواردی بی‌اعتبار دانست که روش تحصیل آن باعث بی‌اعتباری‌اش شود.^۲ این استدلال، عدم اعتبار اعترافات متهم در نتیجه شکنجه یا اغفال شخص در بازجویی یا مواجه نشدن با شهود اصلی پرونده را توجیه می‌کند. با این حال، در برخی از موارد، بی‌اعتباری دلیل نه تنها موجب کشف حقیقت نمی‌گردد، بلکه برعکس با آن مغایرت دارد.

1-Turner and Weigend, op.cit., p. 257.

2-Jackson, John D. & Summers, Sarah J., The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, Cambridge, 2012, p. 154

برای مثال، اگر مواد مخدر به طور غیر قانونی کشف و ضبط شده است یا مکالمه تلفنی بدون حکم قضایی شنود شود، این اقدامات غیر قانونی، ارزش احتمالی دلیل را از بین نمی‌برد.

بند دوم. تقویت سلامت دستگاه قضایی

یکی از توجیه‌های گسترده در مورد اعتبار نداشتن ادله، حفظ سلامت دستگاه قضایی است.^۱ در این استدلال فرض می‌شود که اعتبار دستگاه قضایی در صورتی خدشه‌دار می‌گردد که به طور مداوم در صدور رأی به ادله‌های استناد کند که در نتیجه نقض فاحش قانون تحصیل شده است. بنابراین، دادگاه‌ها باید ادله‌های را که طریق نامشروع تحصیل می‌شود، نادیده بگیرند تا به عموم مردم نشان دهند که از اقدامات غیر قانونی نهادهای دولتی چشم‌پوشی نمی‌کنند و تصمیمات خود را بر مبنای نتایج چنین اعمالی توجیه نمی‌کنند. دادگاه‌ها با پرهیز از مشارکت در نقض عمده قانون به طور ضمنی متعهد می‌شوند که دستگاه قضایی را نیرومند سازند^۲ و با خودداری از استفاده از ادله به دست آمده از طریق غیر قانونی، بار دیگر، قاعده حاکمیت قانون را تأیید و مشروعیت دادرسی را تقویت می‌کنند.^۳ استدلال حفظ سلامت دستگاه قضایی در زمینه تحصیل دلیل به شکل گسترده به این سمت گرایش دارد که قاعده عدم اعتبار دلیل را برجسته سازد. جنبه دیگر این استدلال که با عنوان «سلامت سیستماتیک»^۴ شناخته می‌شود، عمدتاً متمرکز بر این استدلال است که تحصیل دلیل به طریق غیر قانونی موجب بی‌اعتباری اجرای عدالت می‌شود.^۵ این بُعد از استدلال در مورد سلامت دستگاه قضایی، این واقعیت را تصدیق می‌کند که قواعد بی‌اعتباری ادله می‌تواند در تضمین درستی دادرسی عادلانه نقشی برجسته داشته باشد. البته باید این

1-See: e.g., ECtHR, Gäfgen v. Germany, case no. 22978/05, Judgment (Grand Chamber) of 1 June 2010, § 175

2-Elkins v. United States, 364 US 206, 223 (1960).

۳. این استدلال به طور خاص در کشورهایی بسیار اهمیت دارد که با فروپاشی رژیم‌های اقتدارگرا و گذار به سمت دموکراسی‌های لیبرال ظهور یافتند. در این کشورها، قاعده عدم اعتبار ادله برای محدود کردن سوء استفاده دولت و تأکید بر این که مقامات دولتی نیز تحت محدودیت‌های قانون قرار دارند، ارزشمند است. (See: Turner, J. "The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law", 67 SMU Law Review, 2014 pp. 821-833)

4-Systemic integrity

۵. اصل بیست و چهارم قانون اساسی کانادا (۱۹۸۲) در این خصوص مقرر می‌دارد: «هنگامی که در اقامه دعوای قضایی مورد نظر بند (۱)، دادگاه به این نتیجه برسد که مدارک در شرایطی به دست آمده‌اند که می‌تواند به حقوق و آزادی‌های تضمین شده این قانون آسیب بزند، اگر با توجه به وضعیت موجود محرز شود که استفاده از آن‌ها موجب بی‌اعتباری اجرای عدالت است، مدارک یادشده کنار گذاشته می‌شوند».

R v. Grant [2009] 2 SCR 353, §§ 68-70 (Can).

واقعیت را نیز در نظر گرفت که بی‌اعتباری ادله اگر موجب منع تعقیب یا براءة اشخاصی شود که به احتمال زیاد، مرتکب جرایم جدی شده باشند، به اعتبار دستگاه قضایی خدشه وارد می‌کند. اگر نظام قضایی به طور مداوم، ادله معتبر را با استدلال نامشروع بودن شیوه تحصیل کنار بگذارد و در نتیجه نتواند شخص متهم را به دلیل نبود شواهد قاطع محکوم کند، عامه مردم ممکن است اعتقاد خود را به عملکرد مناسب نظام قضایی از دست بدهند. در رویکرد سلامت سیستماتیک، تمایل بر این است که بین منافع ناشی از کنار گذاشتن ادله و همچنین اعتبار دستگاه قضایی تعادل ایجاد شود. از یک سو، دادگاه‌ها باید شدت سوء رفتار مقامات دولتی، از جمله تقصیر مقامات دولتی، وجود الگوی سوء رفتار و اهمیت حق مورد تعرض را بررسی کنند. از سوی دیگر، دادگاه‌ها برای تعیین هزینه‌های کنار گذاشتن ادله باید شدت جرم مورد اتهام، قابلیت اعتبار ادله و محوریت ادله پرونده علیه متهم را در نظر بگیرند.^۱

بند سوم. رعایت حقوق دفاعی متهم

یکی از مصادیق رعایت مشروع بودن تحصیل دلیل، رعایت حقوق دفاعی متهم است. بر این اساس، دلیلی که با نقض حقوق دفاعی متهم به دست آید، پذیرفته نخواهد شد. حقوق دفاعی متهم که امروزه به عنوان بخش جدایی‌ناپذیر دادرسی منصفانه، از آن در قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی حمایت می‌شود، به معنای مجموعه امتیازات و امکاناتی است که در یک دادرسی منصفانه لازم است متهم از آن برخوردار باشد تا بتواند در مقابل ادعایی که بر خلاف فرض براءة علیه او مطرح شده است، در شرایط آزاد و انسانی از خود دفاع کند.^۲

بند چهارم. جلوگیری از سوء رفتار پلیس

یکی از توجیه‌ها برای بی‌اعتباری دلیل ارائه‌شده، جلوگیری از سوء رفتار پلیس است. در اکثریت نظام‌های دادرسی کیفری، بیش‌تر اقدامات مربوط به تحقیقات مقدماتی جرایم را افسران پلیس انجام می‌دهند و قواعد مربوط به تحصیل ادله را نقض می‌کنند. بنابراین، سلامت دادرسی در مرحله مداخله پلیس بسیار آسیب‌پذیر است.^۳ در نتیجه، یکی

1-Slobogin, C., "A Comparative Perspective on the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases", in: Ross, Jacqueline/Thaman, Stephen (eds.), Comparative Criminal Procedure, Cheltenham UK, 2016, pp. 287-291

۲. امیرزاده خیابانی، علی و محمدامین فرید، «اصل مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلستان»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۳، ۱۳۹۷، ص ۱۵.

۳. دیوان عالی ایالات متحده آمریکا، تأکید خود بر روش‌های غیر قانونی پلیس برای کسب اعتراف (به جای تأکید بر بی‌اعتباری ذاتی اعترافات اجباری) را این گونه توضیح می‌دهد: «انزجار جامعه از استفاده از اعترافات اجباری تن‌ها به دلیل بی‌اعتباری ذاتی آن نیست»، بلکه بر این احساس ریش‌های و عمیق مبتنی است که پلیس در ضمن اجرای قانون باید از قانون پیروی کند.

In Spano v. New York, 360 US 315, 320 (1959)

از کارکردهای قاعده عدم اعتبار دلیل این است که مأموران اجرای قانون را از نقض قانون منصرف سازند.^۱ کنار گذاشتن ادله برای جلوگیری از سوء رفتار پلیس بر این فرض مبتنی است که افسران پلیس، حتی اگر نفعی شخصی در محکومیت متهم نداشته باشند، اما از نظر حرف‌های علاقه دارند که محکوم شدن شخص متهم را به چشم خود ببینند. با کنار گذاشتن ادله‌های که در نتیجه تخطی از قانون به دست آید و در نتیجه، کاهش چشم‌گیر احتمال محکومیت، دادگاه‌ها امید دارند که افسران پلیس را به رعایت قانون در آینده تشویق کنند.

نباید تصور کرد که مفهوم کنار گذاشتن ادله برای جلوگیری از سوء رفتار پلیس که در افشای نقض گسترده و سیستماتیک حقوق متهم در نظام حقوق ایالات متحده امریکا در دهه ۱۹۶۰ نقش مهمی داشت، تصادفی است.^۲ با این‌که استدلال پیش‌گیری از سوء رفتار پلیس برای کنار گذاشتن ادله در ایالات متحده امریکا مقبولیت گسترده‌ای یافته است، اما این رویکرد در دیگر نظام‌های حقوقی نتوانست جایگاه مستحکمی یابد. در آن دسته از آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر که به استدلال جلوگیری از سوء رفتار پلیس اشاره شده، این استدلال به عنوان هدفی ثانویه در کنار دیگر اهداف اصلی برای کنار گذاشتن ادله به کار رفته است.^۳ در آلمان، برخی از نویسندگان، جلوگیری از سوء رفتار پلیس را به عنوان یکی از اهداف عدم اعتبار ادله تحصیل‌شده به طور غیر قانونی پذیرفته‌اند.^۴ البته این استدلال در این کشور، مقبولیتی گسترده نیافته است.

بند پنجم. ملاحظات حقوق بشری

رویکرد دیگر برای توجیه قاعده عدم اعتبار ادله، حمایت از حقوق بشر است.^۵ بر مبنای

1-12 United States v. Leon, 468 US 897, 918 (1984); Hudson v. Michigan, 547 US 586, 591 (2006); Herring v. United States, 555 US 135 (2009).

2-Weeks v. United States, 232 US 383, 393 (1914).

3-Macula, L., "The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective", in: Gless, Sabine/Richter, Thomas (eds.), Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Cham, 2019, p. 31.

4-Spendel, G., "Beweisverbote im Strafprozess", 19 Neue Juristische Wochenschrift, 1966, pp. 1104-1105; Grünwald, A., "Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren", 21 Juristenzeitung, 1966, pp. 499-500.

5-Ashworth, A., "Excluding Evidence as Protecting Rights", 3 Criminal Law Review, 1977, 723-735; Jackson, John D. & Summers, Sarah J., The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, Cambridge, 2012, p. 155.

این منطق، کنار گذاشتن ادله، راه حل جبرانی مؤثری را در اختیار قربانی حقوق بشر قرار می‌دهد. به این استدلال در برخی از کشورها از جمله آلمان، سوئیس و تایوان بسیار استناد شده است. دیوان عالی فدرال امریکا در برخی از تصمیمات خود درباره قاعده عدم اعتبار ادله به این رویکرد استناد کرده است، با این توضیح که بدون اعمال این قاعده، مقررات مربوط به حمایت از حقوق بنیادین بشری به شکل بازی با کلمات کاهش می‌یابد^۱ و تأثیرگذاری حقوقی معناداری ندارد.^۲ در مقابل، دادگاه‌های حقوق بشری منطق‌های در سال‌های اخیر تلاش کرده‌اند که دولت‌ها را تشویق کنند تا ادله‌های را که از طریق نقض حقوق بشر به دست آمده است، بی‌اعتبار اعلام کنند.

قوانین حقوق بشری، دولت‌ها را ملزم می‌سازد که حمایت از حقوق بشر، از جمله حق دسترسی به دادرسی منصفانه،^۳ حق بر آزادی از بازرسی و ضبط خودسرانه،^۴ حق بر خلوت^۵ و حق بر مجبور نشدن به اعتراف علیه خود^۶ را تضمین کنند. دیوان‌های حقوق بشری تمایل دارند که مصادیق مربوط به پذیرش یا رد ادله را به دولت‌ها واگذارند و به عنوان یک قاعده عام، دولت را ملزم کنند که ادله‌های را کنار بگذارند که در نتیجه تخطی از حقوق بشر تحصیل شده است.^۷ با این حال، دیوان‌های حقوق بشری این الزام را به طور خاص برای دولت‌ها مقرر داشته‌اند که اگر ادله اکتسابی در نتیجه نقض شدید اصول دادرسی منصفانه مانند اغفال شهروندان بی‌گناه به ارتکاب جرم،^۸ شکنجه یا رفتار تحقیرآمیز^۹ به دست آید، آن را بی‌اعتبار اعلام کنند. بنابراین، قوانین حقوق بشری به طور مستقیم و غیر مستقیم، در توسعه قاعده عدم اعتبار دلیل که برای حمایت از حقوق بشر طراحی شده است، نقشی مؤثری دارند.

1-Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 US 385, 392 (1920).

2-Weeks v. United States, 232 US 383, 393 (1914).

۳. بند ۱ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۱۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

۴. ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

۵. ماده ۱۷ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

۶. بند ۳ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر.

7-See: e.g., ECtHR, Khan v. United Kingdom, case no. 35394/97, Judgment of 12 May 2000, (31 Eur. Ct. H.R. 45),

§ 34

8-See: e.g., ECtHR, Furcht v. Germany, case no. 54648/09, Judgment of 23 October 2014, 62–64.

9-ECtHR, Gäfgen v. Germany, case no. 22978/05, Judgment (Grand Chamber) of 1 June 2010, 166–168

هم‌چنین نک: ماده ۱۵ کنوانسیون ملل متحد علیه شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های ظالمانه، غیر انسانی یا تحقیرکننده.

گفتار سوم. قواعد فقهی حاکم بر مشروعیت تحصیل دلیل

بند اول. ممنوعیت شکنجه

در الفاظ فقهی، از واژه «التعذیب» برای تعریف «شکنجه» استفاده شده است و برای همه عقوبت‌هایی به کار می‌رود که همراه درد و رنجاندن باشد. اعتراف و اقراری که با شکنجه به دست آید، ارزش و اعتبار شرعی ندارد. فق‌های شیعه هم معتقدند که تحصیل دلیل به طریق یادشده پذیرفته نیست. برای نمونه، در فقه بیان شده است که بر شخصی که از روی اکراه اقرار کرده باشد، حد جاری نخواهد شد. بنابراین، دلیلی که از طریق اکراه و اجبار تحصیل شود، نامشروع و از درجه اعتبار ساقط است.^۱

بند دوم. صدور حکم در حالت شبهه

فق‌های امامیه در تفسیر شبهه اختلاف نظر دارند. برخی گفته‌اند منظور از آن، عدم علم و عدم قطع به حرمت و ممنوعیت عمل است. عده‌ای هم آن را به ظن و گمان تفسیر کرده‌اند. با توجه به روایات موجود در فقه استنباط می‌شود دلایلی که در حالت شک و شبهه به دست آید، از مصادیق دلایل نامشروع است و قابلیت استناد ندارد.

گفتار چهارم. دادرسی اداری

مفهوم دادرسی اداری، نتیجه تقسیم‌بندی دعاوی به دعاوی کیفری، مدنی و اداری است. بنابراین، دادرسی اداری در دعاوی اداری مطرح می‌شود. در حقوق کشورهای نظیر فرانسه، تفکیک دعاوی اداری از دعاوی مدنی، از لحاظ اصول آیین دادرسی بسیار اهمیت دارد. در واقع، چنین دعوایی نزد شورای دولتی فرانسه شامل آیین دادرسی مدنی نمی‌شود. دعاوی اداری از جمله دعوایی است که با تجاوز از حدود و اختیارات، سوء استفاده از صلاحیت و مسئولیت مدنی دولت، از یک نظام قضایی مستقل تبعیت می‌کند.^۲ بنابراین، ماهیت دعاوی اداری از دعاوی کیفری و مدنی متمایز است.

۱. حلال‌خور میرکلا، مهدی، عباس تدین و رجب گل‌دوست جویباری، «اصول و قواعد فقهی و حقوقی متناظر بر تحصیل دلیل در حقوق کیفری ایران با تأکید بر رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال بیستم، شماره ۱۱، ۱۳۹۴، صص ۱۸۵ و ۱۸۶، صص ۳۶۹-۳۷۳.

۲. مهدی، علی، «مبانی و مسائل هزینه دادرسی در دعاوی اداری: موردپژوهی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۵۹، ۱۳۹۷، ص ۲۲۲.

دعوی اداری، عنوانی عام است که شامل انواع مختلفی از رسیدگی‌های قضایی به اعمال اداری می‌شود. هر یک از انواع رسیدگی‌ها، هدف خاص و ویژگی‌های منحصر به فرد دارد. دادگاه‌های اداری در برابر ادعاها و تقاضاهای مختلفی قرار می‌گیرند و آرای مختلفی با توجه به این طیف از دعاوها و ادعاها صادر می‌کنند. دسته‌بندی‌های مختلفی درباره انواع دعاوی اداری مطرح شده است.^۱ در یک تقسیم‌بندی کلی، دعاوی اداری شامل دعاوی ابطال و دعاوی خسارت است.^۲ با این حال، این تقسیم‌بندی جامع نیست و شامل دعاوی رسیدگی به تخلفات نمی‌شود که در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری انجام می‌گیرد.

بین شهروندان و اداره‌های دولتی همیشه اختلافاتی بی‌شمار رخ می‌دهد. قضات نیز در دادرسی اداری برای رفع کاستی‌های قانون موضوعه به اصول کلی حقوق اداری استناد می‌کنند. این اصول با هدف حمایت از حقوق شهروندی در برابر مقامات اداری از یک سو و تضمین ساختارهای نظام اداری خوب (یا اداره مطلوب) و نیز آیینمند کردن رسیدگی‌های اداری از سوی دیگر شناسایی شده است. این اصول کلی، هنجارهایی بنیادین شمرده می‌شوند که رعایت آن‌ها هنگام تصمیمگیری مقامات اداری به ویژه در حوزه اعمال صلاحیت اختیاری ضروری است

اصول کلی حقوق اداری با طرح و گسترش دکترین حکمرانی خوب و حق بر اداره خوب، اهمیت بیشتری یافتند، به طوری که حتی عده‌ای در پرتو آیینمند کردن فرآیند تصمیمگیری اداری، از «حقوق بشر اداری» سخن گفته‌اند. بنا بر ادعا و استدلال‌های برخی حقوق‌دانان که در ادامه توضیح می‌دهیم، این اصول در ذات همه قواعد حقوقی نهفته است؛ یعنی به طور ضمنی یا صریح، هسته یک یا چند قاعده حقوقی قرار گرفته و این قواعد بر پایه آن‌ها وضع شده‌اند.

دعوی حقوقی عبارت است از توانایی قانونی که بر اساس آن، مدعی حق تضییع یا انکارشده می‌تواند به مراجع صلاحیت‌دار مراجعه کند و وارد بودن یا نبودن این ادعا را در معرض قضاوت بگذارد و از این مراجع بخواهد که به آثار قانونی مربوط ترتیب اثر دهند.^۳ چون جرم، دو جنبه خصوصی (ورود زیان به شاکی خصوصی) و جنبه عمومی (حفظ حقوق جامعه و نظم عمومی) دارد، دعوایی که دادستان از جنبه عمومی جرم مطابق با ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) مطرح می‌کند، دعوی کیفری نامیده می‌شود. بنابراین، دادرسی حسب مورد، یا مدنی است یا کیفری یا اداری. زمانی که بحث از دعوی اداری مستقل از دعوی کیفری و مدنی است، بحث دادرسی اداری مطرح می‌شود. به عبارت دیگر، در نتیجه تفکیک دعاوی، دادرسی اداری شکل می‌گیرد.

۱. آقای طوق، مسلم، «انواع دعاوی اداری در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و سوم، شماره ۸۳، ۱۳۹۷، ص ۲.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۹، ص ۱۶۰.

ذی‌نفع بودن، معیاری مهم در تفکیک دعاوی مدنی، کیفری و اداری است و در تقسیم‌بندی مراجع اداری هم اهمیت دارد. ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹) به عنوان یک قاعده کلی مقرر داشته است که دادگاه‌ها وقتی می‌توانند به دعاوی رسیدگی کنند که ذی‌نفع تقاضای رسیدگی کند. این قاعده کلی در دعاوی کیفری و برخی از اقسام دعاوی اداری اعمال نمی‌شود. ذی‌نفع بودن در دعاوی به این معناست که مدعی باید نفع مادی یا معنوی در طرح دعوا داشته باشد که باید مشروع و موجود باشد.^۱ در دعاوی کیفری با توجه به این که جرم دو جنبه عمومی و خصوصی دارد، بحث ذی‌نفع بودن در جنبه خصوصی جرم مطرح می‌شود. در دادرسی اداری نیز این بحث مهم مطرح می‌گردد که آیا شاکی باید شرایط ذی‌نفع بودن را داشته باشد که در دعاوی حقوقی لازم است؟

استدلال شده که نزاع در دادرسی اداری میان سه منفعت تا حدی متعارض است: منفعت خصوصی، منفعت عمومی و منفعت دولتی. بین منفعت عمومی و منفعت دولتی باید تفکیک قائل شد؛ زیرا این تفکیک کاملاً معنادار و در مراحل دادرسی و نقش دادرس اثرگذار است. حتی منفعت دولتی نیز به منفعت عام دولت و منفعت بخش خاصی از دولت که طرف دعوا قرار گرفته، قابل تقسیم است. در دعاوی اداری، یک نفع خصوصی وجود دارد. به همین دلیل، در قانون دیوان عدالت اداری از واژه «ذی‌نفع» استفاده شده است، اما منظور این نیست که دعوایی که در شعب دیوان مطرح می‌شود، فقط طبع خصوصی دارد. حتی دعوایی که در شعب دیوان مطرح می‌شوند، طبع عمومی و دولتی دارند.^۲ در بحث ابطال مصوبات دولتی، مطابق اصل ۱۷۳ قانون اساسی، بحث ذی‌نفع مطرح نیست؛ زیرا هر کس می‌تواند ابطال این مصوبات را بخواهد. بنابراین، در ابطال این مصوبات، نفعی عمومی وجود دارد. به طور خلاصه، در دادرسی اداری، منفعت عمومی و دفاع از حقوق و آزادی‌های شهروندان اقتضا می‌کند بحث ذی‌نفع بودن نادیده گرفته شود.

هر چند شرط اثبات نفع در طرح دعوا علیه اعمال اداری به ادعای حفظ و تثبیت حقوق و منافع شخصی قابل مناقشه نیست، مقید کردن حق «همگانی» طرح دعوا علیه اعمال و تصمیمات غیر قانونی مراجع اداری آن گاه که ناقض حقوق و منافع شخصی افراد نیست، بلکه نقض‌کننده حقوق جامعه است، سخت محل مناقشه است. در واقع، «قانونی بودن» به عنوان منفعتی همگانی باید بتواند مبنایی برای طرح دعاوی همه شهروندان علیه اعمال خلاف قانون مأموران و مراجع عمومی باشد که از آن با عنوان «دعای حقوق عمومی» یا «دعای نفع عمومی» یاد می‌شود؛ دعوایی که هدف از طرح آن، نه حفظ نفع یا دفع

۱. همان، ص ۳۳.

۲. هداوند، مهدی، سخنرانی در نشست علمی «تحصیل دلیل در دعاوی دیوان عدالت اداری»، ۱۸

اردی بهشت ۱۳۹۵، دانشگاه شهید بهشتی.

ضرری شخصی، بلکه جلب توجه مرجع قضایی به اعمال مخالف قانونی است که زیان آن متوجه عموم است و اکنون در بسیاری کشورها از جمله در کشور ما در قالب طرح دعوا علیه مقررات و مصوبات اداری شناخته شده است.^۱

دادرسی اداری می‌تواند در دو قالب رسیدگی به تخلفات یا رسیدگی به اختلافات (ترافعی) انجام گیرد. در فرضی که دادرسی اداری در قالب رسیدگی به تخلفات (مانند رسیدگی به تخلفات اداری) انجام می‌گیرد، مرجع اداری رسیدگی‌کننده مانند یک مرجع کیفری عمل می‌کند. در این حالت، رسیدگی به تخلفات اداری مانند مراجع کیفری به عضو تحقیق ارجاع می‌شود تا تمام ادله علیه کارمند متخلف را جمع‌آوری کند. در حالتی که دادرسی اداری، ترافعی است، چون نفع خصوصی مطرح است، وظیفه تحصیل و ارائه دلیل بر عهده شاکی است. برای مثال، می‌توان به دعاوی مطرح در مراجع حل اختلاف کارگر و کارفرما اشاره کرد (مواد ۳۱ و ۸۵ آیین دادرسی کار، مصوب ۱۳۹۲). دعاوی مشمول ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری نیز از جمله دعاوی است که نفع خصوصی در آن مطرح است (هر چند این موضوع، استثنایی بر ذی‌نفع نبودن مدعی باشد). شاکی باید ذی‌نفع باشد و دلایل و ادله را ارائه کند. البته این قاعده کلی استثنائاتی دارد. برای مثال، در دادرسی کار به قاضی اجازه داده شده است برای روشن شدن حقیقت، هر تحقیقی را که لازم است، رأساً انجام دهد.^۲

گفتار پنجم. مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری ایران

تحصیل دلیل در دادرسی اداری در دعاوی شهروندان علیه دستگاه اداری از دغدغه‌هایی مانند حکومت قانون، تلاش برای احقاق حقوق مردم و تلاش برای کشف حقیقت ناشی می‌شود. همان‌طور که پیش‌تر استدلال شد، دعاوی اداری، واجد خصیصه‌های دعاوی خصوصی و همچنین برخی خصیصه‌های دعاوی عمومی هستند. از این رو، در دادرسی اداری، بحث بی‌طرفی قاضی و نقش اصحاب دعوا در ارائه دلیل مطرح می‌شود. همچنین پرسش‌هایی در مورد حدود اختیارات قاضی اداری در تحصیل دلیل مطرح است.

در این باره باید گفت که قاعده کلی در دادرسی به معنای عام، بی‌طرفی قاضی و الزام طرفین اختلاف به تحصیل و ارائه دلیل است. با این حال، قانون‌گذار در مواردی به دلیل الزامات مربوط به کشف حقیقت، استثنائاتی بر این قاعده وارد کرده است. برای مثال، ماده

۱. رنجبر، احمد، «اثبات نفع در دعاوی حقوق عمومی»، مجله حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۳۹۷، صص ۷۶-۵۵.

۲. ماده ۹۸ آیین دادرسی کار: در صورتی که مرجع رسیدگی‌کننده، به تشخیص خود، پرونده را به کارشناسی ارجاع نماید، پرداخت هزینه کارشناسی بر عهده خواهان می‌باشد. چنان‌چه خواهان هزینه تعیین شده را پرداخت ننماید، مرجع بدون توجه به نتایجی که از کارشناسی حاصل خواهد شد، رسیدگی را ادامه داده و رأی صادر می‌نماید.

۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، به قاضی اجازه می‌دهد بدون درخواست طرفین و رأساً تحقیق انجام دهد. البته حقوق دانان حقوق خصوصی تلاش کرده‌اند اختیار قاضی را در این مورد به صورت مضیق تفسیر کنند. این قاعده به شکلی دیگر در دادرسی اداری مطرح می‌شود؛ زیرا بر خلاف دادرسی مدنی، در دادرسی اداری (همانند دادرسی کیفری)، بحث نفع عمومی وجود دارد. بنابراین، قاضی باید بتواند نقش فعالی در تحصیل دلیل داشته باشد. با این حال، در دادرسی اداری نیز باید بین دعاوی اداری مربوط به حل و فصل اختلافات و دعاوی مربوط به رسیدگی به تخلفات انتظامی قائل به تفکیک شد. در نوع اول از دادرسی اداری، علی‌الاصول تحصیل و ارائه دلیل از وظایف طرفین اختلاف است. در دادرسی اداری در شکل دوم، قاضی در تحصیل دلیل برای محکومیت انتظامی متهم نقش فعال دارد.^۱

در دیوان عدالت اداری، بحث مشروعیت تحصیل دلیل در دو دسته از دعاوی مجزا مطرح می‌شود که در صلاحیت دیوان قرار دارد. نخست، دعاوی که برای احقاق حق شاکی خصوصی انجام می‌گیرد که در آن، شاکی علیه اداره دولتی به خواسته مطالبه حق خود، طرح دعوا می‌کند. در این نوع از دعاوی، طبق مواد ۱۷ و ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲)، وجود ذی‌نفع ضروری است و طبیعتاً دلیل را هم باید او ارائه کند. به همین دلیل، در بند «ج» از ماده ۱۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) مقرر شده است که شاکی باید مدارک و دلایل مورد استناد خود را در دادخواست ذکر کند. بنابراین، تحصیل و ارائه دلیل بر عهده شاکی است. در ماده ۴۱ قانون یادشده، این اختیار به شعبه رسیدگی‌کننده داده شد که «هر گونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند، انجام دهد». این امر برای جبران برتری اداره بر شهروند در دادرسی اداری مصوب شده است. در مراجع اداری رسیدگی به تخلفات، قاضی نقش فعالی در تحصیل دلیل دارد و مشابه دادرسی کیفری، تحصیل دلیل بر عهده دادرس اداری است. از این رو، مقام تحقیق در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات پیش‌بینی شده است. ماده ۵ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، هیئتی را برای انجام تحقیقات و جمع‌آوری ادله پیش‌بینی کرده است. در ماده ۱۲ قانون مقررات انتظامی اعضای هیئت علمی (۱۳۶۴) نیز مقام تحقیق یکی از اعضای هیئت علمی یا از کارکنان دانشگاه است.

۱. قمی، اسماعیل و همکاران، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۰، صص ۱۶۱-۱۸۶.

گفتار ششم. برخی مصادیق قاعده عدم اعتبار دلیل در رویه دیوان عدالت اداری

همان طور که در مبنای توجیهی مشروعیت تحصیل دلیل استدلال شد، تحصیل دلیل باید مشروع باشد. در غیر این صورت، دلیل بی اعتبار است و دادرسی منتهی به صدور حکم که بر مبنای آن ادله انجام گرفته باشد، باطل است. در این قسمت، درباره برخی مصادیق قاعده عدم اعتبار دلیل در دادرسی دیوان عدالت اداری بحث می شود.

در دادرسی اداری، شیوه تحصیل و به کارگیری دلیل باید مشروع باشد. برای مثال، در قانون گزینش، مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۶ بر لزوم مشروعیت تحصیل دلیل تأکید شده است.^۱ خوشبختانه، دیوان عدالت اداری در این زمینه، رویه غنی دارد که به نمونه های از آرای صادرشده اشاره می شود.

در دادنامه شماره ۱۳۹۲/۴/۲۹-۹۲۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۰۶۸۸ شعبه اول دیوان عدالت اداری در بی اعتباری شیوه تحصیل دلیل استدلال شده است که «رد صلاحیت دانشجو برای تحصیل در مقطع دکترا به استناد محتویات فایل ضبط شده در منزل شخصی توسط همسر، به دلیل وجود احتمال غرض ورزی ناشی از اختلافات خانوادگی، حجیت قانونی جهت ایجاد اتقان قضایی نداشته و فاقد وجهت قانونی است.»^۲ شعبه اول دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۳۹۱/۱۱/۱۴-۹۱۰۹۹۷۰۹۰۰۱۰۲۴۷۰ نیز در شکایت از رأی هیئت مرکزی گزینش وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی استدلال کرد: «... اولاً تحقیقات انجام شده بعضاً با هم در تعارض می باشند که حسب قاعده فقهی «اذا تعارضاً تساقطاً» قابل استناد نمی باشد. ثانیاً دو فقره استشهادیه که تعداد زیادی از پرسنل بیمارستان (فرد رد صلاحیت شده) را از لحاظ اخلاقی مورد تأیید قرار داده اند، ضمیمه پرونده گزینشی مشارالیه می باشد. لذا نظر به این که حسب ماده ۱۵ قانون، گزینش افراد بر مبنای اقرار و بیّنه به شرط عدم تعارض با شایع مفید اطمینان یا قرائن و امارات موجب اطمینان که حداقل با انجام تحقیق از منابع موثق و طبق موازین شرعی احراز می گردد، می باشد که در ما نحن فیه به دلایل پیش گفته (تعارض و عدم شایع مفید اطمینان)، نه تنها بیّنه قاطع و شایع مفید اطمینان که موجب حصول قطع و یقین و اقناع قضایی مبنی بر عدم صلاحیت مشارالیه به دلایل

۱. صدور رأی در گزینش افراد با شرایط عمومی یا انتخاب اصلح تابع نظر اکثریت اعضا بوده و بر مبنای اقرار یا بیّنه به شرط عدم تعارض یا شایع مفید، اطمینان یا قرائن و امارات موجب اطمینان که حداقل با انجام تحقیق (غیر از اقرار) از منابع موثق و طبق موازین شرعی احراز می گردد... .

۲. شکایت شاکی از تصمیم هیئت مرکزی گزینش (مستقر در سازمان سنجش) در زمینه مخالفت با ادامه تحصیل که به استناد محتویات یک حلقه سی دی ضبط شده توسط همسر شاکی در منزل ارائه شده است.

مذکور در تصمیم معترض عنه وجود نداشته، بلکه دلایل مذکور بعضاً با هم در تعارض نیز می‌باشند که موجب تردید در تصمیم‌گیری می‌باشد. بنابراین، تصمیم معترض عنه به لحاظ نقایض فوق‌الذکر و رعایت رأفت اسلامی و عدم تحقیقات کامل و جامع طبق موازین شرعی و قانونی نقض می‌گردد»^۱.

دیوان عدالت اداری در آرای یادشده، تقویت سلامت دستگاه قضایی را به عنوان مبنایی برای بی‌اعتباری تحصیل دلیل نظر داشته است؛ زیرا همان طور که استدلال شده است، حفظ سلامت دستگاه قضایی اقتضا می‌کند دادگاه نشان دهد که سلامت دادرسی منجر به صدور حکم و تشریفات قانونی در فرآیند رسیدگی رعایت شده است.

در دادنامه شماره ۶۸/۱۲/۲۴-۶۸/۱۱۹ به شکایت شخص حقیقی به طرفیت از هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری، با این توضیح که شعبه یازدهم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۵۱۱/۶۵ به طرفیت هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری آموزش و پرورش استان لرستان به شرح دادنامه شماره ۶۶/۴/۱۴-۲۲۲ چنین بیان شده است که اشکالی از نظر رعایت مقررات و ضوابط قانونی بر رأی مورد اعتراض به نظر نمی‌رسد. پس شکایت نام‌برده وارد نیست.

از سوی دیگر، شعبه دوازدهم در رسیدگی به پرونده کلاسه ۹۲۷/۶۴ موضوع شکایت شخص حقیقی دیگری به طرفیت هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری آموزش و پرورش استان لرستان به خواسته اعتراض به رأی شماره ۶۴/۱۰/۲۳-۷۷۵، هیئت بدوی به شرح دادنامه شماره ۶۷/۱/۳۱-۳۱ چنین بیان داشته است: «با عنایت به این‌که شاکی در تمام مدافعات خود، اتهام وارده را تکذیب کرده و خود را فردی مؤمن به نظام جمهوری اسلامی معرفی نموده است و نام‌های که به عنوان اطلاعات ۳۶ میلیونی علیه هر دو شاکی نوشته شده، فاقد امضا و مشخصات اظهارکننده می‌باشد که از نظر قضایی، ارزش و اعتبار قانونی ندارد؛ ضمن رد اظهارات نماینده اداره طرف شکایت در ۶۶/۹/۲۹، حکم به نقض رأی شماره ۶۴/۱۰/۲۳-۷۷۵ صادره از هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری آموزش و پرورش لرستان اعلام می‌گردد.»

هیئت عمومی بیان کرده است که هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری علی‌القاعده باید طبق دلایل متقن و معتبر و ضوابط شرعی و قانونی رأی بدهند که از اصول بدیهی داوری است. دادنامه شماره ۷۸/۲/۴-۷۸/۲۱ به شکایت یک شخص حقیقی به طرفیت از هیئت عمومی چنین بیان داشته که شاکی پس از شش ماه تحصیل در رشته تخصصی روان‌پزشکی دانشگاه علوم پزشکی تبریز به دلیل عدم تأیید گزینش از تحصیل بازمانده است. از این رو، به دیوان شکایت کرده و شعبه بیستم در دادنامه صادره در پرونده ۵۳/۷۶، به وارد بودن شکایت حکم داده است. با اعتراض واحد گزینش وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، پرونده در هیئت

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ۱۳۹۳، صص ۴۱۹-۴۲۰.

تجدید نظر مطرح و بلافاصله و بدون مجال دفاع و بررسی سابقه شاکی و خانواده‌اش، به فسخ رأی بدوی حکم داده شده است. با عنایت به مدارک و گواهی‌های موجود در پرونده و این‌که واحد گزینش وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، هیچ دلیل و مدرک قانونی و مستند به جز گزارش‌های مغرضانه و بی‌اساس علیه شاکی ندارد، پرونده بار دیگر در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مطرح شده است. با توجه به تأیید صلاحیت شاکی به ادامه تحصیل، به شرح نامه شماره ۹۹۶/۴/۱۸۱۵۶۶/۱۴۷۴ مورخ ۷۷/۸/۲۳ وزارت اطلاعات، ادعا و استحقاق او در این خصوص موجه و وارد بوده و سبب نقض رأی دیوان شده است.^۱

نتیجه‌گیری

وظیفه تحصیل و ارائه دلیل، حدود مداخله قاضی در تحصیل دلیل، مغایرت تحصیل دلیل از سوی قاضی با اصل بی‌طرفی در رسیدگی و مبانی نظری عدم اعتبار دلیل و مصادیق آن، همگی از مواردی است که در سرنوشت دادرسی اهمیت دارد. به عبارت دیگر، دلیل در اثبات ذی‌حق بودن مدعی نقش اصلی را دارد؛ زیرا همان‌طور که استدلال شد، ممکن است در مواردی، شخصی، ذی‌حق باشد، ولی به دلیل ناتوانی در ارائه دلیل به بی‌حقی محکوم گردد یا برعکس، مدعی حقی با تحصیل دلیل به شیوه نامشروع یا ارائه آن به ناحق در دادرسی غلبه یابد.

نظام تحصیل و ارائه دلیل و همچنین موارد بی‌اعتباری آن از اهمیت بالایی در هر سه نوع دادرسی مدنی، کیفری و اداری دارد. در مورد دادرسی مدنی و کیفری، حقوق‌دانان به تفصیل درباره تحصیل دلیل، حدود مداخله قاضی و موارد بی‌اعتباری ادله و ضمانت اجرای آن بحث کرده‌اند. نظام ادله در دادرسی اداری به دلیل نوپا بودن و ماهیت متفاوتش که در مواردی به دادرسی مدنی و در مواردی دیگر به دادرسی کیفری نزدیک است، چنان‌که بایسته است، مدار بحث قرار نگرفته است. بررسی این تحقیق نشان می‌دهد که هم در دادرسی اداری دیوان عدالت اداری و هم مراجع اداری، از قواعد حاکم بر ادله به تفصیل بحث نشده و تن‌ها به طور گذرا و پراکنده ذکر شده است. در آیین دادرسی، برخی از این محاکم اداری (مانند آیین دادرسی کار ۱۳۹۲) تلاش شده است که ابعاد مختلف نظام تحصیل و ارائه دلیل و موارد عدم اعتبار دلیل و ضمانت اجرای آن مشخص گردد، اما در همین مورد نیز ابهام‌های زیادی وجود دارد.

در نظام دادرسی اداری، تحصیل و اثبات دلیل از وظایف طرفین اختلاف است و قاضی در این خصوص باید بی‌طرف باشد، اما در دادرسی اداری، برای رسیدگی به تخلفات انتظامی، قاضی نقش فعالی در تحصیل دلیل دارد. در هر دو مورد باید با لحاظ اصل بنیادین بی‌طرفی در قضاوت، اختیارات قاضی در تحصیل دلیل تفسیر گردد. به این صورت که در دادرسی نوع نخست، هر چند قاضی در تحصیل دلیل نقش فعالی ندارد، اما کشف حقیقت، مجوزی برای قاضی نیست که بتواند بدون آن‌که از مدار بی‌طرفی خارج گردد، تحقیقاتی را راساً در این خصوص انجام دهد. در دادرسی نوع دوم، قاضی در تحصیل دلیل نقش فعالی دارد، ولی باید بین قاضی تحقیق و قاضی صادرکننده رأی قائل به تفکیک شد و بی‌طرفی قاضی صادرکننده رأی باید تضمین گردد. به نظر می‌رسد تضمین سلامت دادرسی و نیز ملاحظات حقوق بشری در دادرسی اداری را می‌توان به عنوان مبنایی برای عدم اعتبار دلیل محسوب کرد و ضمانت اجرای آن نیز کنار گذاشتن دلیل است.

در پایان پیشنهاد می‌شود که در قوانین محاکم اداری و به طور خاص، قانون دیوان

عدالت اداری به موضوع تحصیل دلیل و رژیم حقوق مرتبط به آن به تفصیل پرداخته شود. همچنین حدود مداخله قاضی اداری در تحصیل دلیل و بی‌طرفی مقام تعقیب و قاضی صادرکننده را باید در قوانین و مقررات مربوط به مراجع اداری در ایران در بیش‌تر موارد، ناقص و بسیار مبهم است و مسائل اساسی دادرسی در آن‌ها پیش‌بینی نشده که نیازمند به‌روزرسانی است. مهم‌ترین ضعف مراجع اداری، بی‌طرف نماندن است که در بسیاری از موارد، مشروعیت تحصیل دلیل و دادرسی منجر به آن را با تردید مواجه می‌کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پژوهشگاه قوه قضائیه، مجموعه آرای قضایی شعب دیوان عدالت اداری، تهران: اداره انتشار رویه قضایی کشور، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی: دوره بنیادین (جلد ۱)، تهران: دراک، چاپ پنجاه و هفتم، ۱۳۹۹.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۹.
۴. گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوا، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۵. معین، محمد، فرهنگ فارسی (جلد ۲)، تهران: امیر کبیر، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. احمدلو، محمد، «اعتبار تحصیل دلیل به روش غیر قانونی در حقوق کیفری ایران»، پنجمین کنفرانس بین‌المللی و ملی مطالعات مدیریت، حسابداری و حقوق، آذر ۱۴۰۰.
۲. آقای طوق، مسلم، «انواع دعاوی اداری در ایران و فرانسه»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و سوم، شماره ۸۳، ۱۳۹۷.
۳. امیرزاده خیابانی، علی و محمدامین فرید، «اصل مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی کیفری ایران و انگلستان»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۳، ۱۳۹۷.
۴. تدین، عباس و زینب باقری‌نژاد، «تضمین دادرسی منصفانه در پرتو اصل مشروعیت تحصیل ادله کیفری»، نشریه تحقیقات حقوقی، شماره ۵۳، ۱۳۹۰.
۵. حلال‌خور میرکلا، مهدی، عباس تدین و رجب گل‌دوست جویباری، «اصول و قواعد فقهی و حقوقی متناظر بر تحصیل دلیل در حقوق کیفری ایران با تأکید بر رویه قضایی دیوان کیفری بین‌المللی»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، سال بیستم، شماره ۱۱، ۱۳۹۴.
۶. رنجبر، احمد، «اثبات نفع در دعاوی حقوق عمومی»، مجله حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۴، ۱۳۹۷.
۷. طاهری بجد، محمدعلی، «تعیین رژیم دلایل کیفری در نظام قضایی ایران،

- علوم جنایی»، در: مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر محمد آشوری، تهران: سمت، ۱۳۸۳.
۸. قمری، اسماعیل و همکاران، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هشتم، شماره ۲۴، ۱۳۹۰.
۹. گلدوزیان، ایرج، «دلیل باطل و آثار آن در سیستم‌های حقوقی مختلف»، فصل‌نامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، شماره ۲۶، ۱۳۸۲.
۱۰. مهدی، علی، «مبانی و مسائل هزینه دادرسی در دعاوی اداری: موردپژوهی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، شماره ۵۹، ۱۳۹۷.

ج) گزارش

۱. هداوند، مهدی، سخنرانی در نشست علمی «تحصیل دلیل در دعاوی دیوان عدالت اداری»، ۱۸ اردیبهشت ۱۳۹۵، دانشگاه شهید بهشتی.

د) قوانین و مقررات

۱. آیین دادرسی کار، ۱۳۹۲.
۲. آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ۱۳۷۳.
۳. آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقات کشور، ۱۳۶۵ و اصلاحات بعدی.
۴. قانون اساسی، ۱۳۵۸.
۵. قانون آیین دادرسی مدنی، ۱۳۷۹.
۶. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۲.
۷. قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ۱۳۷۱.
۸. قانون مقررات انتظامی هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی کشور، ۱۳۶۴.
۹. کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ۱۹۴۸.
۱۰. کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بی‌رحمانه، ۱۹۷۵.
۱۱. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، ۱۹۶۶.

2-Latin Source

- 1-Ashworth, A., "Excluding Evidence as Protecting Rights", 3 Criminal Law Review, 1977, 723-735

- 2-Grünwald, A., “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren”, 21Juris-tenzeitung, 1966, 489–501
- 3-Jackson, John D. & Summers, Sarah J., *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge, 2012
- 4-Macula, L., “The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective”, in: Gless, Sabine/Richter, Thomas (eds.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Cham, 2019, 15–60
- 5-Slobogin, C., “A Comparative Perspective on the Exclusionary Rule in Search and Seizure Cases”, in: Ross, Jacqueline/Thaman, Stephen (eds.), *Comparative Criminal Procedure*, Cheltenham UK, 2016, 280–307
- 6-Spendel, G., “Beweisverbote im Strafprozess”, 19 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, 1102–1108
- 7-Turner, J. “The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law”, 67 *SMU Law Review*, 2014, pp. 821–833
- 8-Turner, J. and Weigend, T., “The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview”, *Faculty Journal Articles and Book Chapter*, 2019

3-Site

1-www.sajed.divan-edalat.ir.



موانع و چالش‌های حمایت از حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران

جمیله جعفریان اصل *

علی حاجی پور کندرود **

ارکان شریفی ***

چکیده

حق برخورداری از بالاترین استانداردهای دست‌یافتنی سلامت، یکی از مهم‌ترین حق‌های بشری است که به عنوان یکی از حقوق بنیادین در نظام بین‌المللی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است. با این حال، در حقوق ایران، اجرای حق بر سلامت نیز مانند برخی دیگر از حق‌ها با موانع و چالش‌های قانونی روبه‌روست و به طور بدیهی، دستیابی به نظام سلامت مطلوب در وهله اول، نیازمند شناسایی و رفع این موانع خواهد بود. بر این اساس، در مقاله پیش رو به روش توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای به این پرسش اصلی پاسخ می‌دهیم که مهم‌ترین موانع و چالش‌های حقوقی حق بر سلامت در حقوق ایران چیست؟ هدف از تحقیق حاضر، شناسایی موانع فراروی حوزه مورد بحث برای رفع این موانع و دستیابی به نظام حقوقی مطلوب‌تر در این عرصه است. یافته‌های پژوهش گویای این واقعیت است که بی‌توجهی به معنا و مفهوم دقیق و استاندارد حق بر سلامت و نیز عوامل گوناگون مؤثر بر آن در قوانین موضوعه کشور، رفع نشدن مسئله تعارض منافع، ضعف در نظام نظارت قانونی و ضعف در ضمانت اجرای قوانین موجود، به علاوه برخی خلأهای قانونی دیگر، از جمله مهم‌ترین موانع و چالش‌های قانونی فراروی حق بر سلامت هستند. در نتیجه، رفع این موانع، اصلاح قوانین و سیاست‌های کلان موجود در این زمینه از ضروریات اصلی نظام تقنینی کشور به شمار می‌رود.

کلیدواژه‌ها: حق بر سلامت، سیاست‌های کلان، قوانین، موانع و چالش‌ها.

*. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد سنندج، دانشگاه آزاد اسلامی، سنندج، ایران.

jafarian22992299@gmail.com

**. استادیار، گروه حقوق، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران. (نویسنده مسئول)

hajipour62@yahoo.com

arkansharifi@gmail.com

***. استادیار، گروه حقوق، واحد سنندج، دانشگاه آزاد اسلامی، سنندج، ایران

مقدمه

در مبانی حقوق عمومی، حق‌ها، بنیان حقوق هستند و قانون، تجلی بارز نظام حقوقی است. اگر قانون مبتنی بر حق‌ها باشد، دیگر نمی‌تواند حق را محدود کند، بلکه این حق‌ها هستند که گستره و ماهیت قانون را تعیین و تحدید می‌کنند یا گسترش می‌دهند. قانون مبتنی بر حق و حق، زیربنای قانون محسوب می‌شود. حق به لحاظ ظاهری زمانی شکل می‌گیرد که انتظام و تضمین آن حق در نظام حقوقی وجود داشته باشد. وقتی می‌توان حق را تضمین کرد که قابلیت کشاندن به پای دادرسی در صورت نقض حق میسر باشد و این امر صرفاً در چارچوب قانون ممکن خواهد بود. در این راستا، حفظ و تأمین سلامت عمومی به منزله حقی بشری و بنیادین از جمله تکالیف و اولویت‌های دولت‌ها در مقابل شهروندان به شمار می‌آید.

در عصر حاضر، انواع نظریه‌های حقوقی در مورد چگونگی تشکیل دولت‌ها و نحوه دخالت آن‌ها در عرصه‌های مختلف بهداشتی و درمانی، لزوم شکل‌گیری و جایگاه دولت را در قالب نظام‌های حقوقی به چالش می‌کشد. در دیدگاه توماس هابز، شکل‌گیری دولت بر بنیان حق است؛ یعنی واگذاری حقوق طبیعی افراد به نهادی عمومی که همان نماینده اراده تمام جامعه است، صورت می‌گیرد، اما جان لاک بر خلاف هابز معتقد است که افراد، همه حقوق طبیعی خود را به دولت واگذار نمی‌کنند. در اندیشه او، تجلی بارز حق‌ها، حق مالکیت است و دولت باید آن را تضمین کند. پس دولت حق دخالت در مالکیت را ندارد. چون حق بر سلامت، از مهم‌ترین حق‌های بشری است، مداخله دولت در هر دو حوزه بهداشت و درمان باید به گونه‌ای باشد تا اقشار مختلف جامعه از آن متضرر نشوند. چون نظام حق‌ها یکپارچه و به هم تنیده‌اند، امروزه حق‌ها هم تعیین‌کننده ماهیت رابطه بین دولت و مردمند و هم تعیین‌کننده نظام حقوقی. دولت‌ها به عنوان تنظیم‌کننده مقررات و سیاست‌های کلی، ناگزیر از حفظ حق مالکیت در حوزه سلامت هستند و در مقام عمل باید برای تأمین سلامت همگانی شهروندان با حداکثر توان بکوشند. نظارت در حوزه سلامت و نیز حفظ مفهوم جدید «حق بر سلامت» که از این حوزه، وارد نظام حقوقی می‌شود، ممکن است دولت را با دشواری‌های عملی بسیاری روبه‌رو کند. هم‌چنین دستیابی به سیاست‌گذاری‌های اصولی و عملی را با تغییر نگرش‌هایی روبه‌رو خواهد کرد. بر این اساس، اهمیت سیاست‌گذاری‌های کلان و نیز قوانین و مقررات مربوط به حوزه سلامت بیش از پیش نمایان می‌گردد. با تلاش‌های جامعه بین‌المللی برای حمایت از حقوق بشر، به قلمروها و عوامل اثرگذار در تحقق حقوق بشر بیش از پیش توجه صورت می‌گیرد. حق برخورداری از بالاترین استانداردهای دست‌یافتنی سلامتی یا حق بر سلامت، یکی از حق‌های بشری است که

در اسناد حقوق بشری بر اهمیت آن تأکید شده است. سلامت فردی، یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌های کرامت هر انسانی محسوب می‌شود. از این رو، حق بر سلامت به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشری در نظام بین‌المللی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است.^۱

حوزه‌های مربوط به سلامتی متنوع است و ابعاد گوناگونی دارد و این امر نیز عاملی برای دشواری تعریف این حق شده است. در اسناد حقوق بشری عمدتاً از سلامت جسمی و روانی و گاه از سلامت معنوی و اجتماعی حمایت شده است. دولت‌ها نیز به طور کلی در ارتباط با تأمین و تضمین این حق، مسئولیت‌های معینی دارند. آشکار است که دولت‌ها نمی‌توانند به طور کامل، سلامتی و مطلوب بودن سلامتی افراد را تضمین کنند، اما می‌توانند شرایطی را فراهم آورند که در آن، از سلامتی افراد حمایت شود و دستیابی افراد به سلامتی ممکن گردد. میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دستورالعمل کمیسیون بهداشت اتحادیه اروپا، مقررات بین‌المللی بهداشت موسوم به اساس‌نامه سازمان بهداشت جهانی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در زمینه حق بر سلامت است.^۲

هر انسانی باید از حق بر سلامت بدون تبعیض بر اساس نژاد، سن، قومیت یا هر وضعیت دیگری برخوردار باشد. نفی تبعیض و برابری ایجاد می‌کند که دولت‌ها اقداماتی را برای رفع هر گونه قانون، رویه یا سیاست تبعیض‌آمیز انجام دهند. یکی دیگر از ویژگی‌های رویکردهای مبتنی بر حق سلامت، مشارکت معنادار است. مشارکت به معنای اطمینان‌یابی از این است که ذی‌نفعان ملی - از جمله بازیگران غیر دولتی مانند سازمان‌های غیر دولتی - به طور معناداری در تمام مراحل برنامه‌ریزی خدمات بهداشت و سلامتی اعم از تحلیل، برنامه‌ریزی، اجرا، نظارت و ارزیابی مشارکت دارند.

«حق برخورداری از بالاترین استانداردهای بهداشتی قابل دستیابی» مستلزم مجموعه‌های واضح از تعهدات قانونی دولت‌ها برای تضمین شرایط مناسب با هدف برخورداری بدون تبعیض همه افراد از سلامت است. حق بر سلامتی، مجموعه‌های از استانداردهای حقوق بشری مورد توافق بین‌المللی است و از حقوق دیگر، جدایی‌ناپذیر یا «تقسیم‌ناپذیر» است. این سخن به آن معناست که دستیابی به حق سلامت هم محور است و هم به تحقق دیگر حقوق بشری، غذا، مسکن، کار، آموزش، اطلاعات و مشارکت وابسته است.^۳

۱. امین‌زاده، الهام، «ابعاد حقوقی مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان بهداشت جهانی در خصوص حق بر سلامت در شرایط بیماری‌های فراگیر و تحریم‌های بین‌المللی»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، تابستان ۱۴۰۰، سال پانزدهم، شماره ۵۶، ص ۷۲۸.

2-Aras, N.E., Kabadayi, S., Ozeren, E., & Aydin, E., "Right to health and access to health-care services for refugees in Turkey", Journal of Services Marketing, 2021, 11(3), p. 230

3-Khachigian, L. M., "Pharmaceutical patents: reconciling the human right to health with the incentive to invent", Drug Discovery Today, 2020, 25(7), p. 1137

حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته و در برخی از قوانین داخلی بر آن تأکید شده است. با این حال، مسئله اصلی و علت مهم پژوهش حاضر آن است که حق بر سلامت در ایران، وضعیت مطلوب ندارد و اجرای آن مانند برخی دیگر از حق‌ها با موانع و چالش‌های قانونی روبه‌روست. بر این اساس، این چالش‌ها و موانع در حوزه‌های گوناگون از جمله چالش‌های حقوقی، اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی قابل بحث هستند که در این میان، با توجه به اهمیت والای محدودیت‌ها و موانع حقوقی فراروی حق بر سلامت، تمرکز اصلی این پژوهش، چالش‌های حقوقی است. در مقاله پیش رو به روش توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتاب‌خان‌های به این پرسش اصلی پاسخ می‌دهیم که موانع و چالش‌های حقوقی حق بر سلامت در حقوق ایران چیست؟

اهمیت و ضرورت این تحقیق در آن است که بدون شناسایی موانع و چالش‌های حقوقی فراروی حق بر سلامت در ایران و اصلاح و رفع این موانع، امکان دستیابی به نظام سلامت مطلوب امکان‌پذیر نخواهد بود. پس هدف مشخص پژوهش پیش رو، شناساندن موانع قانونی، تحقق مطلوب حق بر سلامت و ایجاد زمینه و بستر برطرف کردن آن موانع است. با این وصف، فرضیه نویسندگان آن است که موانع و چالش‌های قانونی متعددی در این خصوص قابل شناسایی است که اصلاح سیاست‌ها و قوانین حداقلی موجود را در این زمینه اجتناب‌ناپذیر ساخته است. از این رو، با بحث از موانع و چالش‌های قانونی حمایت از حق بر سلامت، پیشنهادهایی نیز به فراخور مباحث بیان می‌شود.

گفتار اول. مفهوم حق بر سلامت

برای تبیین و توصیف «حق بر سلامت» از تعبیرها و اصطلاحات متفاوت و متعددی بهره گرفته شده است که از آن جمله می‌توان به «حق بر مراقبت سلامت»، «حق بر حمایت از سلامت»، «حق بر مراقبت پزشکی» و حتی در مفهومی موسّع زیر عنوان «حقوق سلامت» اشاره کرد. با این وجود، در این نوشتار و به تبعیت از اسناد و مدارک بین‌المللی، از عبارت «حق بر سلامت» بهره گرفته‌ایم. به نظر می‌رسد این عبارت در راستای اهداف معاهدات بین‌المللی باشد که نه تنها حق مراقبت‌های سلامت را دربرمی‌گیرد، بلکه شامل حق برخورداری از برخی مقدمات و پیش‌شرط‌های حق بر سلامت، نظیر آب آشامیدنی سالم، تغذیه کافی، بهداشت محیط زیست و بهداشت محیط کار می‌شود.^۱

حق بر سلامت به منزله حقی بشری، همانند بسیاری از مباحث جنجالی و مهم علوم، در حال‌های از ابهام‌ها و اختلاف‌های فکری گسترده فرو رفته است. موضوع سلامت، امری مطلق

1-Eleanor, D., "The International Human Right to health: What does this Mean for our Nations and World", the Center for Law – Indianapolis, February 22, 2001

نیست و به لحاظ محیط‌های متفاوت و فعالیت‌های افراد تغییر می‌یابد و دست‌خوش نوسان می‌گردد. حق بر سلامت هم به مفهوم برخورداری از شرایط رفاه کامل جسمانی، روانی و اجتماعی است که بیمار نبودن هم جزئی از آن به حساب می‌آید. اگر بتوان سلامت را به معنی نبود بیماری مستمر دانست، هرگز نمی‌توان آن را تضمین کرد یا آن را به کسی اعطا کرد. بنابراین، حق بر سلامت را نمی‌توان به حق بر سالم بودن یا ناتوان نشدن تعریف کرد.^۱ اصطلاح «حق بر سلامت» را نمی‌توان به طور دقیق به معنای برخورداری از سلامت متعارف دانست؛ چون دولت‌ها به موجب معاهدات بین‌المللی با ارائه خدمات و تسهیلات به عموم شهروندان، نسبت به آن متعهدند و مردم نیز به واسطه آن خدمات، استحقاق برخورداری از سلامت را تحصیل کرده‌اند. کمیته سوم مجمع عمومی سازمان ملل متحد هنگام نگارش ماده ۱۲ میثاق، تعریف سلامت مندرج در مقدمه اساسنامه سازمان بهداشت جهانی به وضعیت «بهروزی کامل جسمی، روانی و اجتماعی و نه صرفاً نبود بیماری یا ناتوانی» را نپذیرفت. با این وجود، بند اول ماده ۱۲ میثاق اشاره می‌کند که «بالاترین سطح قابل وصول سلامت جسمی و روانی، به حق بر مراقبت از سلامتی محدود نیست».

با این وجود، تاریخچه تدوین و عبارات صریح بند دوم ماده ۱۲ به این نکته اذعان دارد که حق بر سلامت، دربرگیرنده طیف وسیعی از عوامل اجتماعی و اقتصادی است که شرایط و وضعیتی را پیش‌بینی می‌کند و ارتقا می‌دهد که مردم بتوانند زندگی سالمی داشته و به عوامل اساسی مؤثر بر سلامتی نظیر آب سالم، تغذیه کافی، مسکن مناسب و بهداشت عمومی و حرف‌های دسترسی داشته باشند. به این ترتیب، حق بر سلامت را می‌توان حق ادعایی دانست که افراد انسانی به واسطه آن، قابلیت برخورداری و استحقاق بهره‌مندی از گسترده‌متنوعی از تسهیلات، امکانات و خدمات سلامت را یافته و دولت‌های عضو به موجب معاهدات بین‌المللی به آن متعهد شده‌اند.^۲ بر این اساس، حق بر سلامت در ردیف مفاهیم ترکیبی قرار گرفته و تحقق کامل آن نیازمند توجه به همه اجزا و الزامات این حق است. این ایده که همه مردم حق دارند نیازهای فیزیکی بدن خود را برآورده کنند، در بطن جنبش حقوق بشر قرار دارد. این موضوع شامل حق زنده ماندن و زندگی تهی از رنج‌های قابل پیش‌گیری است. اعلامیه حقوق بشر، حق برای سلامت کافی را در ماده ۲۵ بیان می‌کند: «هر کس حق دارد از سطح زندگی مناسب برای سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش،

۱. یزدی فیض‌آبادی، وحید، رستم سیف‌الدینی، مرجان قندی و محمدحسین مهرالحسنی، «تعریف سلامت از دیدگاه سازمان بهداشت جهانی: مرور کوتاهی بر نقدها و ضرورت یک تغییر پارادایم»، مجله اپیدمیولوژی ایران، بهار ۱۳۹۶، دوره سیزدهم، شماره ۵، ص ۱۱۰.

۲. سید موسوی، میرسجاد، حق برخورداری از سلامت (واکاوی تعهدات انسانی دولت‌ها در حوزه سلامت)، تبریز: شروین، ۱۳۹۳، ص ۱۵۸.

از جمله غذا، پوشاک، مسکن و مراقبت‌های پزشکی برخوردار باشد...» این تعریف از مفهوم حقوقی که در قرون هجدهم و نوزدهم وجود داشت و فقط دولت را از محروم کردن فعالانه شهروندان از حقوق اولیه مدنی و اقتصادی آن‌ها باز می‌داشت، متفاوت است. ماده ۲۵ اعلامیه حقوق بشر بیان می‌کند که دولت‌ها باید اقداماتی انجام دهند تا اطمینان یابند همه شهروندان از استاندارد زندگی مناسب برخوردارند. به عبارت دقیق‌تر، اعلامیه حقوق بشر، غذا، پوشاک، مسکن، مراقبت‌های بهداشتی و خدمات اجتماعی را به عنوان اجزای ضروری استاندارد زندگی مناسب برای سلامت و رفاه می‌شناسد. تعیین استانداردهای دقیقی که باید این مؤلفه‌ها را ارزیابی کند، دشوار است؛ زیرا کشورهایی با تاریخچه‌ها و ظرفیت‌های اقتصادی و اجتماعی متفاوت، درک متفاوتی از «استاندارد مناسب زندگی» دارند.

ماده ۱۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، حق برخورداری از سلامت کافی را به صورت نسبی تعریف می‌کند: «... حق هر کس برای برخورداری از بالاترین استانداردهای قابل دستیابی سلامت جسمی و روانی».^۱ با این حال، این بیانیه، موضوع را حل نمی‌کند؛ زیرا مشخص نیست که «بالاترین استاندارد قابل دستیابی» باید با توجه به زیرساخت‌های اقتصادی یک کشور واحد ارزیابی شود یا با توجه به استانداردهای جهانی. در برخی موارد، بالاترین استاندارد زندگی قابل دستیابی که یک ملت می‌تواند فراهم کند، اجماع موجود در مورد حداقل حقوق مرتبط با سلامتی را که همه افراد مستحق آن هستند (یعنی واکسنها، فیزیوتراپی‌ها و مراقبت‌های سالمندی) برآورده نمی‌کند. تا حدی به دلیل اینکه بسیاری از دولت‌ها در کشورهای در حال توسعه نمی‌توانند مراقبت‌های بهداشتی و شرایط زندگی مناسب را برای همه شهروندان خود فراهم کنند، جمعیت آن‌ها به طور نامتناسبی به بیماری‌هایی مبتلایند که به طور معمول در کشورهای توسعه‌یافته قابل پیش‌گیری یا درمان هستند.

بر اساس برآوردهای سازمان جهانی بهداشت (WHO)، سالانه ۱/۷ میلیون نفر در کشورهای در حال توسعه به دلیل بیماری‌های ناشی از آب ناخالص و بهداشت نامناسب، جان خود را از دست می‌دهند. سالانه، بیش از سه میلیون کودک، جان خود را به دلیل سوء تغذیه از دست می‌دهند، در حالی که تخمین زده می‌شود ۱۷۰ میلیون کودک از کمبود تغذیه رنج می‌برند. به دلیل مراقبت‌های بهداشتی ناکافی در دوران بارداری و دوران کودکی و همچنین کمبود تغذیه، آمار مرگ و میر کودکان زیر پنج سال در کشورهای در حال توسعه بالاست. برای نمونه، در سال ۲۰۰۱، آمار مرگ و میر کودکان زیر پنج سال در سوئد در مقام کشوری توسعه‌یافته، ۳/۵ مرگ و میر در هر ۱۰۰۰ کودک متولدشده بود که از آمار جهانی پایینتر بود. در مقابل، آمار مرگ و میر کودکان زیر پنج سال در سیرالئون به عنوان کشوری در حال

1-Forman, L., & Kohler, J. C., "Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy", Journal of Human Rights, 2020; 19(5), p. 547

توسعه، ۳۱۳ مرگ در هر ۱۰۰۰ کودک متولد شده بود. حتی در جهان توسعه‌یافته، نابرابری‌های بهداشتی عظیمی بین اکثریت و اقلیت، غنی و فقیر و جمعیت شهری و روستایی وجود دارد. در سال ۱۹۹۹، در ایالات متحده آمریکا، آمار مرگ و میر نوزادان برای نوزادان متولدشده از مادران افریقایی - آمریکایی، ۱۴/۱ مرگ در هر ۱۰۰۰ تولد زنده بود. آمار مرگ و میر نوزادان برای نوزادان متولدشده از مادران سفیدپوست غیر اسپانیایی، ۵/۸ مرگ در هر ۱۰۰۰ تولد زنده بود.^۱ حق بر سلامت با حق سالم بودن یکسان نیست. سلامت مطلوب، تحت‌الشعاع عوامل گوناگونی قرار می‌گیرد که ممکن است از حیطة و قدرت نظارت دولت‌ها به دور باشد، مانند ساختار بیولوژیکی فرد و وضعیت اجتماعی و اقتصادی. حق بر سلامتی به حق برخورداری از انواع کالاها، امکانات، خدمات و شرایط لازم برای تحقق آن اطلاق می‌شود. به همین دلیل، توصیف آن به عنوان حق دست‌یابی به بالاترین استانداردهای سلامت جسمی و روانی به جای یک حق بی‌قید و شرط برای سالم بودن، دقیق‌تر است.

حق بر سلامتی، تنها یک هدف برنامه‌های است که در بلندمدت باید به آن دست یافت. این واقعیت که حق بر سلامت باید یک هدف برنامه‌های ملموس باشد، به این معنا نیست که دولت‌ها هیچ تعهد فوری برای تحقق آن ندارند. در واقع، دولت‌ها باید تمام تلاش خود را در چارچوب منابع موجود برای تحقق حق سلامت و برداشتن گام‌هایی در این راستا بدون تأخیر به کار گیرند. با وجود محدودیت‌های منابع، برخی تعهدات فوری دارند، مانند تعهد به تضمین حق بر سلامت به شیوه‌ای بدون تبعیض، تدوین قوانین و برنامه‌های اقدام خاص یا دیگر اقدامات مشابه برای تحقق کامل این حق که در مورد هر حق بشری دیگری صدق می‌کند.^۲

گفتار دوم. موانع قانونی حق بر سلامت در ایران

دغدغه اصلی حکومت هر کشور، سلامت عموم مردم آن کشور است، اما بدون یک چارچوب قانونی مؤثر، حمایت و حفاظت از سلامت جامعه ممکن نیست.^۳ بر این اساس، تحقق واقعی و عینی حق بر سلامت در وهله اول، نیازمند تصویب قوانین مطلوب و رفع خلأها، ابهام‌ها و نواقص قوانین موجود است و در این راستا، اشکال‌ها و ایرادهای موجود در حوزه قانون‌گذاری سلامت به معنای وجود موانع قانونی بر سر راه تحقق کامل حق بر سلامت قلمداد خواهد شد.

1-Ooms, G., Keygnaert I., Hammonds R., The right to health: from citizen's right to human right (and back), Public Health, 2019; 172, p. 99

2-Pūras, D., de Mesquita, J. B., Cabal, L., Maleche, A., & Meier, B. M., "The right to health must guide responses to COVID-19", The Lancet, 2020, 395, 1889

۳. آناند، سودهیر، فابیان پیتر و آمارتیا سن، **عدالت و اخلاق در سلامت**، ترجمه: مهدی ریاحی‌فرد با همکاری ایروان مسعودی اصل و علی اخوان بهبهانی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۲۱۸.

بند اول. خلأهای قانونی

وجود خلأهای متعدد قانونی، یکی از مهم‌ترین موانع قانونی فراروی حق بر سلامت در ایران است. این خلأها در حوزه‌های مختلف و متعددی قابل بحث هستند که به بخشی از آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. مفهوم حق بر سلامت به صورت کامل و جامع تعریف نشده و محدودنگری در معنا و مفهوم این حق بنیادین و در نتیجه، بی‌توجهی به اجزای مفهومی مختلف این حق موجب شده است که در نظام حقوقی ایران، در کی مضیق از مفهوم حق بر سلامت شکل بگیرد. به همین دلیل، تحقق مطلوب آن نیز با چالش‌های اساسی روبه‌رو شده است. نباید از یاد برد که حق بر سلامت، مفهومی ترکیبی و قابل تجزیه به عناصر متعدد است و صرفاً با رسمیت و تحقق همه آن عناصر می‌توان شاهد تحقق واقعی و مطلوب این حق بود. بر این اساس، چون شناسایی نشدن و تحقق نیافتن همه عناصر حق بر سلامت، این حق را در نگاه عموم، بی‌معنا می‌کند و از کارکردهای لازم، تهی جلوه خواهد داد، قانون‌گذار ایرانی باید با عبور از نگاه حداقلی موجود نسبت به اصلاح قوانین جاری و تبیین مفهوم کامل حق بر سلامت همت بگمارد. بی‌توجهی قانون‌گذار ایرانی به معنا و مفهوم بین‌المللی و استاندارد حق بر سلامت و نیز شاخص‌های آن باعث مضیق انگاشتن مفهوم حق بر سلامت شده است. عمده خلأهای قانونی در زمینه مورد بحث، ناشی از همین معضل است و بدیهی است رفع این نقیصه، نیازمند توجهی دوباره و عمیق به مفهوم واقعی حق بر سلامت و الزامات آن است. در این راستا برای تبیین مفهوم حق بر سلامت می‌توان گفت به طور کلی، تن‌درستی یا سلامت عبارت است از تأمین رفاه کامل جسمی و روانی و اجتماعی انسان. بنا به تعریف سازمان بهداشت جهانی، تن‌درستی تن‌ها نبود بیماری یا نقص‌های دیگر در بدن نیست، بلکه تن‌درستی، نداشتن هیچ گونه مشکل روانی، اجتماعی، اقتصادی و سلامت جسمانی برای هر فرد جامعه است. سلامت، مفهوم وسیعی دارد و تعریف آن تحت تأثیر میزان آگاهی و تلقی جوامع با شرایط گوناگون جغرافیایی و فرهنگی قرار می‌گیرد. به علاوه، سلامتی، روندی پویاست و با گذشت زمان نیز مفهوم آن تغییر خواهد کرد.^۱ سلامتی، مفهومی چندوجهی است که برای درک مفاهیم گسترده و عمیق آن باید به مطالبه‌گری حق بر سلامت عمومی توجه کامل شود. شیوع کرونا در ایران، خلأهای قانونی در بخش سلامت و بهداشت را آشکار کرد. برای مثال، وقتی از پروتکل بهداشتی صحبت می‌کنیم، در واقع، از دستورالعملی سخن می‌گوییم که ستاد ملی مبارزه با کرونا اعلام کرده است. از همین عنوان هم مشخص است که ما

۱. عباسی، محمود، راحله رضایی و غزاله دهقانی، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی

ایران»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، ۱۳۹۳، سال هشتم، شماره ۳۰، ص ۱۸۵.

قانون مشخصی در این عرصه نداریم. این در حالی است که طبق اصل ۳۶ قانون اساسی، برای تعیین و اجرای مجازات، حتماً باید دادگاهی صالح و نیز قانونی مشخص وجود داشته باشد تا بر اساس آن، حکمی صادر شود. همه مواردی که تا کنون در خصوص کرونا مطرح شده، به صورت دستورالعمل یا بخشنامه بوده، نه قانون مشخص که آن‌ها را هم قوه مجریه صادر کرده است. برای تصویب یک قانون ضمن اینکه باید مصوباتی باشد، آن قانون حتماً باید در مجلس تصویب شود. مرجع قانونگذاری نیز که «مجلس شورای اسلامی» است، باید برای تصویب قانون در این زمینه به طور خاص اقدام کند و مجازاتی را برای متخلفان در نظر بگیرد.

۲. بی‌توجهی قوانین حداقلی موجود به گوناگونی عوامل مؤثر بر سلامت شهروندان نیز مانع قانونی دیگری در زمینه مورد بحث است. اساساً مؤلفه‌های تعیین‌کننده سلامتی بسیار گسترده و متنوع است که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از:

یک - عوامل ژنتیک و فردی نظیر سن، جنسیت، شغل، طبقه اجتماعی و وضع تغذیه؛
دو - عوامل محیطی مانند آب و هوا، مسکن، تراکم جمعیت، آب، خاک و شرایط فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و جغرافیایی؛

سه - شیوه‌های زندگی مردم مثل عادات غذایی، تحرک داشتن یا نداشتن، نوع تفریح و سرگرمی، روش ارتباط‌گیری با دیگر افراد جامعه؛

چهار - وسعت و کیفیت خدمات‌رسانی نظیر سیاست‌های بهداشتی جامعه؛ شیوه خدمات‌رسانی مانند افزایش پوشش واکسیناسیون، بهسازی محیط، تأمین آب آشامیدنی سالم، مراقبت از گروه‌های آسیب‌پذیر جامعه مانند مادران و کودکان و نظایر آن و خدمات‌رسانی عادلانه؛^۱

پنج - عوامل دیگری نظیر سطح سواد، وضعیت تغذیه، سیستم ارتباطات و وسایل ارتباط جمعی، وضعیت جاده‌ها و وضعیت اقتصادی و اجتماعی، میزان درآمد سرانه، تفریحات و سرگرمی‌های سالم، امید به زندگی و مشارکت مردم در برنامه‌های ارتقای سلامت.

بی‌گمان، این گوناگونی عوامل مؤثر و تعیین‌کننده بر سلامتی شهروندان می‌تواند به عنوان مانعی در فرآیند تنظیم مقررات از سوی دولت در حوزه سلامت عمومی تلقی شود. امروزه دولت‌ها برای برقراری عدالت اجتماعی در حوزه‌های مختلف سلامت و نیز جلب مشارکت شهروندان برای دسترسی به سلامت مطلوب در بستر رشد و توسعه جوامع انسانی باید تحول و توسعه بهداشت و درمان و سلامت عمومی را در اولویت قرار دهند. با این توضیح، شناخت حوزه‌های مربوط به سلامتی به منظور برنامه‌ریزی و انجام اقدامات لازم برای توسعه، بهبود شرایط بهره‌مندی شهروندان از آن و ارتقای میزان آن در سطح جامعه امری ضروری و لازم به نظر می‌رسد. این موضوع در عین قابل فهم بودن، به دلیل تنوع و فراوانی

1-Marmot, M., Social determinants of health inequalities, Lancet, 2005, 365 (9464), p. 109

زیرمجموعه‌های آن به آسانی دست‌یافتنی نیست، به طوری که همین امر، تنظیم مقررات را در حوزه سلامت دچار مشکل می‌کند.^۱

طیف وسیعی از اقدامات مورد انتظار از دولت‌ها شامل تنظیم مقررات در حوزه بهداشت عمومی، بهداشت محیط کار و زندگی، بهداشت مادر و کودک، بهداشت سالمندان و اقشار آسیب‌پذیر، پیش‌گیری از بیماری‌های واگیردار نظیر ایدز و کنترل بیماری‌های غیر واگیر مانند سرطان‌ها و بیماری‌های نادر، امور مرتبط با جمعیت و تنظیم خانواده، نظارت بر وضعیت تولید و توزیع مواد غذایی، بهداشتی و آرایشی و دارو، پیش‌گیری از شیوع فراگیر بیماری‌های دام و طیور و انجام اقدامات لازم به منظور کنترل و درمان آن، اجرای طرح‌های واکسیناسیون سراسری در سطح ملی برای مقابله با دیفتی، کزاز، سیاه سرفه، سرخک و فلج اطفال، ایجاد قرنطینه در مواقع اضطراری و مبارزه با شیوع بیماری‌هایی مانند کرونا، مالاریا، آبله، حصه و هاری، جلوگیری از گسترش آلودگی‌های مختلف زیست‌محیطی اعم از آلودگی هوا، آلودگی صوتی و آلودگی‌های ناشی از زباله‌های جامد و صنعتی و انسانی و کاهش آن و اثر سوء مواد مخدر و قرص‌ها و مواد اعتیادآور در اقسام مختلف آن، تنوع و تعدد موضوعات قابل پرداختن در این حوزه را به روشنی بیان می‌کند که به عنوان محدودیت دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت قابل شناسایی و بررسی است.^۲

قانون‌گذاران و تصمیم‌سازان کشور باید به این مسائل اثرگذار برای تحقق واقعی و مطلوب حق بر سلامت، توجه و قوانین موجود را بازنگری کنند.

۳. بررسی نظام حقوقی ایران نمایانگر پررنگ بودن حجم مقررات در قیاس با قوانین حوزه سلامت است. خلأهای قانونی فراوان، میدان را به نفع مقررات‌گذاران خالی گذارده است. اثر این امر، آشفتگی و بی‌ضابطگی در تصمیم‌های مربوط به حوزه سلامت و به تبع آن، وضعیت نامطلوب حق مورد بحث است؛ زیرا بر خلاف قوانین که درجه ثبات بیش‌تری دارند و با تغییر دولت‌ها و تصمیم‌گیران نظام سلامت، کم‌تر دست‌خوش تغییر می‌شوند، در حوزه مقررات‌گذاری، به دلیل تغییر تصمیم‌گیران، با تغییرات بسیار سریع مقررات روبه‌رویییم که همین امر به وضعیت آشفته و نامطلوب مقررات حوزه سلامت دامن می‌زند. در پی تغییر سیاست‌های اجرایی به علت تغییر و تحول در دولت‌ها و نظام سیاسی ممکن است برنامه‌ها و سیاست‌گذاری‌های حق بر سلامت عمومی و انسجام نظام سلامت دست‌خوش دگرگونی‌های عمیق گردد و از صدر برنامه‌ریزی‌ها به پایین جدول رانده شود و

۱. متقی، سمیرا، آناهیتا سیفی و مجید درودیان، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، پاییز ۱۳۹۶، سال هجدهم، شماره ۲، ص ۱۳۲.

۲. حسن‌زاده، قدرت‌الله، «حق بر سلامت از دیدگاه معاهدات بین‌المللی با تأکید بر بیماری کووید ۱۹»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۵۶، ص ۸۳۵.

اجرای آن برنامه‌ها را نیز با مشکلات جدی مواجه سازد. پس چالش مهم دولت‌ها در حوزه سلامت، در سطوح اولویت‌بندی‌های کلان نمود پیدا خواهد کرد. در ایران و در طول چند دهه اخیر، با تغییر دولت‌ها و برنامه‌ریزی‌های ناصحیح، نبود نظم‌بخشی و ارتباط تنگاتنگ با دیگر حوزه‌ها، جایگاه حوزه سلامت و حق بر سلامت تا حدود زیادی مغفول مانده است. بررسی مجموعه آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و آرای شعب دیوان نشان می‌دهد که به حق بر سلامت به طور مستقل توجه نشده و به موضوعات فرعی مرتبط با سلامت از جمله حقوق و مزایای کارکنان حوزه سلامت، مشکلات مربوط به خدمت کارکنان در منطق محروم و نیز مباحثی در خصوص ساختار سازمانی بخش سلامت در کنار اموری چون برخورداری از بیمه‌های درمانی و امور استخدامی پرسنل پرداخته شده است.

بند دوم. مغایرت قوانین و مقررات پایین‌دستی با قوانین و مقررات بالادستی در حوزه سلامت

با توجه به نظام حقوقی هر کشور، سلسله‌مراتبی از هنجارها و ارزش‌ها در تدوین قوانین و مقررات موضوعه به طور پیشینی وجود دارد که هر کدام از نهادها و اشخاص برخوردار از حق قانون‌گذاری و تنظیم مقررات باید هنگام تهیه، تنظیم، تدوین و تصویب قوانین و مقررات به این سلسله‌مراتب قوانین و مقررات توجه کنند. رعایت نکردن این امر در حوزه سلامت ضمن تأمین نشدن الزامات و تکالیف حقوقی مندرج در قوانین و مقررات موضوعه بالادستی و ایجاد تشّت در آرا و اقدامات اجرایی سبب محرومیت شهروندان از حق بر سلامت عمومی به طور کامل یا دسترسی به بخش محدودی از این حق خواهد شد.^۱

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که از آن با عنوان «میثاق دولت با ملت» یاد می‌شود، اصل ۲۹ به عنوان یکی از اصول مترقی مبتن «حق مردم»، «نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه» را حقی همگانی دانسته است. به منظور اجرای این اصل حیاتی، سازمان بیمه سلامت ایران (اساس‌نامه آن مشتمل بر ۱۶ ماده است)، زیر نظر وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تشکیل شده است تا حمایت مندرج در این اصل از یکایک شهروندان محقق شود. صرف نظر از این که بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی بر رفع هر گونه محرومیت در «زمینه بهداشت و تعمیم بیمه»، تأکید کرده و اصول دیگری از جمله اصل ۲۰، ۲۱ و بند ۱ اصل ۴۳ نشانه توجه ویژه قانون‌گذار اساسی به حق بر سلامت است، ولی مغایرت برخی قوانین با قانون اساسی و نیز مغایرت برخی از مقررات دولتی با قانون در این خصوص به محرومیت جمع بسیاری از مردم از نعمت سلامت و حیات خواهد انجامید.

۱. نجفی، بهزاد، حقوق سازمان‌های بین‌المللی: سازمان جهانی بهداشت (WHO) و حقوق سلامت، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۶۲.

مشخص نبودن جایگاه برخی سیاست‌ها، قوانین و مقررات در قیاس با دیگر قواعد مربوط نیز محدودیت دیگری است که به طور جدی به موانع یادشده دامن می‌زند. برای نمونه، معلوم نیست که در صورت مغایرت مصوبات مراجع صلاحیت‌دار در وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، کدام یک باید در اولویت اجرا قرار گیرند.

بر این اساس، تصمیم‌گیرندگان کلان کشور اعم از مجلس شورای اسلامی، وزارت بهداشت و دیگر نهادهای دخیل در خط‌مشی‌گذاری باید در قوانین مرتبط با بهداشت و سلامت بازنگری کنند. ارائه لایحه دولت برای برجسته‌سازی جایگاه «حق بر سلامت» در اسناد بالادستی از جمله راهکارهایی است که می‌تواند نقش بالقوه مثبتی در بهبود وضعیت فعلی داشته باشد. به منظور حل این موانع، قانون‌گذار باید در مرحله شناسایی مشکل و طراحی سیاست‌ها، در حد امکان از نظر کارشناسان فعال در حوزه‌های مختلف استفاده کند؛ زیرا این افراد با توجه به سوابق اجرایی خود به خوبی می‌دانند که قانون به چه شکلی باید تصویب شود که جنبه اجرایی پیدا کند و تعبیر و تفسیر متعددی نپذیرد.^۱

بند سوم. تعارض منافع نهادها و مؤسسات عمومی با منافع نهادها و مؤسسات خصوصی

در نظام حقوقی ایران، ارائه تعریفی صحیح از بخش عمومی و خصوصی دشوار است. مشکلات و ابهام‌های قوانین در این خصوص باعث شده است آن‌چه در واقع، تمرکززدایی محسوب می‌شود، خصوصی‌سازی نام گیرد که سبب تعارض آشکار بین منافع عمومی و خصوصی می‌گردد. در ایران، خصوصی‌سازی، جایگاه واقعی خود را نیافته؛ چون سیاست‌گذاری از مقررات‌گذاری به روشنی تفکیک نشده است و اقتصاد رفاه در تأمین نابرابری‌های اجتماعی، عملکرد مطلوبی ندارد. برای مثال، نهادها و مؤسسات بخش خصوصی به منظور دستیابی به اهداف خود و کسب سود، به اقداماتی گسترده نظیر دخل و تصرف در منابع طبیعی و محیط زیست، ایجاد کارخانه‌ها و صنایع تولیدی آلودگی‌زا، ایجاد، نصب و بهره‌برداری از آنتن‌های تلفن همراه دست می‌زنند که هر کدام از این اقدامات بر وضعیت سلامت عمومی شهروندان اثر منفی می‌گذارد.^۲

۱. آرای، وحید، ابوالفضل قاسمی و یاسر معینی‌فر، «توصیه‌های سیاستی، موانع تحقق‌پذیری حکمرانی خوب در اداره امور عمومی (مطالعه موردی: فرمانداری و شهرداری شهرستان مینودشت)»، فصل‌نامه

مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، زمستان ۱۳۹۶، سال هفتم، شماره ۲۵، ص ۱۱۷.

۲. اسلامی‌تبار، شهریار، مبانی حقوق سلامت، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۸۳.

حل و فصل این تعارض‌ها در نگاه نخست با توسل دولت به قدرت عمومی به عنوان ابزار تحمیل اراده و حکمرانی، امری ساده و آسان به نظر می‌رسد، اما با نگاهی عمیق‌تر، شاهد آن هستیم که با توجه به تغییرات ساختاری نظام جوامع مدرن در تهیه، توزیع و ارائه خدمات و کالاها به شهروندان و حرکت از دولت رفاه به سوی دولت ژاندارم، تنظیم این امور با دشواری‌های خاصی انجام می‌پذیرد. این مانع به عنوان یکی از مهم‌ترین موانع پیش روی دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت، نیازمند توجه نهادهای تنظیم‌کننده مقررات به ملاحظات حقوقی و غیر حقوقی بسیاری است.^۱

با وجود اهمیت فراوان مسئله تعارض منافع هنوز هیچ قانون خاصی در این زمینه در ایران تصویب نشده است. از این رو، تصویب قوانین ناظر بر مدیریت تعارض منافع بسیار راه‌گشا است. تلاش‌های تقنینی اخیر مانند ارائه طرح «قانون مدیریت تعارض منافع فردی با منافع عمومی کشور» در تیر ۱۴۰۰ توسط نمایندگان به مجلس شورای اسلامی، گواه این مدعاست.

بند چهارم. ضعف در ضمانت اجرای قوانین

برای اطمینان‌یابی از اجرای هر قاعده حقوقی، تدبیرهایی نیاز است که بر اساس آن، عکس‌العمل متناسب در مورد تخلف از اجرای آن قواعد در نظر گرفته شود. هر تخلفی نیز ضمانت اجرا و عکس‌العمل خاص خود را اقتضا می‌کند. اصطلاح حقوقی «ضمانت اجرا» به معنای حمایت مراجع رسمی صلاحیت‌دار در اعمال قانون، مبین همین ضرورت اجتماعی است. از این رو، قواعد و مقررات حقوقی همواره نیازمند ضمانت‌های اجرایی است تا بتوان از اجرای مطلوب‌تر آن‌ها اطمینان یافت.^۲

با وجود توجه قانون‌گذار به وضع ضمانت اجرا برای قوانین مصوب در حوزه سلامت، برخی قوانین ضمانت اجرایی ندارند که گاه به دلیل مسامحه است و گاهی به دلیل شرایط خاص آن موضوع، وضع ضمانت اجرا برای آن میسر نیست. نبود ضمانت‌های اجرایی لازم و کافی در حوزه سلامت، یکی از موانع مهم قانونی است که تفحص و تدبیر حقوقی را می‌طلبد. در عمل ملاحظه می‌شود که نبود ضمانت‌های اجرایی کافی و مؤثر در حوزه سلامت به عنوان یکی دیگر از موانع قانونی حوزه سلامت، مستلزم بررسی، تدبیر و چاره‌اندیشی حقوقی است. از این‌ها که بگذریم، بسیاری از قوانین و اسناد بالادستی، واقع‌بینانه نیستند و آرمانگرایانه

۱. جنتی، علی و حسین جباری بیرامی، *سطح‌بندی خدمات در نظام سلامت*، تبریز: شروین، ۱۳۹۱، ص ۷۶.

۲. باقری، حامد، یوسف ذاکریان، مهدی امیری، پیمان بلوری و داوود هرمیداس باوند، «حق بر سلامت و بهداشت عمومی از منظر حقوق بنیادین بشر با تأکید بر سند ۲۰۳۰ یونسکو»، *مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی*، بهار ۱۳۹۷، شماره ۵۶، ص ۱۸۳.

یا در شرایطی مبهم و کلی وضع شده‌اند. از این رو، هنگام اجرا دچار مشکل می‌شوند. اجرا نشدن بخش بزرگی از پیش‌بینی‌های انجام‌شده در سند چشم‌انداز و برنامه‌های توسعه، شاهد این مدعاست. در این راستا، بهتر است در فرآیند سیاست‌گذاری و تدوین اسناد بالادستی در حوزه بهداشت و درمان، از افراد متخصص و کارآزموده، فارغ از هر گونه جهت‌گیری سیاسی که دارند، استفاده شود تا برنامه‌هایی تدوین گردد که حداقل، واقع‌گرا باشند و «قابلیت اجرایی شدن» داشته باشند.

به طور کلی، حق بر سلامت، مقول‌های انسانی و فراتر از هر ایدئولوژی است. پس هنگام تدوین اسناد بهداشت و سلامت باید از غلظت آرمان‌گرایی کاست و واقع‌گرایی را جای‌گزین آن کرد.^۱ بخشی از مشکلات کشور در نظام بهداشت و سلامت، ناشی از نبود قوانین مشخص در این زمینه است، مانند زمان شیوع کرونا که با تعدادی آیین‌نامه و دستورالعمل مواجه بودیم که هیچ ضمانت اجرایی قانونی نداشت. بر این اساس، لازم است در شرایط بحرانی، پیشنهادهای سلامتی در قالب قانون و در مجلس شورای اسلامی تصویب شوند تا ضمانت اجرایی داشته باشند. بسیاری از دستورالعمل‌ها و آیین‌نامه‌های بهداشتی را نیز برای حمایت از حق بر سلامت شهروندان باید قانونی کرد.

بند پنجم. نبود متولی مشخص برای تحقق حق بر سلامت

یکی دیگر از موانع فراروی تحقق مطلوب حق بر سلامت، بی‌توجهی قانون‌گذار به حق بر سلامت و نبود متولی مشخص برای تحقق آن است. در نگاهی آسیب‌شناسانه به موضوع باید گفت که اساساً معلوم نیست مسئولیت اصلی و اولیه تحقق حق بر سلامت در کشور بر عهده کدام مرجع است و این حق را به طور مستقیم از کدام نهاد می‌توان مطالبه کرد. برای نمونه، بسیاری از صاحب‌نظران معتقدند که یکی از دلایل اجرایی نشدن بند چهارم سیاست‌های کلی سلامت، نبود نهادی مشخص برای پی‌گیری اجرایی شدن این سیاست‌ها و نبود شاخص‌ها و معیارهای مشخص برای نظارت و ارزش‌یابی است.

در واقع، در حال حاضر، مبتنی بر اصول ۱۱۱ قانون اساسی، نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام از اختیارات مقام رهبری است که ایشان نیز این اختیار را مستند به مقررات نظارت بر سیاست‌های کلی نظام به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار کرده است. بر اساس ماده ۱ مقررات نظارت بر سیاست‌های کلی نظام، مصوب ۱۳۸۴، به موجب تفویض اختیار از سوی مقام معظم رهبری، نظارت بر سیاست‌های کلی نظام باید توسط

۱. ابراهیم‌گل، علی‌رضا، پریسا روشن‌فکر و سید احمد طباطبایی لطفی، «حقوق بشر و مبارزه با بیماری‌های واگیر در عرصه بین‌المللی: ضرورت‌ها و چالش‌ها»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، بهار ۱۴۰۰، شماره ۵۱، ص ۲۷۹.

مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت گیرد. بر اساس ماده ۲، قوانین و مقررات کشور نباید در هیچ موردی، مغایر یا غیر منطبق با سیاست‌های کلی مربوط باشد. به منظور نظارت بر این موضوع نیز کمیسیونی به نام «کمیسیون نظارت»، بررسی مغایر بودن یا انطباق نداشتن مصوبات مجلس شورای اسلامی با سیاست‌های کلی را بر عهده دارد. مشکلی که در مسیر اجرایی شدن این سیاست‌ها قرار دارد، این است که این کمیسیون تاکنون پویایی و اثربخشی لازم را نداشته است.^۱

با وجود اهمیت توسعه محصولات زیستی (انواع سرم و واکسن) در کشور و اشاره صریح به توسعه آن در بند چهارم سیاست‌های کلی سلامت، در حال حاضر، نهاد متولی و مسئول پی‌گیری میزان تولید محصولات زیستی در کشور وجود ندارد. در واقع، بر اساس قانون تشکیل وزارت بهداشت، آموزش و درمان پزشکی، این وزارتخانه، تن‌ها مکلف به تأمین دارو و تجهیزات پزشکی است و هیچ تکلیفی در برابر حمایت از تولید داخل و سامان‌دهی تولید ندارد. هم‌چنین با وجود مرکز پژوهش، توسعه فناوری و صنایع نوین در وزارت صنعت، معدن و تجارت، این وزارتخانه که متولی اصلی تولید در داخل کشور است، در حال حاضر، فعالیتی چشم‌گیر در حوزه محصولات زیستی ندارد. بنابراین، ضروری است قانون تشکیل وزارت بهداشت، آموزش و درمان پزشکی بر اساس مأموریت جدید فضای فعلی کشور بازنگری شود و در وزارت صنعت، معدن و تجارت نیز مرکز پژوهش، توسعه فناوری و صنایع نوین فعال گردد.^۲ هم‌چنین تعارض بین نهادهایی که به نوعی، متولی بخشهایی از حوزه سلامت هستند، به این موضوع دامن می‌زند. برای نمونه، وزارت بهداشت، آموزش و درمان پزشکی و وزارت صنعت، معدن و تجارت، متولیان اصلی اجرای بند چهارم سیاست‌های کلی سلامتند، ولی هماهنگی خاصی بین آن‌ها وجود ندارد.

افزون بر آن، بخشی از موانع اجرایی شدن قوانین سلامت به مواردی مربوط می‌شود که نهادهای متولی اجرای بخشی از این قوانین، صلاحیت کافی در این حوزه ندارند که به برخی از مهم‌ترین موارد اشاره می‌کنیم.^۳ پرسنل و امکانات سازمان ملی استاندارد و سازمان غذا و دارو برای پاسخ‌گویی مناسب به درخواست‌های تولیدی کافی نیستند و نیازهای حوزه محصولات زیستی به میزان کافی در این نهادها نهاده نشده است. از جمله

۱. آرای، قاسمی و معینی‌فر، پیشین، ص ۱۱۷.

۲. حسن‌زاده، پیشین، ص ۸۳۸.

۳. خمرنیا، محمد، مصطفی پیوند و فاطمه ستوده‌زاده، «تشدید چالش‌های حوزه سلامت در استان‌های کم‌برخوردار: تأثیر پاندمی کرونا»، مجله دانشگاه علوم پزشکی جیرفت، پاییز ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۱، ص ۵۴۳.

راهکارهای پیشنهادی برای رفع این چالش آن است که از ظرفیت نهادهای غیر دولتی تخصصی (انجمن‌ها و شرکت‌های خصوصی) در این حوزه استفاده و تدوین استاندارد و نظارت برون‌سپاری شود و دولت تن‌ها در این حوزه نظارت کلان داشته باشد.^۱

سازمان تعزیرات حکومتی به عنوان نهاد اصلی شناسایی قاچاق کالا در کشور، در حوزه محصولات حوزه سلامت اشراف لازم ندارد. به منظور رفع این مشکل نیز باید ظرفیت نهادهای تخصصی غیر دولتی (انجمن‌ها) را برای افزایش توان کنترل بازار فعال کرد. همچنین سازمان گمرک نمی‌تواند محصول زیستی را به صورتی کدبندی کند که از میان محصولات وارداتی، محصولات مشابه تولید داخل را شناسایی کند. بنابراین، واردکنندگان با اشرافی که در این حوزه دارند، می‌توانند با اسامی مختلف، محصول مشابه داخل را وارد کنند. به این منظور، انجمن تولیدکنندگان و صادرکنندگان محصولات بیوتکنولوژی ایران باید به عنوان بازوی علمی و نظارتی گمرک به طور مداوم بر اساس داده‌های مبتنی بر فناوری اطلاعات از کل واردات مطلع شود تا اگر فردی بخواهد با شگردهای خاص به تولید داخل ضربه بزند، خود تولیدکنندگان از حوزه خود حفاظت کنند.^۲

بند ششم. پای‌بند نبودن دولت به معیارهای حکمرانی خوب

مفهوم حکمرانی، حجم قابل توجهی از ادبیات موجود را به خود اختصاص داده است. حکمرانی به عنوان «فرآیند جمعی شامل گروهی از سهام‌داران و تعیین جهت و اهداف استراتژیک تعریف شده است که عبارتند از: اتخاذ سیاست‌ها، قوانین و مقررات یا تصمیم‌گیری‌ها، افزایش و به‌کارگیری منابع برای دستیابی به اهداف استراتژیک و اطمینان‌یابی از تحقق آن اهداف. در سال‌های اخیر، تلاش جهانی برای حذف نابرابری‌ها و پوشش همگانی سلامت، اهمیت حکمرانی را برای دستیابی به اهداف سلامت و توسعه و بهبود عملکرد سیستم‌های سلامت ملی مدار توجه قرار داده است».^۳

عناصر کلیدی حکمرانی خوب برای سلامت عبارتند از: تصمیم‌گیری مبتنی بر شواهد، ارزش‌های مشترک برابری و عدالت اجتماعی؛ فرآیندهای شفاف و فراگیر؛ پاسخ‌گویی به نیازهای مردم یا ذی‌نفعان؛ پاسخ‌گویی تصمیم‌گیران یا کارگزاران؛ اجرای کارآمد و مؤثر اهداف

۱. متقی، سیفی و درودیان، پیشین، ص ۱۳۲.

۲. دماری، بهزاد، «چالش‌ها و راهکارهای توسعه حوزه بهداشت کشور از دیدگاه معاونان بهداشت دانشگاه‌های علوم پزشکی و رؤسای مراکز بهداشت استان‌ها»، مجله دانشکده بهداشت و انسیتو تحقیقات بهداشتی، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۳، ص ۵.

3-Latupeirissa, JJ., "Antecedents of Public's Trust Level Regarding Covid-19 Vaccination: As Reflections of Good Governance in Indonesia", *Viešoji politika ir administravimas*. 2022; 21(1), p. 83

استراتژیک و حفظ سرزندگی سازمانی. ظرفیت برای حکمرانی، عامل تعیین‌کننده در عملکرد خوب بهداشت عمومی است؛ زیرا باعث بهبود نتایج و افزایش بازده سرمایه‌گذاری در سلامت می‌شود. محققان نشان داده‌اند که بهبود حکمرانی با آمار مرگ و میر کودکان زیر ۵ سال رابطه معکوس دارد. با این حال، به نقش حاکمیت سازمانی، اثربخشی و ظرفیت در اثرگذاری بر سیاست و عملکرد سلامت به منظور ارتقای سلامت جمعیت توجه کافی نشده است.^۱

جامعه‌های انسانی به حکمرانی خوب هم از نظر اخلاقی نیاز دارند و هم از منظر تحقق حق بر سلامت. تعیین این معیارها در سلامت عمومی کشورهایی که اخیراً بر اثر جنگ و خشونت در هم شکسته‌اند یا در حال حاضر در حال گذار از آن وضعیت هستند، ضروری است. در سطح اتحادیه اروپا، حکمرانی خوب با تلاش برای دستیابی به رفاه به عنوان مثال از طریق «سلامت در همه سیاست‌ها» و با مشارکت همه سهام‌داران برای بهبود سلامت جمعیت پی‌گیری می‌شود. البته حکمرانی خوب باید مفهومی پیشرو برای سلامت عمومی در سطح محلی باشد. هم‌چنین در این سطح خرد، حکمرانی خوب مبتنی بر این است که دولت قادر مطلق نیست، بلکه همه ذی‌نفعان باید در تصمیم‌گیری مشارکت داشته باشند.^۲ حکمرانی خوب به یک مفهوم رایج، نه تن‌ها در سپهر سیاست، بلکه در حوزه بهداشت و درمان در بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته تبدیل شده است. با این حال، بررسی وضعیت موجود نشان می‌دهد که نظام بهداشت و سلامت ایران با شاخص‌های حکمرانی خوب فاصله بسیار زیادی دارد. از یک سو، حاکمیت قانون در نظام سلامت ایران بسیار کم‌رنگ است و به اصول قانونی در نظام بهداشت و درمان کشور، پای‌بندی خاصی مشاهده نمی‌شود. سطح بالای فساد و تعارض‌های متعدد بین بخش‌های مختلف این حوزه نشان می‌دهد که در ایران، قانون‌مداری در نظام سلامت نهادینه نشده است. حتی در سطح مسائل ناچیزی مانند حقوق ماهانه پزشکان نیز شفافیت و اطلاع‌رسانی نمی‌شود. هم‌چنین وجود کُزرفتاری‌هایی چون تشکیل باند و انحصار در حوزه‌های مختلف بهداشت و درمان، ناشفاف بودن نظام سلامت ایران را نشان می‌دهد. نظام سلامت و بهداشت ایران در دیگر شاخص‌های حکمرانی خوب اعم از مشارکت یا عدالت‌محوری نیز وضعیت نامطلوبی دارد.^۳ چنین وضعیتی که نشانه

1-Chauvin J., Shukla M., Rice J., Rispel L., A survey of the governance capacity of national public health associations to enhance population health, BMC public health, 2016 Dec;16 (1), p. 8

2-Tait, PW., "Good governance for planetary and the public's health", Australian and New Zealand Journal of Public Health, 2022 Apr. 1, 46 (2), p. 101

۳. مردعلی، محسن، امیر اشکان نصیری‌پور، ایروان مسعودی اصل و حسن عابدی جعفری، «مدل سنجش

فساد نظام بهداشت و درمان ایران»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، زمستان ۱۳۹۶، سال یازدهم،

شماره ۴۳، ص ۱۳۲.

بی‌توجهی کامل به شاخص‌های حکمرانی مطلوب در حوزه سلامت است، به حق بر سلامت آسیب جدی می‌زند. شفاف نبودن بخش سلامت و بی‌توجهی به عدالت در این حوزه، مهم‌ترین نقیصه‌های نظام سلامت کشور به شمار می‌روند.

بند هفتم. فساد و ضعف در نظارت قانونی

مسئله فساد در نظام سلامت، با ماهیت پنهان و پیچیده خود، هم به سبب قرابت عرصه حیاتی سلامت با جان افراد و هم به موجب ارتباط عمیق آن با دیگر عرصه‌ها به ویژه اقتصاد و سیاست، از چالش‌های جدی نظام‌های حکمرانی محسوب می‌شود. در مقدمه گزارش جهانی فساد در سال ۲۰۰۶ آمده است: «فساد ممکن است در همه بخش‌های نظام حکمرانی یک کشور مشاهده شود و آن را با موانع جدی روبه‌رو سازد، اما در بخش سلامت می‌تواند تفاوت بین زندگی و مرگ را رقم بزند.» مرور مطالعات و شواهد تجربی، حاکی از گستردگی فساد و علل آن در حوزه سلامت است و در بخش‌هایی چون تجمیع منابع مالی، تأمین منابع دارویی، تجهیزات پزشکی و آموزش و پژوهش پزشکی ردیابی می‌شود و به صورت فردی، سازمان‌یافته و در روابط بین ذی‌نفعان وقوع و شیوع می‌یابد. رشوه‌دهی به مسئولان دولتی برای اعمال نظارت محدود بر بازار دارو در افزایش شیوع داروهای تقلبی و آمار مرگ و میر مؤثر است. ۱۰ درصد داروهای بازار جهانی، تقلبی است که این میزان در برخی کشورهای آفریقایی به ۵۰ درصد نیز می‌رسد.^۱

کنترل ضعیف بر روابط مؤسسات تولیدات پزشکی با پزشکان به تبانی برای فروش و تبلیغ محصولات، تصویب، اعتباربخشی و صدور مجوز در مراکز درمانی منجر شده است. نبود شفافیت مدیریت مالی دولت، اختلاس و سرقت از بودجه بهداشتی (نشتی بودجه) در شوراهای محلی یا منطق‌های اوگاندا و تانزانیا را رقم زد، به گونه‌ای که تا ۴۱ درصد از هزینه‌های که از مرکز تخصیص داده شده بود، در محل خرج نشد و ۵ تا ۱۰ درصد از بودجه سلامت کامبوج در مرکز و قبل از این‌که به محل (وزارت بهداشت) برسد، از بین رفت. ملاحظات و نفوذ سیاسی، خویشاوندمداری و پارتی‌بازی در انتخاب افراد برای فرصت‌های آموزشی، انتصاب، استخدام پرسنل بهداشتی و خطر رشوه‌دهی برای رفتن به دانشکده پزشکی یا دیگر مراکز آموزشی قبل از کار و برای دریافت کسب نمره و مدرک، نمونه‌های از فساد در حوزه آموزش پزشکی است.^۲

نظام سلامت ایران نیز نه تنها از قاعده کلی آلوده شدن به فساد مستثنا نیست، بلکه در چند دهه اخیر به صورت سیستماتیک و بافتمند با فساد مواجه بوده است. گواه این مدعا، غفلت سیاست‌پژوهی و سیاست‌گذاری سلامت از این مسئله است که ایجاد

۱. گزارش جهانی فساد، ۲۰۱۸.

۲. امین‌زاده، پیشین، ص ۷۳۱.

زنجیره‌های از مسائل نظیر اتلاف منابع اقتصادی، نابرابری در دسترسی کنشگران به خدمات و تضییع اعتماد عمومی را می‌توان خروجی کژکارکردی نهادهای پژوهشی، سیاست‌گذاری و اجرایی در مقابله با فساد دانست.

نتیجه یک مطالعه نظری و پژوهش میدانی با رویکرد کیفی از مهجور بودن ادبیات مربوط به فساد در عرصه سلامت ایران، تسری و تکرار دیدگاه‌های تقلیل‌گرایانه و یک‌جانبه از مسئله در معدود منابع موجود و ارتباط اندک خروجی مطالعات با نهادهای سیاستی مربوط در ارائه راهکارهای پیش‌گیرانه و روش‌های مداخله‌گر حکایت دارد. حکمرانی سلامت در ایجاد مبنا برای سیاست‌های ضد فساد با محوریت شفافیت اطلاعات، عملکرد ضعیفی داشته و بیش‌تر طرح‌ها و برنامه‌های بی‌اساس نظیر طرح تحول نظام سلامت، نه تنها سهم مؤثری در کاهش هزینه‌های بهداشت و درمان و ارتقای عدالت همگانی ایفا نکرده، بلکه پایداری نظام سلامت را با فسادهای احتمالی به مخاطره افکنده است.^۱

در حوزه سلامت ایران که محل فعالیت پزشکان و بیمه‌هاست، دیوان‌سالاری و فساد مشهود است. از جمله موارد فساد و بوروکراسی در حوزه مورد بحث می‌توان به این موردها اشاره کرد: وجود فاصله طبقاتی و شکاف بین پزشکان و کادر زیردست، ضعف دانش و تخصص و نیز نبود شایسته‌سالاری در عزل و نصب پزشکان، اعطای اختیارات بیش از اندازه به مسئولان حوزه سلامت و نادیده گرفتن کارکنان نظام سلامت، چندشغله بودن پزشکان و داشتن پست‌های متفاوت و به تبع آن، ناتوانی در بهینه‌سازی سیستم بهداشت و درمان، استفاده از پست‌های حوزه سلامت به عنوان مناصب سیاسی به جای مناصب بهداشتی و درمانی، دریافت پول نقد از بیماران برای فرار از پرداخت مالیات به ویژه در جراحی‌ها و همچنین پرداخت کارانه‌های گزاف در بخش درمان به پزشکان از طرف بیمارستان‌ها و ناکارآمدی دستگاه‌های نظارتی.

یکی از مشکلات نظام سلامت در کشورهای در حال توسعه و ایران، مهارگسیختگی دیوان‌سالاری و انباشت بی‌حد قدرت در آن‌هاست. دیوان‌سالاری، نیروها و منابع و امکانات جامعه را انحصاراً به خود اختصاص می‌دهد و به صورت واحدهایی نیرومند در جامعه ظاهر می‌شوند و با استفاده از قوانین و مقررات دولتی، با اتکا به هدف‌های ضروری و حیاتی خود و با بهره‌گیری از اهرم‌های سیاسی، به قدرت‌نمایی می‌پردازند. به این ترتیب، سازمان‌هایی که باید در خدمت جامعه باشند، به صورت مخدوم درمی‌آیند و جامعه را به خدمت خود می‌گیرند.^۲

یکی از انتقادهای فراگیر آن است که بوروکراسی در این کشورها بسیار بزرگ است و از منابع وسیعی استفاده می‌کند، ولی آن‌چه پدید می‌آورد، بسیار کوچک و اندک است. در

۱. طرح تحول سلامت در مسیر پایداری، ۱۳۹۵.

۲. الوانی، سید مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۷۸، ص ۳۷۷.

امتداد فساد نظام اداری، دیوان‌سالاری رشد می‌کند و پروار می‌شود که متأسفانه، حوزه سلامت ایران هم درگیر آن شده است. در انتصاب و ارتقای پزشکان، پای‌بندی به مقررات قانونی دیده نمی‌شود. عواملی مثل خویشاوندی، باندبازی، وابستگی به مقامات سیاسی و نظامی اساس‌گزينش قرار می‌گیرد. هر تغییر در سطح کابینه و دولت منجر به اخراج مقاماتی در نظام سلامت می‌شود که دیگر از سوی رهبر سیاسی جدید حمایت نمی‌شود. در ضمن، مقامات بخش‌های مختلف سلامت که برکنار شده‌اند، حتی پس از برکناری هم ممکن است بدون آن‌که کوچک‌ترین ثمربخشی برای حوزه بهداشت و درمان داشته باشند، همچنان در فهرست حقوق‌بگیران باقی بمانند.^۱ نارسایی و روزآمد نبودن قوانین، پاسخ‌گو نبودن و کاغذبازی‌ها از دلایلی است که موجب می‌شود رشوه و فساد در نظام سلامت رخنه کند. برای برون‌رفت از این معضلات، پاسخ‌گوسازی بخش‌های مختلف این حوزه از طریق حسابرسی و نیز تقویت سازوکارهای نظارت گسترده بر آن پیشنهاد می‌گردد.

از سوی دیگر، نگاه به بیمه، نگاه حمایتی برای روزهای مباداست و مردمی که ماه به ماه، بیمه خود را نقدی پرداخت می‌کنند، کم‌ترین انتظارشان این است که در روزهای سخت بیماری، بیمه با تمام توان از آن‌ها حمایت کند. مشکل این است که بیماران، حق بیمه را ماه به ماه پرداخت می‌کنند، ولی هنگام اعمال جراحی و دیگر خدمات درمانی، پوشش حمایتی بیمه ناقص ارائه می‌شود و متأسفانه، این روند در بحث بیمه تکمیلی هم به چشم می‌خورد. بسیاری از بیماران از پس هزینه‌های سنگین جراحی و بیمارستانی برنمی‌آیند و به همین دلیل، خود را بیمه می‌کنند، اما متأسفانه باز هم بیمه آن حمایتی را که شایسته است، انجام نمی‌دهد و مردم مجبورند هزینه‌ها را با قرض و وام پرداخت کنند تا بیمه ماه‌ها بعد، بخشی از هزینه را به آن‌ها برگرداند. زمانی هم که بیمه می‌خواهد بخشی از هزینه‌ها را به مردم پرداخت کند، بوروکراسی اداری چندماهه برای بیماران تدارک می‌بیند که نشانه ناکارآمدی و ضعف کامل است. در چنین حالتی، برخی از مردم برای این‌که زودتر به پول خود برسند، مجبورند با کارمندان بیمه به نوعی به تعامل برسند که زمینه‌ساز فساد و رشوه می‌شود.^۲

سازمان تأمین اجتماعی با پول طبقه کارگر شکل گرفته است و نباید در خدمات‌رسانی به این قشر ضعیف جامعه به هر بهانه‌های کوتاهی کند. شایسته است مجلس شورای اسلامی از ابزارهای نظارتی و دقیق خود در این زمینه استفاده کند و مسئولان این سازمان نیز به این موضوع توجه خاص داشته باشند.

۱. کمالی، یحیی، «سلامت اداری در ایران: آسیب‌ها و راهکارها»، مجله گزارش پژوهشی سازمان بازرسی کل کشور، آذر ۱۳۸۹، سال سوم، شماره ۲۷، صص ۴۱-۱۲.

در این راستا، ضروری به نظر می‌رسد که دادستانی کل کشور در مقام مدعی‌العموم به پرونده‌های فساد در نظام بهداشتی کشور رسیدگی و حداقل از رشد بیش‌تر فساد در این سیستم جلوگیری کند. هم‌چنین ترویج فرهنگ سوت‌زنی سازمانی (افشاگری)، راهکاری مؤثر برای افشای فسادهای موجود در نظام سلامت کشور است که باید بیش از پیش به آن توجه کرد. برخورد قاطع مقامات ارشد کشور با مسئله فساد و شکل‌گیری اراده عمومی برای مقابله با این پدیده (هر چند دور از ذهن به نظر می‌رسد) می‌تواند مهم‌ترین راهکار برای سامان‌بخشی به نظام بهداشت کشور داشته باشد.

نتیجه‌گیری

بر اساس قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی، حق بر سلامت، یکی از حقوق بنیادین بشری محسوب می‌شود. با این وجود، وضعیت فعلی نظام سلامت در ایران نشان می‌دهد که چالش‌های متعددی برای تحقق اهداف مندرج در اسناد بین‌المللی و داخلی کشور در زمینه حق بر سلامت وجود دارد. این پژوهش کوشید با شناسایی موانع موجود در حوزه مورد بحث، راه را برای اصلاح و رفع موانع موجود هموار سازد. بر اساس یافته‌های تحقیق، خلأهای قانونی، تضاد بین نهادهای درگیر در حوزه سلامت و مهم‌تر از آن، نبود ضمانت اجرایی بسیاری از قوانین مرتبط با حق بر سلامت، مشکلات متعدد حقوقی و قانونی در این زمینه هستند.

توجه جدی و زیربنایی به حق بر سلامت در سیاست‌های کلی نظام، سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری‌های دولتی و برطرف کردن خلأهای قانونی و اصلاح حقوقی ضمانت اجرای قوانین برای خاتمه دادن به بی‌عدالتی در پوشش بهداشت و درمان و تسهیل و حمایت از تغییرات برای برنامه‌ریزی عملیاتی، از جمله پیشنهادهایی هستند که دست‌اندرکاران باید به آن توجه کنند. بدیهی است بی‌توجهی به این الزامات نه تنها باعث تشدید وضعیت نامطلوب فعلی می‌شود، بلکه در درازمدت می‌تواند بر اعتماد شهروندان و سرمایه‌های اجتماعی کشور، اثر بسیار مخرب بگذارد.

چالش اساسی دیگری که در بخش بهداشت و سلامت کشور و بسیاری دیگر از حوزه‌های اجتماعی مشاهده می‌شود، پای‌بند نبودن به شاخص‌های حکمرانی خوب است. چون این مفهوم مانند بسیاری از دیگر مفاهیم در تحولات اجتماعی و سیاسی غرب ریشه دارد، در ایران به آن اقبال صورت نگرفته است. این در حالی است که حتی از منظر ایدئولوژی نیز شاخص‌های حکمرانی خوب با اصول حکومت‌داری اسلامی هم‌پوشانی نسبتاً کاملی دارند. بنابراین، پیشنهاد می‌شود شاخص‌های حکمرانی خوب به ویژه عدالت و پاسخ‌گویی از ویتترین مفاهیم پرطمطراق تصمیم‌گیرندگان ارشد نظام حکومتی ایران خارج شود و در دستور کار متولیان نظام بهداشت کشور قرار گیرد. توجه به اصول حکمرانی خوب در اسناد بالادستی نیز می‌تواند زمینه دسترسی شهروندان به سطح بالاتری از خدمات بهداشتی و درمانی را فراهم آورد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ادیانی، سید مرتضی و همکاران، **تأمین منابع در نظام سلامت**، تهران: آماره، ۱۳۹۲.
۲. اسلامی تبار، شهریار، **مبانی حقوق سلامت**، تهران: مجد، ۱۳۹۵.
۳. آناند، سودهیر، فابیان پیترو و آمارتیا سن، **عدالت و اخلاق در سلامت**، ترجمه: مهدی ریاحی فرد با همکاری ایروان مسعودی اصل و علی اخوان بهبهانی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۴. جنتی، علی و حسین جبّاری بیرامی، **سطح‌بندی خدمات در نظام سلامت**، تبریز: شروین، ۱۳۹۱.
۵. سید موسوی، میرسجاد، **حق برخورداری از سلامت (واکاوی تعهدات انسانی دولت‌ها در حوزه سلامت)**، تبریز: شروین، ۱۳۹۳.
۶. لاگلین، مارتین، **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه: محمد راسخ، تهران: نی، ۱۳۹۹.
۷. نجفی، بهزاد، **حقوق سازمان‌های بین‌المللی: سازمان جهانی بهداشت (WHO) و حقوق سلامت**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۸. الوانی، سید مهدی، **مدیریت عمومی**، تهران: نی، ۱۳۷۸.

ب) مقاله

۱. ابراهیم‌گل، علی‌رضا، پریسا روشن‌فکر و سید احمد طباطبایی لطفی، «حقوق بشر و مبارزه با بیماری‌های واگیر در عرصه بین‌المللی: ضرورت‌ها و چالش‌ها»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، بهار ۱۴۰۰، شماره ۵۱، صص ۲۷۷-۲۹۷.
۲. آزایی، وحید، ابوالفضل قاسمی و یاسر معینی‌فر، «توصیه‌های سیاستی، موانع تحقق‌پذیری حکمرانی خوب در اداره امور عمومی (مطالعه موردی: فرمانداری و شهرداری شهرستان مینودشت)»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی سیاست‌گذاری عمومی، زمستان ۱۳۹۶، سال هفتم، شماره ۲۵، صص ۱۱۳-۱۳۳.
۳. اصغرینیا، مرتضی، «چالش‌ها و الزامات دولت‌ها در تنظیم مقررات در حوزه سلامت»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۳۷، صص ۵۷-۳۵.
۴. امین‌زاده، الهام، «ابعاد حقوقی مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و سازمان

بهداشت جهانی در خصوص حق بر سلامت در شرایط بیماری‌های فراگیر و تحریم‌های بین‌المللی»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، تابستان ۱۴۰۰، سال پانزدهم، شماره ۵۶، صص ۷۴۰-۷۲۵.

۵. باقری، حامد، یوسف ذاکریان، مهدی امیری، پیمان بلوری و داوود هرمیداس باوند، «حق بر سلامت و بهداشت عمومی از منظر حقوق بنیادین بشر با تأکید بر سند ۲۰۳۰ یونسکو»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، بهار ۱۳۹۷، شماره ۵۶، صص ۲۰۵-۱۷۷.

۶. حسن‌زاده، قدرت‌الله، «حق بر سلامت از دیدگاه معاهدات بین‌المللی با تأکید بر بیماری کووید ۱۹»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، زمستان ۱۴۰۰، شماره ۵۶، صص ۸۴۶-۸۳۳.

۷. خمرنیا، محمد، مصطفی پیوند و فاطمه ستوده‌زاده، «تشدید چالش‌های حوزه سلامت در استان‌های کم‌برخوردار: تأثیر پاندمی کرونا»، مجله دانشگاه علوم پزشکی جیرفت، پاییز ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۱، صص ۵۴۴-۵۴۳.

۸. دماری، بهزاد، «چالش‌ها و راهکارهای توسعه حوزه بهداشت کشور از دیدگاه معاونان بهداشت دانشگاه‌های علوم پزشکی و رؤسای مراکز بهداشت استان‌ها»، مجله دانشکده بهداشت و انستیتو تحقیقات بهداشتی، تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۳، صص ۱-۱۶.

۹. عباسی، محمود، راحله رضایی و غزاله دهقانی، «مفهوم و جایگاه حق بر سلامت در نظام حقوقی ایران»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، سال هشتم، شماره ۳۰، صص ۱۹۹-۱۸۳.

۱۰. کمالی، یحیی، «سلامت اداری در ایران: آسیب‌ها و راهکارها»، مجله گزارش پژوهشی سازمان بازرسی کل کشور، آذر ۱۳۸۹، سال سوم، شماره ۲۷، صص ۴۱-۱۲.

۱۱. متقی، سمیرا، آناهیتا سیفی و مجید درودیان، «ماهیت حق بر سلامت و جایگاه دولت در تحقق آن»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، پاییز ۱۳۹۶، سال هجدهم، شماره ۲، صص ۱۲۳-۱۴۸.

۱۲. مردعلی، محسن، امیر اشکان نصیری‌پور، ایروان مسعودی اصل و حسن عابدی جعفری، «مدل سنجش فساد نظام بهداشت و درمان ایران»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، زمستان ۱۳۹۶، سال یازدهم، شماره ۴۳، صص ۱۴۶-۱۲۷.

۱۳. یزدی فیض‌آبادی، وحید، رستم سیف‌الدینی، مرجان قندی و محمدحسین مهرالحسنی، «تعریف سلامت از دیدگاه سازمان بهداشت جهانی: مرور کوتاهی بر نقدها و

ضرورت یک تغییر پارادایم»، مجله اپیدمیولوژی ایران، بهار ۱۳۹۶، دوره سیزدهم، شماره ۵، صص ۱۰۸-۱۱۹.

2-Latin Source

A) Book

- 1-Akehurst, Michael, A Modern Introduction to International Law, Unwin Hyman, London, sixth edition, 2006
- 2-Bartlett, J., Bioterrorism and Public Health, Jahan Jam Jam Pub, 2004
- 3-Marmot, M., Social determinants of health inequalities, Lancet, 2005, 365 (9464), 1099-104
- 4-Ooms, G., Keygnaert I., Hammonds R., The right to health: from citizen's right to human right (and back), Public Health, 2019, 172, 99-104

B) Article

- 1-Aras, N.E., Kabadayi, S., Ozeren, E., & Aydin, E., "Right to health and access to health-care services for refugees in Turkey", Journal of Services Marketing, 2021, 11(3), 221-238
- 2-Chauvin J., Shukla M., Rice J., Rispel L., A survey of the governance capacity of national public health associations to enhance population health, BMC public health, 2016 Dec;16 (1), 1-9
- 3-Forman, L., & Kohler, J. C., "Global health and human rights in the time of COVID-19: Response, restrictions, and legitimacy", Journal of Human Rights, 2020; 19(5), 547-556.
- 4-Khachigian, L. M., "Pharmaceutical patents: reconciling the human right to health with the incentive to invent", Drug Discovery Today, 2020, 25(7), 1135-1141
- 5-Eleanor, D., "The International Human Right to health: What does this Mean for our Nations and World", the Center for Law – Indianapolis, February 22, 2001
- 6-Latupeirissa, JJ., "Antecedents of Public's Trust Level Regarding Covid-19 Vaccination: As Reflections of Good Governance in Indonesia", Viešoji politika ir administravimas. 2022; 21(1), 82-93
- 7-Pūras, D., de Mesquita, J. B., Cabal, L., Maleche, A., & Meier, B. M., "The right to health must guide responses to COVID-19", The Lancet, 2020, 395, 1888-1890

- 8-Savanstrom, L. Welander, G., Ekman, R., and Schlep L., "Development of a Swedish bicycle helmet promotion programme - one decade of experiences", Health promotion International, 2002, 17, 161-169
- 9-Shafique, S., Bhattacharyya, D. S., Anwar, I., & Adams, A., "Right to health and social justice in Bangladesh: ethical dilemmas and obligations of state and non-state actors to ensure health for urban poor", BMC medical ethics, 2018, 19(1), 61-69
- 10-Tait, PW., "Good governance for planetary and the public's health", Australian and New Zealand Journal of Public Health, 2022 Apr. 1, 46 (2), 101-4

آیین رسیدگی به اعتراض به آرای کمیسیون شبه قضایی در محاکم عمومی

صابر جعفرنیا اسبویی*

ابوالفضل دنکوب**

چکیده

صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ دیوان عالی کشور در خصوص اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها، این شبهه را به ذهن متبادر ساخت که اولاً آیا محاکم عمومی حقوقی، صلاحیت رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای کمیسیون‌های شبه قضایی را دارند یا خیر؟ و در فرض پذیرش صلاحیت، در مقام دادرسی، تابع کدام یک از ضوابط حقوق شکلی هستند؛ آیین دادرسی مدنی یا قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری؟ به طور معمول، دادرسی امر اداری مستلزم به کارگیری مقررات شکلی همان امر است. برای نمونه، اعتراض به آرای کمیسیون‌های شبه قضایی مطابق تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری برای اشخاص مقیم ایران باید در ظرف سه ماه صورت گیرد یا این که هزینه دادرسی اعتراض به آن مقطوع و مشخص است. حال اگر در فرضی، قائل به صلاحیت محاکم عمومی باشیم، از نظر ضوابط شکلی، محاکم عمومی حقوقی موظف به رعایت این مقررات هستند یا خیر؟ به ویژه این که ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی در تعریف این قانون، نامی از دعاوی اداری نبرده و تکلیف به اجرای مقررات آیین دادرسی مدنی صرفاً در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی وضع شده است و هیچ تکلیفی بر دادگاه عمومی حقوقی بر رعایت آیین دادرسی مدنی در دعاوی اداری یافت نمی‌شود. اتفاقاً منطق حاکم بر لزوم وجود نظم و نسق در هر دادرسی ایجاب می‌دارد که دادرسی تخصصی با ابزار تخصصی همان عرصه و به همان شیوه به عمل آید که فصل آن را در این تحقیق بررسی می‌کنیم. هم‌چنین می‌کوشیم به این پرسش پاسخ دهیم که آیا با وضع قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۰، رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۲۲ نسخ شده است یا خیر؟ چرا که ماده ۱۰ به بعد قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در مقوله صلاحیت دیوان عدالت اداری، تغییرهایی آورده است که به تفصیل به آن خواهیم پرداخت.

کلیدواژه‌ها: دادگاه عمومی، دادرسی اداری، نسخ شدن، آیین دادرسی مدنی.

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد ساری و قاضی دادگستری. (نویسنده مسئول)

Saber.jafarnia@yahoo.com

** دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران و مدرس دانشگاه.

saber.jafarnia@gmail.com

مقدمه

یکی از منابع درآمدی شهرداری‌ها، دریافت عوارض از شهروندان است که میزان و منشأ وصول آن باید به صورت دقیق تبیین شود. اگر شهروندی به میزان آن اعتراض داشته باشد، به حکم ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها، این موضوع در صلاحیت کمیسیون موضوع این ماده است. این کمیسیون وارد رسیدگی می‌شود و در نهایت، در خصوص اعتراض مؤدی سلباً یا ایجاباً اظهار نظر می‌کند. به موجب بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تصمیم این کمیسیون قابل اعتراض است. اولین مطلبی که با توجه به قابل اعتراض بودن آرای این کمیسیون به ذهن می‌رسد، این است که دیوان عدالت اداری، مرجع صالح برای رسیدگی به این اعتراض است. با این حال، رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ دیوان عالی کشور تصریح داشته است که اگر معترض به رأی، شهرداری‌ها باشند، دادگاه‌های عمومی، صلاحیت رسیدگی به این اعتراض را دارند.

سؤال‌هایی که در این زمینه خلق می‌شود، این است که آیا در تمامی مواردی که خواهان (در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، واژه «شاکی» آمده است)،^۱ اشخاص حقوقی حقوق عمومی باشند، دادگاه‌های عمومی، صالح به رسیدگی هستند یا خیر؟ در فرضی که محاکم عمومی حقوقی را صالح به رسیدگی بدانیم، مقررات شکلی حاکم بر دعوا کدام است؟ قانون آیین دادرسی مدنی یا قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری؟ آیا اساساً این رأی وحدت رویه به موجب قانون اخیر نسخ شده است یا خیر؟

در خصوص موضوع حاضر، برخی مقالات مرتبط یافت می‌شود و نظرهای مختلف در بدنه مقاله گنجانده شده است، ولی هیچ‌کدام به تفصیل به سؤالات این نوشته پاسخ نداده‌اند. از این رو، ابتدا رأی وحدت رویه یادشده تحلیل می‌شود. در ادامه در خصوص دادرسی اداری، مختصری سخن خواهیم گفت. آن گاه در خصوص امکان پذیر بودن یا نبودن تسری به دیگر موارد بحث خواهیم کرد. سپس به مقررات شکلی ناظر بر رسیدگی به اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها خواهیم پرداخت و در نهایت، در خصوص نسخ شدن یا نشدن این رأی وحدت رویه سخن خواهیم گفت. مختصری نیز به رویه قضایی محاکم عمومی حقوقی اشاره خواهیم داشت.

۱. مواد ۱۷ و ۱۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.

گفتار اول. تأملی در رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ دیوان عالی کشور

بند اول. مختصری درباره رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ دیوان عالی کشور

وقتی از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور سخن به میان می‌آید، به این مناسبت کههوقتی مراجع قضاییدر خصوص موضوعی واحد، اختلاف رویه پیدا کنند، دیوان عالی کشور جلسه هیئت عمومی را تشکیل می‌دهد و در مقام ایجاد رویه واحد، رأی وحدت رویه صادر می‌کند.^۱ جریان حاضر از این قرار است که بر اساس گزارش ۲۱۰۵۷/۵۰-۱۳۸۴/۱۲/۳ دادگستری کل استان تهران از دو شعبه ۶ و ۳۵ در خصوص قابل اعتراض بودن آرای کمیسیون موضوع ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها و همچنین مرجع صالح برای رسیدگی به این اعتراض، اختلاف ایجاد گردید و در دو موضوع واحد، تصمیم متفاوت گرفته و اعلام شد که به این شرح است:

۱. طبق مندرجات پرونده کلاسه ۲۹۷/۸۱ شعبه ششم دادگاه تجدید نظر استان تهران، شرکت دخیانیات ایران در تاریخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۲، دادخواستی به طرفیت شهرداری تهران، اداره کل درآمد و کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری به خواسته صدور حکم به ابطال رأی شماره ۹۲ مورخ ۱۳۸۰/۷/۱۴ کمیسیون موضوع ماده مرقوم تقدیم کرد که رسیدگی به شعبه ۲۰۳ دادگاه عمومی شهرستان ارجاع می‌گردد. شعبه مرجوع‌الیه پس از رسیدگی به موجب دادنامه ۱۳۸۰/۱۰/۲۴-۷۷۰ با این استدلال کهقانون‌گذار، آرای قطعی صادره از مراجع غیر دادگستری از جمله کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری را حسب ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، تنها در آن دیوان قابل طرح دانسته و در این باره نصی دایر بر رسیدگی در دادگاه‌های عمومی به آرای قطعی مراجع مذکور وجود ندارد، بنابراین چون خواهان، شخصی دولتی است، دعوا را غیر قابل استماع تشخیص داد و قرار رد آن را صادر و اعلام کرد. به دنبال تجدید نظرخواهی شرکت دخیانیات، پرونده در شعبه ششم دادگاه تجدید نظر استان تهران رسیدگی شد و به موجب دادنامه شماره ۱۳۸۱/۴/۲۵-۳۴۹ با این استدلال که در ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها، آرای کمیسیون یادشده، قطعی و لازم‌الاجرا دانسته شده است، دادنامه بدوی را عیناً تأیید کرد.

۲. برابر محتویات پرونده کلاسه ۳۶۰/۸۰ شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، شرکت دخیانیات ایران در تاریخ ۱۳۷۹/۲/۲۰، دادخواستی به طرفیت شهرداری منطقه ۱۶ و کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری منطقه ۱۶ به خواسته ابطال رأی کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری منطقه ۱۶ به شماره ۱۶۰/۴۸۰/۳۶ مورخ ۱۳۷۲/۲/۱۱ که متضمن محکومیت آن شرکت به پرداخت

۱. موضوع ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری.

عوارض مورد اختلاف شرکت دخانیات و شهرداری است، تقدیم کرد که رسیدگی به موضوع به شعبه ۹۰۵ دادگاه عمومی تهران ارجاع شد. شعبه پس از رسیدگی، به موجب دادنامه ۱۳۷۹/۷/۱۰-۳۲۱۸/۷۹ با وارد دانستن دعوا، مستنداً به تبصره ۲ از ماده ۳ قانون وصول مالیات‌های غیرمستقیم و ماده ۳۰ قانون مدنی، به ابطال رأی کمیسیون ماده ۷۷ شهرداری منطقه ۱۶ تهران حکم داد. به دنبال اعتراض شهرداری منطقه ۱۶ به این رأی، پرونده به دادگاه تجدید نظر استان تهران ارسال شد که رسیدگی آن به شعبه ۳۵ این دادگاه ارجاع گردید. شعبه ۳۵ پس از رسیدگی به موجب دادنامه شماره ۳۲۷۲ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۹ با رد اعتراض شهرداری، رأی بدوی را عیناً تأیید کرد.

دادستان کل کشور در جلسه رأی وحدت رویه با این استدلال که احقاق حق و فسخ خصومات جز وظایف ذاتی قوه قضاییه است و الزاماً تمامی تصمیمات کمیسیون‌ها باید ارزیابی قضایی شوند، اصل موضوع را قابل اعتراض دانسته است. در خصوص مرجع صالح نیز چون صلاحیت دیوان عدالت اداری، محدود به استثنا و حصر است، نمی‌توان آن را افزایش داد. در نتیجه، با انصراف از صلاحیت استثنایی دیوان عدالت اداری، صلاحیت محاکم عمومی مورد تأیید است.

در نهایت، موضوع به شور گذشته شد و رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور این گونه صادر شد: «قانون‌گذار برای آرای صادره از مراجع غیر دادگستری، نوعاً مرجعی را برای رسیدگی به اعتراضات و رفع اشتباهات احتمالی تعیین نموده است، در حالی که برای رسیدگی به اعتراض نسبت به آرای کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری که ابتدائاً رسیدگی می‌نماید، چنین مرجعی پیش‌بینی نشده است. بنا به مراتب، همان‌طور که به موجب اصل یک‌صد و هفتاد و سوم قانون اساسی و ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، مردم می‌توانند اعتراضات خود را در دیوان عدالت اداری مطرح نمایند، سازمان‌های دولتی نیز می‌توانند برای رفع هر نوع تخلف احتمالی از قانون، در صدور آرای کمیسیون ماده ۷۷ از حیث نقض قوانین یا مقررات و مخالفت با آن‌ها، به مراجع دادگستری که مرجع تظلم عمومی است، مراجعه نمایند و به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شعبه ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران در حدی که با این نظر تطابق داشته باشد، صحیح تشخیص می‌گردد. این رأی به موجب ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است»^۱.

دیوان عالی کشور از صدور این رأی وحدت رویه، دو نتیجه را در نظر داشت: اول آن که تصمیم کمیسیون موضوع ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها قابل اعتراض است. دوم این که چون خواهان پرونده، شخص حقوقی حقوق عمومی از نوع شهرداری است، در شمول مفهوم «مردم»

۱. روزنامه رسمی، ویژه‌نامه شماره ۱۸۱۹۳، ۱۳۸۶/۰۵/۲۴.

نمی‌گنجد و موضوع از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج است و حسب اصل صلاحیت عام محاکم عمومی در صلاحیت دادگاه‌های عمومی خواهد بود. در نتیجه، رأی حاضر در مقام وحدت رویه برآمده و به این نزاع پایان داده است. این رأی در زمان حکومت تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری سابق انشا شده بود.

بند دوم. امکان سنجی تسری یافتن یا نیافتن رأی وحدت رویه حاضر به موارد مشابه

همان طور که بیان کردیم، رأی وحدت رویه مورد بحث، دو نتیجه به دنبال داشته است. اول این که رأی کمیسیون موضوع ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها قابل اعتراض تلقی شده است. دوم این که اگر خواهان، شخص حقوقی حقوق عمومی باشد، مرجع صالح، محاکم عمومی است. در این فراز به دنبال تنقیح و شفاف‌سازی ثمره دوم هستیم. در واقع، سؤال اینجاست که آیا می‌توان از این رأی اینگونه استنباط کرد که در تمامی مواردی که شاکی پرونده،^۱ شخص حقوقی حقوق عمومی است، موضوع در صلاحیت محاکم عمومی حقوقی باشد یا خیر؟ پاسخ این سؤال مستلزم بررسی مبنای تحلیل این رأی وحدت رویه است.

آن گاه که به مبنای تحلیلی این رأی وحدت رویه می‌نگریم، این مفهوم استنباط می‌گردد که هیئت عمومی دیوان عالی کشور با تلقی صلاحیت دیوان عدالت اداری به عنوان مرجعی که برای طرح دعوا از سوی مردم (و نه دولت و وابستگان به دولت) صلاحیت دارد، به آن نگریسته است. به عبارت دیگر، دیوان عدالت اداری را مرجعی می‌داند که صرفاً مردم به معنای اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی غیردولتی و غیر حقوقی عمومی اجازه طرح دعوا در آن را دارند و از این نظر که صلاحیت دیوان عدالت اداری به عنوان مرجعی اختصاصی است، باید محدود به نص و به صورت مضیق تفسیر گردد. همچنین دیوان عدالت اداری، صالح به دعوای موضوع شکایت شهرداری نیست و محاکم عمومی حقوقی، صالح به رسیدگی هستند. در مقام ارائه مستند نیز به ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری استناد جسته‌اند. جالب اینجاست که اداره حقوقی قوه قضاییه نیز با همین استدلال در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۶۰۲ مورخ ۱۳۹۸/۸/۱۹، این دیدگاه را تأیید کرده است.

برخی از حقوق‌دانان این دیدگاه را پذیرفته‌اند و بر این باورند که آن‌چه در صلاحیت دیوان عدالت اداری موضوع ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری است، صرفاً در فرضی است که شاکی پرونده، مردم به معنای شخص حقیقی یا حقوقی (به استثنای شخص حقوقی حقوق عمومی) باشد؛ چون فلسفه ایجاد این مرجع (دیوان عدالت اداری) نیز

۱. از این پس بنا به این که در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از واژه «شاکی» استفاده شده است، ما نیز در این مقاله از این واژه استفاده خواهیم کرد.

رسیدگی به شکایات مردمی از عملکرد نهادهای دولتی است. ماده ۱ قانون تشکیلات آیین دادرسی دیوان عدالت اداری اینگونه انشا شده است: «در اجرای اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران، واحدها و آیین نامه‌های دولتی خلاف قانون یا شرع یا خارج از حدود اختیارات مقام تصویب کننده، دیوان عدالت اداری که در این قانون به اختصار «دیوان» نامیده می‌شود، زیر نظر رییس قوه قضاییه تشکیل می‌گردد». بر این اساس، وقتی می‌توان دیوان عدالت اداری را واجد صلاحیت پنداشت که شاکی آن، مردم باشند.

بنابراین، صرف نظر از بود یا نبود این رأی وحدت رویه، حتی به دلالت ماده ۱ این قانون نیز می‌توان صلاحیت دیوان عدالت اداری را مختص وضعیتی دانست که شاکی پرونده به معنی اخص کلمه، مردم باشند.^۱ در منابع و ادبیات حقوق عمومی و اداری ایران، در باب جایگاه دیوان در تضمین حاکمیت قانون و صیانت از حق‌ها و آزادی‌های بنیادین،^۲ آثاری منتشر شده است.^۳ اتفاقاً موضوع استدلال دادستان کل کشور در مقام بررسی آن در هیئت عمومی دیوان عالی کشور به عمل آمده است. دیوان عدالت اداری، مرجع تظلم‌خواهی مردم از عملکرد دولت و کارکنان آن است و همین کارکرد دیوان عدالت اداری، تصور امکان طرح شکایت اشخاصی غیر از مردم (به معنی اخص) را بعید می‌سازد.^۴

همین نظر در رویه قضایی هم رواج دارد. در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۰۵۹۵۰۱۰۲۰ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی گرگان، موضوع دعوای شهرداری گرگان با موضوع ابطال رأی هیئت تجدید نظر تشخیص مطالبات سازمان تأمین اجتماعی که به طرفیت سازمان تأمین اجتماعی مطرح شد، دادگاه، صلاحیت خویش را با همین استدلال پذیرفت. خلاصه این دیدگاه این است که صلاحیت دیوان عدالت اداری در زمره صلاحیت مبتنی بر شخص و طرف دعواست و ملاک در صلاحیت دیوان عدالت اداری، شخص و طرف شکایت است. اگر شاکی پرونده، شخص دولتی یا شخص حقوقی حقوق عمومی باشد، دیوان عدالت اداری صلاحیت ندارد. در مقابل، می‌توان نظری مخالف ارائه داشت به این معنا که به استثنای وضعیتی که رأی وحدت رویه به آن پرداخته است، دیگر مواردی که شاکی پرونده، شخص حقوقی

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۶۶.

۲. آگاه، وحید، **حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، ۱۳۸۹، ص ۱۰۹.

۳. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۲۳.

۴. ویژه، محمدرضا و مسلم میری، «**دادرسی آب در کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی؛ چالش‌ها و راهکارها**»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۶، دوره سوم، شماره ۱، ص ۱۶۰.

حقوق عمومی است، موضوع در صلاحیت دیوان عدالت اداری فرض گردد. اکنون به برخی استدلال‌هایی می‌پردازیم که ممکن است موجب تقویت این دیدگاه شود.

الف) رأی وحدت رویه در مقام رفع اختلاف در موضوعی مشخص و معلوم و متعلق نزاع بوده است و نمی‌توان از آن برای استخراج حکم وحدت ملاک گرفت. نیک می‌دانیم که دیوان عالی کشور، مرجع قانون‌گذاری نیست تا بتوان بنا به رأی وحدت رویه‌ای که ممکن است در خصوص موضوع اختلافی صادر کند، از رأی آن، حکمی در خصوص موضوع مشابه اقتباس کرد، بلکه باید در حدّ همان موضوع خاص از تصمیم آن پیروی کرد. بنابراین، از این نظر که دیوان عالی کشور به عنوان مرجع عالی خصیصه نظارتی دارد، فقط به حکم قانون صرفاً اختیار حل اختلاف نظر در موضوعی واحد را دارد، نه اختیار تقنینی. پس تصمیم و استدلال‌های آن را نمی‌توان منشأ تنقیح مناط و وحدت ملاک دانست.

ب) صلاحیت دیوان عدالت اداری در خصوص بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از نوع صلاحیت مبتنی بر موضوع یا صلاحیت موضوع‌محور است.^۱ صرف نظر از این که شاکی پرونده چه کسی باشد، موضوع در صلاحیت دیوان عدالت اداری وجود دارد، به ویژه این که هیچ تصریحی به لزوم طرح شکایت از سوی مردم برای صالح پنداشتن دیوان عدالت اداری یافت نمی‌شود. این شیوه تعیین صلاحیت از سوی قانون‌گذار بی سابقه نیست. برای نمونه، قانون‌گذار در ماده ۳۰۸ قانون آیین دادرسی کیفری، صلاحیت را مبتنی بر شخص قرار داده، چنان که رسیدگی به اتهامات رؤسای ادارات را در صلاحیت دادسرا و محاکم مرکز استان قرار داده است. در ماده ۳۰۲ و ۳۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری نیز صلاحیت را قائم به موضوع قرار داده است، چنان که پرونده قتل و قطع عضو را در صلاحیت دادگاه کیفری ۱ دانسته است. مثال دیگر، نگاه قانون‌گذار در بند «ب» و «پ» ماده ۹ قانون شورای حل اختلاف است.

بنابراین، به دلالت بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، از این نظر که صلاحیت دیوان عدالت اداری، موضوع‌محور است، نه این که تأکید بر آن باشد که شکایت را چه شخصی مطرح شده باشد و از طرفی نیز استثنایی بر اطلاق این بند وارد نشده است، نمی‌توان به صلاحیت نداشتن دیوان عدالت اداری در فرضی قائل شد که شاکی، شخص حقوقی حقوق عمومی باشد.

ج) دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۱۸ در وضعیتی که به رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری اعتراض به عمل آمده و اتفاقاً شاکی پرونده، شهرداری بوده، به صلاحیت دیوان عدالت اداری نظر داشته و تصریح کرده است که صرف

۱. جعفری ندوشن، علی‌اکبر و امید شیرزاد، «تحلیل و بررسی رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور از توسعه صلاحیت دیوان عدالت اداری تا صیانت از منفعت عمومی»، فصل‌نامه حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، سال هشتم، شماره ۲۵، ص ۱۰۴.

این که شاکی پرونده، شهرداری باشد، موجب زوال صلاحیت دیوان عدالت اداری و به تبع آن، ایجاد صلاحیت برای دادگاه عمومی نخواهد شد.

بنابراین، می‌بینیم که حتی دیوان عالی کشور نیز از استدلال پیشین خود عدول کرده و بر این باور است که اگر شاکی پرونده، نهاد عمومی غیردولتی باشد، موجب نفی صلاحیت دیوان عدالت نخواهد شد. این رأی وحدت رویه، زمزمه نسخ رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۲۲ را به گوش می‌رساند؛ چون استدلال اخیر دیوان عالی کشور بامفاد رأی وحدت شماره ۶۹۹ کاملاً مغایر و متعارض است؛ خواه این نسخ را ناشی از ماده ۱۰ اخیر قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری بدانیم (چون مؤخر بر رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور است) یا آن که از رأی وحدت رویه اخیر، نسخ ضمنی رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور را استنباط کنیم، همان گونه که ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری چنین اختیاری را به دیوان عالی کشور اعطا کرده است.

د) علی‌الاصول دعاوی اداری در اصل باید نزد دیوان عدالت اداری مطرح شود. اگر اشخاص حقوق عمومی نتوانند علیه دیگر اشخاص حقوق عمومی نزد شعب دیوان شکایت کنند، باید به دادگاه‌های عمومی مراجعه کنند. در نتیجه این دوگانگی، به یک موضوع مربوط به حقوق اداری اگر توسط شخص حقوق خصوصی مطرح شود، در شعب دیوان عدالت اداری و اگر توسط شخص حقوق عمومی مطرح شود، در دادگاه‌های عمومی رسیدگی خواهد شد. این دوگانگی از منظر اصول حقوق اداری مبنایی ندارد که البته به دلیل فقر نظریه حقوق اداری در ایران توانسته است به نظریه غالب تبدیل شود.^۱

گفتنی است استناد هیئت عمومی دیوان عالی کشور در آرای وحدت رویه شماره ۸۰۳ و ۷۹۲ به مستند یادشده (بند ۲ ماده ۱۰)، محملی است که اتفاقاً می‌تواند زمینه تسری این رأی را به دیگر اشخاص دولتی فراهم سازد. به دیگر سخن، با توجه به لازم‌الاتباع بودن رأی دیوان عالی برای مراجع قضایی توان از استدلال دوم موجود در رأی به این رهیافت رسید که حسب اطلاق موجود در بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، نه صرفاً شرکت‌های آب منطقه‌ای و شهرداری، بلکه دیگر اشخاص دولتی نیز می‌توانند علیه آرای قطعی مراجع شبه قضایی در شعب دیوان، دعوای فرجامی اقامه کنند.^۲

باور نگارنده نیز این است که نمی‌توان قائل به تعمیم این رأی وحدت رویه به موارد مشابه شد و دوگانگی در خصوص صلاحیت با استدلال یادشده، وجاهتی ندارد.

۱. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری** (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، صص ۳۱۵-۳۱۶.

۲. جعفری ندوشن و شیرزاد، پیشین، ص ۱۰۴.

بند سوم. نسخ شدن یا نشدن رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۲۲ دیوان عالی کشور

رأی وحدت رویه محل بحث در سال ۱۳۸۶ تصویب شده و در سال ۱۳۹۲، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت جدید به مرحله اجرا درآمده است. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۰۹/۱۸ دیوان عالی کشور نیز در وضعیتی نسبتاً مشابه، استدلالی مغایر با استدلال رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ مطرح کرده است. همین دو مطلب، شایبه نسخ رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور را به ذهن می‌رساند. در رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور با این استدلال که شخص حقوق عمومی نمی‌تواند در دیوان عدالت اداری به عنوان شاکی قلمداد شود و دیوان عدالت اداری، مرجعی برای شکایات مردم است، رسیدگی به شکایت نسبت به رأی کمیسیون موضوع ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها را در صلاحیت محاکم عمومی قرار داد. در تاریخ ۱۳۹۹/۰۹/۱۸ دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳^۱ در خصوص اعتراض اداره کل بیمه سلامت نسبت به رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، با وجود آن‌که اداره کل بیمه سلامت را در زمره اشخاص حقوقی حقوق عمومی دانست، عالمانه آن را در صلاحیت دیوان عدالت اداری دانست. همین تغییر رویکرد و استدلال دیوان، ذهن را به سمت نسخ ضمنی رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ می‌برد. از طرفی، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۸/۶۰۲ مورخ ۱۳۹۸/۸/۱۹ به ادامه حیات این رأی وحدت رویه باور دارد.

نویسندگان حقوقی در این مورد نظری ن داده‌اند، ولی دو نکته در این باره به ذهن می‌رسد. از یک نظر می‌توان گفت که این رأی وحدت رویه به قوت خود باقی است، با این استدلال که به موجب ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری، دیوان عالی کشور می‌تواند رأی وحدت رویه خویش را نسخ کند، ولی هیچ نص صریحی بر نسخ رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور یافت نشده است. قانون اخیر دیوان عدالت اداری نیز تصریحی در این خصوص نداشته است. اتفاقاً بند ۲ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی دیوان

۱. مطابق تبصره ۱۰ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی، آرای صادره از کمیسیون موضوع این ماده قابل اعتراض در کمیسیون هم‌عرض است و برابر بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام، رسیدگی به اعتراضات و شکایات از آرا و تصمیمات قطعی کمیسیون موضوع ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری است. بنا به مراتب و با عنایت به ذیل ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، اعتراض اشخاص حقوقی دولتی و عمومی نسبت به آرای کمیسیون یادشده در هر حال قابل طرح و رسیدگی در دادگاه‌های عمومی نیست و رأی شعبه پانزدهم دادگاه تجدیدنظر استان مازندران که در نتیجه با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آرا، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود.

عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵ عیناً در بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری تکرار شده و قید و شرطی بر آن افزوده نشده است. این در حالی است که منشأ استدلالی رأی وحدت رویه ۶۹۹ نیز عیناً همین قسمت از متن قانون بوده که دست کم در قانون اخیر تکرار شده است.

نظر دیگر آن است که دیوان عالی کشور در برهه‌ای با این استدلال که دیوان عدالت اداری نمی‌تواند به دعاوی اشخاص حقوقی حقوق عمومی رسیدگی کند، دعاوی این اشخاص را نسبت به رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها در صلاحیت محاکم عمومی قرار داد. سپس در مقام رفع اختلافی دیگر در مورد اعتراض شخص حقوقی حقوق عمومی (اداره کل بیمه سلامت) به رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۸،^۱ رسیدگی به این اعتراض را در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری دانست. عمده استدلال دیوان عالی کشور این است که رسیدگی مطلق به اعتراض به آرای کمیسیون‌های شبه قضایی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، حتی اگر شاکی پرونده، اشخاص حقوقی حقوق عمومی باشند. این تغییر مسیر استدلال می‌تواند این باور را القا کند که دیوان عالی کشور به عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی از نظر پیشین خود عدول کرده است. پس این شیوه استدلال و استنتاج را باید نسخ ضمنی رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ قلمداد کنیم. جالب ایناست که دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۲۴ نیز همین استدلال را مطرح کرد.^۲

در خصوص بند ۲ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵ این ابهام وجود داشت که آیا شکایات شخص حقوقی حقوق عمومی از تصمیم کمیسیون‌های شبه قضایی در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی است یا خیر؟ در واقع، این موضوع که شکایات نهادهای عمومی و دولتی در صلاحیت دادگاه عمومی است یا دیوان عدالت اداری، محل اختلاف است. دیوان عالی کشور هم رأی وحدت رویه ۶۹۹ را صادر کرد. بنابراین، بند ۲ ماده ۱۳ قانون آیین

۱. همان.

۲. با توجه به این که برابر تبصره ۵ ماده واحده قانون تعیین تکلیف چاه‌های آب فاقد پروانه بهره‌برداری، مصوب ۱۳۸۹/۴/۱۳، رأی کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی به طور مطلق، قابل تجدیدنظر در دیوان عدالت اداری دانسته شده است و با عنایت به اطلاق بند ۲ ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام، دولتی بودن شرکت سهامی آب منطقه‌ای، نافی لزوم رسیدگی به تجدیدنظرخواهی به عمل آمده از سوی این شرکت نسبت به رأی کمیسیون مذکور در دیوان عدالت اداری نیست؛ بنابراین، رأی شماره ۱۰۷۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۹ شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان یزد که از لحاظ قابل اعتراض دانستن رأی کمیسیون یادشده از سوی شرکت آب منطقه‌ای (در حد مذکور) با این نظر انطباق دارد، به اکثریت آرا، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود.

دادرسی مدنی مبهم است و تکرار قسمت مبهم نمی‌تواند موجب ایجاد این ذهنیت شود که قانون‌گذار نیز با نظر دیوان عالی کشور هم‌سوست.

گفتار دوم. دادرسی در امر اداری

بند اول. دادرسی اداری

ارتباط بین نهادهای حکومتی با مردم اجتناب‌ناپذیر است. همین ارتباط گاهی زمینه‌ساز بروز اختلافاتی در عملکرد دستگاه‌های حکومتی (به مفهوم خاص دستگاه اجرایی) نسبت به حقوق مردم می‌شود. اگر ریشه اختلاف به امر قضایی مربوط باشد (هم‌چون تصرف اداره مطالبات مالی)، مقوله دادرسی اداری موضوعاً منتفی است، ولی آن گاه که ریشه اختلاف منبعث از عملکرد دستگاه اداری باشد، از دادرسی اداری سخن به میان خواهد آمد. دادرسی اداری نوعاً در قالب تشکیل مرجع یا کمیسیونی با شخصیت حقوقی مستقل در بطن دستگاه اجرایی به عمل می‌آید، ولی به این معنا نیست که دستگاه قضایی بر آن نظارتی نخواهد داشت. این نظارت ممکن است با حضور قضات در هر یک از این مراجع همراه باشد یا این‌که نظارت قضایی از طریق اعتراض به آرای این کمیسیون‌ها در دیوان عدالت اداری باشد. جالب این است که در رأی وحدت رویه مورد بحث^۱ نیز به لزوم نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر آرای کمیسیون‌های شبه‌قضایی اشاره شده است. برخی صاحب‌نظران، دادرسی اداری را مجموعه اصول و قواعدی دانسته‌اند که شاکی به تعبیر قانون دیوان عدالت اداری در مقام طرح شکایت در مراجع اداری و طرف شکایت در مقام پاسخ به شکایت و مراجع اداری در مقام رسیدگی و صدور رأی و اجرای آن باید رعایت کنند.^۲ برخی دیگر نیز رسیدگی در دیوان عدالت اداری و دادگاه‌های اختصاصی اداری را دادرسی اداری محسوب کرده‌اند.^۳ بعضی هم اینگونه می‌پندارند که دادرسی اداری، حق دادخواهی افراد در برابر تصمیمات اداری است و ناظر بر دادگاه‌های اداری و مراجع شبه‌قضایی است.^۴ عده‌ای نیز با تقسیم انواع دادرسی‌ها به سه نوع دادرسی قضایی، اداری و محاسباتی، دادرسی اداری را ناظر بر رسیدگی در دیوان عدالت اداری می‌دانند.^۵

۱. رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور.

۲. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی* (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۱.

۳. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، *دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی*

منصفانه، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۱۸.

۴. محسن‌زاده، آریتا، *دلیل و آیین اثبات در دادرسی اداری*، تهران: مجد، ۱۳۹۸، ص ۲۶.

۵. نجابت‌خواه، مرتضی، *تحولات دادرسی اداری در پرتو قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان*

عدالت اداری در تکاپوی حقوق عمومی (مجموعه مقالات)، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص

با آن چه بیان شد، می توان استنباط کرد که دادرسی اداری، مجموعه اصول و مقرراتی است که ناظر بر مقوله تشکیل سازمان قضایی، ایجاد صلاحیت و تعیین محدوده آن برای کنترل قدرت و پیش گیری از استبداد در امر اداری با حفظ استقلال از اداره، سیاق رسیدگی و انشای حکم، اعتراض به احکام و در نهایت، اجرای آرای مربوط به مراجعی است که به حکم قانون به امر اداری رسیدگی می کنند و رعایت آن برای هر مرجع اداری لازم است. با توجه به این تعریف، چند نکته به ذهن می رسد که سبب می شود آن را جامع و مانع بشماریم:

۱. مقررات تشکیل مرجع قضایای امر اداری در این تعریف گنجانده شده است.
۲. به محدوده صلاحیت نیز در این تعریف اشاره شده است و حداقل این ثمره را به دنبال دارد که این مقررات، ناظر بر امر خارج از صلاحیت نخواهد بود.
۳. شیوه و مسیر دادرسی در این تعریف لحاظ شده است. بنابراین، نقشه و شیوه رسیدگی در تعریف یافت می شود.
۴. صدور حکم و اجرای آرای صادره نیز پیش بینی شده است.
۵. این تعریف به هدف از ایجاد دادرسی اداری نیز پرداخته که همانا جلوگیری از استبداد در دادرسی و کنترل قدرت حاکمیت در برابر مردم است.
۶. به استقلال مراجع قضایای امر اداری از اداره و این نکته اشاره شده است که شخصیت فرد فرد هر یک از کمیسیون ها از اداره متبوع مستقل است.

بند دوم. قانون شکلی حاکم بر دادرسی اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری ها در محاکم

گفتیم که به موجب رأی وحدت رویه شماره ۶۹۹ دیوان عالی کشور، اگر شهرداری از رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری ها، شاکی و به آن، معترض باشد، محاکم عمومی حقوقی صلاحیت رسیدگی به آن را دارند. دادگاه هنگام برخورد با چنین دادخواستی در مقام دادرسی باید کدام مقررات شکلی را به کار بندد.

پاسخ به این سؤال می تواند آثاری داشته باشد که به اختصار به برخی از آن ها اشاره می کنیم. برای نمونه، اعتراض به آرای کمیسیون های شبه قضایی در دیوان عدالت اداری، حداکثر ظرف مهلت ۳ ماه برای اشخاص مقیم ایران و ۶ ماه برای اشخاص مقیم خارج کشور ممکن است.^۱ در مقررات دیوان عدالت اداری، اصل رسیدگی دو مرحله ای و قابلیت تجدید نظرخواهی مطلق آرای صادر شده از شعب بدوی پیش بینی شده است.^۲ هزینه دادرسی

۱. تبصره ۲ ماده ۱۶ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.

۲. ماده ۶۵ همان قانون.

اعتراض به آرای کمیسیون‌های شبه‌قضایی نیز مقطوع و معین است.^۱ قضات دیوان عدالت اداری حداقل باید ۱۰ سال سابقه کار داشته باشند.^۲ شرایط شکلی تقدیم دادخواست نیز اندکی متفاوت است.^۳ دادرسی دیوان عدالت اداری به صورت تعیین وقت فوق‌العاده است و تکلیفی به تشکیل جلسه دادرسی وجود ندارد.^۴ موارد دیگری نیز با ضوابط دادرسی مطابق مقررات آیین دادرسی مدنی متفاوت است. در نتیجه، تعیین قانون حاکم بر سیاق دادرسی دادگاه عمومی به موضوع اعتراض به رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌های می‌تواند تفاوتی بسیار محسوس داشته باشد که آن را تحلیل می‌کنیم.

چون در این زمینه، اختلاف نظر وجود دارد، برخی بر این تصورند که فرآیند دادرسی در دادگاه عمومی باید منطبق با مقررات قانون آیین دادرسی مدنی باشد؛ چون قانون‌گذار، مقررات دادرسی مربوط به آن را «قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی» نام نهاده است. به عبارت دیگر، وقتی موضوعی در صلاحیت دادگاه عمومی حقوقی قرار گرفت، قانون آیین دادرسی مدنی بر آن حکومت دارد، صرف نظر از این که موضوع دعوا، قضایی باشد یا اداری. در نتیجه، تعیین قانون شکلی حاکم بر دعوا، قائم به مرجع رسیدگی‌کننده است، نه موضوع خواسته. به عبارت دیگر، با تعیین مرجع صالح، قانون شکلی حاکم بر آن نیز قهراً تعیین می‌گردد و موضوع دعوا یا خواسته نمی‌تواند موجب تغییر مقررات شکلی حاکم بر آن دعوا باشد.

در نقطه مقابل می‌توان مخالف این دیدگاه استدلال کرد، به این صورت که دادگاه عمومی از نظر شیوه و رفتار دادرسی تابع مقررات قانون آیین دادرسی مدنی است، ولی گاه خصیصه‌ای در برخی دعاوی وجود دارد که اتفاقاً رعایت نشدن مقررات آیین دادرسی مدنی و تمسک به مقررات دادرسی دیگر، با اصل دادرسی منصفانه و تخصصی بودن آن دادرسی مطابقت دارد. واقعیت این است که ورود به هر حوزه و محیطی، مستلزم به‌کارگیری ابزار همان حرفه است. قانون‌گذار بنا بر خصوصیت دعاوی اداری، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را وضع کرد تا بر آن دعاوی حاکم باشد و چارچوب دادرسی اداری و مسیر رسیدگی در آن تبیین شود. این کار قانون‌گذار برای تعیین مقررات شکلی در دعاوی اداری، به رکن تخصصی بودن این نوع دعاوی پیوند می‌خورد و حقوق اصحاب دعوا در آن تضمین می‌شود، به گونه‌ای که هر یک از اصحاب دعوا، حقوق و تکالیف خود را می‌دانند.

۱. ماده ۱۹ همان قانون.

۲. ماده ۴ همان قانون.

۳. ماده ۱۷ همان قانون.

۴. مواد ۲۹ و ۳۰ همان قانون.

با این حال، اگر مقررات دادرسی مدنی را بر آن حکم فرما بدانیم، چون این مقررات برای دادرسی اداری تهیه و تنظیم نشده است، پاسخ گوی نیاز اصحاب دعوا در خلال دادرسی و نیاز دادگاه برای آن دادرسی نخواهد بود. به عبارت دیگر، مقررات شکلی اداری، ناظر بر دعاوی اداری هستند، صرف نظر از این که چه مرجعی به آن دعاوی اداری رسیدگی کند. شیوه نگارش ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی^۱ چنان است که گویی در دعاوی اداری که محکمه عمومی به آن رسیدگی می کند، جریان ندارد، چنان که تصریح کرده است این قانون (آیین دادرسی مدنی) در امور حسبی و دعاوی مدنی و بازرگانی به کار گرفته می شود. اگر به ماده ۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری بنگریم، این مقررات برای دادخواهی در این دسته از دعاوی در نظر گرفته شده است. همچنین اصولی در دادرسی اداری وجود دارد که اثربخشی آن به اجرای مقررات شکلی آن حوزه مقید است، مانند اصل تقدم منفعت عمومی و تساوی سلاح ها.^۲ البته برخی بر این باورند که در پرتو ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و در راستای اصول حقوقی نیز می تواند این اهداف دست یافت.^۳ در فرهنگ لغت، قوانین شکلی، وسیله اجرای قواعد ماهوی^۴ معرفی می شوند و به طور کلی، می توان این قواعد را شیوه های دانست که اشخاص و دولت با کمک آن، حقوقشان را استیفا می کنند. این شیوه ها در واقع، صلاحیت، دادخواهی، ادله، تجدید نظرخواهی، اجرای حکم و هزینه های دادرسی است.^۵ هدف حقوق شکلی، تثبیت حقوق ماهوی است. پس بدیهی است که برای تثبیت حقوق ماهوی باید از آیین دادرسی همان امر بهره جست. اتفاقاً آیین دادرسی، سنگ محک حکومت ها برای رعایت حقوق شهروندی است و زمانی می توان از رعایت حقوق شهروندی سخن گفت که مقررات هر دادرسی مختص همان امر ماهوی به کار گرفته شود.

استدلال دیگری نیز که در این زمینه به ذهن می رسد، آن است که گاهی قانون گذار در مورد تعیین قانون حاکم بر امر حکمی موضوع خواسته به دادگاه اجازه داده است از امر حکمی خروج کند. برای نمونه، دادگاه اجازه دارد بر اساس قانون درباره رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه تصمیم بگیرد. پس قانون گذار در امور حکمی، مجوز تعیین قانون حاکم

۱. آیین دادرسی مدنی، مجموعه اصول و مقرراتی است که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی در دادگاه های عمومی، انقلاب، تجدیدنظر، دیوان عالی کشور و سایر مراجعی که به موجب قانون موظف به رعایت آن می باشند، به کار می رود.

۲. عباسی، بیژن، **مبانی حقوق عمومی**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۳، ص ۱۷۲.

۳. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۸۲۳.

4-enforce.

به فراخور اصحاب دعوا یا خواسته دعوا را داده است، ولی در خصوص مقررات شکلی، چنین استثنایی دست کم در آثار صاحب‌نظران حقوقی یافت نشد. به دیگر سخن، در خصوص این که دادگاه می‌تواند به فراخور خواسته دعوا یا اصحاب دعوا، مقررات شکلی را تغییر دهد، تصریحی یافت نمی‌شود. از طرفی، منع قانونی نیز از جانب قانون‌گذار یافت نمی‌شود. اتفاقاً پذیرش این نظر موجب تبلور عنصر تخصصی شدن دادرسی خواهد شد. در رویه قضایی نیز این دیدگاه جایگاه دارد و دادگاه در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۰۵۹۵۰۱۰۲۰ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی گرگان، مقررات قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را ناظر بر دعوا دانسته است. نگارنده نیز به دیدگاه دوم باور دارد.

نتیجه گیری

۱. دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۲۲ در خصوص اعتراض شخص حقوقی حقوق عمومی نسبت به رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها، موضوع را در صلاحیت محاکم عمومی قرار داده است. البته این رأی به موارد مشابه قابل تسری و تعمیم نیست، چنان که دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۸ در خصوص اعتراض شخص حقوقی حقوق عمومی به رأی کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری‌ها، موضوع را در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار داده است.
۲. چون رسیدگی محاکم عمومی به امر اداری مستلزم استفاده و برخورداری از سازوکار و آیین رسیدگی اداری است، دادگاه عمومی نمی‌تواند در مسیر دادرسی، مقررات قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و مجموعاً اصول حاکم بر دادرسی اداری را نادیده بگیرد. بنابراین، دادگاه در مقام دادرسی و نظردهی درباره رأی کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری‌ها باید بایسته‌های نظام دادرسی اداری و اصول حاکم بر آن را اساس ضابطه شکلی خویش قرار دهد.
۳. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ دیوان عالی کشور، اعتراض به آرای کمیسیون شبه قضایی، حتی اگر شاکی پرونده، شخص حقوقی حقوق عمومی باشد، موضوع را در قلمرو صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار می‌دهد. عمده استدلال دیوان عالی کشور این است که رسیدگی مطلق به اعتراض به آرای کمیسیون‌های شبه قضایی در صلاحیت دیوان عدالت اداری است، حتی اگر شاکی پرونده، اشخاص حقوقی حقوق عمومی باشند. این تغییر مسیر استدلال، مصداقی از نسخ ضمنی رأی وحدت رویه شماره ۶۶۹ دیوان عالی کشور است. بنابراین، رأی وحدت رویه یادشده منسوخ است.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. آقای طوق، مسلم و حسن لطفی، **حقوق اداری (۱)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۲. آگاه، وحید، **حقوق بنیادین و اصول حقوق عمومی در رویه دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.
۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۵. عباسی، بیژن، **مبانی حقوق عمومی**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۳.
۶. محسن‌زاده، آزیتا، **دلیل و آیین اثبات در دادرسی اداری**، تهران: مجد، ۱۳۹۸.
۷. مولابیگی، غلام‌رضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۴.
۸. نجابت‌خواه، مرتضی، **تحولات دادرسی اداری در پرتو قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در تکاپوی حقوق عمومی (مجموعه مقالات)**، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۹. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۱۰. هداوند، مهدی و مسلم آقای طوق، **دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

۲. مقاله

۱. جعفری ندوشن، علی‌اکبر و امید شیرزاد، «**تحلیل و بررسی رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور از توسعه صلاحیت دیوان عدالت اداری تا صیانت از منفعت عمومی**»، فصل‌نامه حقوق اداری، زمستان ۱۳۹۹، سال هشتم، شماره ۲۵.
۲. داوودی، حسین، «**ویژگی قواعد شکلی**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، تابستان ۱۳۹۷، دوره چهل و هشتم، شماره ۲.
۳. همتی، مجتبی، «**تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، دوره نوزدهم، شماره ۵۵.

۴. ویژه، محمد رضا و مسلم میری، «دادرسی آب در کمیسیون رسیدگی به امور آب‌های زیرزمینی؛ چالش‌ها و راهکارها»، مطالعات حقوق انرژی، ۱۳۹۶، دوره سوم، شماره ۱.

۳. قوانین و مقررات

۱. قانون اساسی.
۲. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری.
۳. قانون آیین دادرسی کیفری.
۴. قانون آیین دادرسی مدنی.

۴. آرای وحدت رویه

۱. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۸ دیوان عالی کشور.
۲. رأی وحدت رویه شماره ۶۶۹ مورخ ۱۳۸۶/۰۳/۲۲ دیوان عالی کشور.
۳. رأی وحدت رویه شماره ۷۹۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۲۴ دیوان عالی کشور.



ادله الکترونیکی اثبات دعوا در دادرسی اداری و مدنی در ایران و فقه امامیه

حمیدرضا احمدی لاشکی*

حمید ابهری**

عباس مقدری امیری***

چکیده

امروزه با گسترش فناوری، اطلاعات ادله الکترونیکی و اسناد مربوط به آن‌ها به صورت روزافزونی در حال ذخیره سازی و تولید هستند. استنادپذیری ادله اثبات دعوا الکترونیکی در قانون تجارت ایران و در دادرسی مدنی پذیرفته شده است. قانون‌گذار ایران با توجه به قانون نمونه تجارت الکترونیک آنسیترا و ماده ۴۷ آیین‌نامه استنادپذیری ادله الکترونیک (مصوب ۱۳۹۳)، داده پیام را فقط به ابزارهای الکترونیک منحصر نکرده است و هر ابزاری هم‌چون پوشه‌های تصویری و صوتی، تلگرام و ابزارهای نوری را هم دلیل الکترونیک می‌داند. فقیهان و دانشمندان اسلامی، این مسئله را فقط وقتی می‌پذیرند و آن را دارای اعتبار و حجت می‌دانند که سند و نوشته دارای امضا یا مهر باشد و به طریقی مطمئن، مصون از تغییرات بماند و صادرکننده آن بر پذیرش مندرجات مسلم باشد و هم‌چنین موجب علم قاضی گردد. از سوی دیگر، در دادرسی اداری نیز امکان اعمال ادله الکترونیک قابل بحث و بررسی است. با توجه به نوپا بودن دادرسی اداری در حقوق ایران و ویژگی‌های خاص آن به نظر می‌رسد استفاده از این ادله در دادرسی اداری نیز جای بحث و بررسی دارد. پرسش اصلی این پژوهش آن است که استناد به ادله الکترونیک در دادرسی‌های مدنی و اداری چه گونه است؟ روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: ادله الکترونیکی، دادرسی اداری، دادرسی مدنی، فقه، ادله اثبات دعوا.

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران .

hamidrezaa515@gmail.com

**. استادیار گروه حقوق، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران. (نویسنده مسئول).

hamid.abhary@gmail.com

***. استادیار گروه حقوق خصوصی، جویبار، دانشگاه آزاد اسلامی، جویبار، ایران .

a.moghaddari@gmail.com

مقدمه

امروزه پیشرفت علم و تکنولوژی، تأثیر انکارناپذیر خود را در حوزه قضا، اثبات دعاوی و جرایم، همانند دیگر حوزه‌ها به ویژه در نظامات حقوقی کشورهای توسعه‌یافته و صنعتی بر جای نهاده است. متناسب با تغییر شکل و ماهیت جرایم و مسئولیت‌های مدنی و نوع معاملات و قراردادهای تجاری، حتی در عقود و ایقاعات ناظر بر احوال شخصیه، ادله قابل استناد در شکایات کیفری و دعاوی حقوقی نیز نسبت به زمان‌های گذشته کاملاً دگرگون شده است. برخی جرایم مثل جرایم سایبری که ناشی از پیشرفت صنعتی و اقتصادی در گذر زمان است، در صدر اسلام موضوعیت نداشته است تا حکم فقه و حقوقی آن از طرف حاکم شرع آمده باشد؛ تا چه رسد به این که حاکم شرع در مورد شیوه تحصیل دلیل این جرایم، قانون وضع کرده باشد. با وجود این، از میان قواعد متعدد فقه می‌توان به قاعده لاضرر به صورت غیر مستقیم به مبانی فقه و ضرورت وضع قواعدی در مورد تحصیل دلیل در فضای سایبر پی برد.^۱ دلیل الکترونیکی در معنی رایج و مصطلح عبارت است از هر ادله پیامی که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از مدعای خود به آن استناد می‌کنند.^۲

در قرن اخیر، ظهور فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی و استفاده از ابزارهای جدید در تولید، انتقال و ذخیره اطلاعات موجب ایجاد نوع جدید دلیل با ماهیتی متفاوت به نام «دلیل الکترونیک» شده است. با تصویب قانون تجارت الکترونیک، این نوع دلایل به عنوان نوع جدید دلیل در کنار دلیل سنتی در نظام ادله اثبات دعوا معتبر شمرده می‌شوند و دارای ارزش اثباتی هستند.^۳ این قانون بر اساس قانون نمونه آنسیترال در خصوص تجارت الکترونیکی و با عنایت به قانون نمونه امضای الکترونیکی وضع شده است. سپس با تأسیس مرکز صدور گواهی دیجیتال در آذر ۱۳۸۵، گام بلندی به سوی اطمینان‌بخشی دلیل الکترونیکی برداشته شد.

در خصوص اعتبار ادله الکترونیکی با توجه به قانون تجارت الکترونیکی (۱۳۸۲) و بیان قانون‌گذار، اتفاق نظر وجود دارد، ولی چگونگی رسیدگی به صحت و اصالت اسناد و ادله الکترونیکی، رسیدگی پرونده‌های حقوقی را با توجه به این اسناد و ادله با چالش روبه‌رو می‌سازد. از این رو، با توجه به سکوت قانون‌گذار، دادگاهها باید با صدور آرای قضایی با استناد به ادله الکترونیکی، «آیین رسیدگی به ادله الکترونیکی» را نیز ابداع و نهادینه کنند.

۱. داورپناه، نسیم، «اصول و مبانی حاکم بر نحوه تحصیل دلیل در فضای سایبر»، پایان‌نامه کارشناسی

ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳، ص ۱۹.

۲. شهبازی‌نیا، مرتضی و محبوبه عبداللهی، «دلیل الکترونیک در نظام ادله اثبات دعوا»، فصل‌نامه

حقوق، ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۴، ص ۲۰۸.

۳. همان، ص ۱۹۴.

سکوت قانون‌گذار در آیین رسیدگی به ادله الکترونیکی، نشان از درماندگی او نیست، بلکه تدوین آن را به دادگاه یا رویه قضایی واگذار کرده است، به طوری که ادله الکترونیکی موضوعیت دارد و راههای اثبات آن طریقت دارد. با این حال، وقتی آرای قضایی را بنگریم، درمی‌یابیم که قضات به استناد و اعتباربخشی به ادله الکترونیکی تمایل ندارند و هم‌چنان بر مبنای آرای قضایی و ادله سنتی حکم صادر می‌کنند. با توجه به رشد و گسترش فضای اقتصادی به صورت مجازی و پیشرفت فضای کسب و کار الکترونیکی، احقاق حق و اجرای عدالت بیش از پیش با چالش روبه‌رو خواهد شد. از این رو، بررسی جایگاه و نقش ادله الکترونیکی در اثبات دعوای حقوقی از موضوعاتی است که محل بحث و بررسی دارد. پذیرش و کاربرست این دلایل در حوزه دادرسی‌های مدنی و کیفری پذیرفته شده است، اما در حوزه دادرسی اداری، از مسائل جدید محسوب می‌شود که شایسته بررسی و تحلیل است.

آیین دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران، مانند دیگر نظام‌ها اصولاً در بستر حقوق عمومی شکل گرفته است. دادرسی اداری را نمی‌توان واجد ماهیت صرف حقوق عمومی دانست. در اموری، همان دادرسی مدنی بر دعوای علیه اداره‌ها حاکم است و در بیش‌تر امور، هویت خاص خود را دارد. دادرسی اداری در مسائلی، تابع تصمیم مرجع عالی قضایی و در بسیاری شکایات‌ها، رسیدگی مبتنی بر آیین دادرسی اداری است.^۱

با این وجود، شیوه رسیدگی مراجع شبه‌قضایی و در واقع، چگونگی بهره‌برداری از دلایل و جریان رسیدگی و ملاحظات خاص، با آیین دادرسی مراجع عمومی متفاوت است. در رسیدگی شبه‌قضایی، اعضای مراجع اختصاصی اداری، اساساً به ادله اثبات دعوا - به صورتی که قانون آیین دادرسی مدنی برشمرده است - مقید و محدود نیستند. دادرسان اداری از تمامی راه‌ها و روش‌هایی که لازم بدانند، برای کشف واقعیت، ریشه‌یابی علل تعارض و رسیدن به تصمیم صحیح می‌کوشند. پس علاوه بر ملاحظه و ارزیابی ادله و مستندات سنتی اثبات دعوا، از تمامی ابزارها، روش‌های نوین و قراین و شواهدی استفاده می‌کنند که بتواند موضوع متنازع‌فیه را روشن و شفاف سازد. برخلاف دادرسان عمومی که از تحصیل دلیل ممنوع شده‌اند، برای دادرسان اداری اساساً چنین ممنوعیتی وجود ندارد، بلکه بر عکس، دادرسان اداری تمام تلاش خود را برای تحصیل و اکتساب دلایل و مستندات به کار می‌برند تا حقایق موضوع مورد اختلاف برای آن‌ها روشن شود.^۲

ادله اثبات، یکی از مهم‌ترین بخش‌های هر رویه اداری است. قانون آیین دادرسی اداری

۱. سوادکوه، سام، «آیین دادرسی اداری در تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی، ۱۳۹۱، سال اول، شماره ۱، ص ۱۱.

۲. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول دادرسی عادلانه و آیین‌های دادرسی منصفانه، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۶.

جمهوری چک، شامل مقررات اساسی در خصوص ادله اثبات دعواست. این قانون، در مورد دیگر ادله اثبات دعوا و شیوه اجرای آن‌ها سکوت کرده است. با این وجود، در موارد بسیاری، مقامات اداری باید از ادله اثباتی دیگری به ویژه اثبات از طریق ضبط سمعی و بصری یا اثبات محتوای وبسایت‌ها استفاده کنند. در حال حاضر، چون سازمان‌ها، دوره‌ای از رشد سریع فناوری را تجربه می‌کنند، ضبط صوتی و تصویری به یکی از ابزارهای مهم تبدیل شده است. رویه اداری چک به پذیرش این موارد به عنوان دلیل اثبات دعوا تمایل دارد. البته یکی از مشکلات اساسی، حفظ حریم خصوصی اشخاص است. بنابراین، اطلاعاتی مانند سیستم‌های دوربین مدار بسته و ضبط‌های انجام‌شده روی تلفن همراه در صورتی قابل پذیرش هستند که منافع عمومی بر منافع خصوصی ارجحیت داشته باشد.^۱

تحصیل دلیل در دادرسی اداری در دعاوی شهروندان علیه دستگاه اداری از دغدغه‌هایی مانند حکومت قانون، تلاش برای احقاق حقوق مردم و تلاش برای کشف حقیقت ناشی می‌شود. دعوای اداری، واجد خصیصه‌های دعوای خصوصی و همچنین برخی خصیصه‌های دعوای عمومی است. از این رو، در دادرسی اداری، بحث بی‌طرفی قاضی و نقش اصحاب دعوا در ارائه دلیل مطرح می‌گردد. پرسش‌هایی نیز درباره حدود اختیارات قاضی اداری در تحصیل دلیل مطرح است. باید گفت قاعده کلی در دادرسی به معنای عام، بی‌طرفی قاضی و الزام طرفین اختلاف به تحصیل و ارائه دلیل است.^۲

بنابراین، به نظر می‌رسد تحصیل دلیل در فرآیند دادرسی‌های مدنی و کیفری از شیوه‌ای متفاوت پیروی می‌کنند و با توجه به نابرابر بودن رابطه طرفین در دادرسی اداری، تحصیل دلیل، تابع نظام آزاد است و دادرس اداری یا دادستان اداری در مقام کشف حقیقت، مجاز به استفاده از ادله الکترونیک است. پرسش اصلی در این پژوهش، بررسی امکان‌سنجی استفاده از ادله الکترونیک در دادرسی اداری و مدنی است. روش تحقیق از نوع توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. مفهوم ادله الکترونیکی

دلیل الکترونیکی، هر نوع اطلاعاتی تعریف شده که در قالب دیجیتالی ایجاد یا ذخیره شده است، خواه از رایانه برای انجام کاری استفاده شده یا این‌که به طور خودکار عمل

1-Frumarová, Kateřina, "Evidence in administrative proceedings - proof by audio-visual record, proof by the content of the website and other means of proof lacking explicit regulation in the Code of Administrative Procedure", *Institutiones Administrationis-Journal of Administrative Sciences*, 2022, Vol. 2, No. 1, 132-143, DOI:10.54201/iajas.v2i1.31, p. 135

۲. قمری، اسماعیل و همکاران، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال هشتم، شماره ۲۴، ص ۱۲۳.

کرده باشد. بنابراین، دلیل الکترونیکی می‌تواند محصول وضعیت‌های مختلف باشد. شخصی، داده‌ای را به رایانه وارد سازد، رایانه به درخواست کاربر، عملیاتی را انجام دهد یا این‌که به طور خودکار، اطلاعاتی را به کار ببرد یا آن‌ها را پردازش کند. از این رو، ادله الکترونیکی شامل پایگاه‌های داده، سیستم‌های عامل برنامه‌های رایانه‌ای، مدل‌های ایجادشده توسط رایانه، پیام‌ها و سوابق الکترونیکی و صوتی و هر نوع اطلاعات یا دستورهای است که در حافظه رایانه ذخیره یا از طریق سامانه‌های رایانه‌ای یا مخابراتی، مبادله، پردازش، بازیافت یا تولید می‌شود.^۱

قانون‌گذار تنها به محتوای داده پیام توجه کرده است.^۲ دلیل الکترونیکی در معنی اصطلاحی خود عبارت است از هر داده پیامی که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از مدعی خود به آن استناد می‌کنند.^۳ در این تعریف، ادله الکترونیکی با واژه «داده پیام» تعریف شده است که شرح آن در ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک آمده است. قانون‌گذار با الهام از قانون نمونه تجارت الکترونیک آنسیترا، قانون تجارت الکترونیک و ماده ۴۷ آیین‌نامه استنادپذیری ادله الکترونیک (۱۳۹۳)، داده پیام را تنها منحصر به ابزارهای الکترونیکی نکرده است. بنابراین، هر ابزاری اعم از تلگرام، تلکس، ابزارهای نوری و دیگر ابزارهای ناشی از فناوری اطلاعات همانند پوشه‌های صوتی و تصویری نیز دلیل الکترونیکی محسوب می‌شوند و قالب ادله الکترونیک موضوعیت ندارد. در واقع، دلیل الکترونیک، هر داده پیامی است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد کنند. با توجه به تعریف داده پیام مندرج در بند الف ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک، دلیل الکترونیکی، هر نمادی از واقعه، اطلاعات یا مفهوم است که با وسایل الکترونیک، نوری یا فناوری‌های جدید اطلاعات، تولید، ارسال، دریافت، ذخیره یا پردازش می‌شود و اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌کنند.^۴

با توجه به تعریف وسیع و پویا که قانون تجارت الکترونیک از داده پیام ارائه کرده است، نه تنها ابزارهای الکترونیکی، بلکه تمام ابزارهای موجود از قبیل تلگرام، ابزارهای دیجیتالی،^۵

۱. فوقانی، هادی، «قابلیت استناد به ادله الکترونیک با نگاه به آرای قضایی: انواع ادله الکترونیک و ارزش اثباتی آن‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۵، ص ۵۷.

۲. محمدی گیلکجانی، امیر، «بررسی فقهی - حقوقی ادله الکترونیکی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه محدث نوری، ۱۳۹۵، ص ۱۵۳.

۳. شهبازی‌نیا، مرتضی، «احراز اصالت در اسناد الکترونیکی»، مجله مدرس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۸، شماره ۴ (پیاپی ۶۳)، ص ۲۰۸.

۴. همان، ص ۱۹۴.

مغناطیسی،^۱ نوری،^۲ الکترومغناطیسی^۳ و دیگر ابزارهای ناشی از فناوری که در آینده به وجود خواهند آمد، می‌توانند منشأ ایجاد دلیل الکترونیکی باشند.^۴

به این ترتیب، پایگاه‌های اطلاعاتی، سیستم‌های اجرایی، برنامه‌های کاربردی، مدل‌های تولیدشده رایانه‌ای، پیام‌های پستی صوتی یا الکترونیک، تمامی اطلاعات ذخیره‌شده در حافظه رایانه، گزارشی از تراکنش‌های سیستم الکترونیک، برنامه‌های صفحه گسترده، نسخه‌های چاپی رایانه‌ای و پوشه‌های صوتی یا تصویری دیجیتال، نوعی دلیل الکترونیکی هستند.^۵

دلیل الکترونیکی در هر قالبی صرف نظر از محتوا قابلیت ظهور دارد. هر چند قانون‌گذار در این قانون، تنها به ادله‌ای چون امضای الکترونیک، داده پیام‌های عادی و داده پیام‌های مطمئن اشاره کرده است، ولی این امر، نافی دیگر ادله الکترونیکی نیست و ماده ۱۳ و ۱۴ قانون تجارت الکترونیک نیز صحت این مدعا را تأیید می‌کند. از این رو، تفسیر صرف ادله الکترونیک به اسناد الکترونیک صحیح نیست و سند الکترونیک تنها یک بخش از اسناد الکترونیک به حساب می‌آید و دامنه اسناد الکترونیک اعم از سند در معنای مصطلح و غیر آن است.^۶

گفتار دوم. اعتبار ادله الکترونیکی در دادرسی اداری

دادرسی اداری در کنار دادرسی کیفری و مدنی، نوع سومی از دادرسی‌ها را در حقوق ایران تشکیل می‌دهد که به نسبت دو نوع دیگر، سابقه کمی دارد. دلیل این امر نیز به نوپا و جدید بودن حقوق اداری و دادرسی اداری مربوط می‌شود. با توجه به ویژگی‌های خاص دادرسی اداری و وجود دولت در یک طرف این رابطه به عنوان طرف قوی‌تر باید دید دادرسی اداری در مقام تحصیل دلیل، مجاز به استفاده از ادله الکترونیک هست یا خیر؟

بند اول. مفهوم دادرسی اداری

حقوق عمومی، ساختار و ماهیت حقوقی متفاوتی از حقوق خصوصی دارد و به اصول و قواعد حقوقی خاصی نیاز دارد. دادگاه‌های اداری نیز ماهیت متفاوتی با دادگاه‌های حقوقی و کیفری دارند و دادرسی اداری، قواعد ویژه‌ای را می‌طلبد؛ زیرا نابرابری بین روابط مردم و

1-Magnetic.

2-Optical.

3-Electromagnetic.

4-Wang, Minyan, The Impact of Information Technology Development», Journal of Law and Technology, 2006, Vol. 15, No. 3, p. 5

۵. شهبازی‌نیا، ص ۱۹۵.

۶. مؤذن‌زادگان، حسن‌علی، الهام سلیمان دهکردی و مهشید یوشی، «حفظ صحت و استنادپذیری ادله الکترونیک با استفاده از بیومتریک و رمزنگاری»، کتاب حقوق کیفری، ۱۳۹۴، شماره ۱۲، صص ۷۲-۷۳.

دولت به لحاظ قدرت وجود دارد. دولت، حاکم است و به منظور خدمات‌رسانی عمومی به دادرسی مطلوب نیاز دارد که متشکل از اصول دادرسی و تشریفات دادرسی اداری هم‌چون اصل علنی بودن، اصل کتبی بودن، اصل دفاع و آزادی است. حق برخورداری از دادرسی منصفانه، آیین دادرسی را دارای دو جلوه متناقض کرده است. اولی، وصف انتزاعی بودن دادرسی در برخی قواعد شکلی و آیین پراکنده است و دوم، رعایت این حق در همه دعاوی اعم از کیفری، مدنی و اداری.^۱

بدیهی است برای تحقق عدالت در جامعه، قانون‌مند بودن رابطه حکومت و مردم ضروری است. دادرسی اداری، یکی از راه‌های تضمین قانون‌مندی این رابطه، اعطای حق شکایت و دادرسی از اعمال و تصمیمات مقامات اداری و دولتی به شهروندان است. با وجود شباهت‌ها و واحد بودن آیین دادرسی اداری با آیین دادرسی مدنی و کیفری، در برخی موارد، تفاوت‌هایی بین این دو روش وجود دارد، به گونه‌ای که این تفاوت‌ها موجب می‌گردد تا بتوانیم آیین دادرسی اداری را به دیگر آیین‌های دادرسی یادشده تسری دهیم.^۲

دادرسی در حقوق ایرانی، مفهومی است که برای تفکیک نوعی دادرسی از دادرسی‌های مدنی و کیفری استفاده می‌شود که هم مراجع رسیدگی‌کننده و هم نوع دعوا را مشخص می‌کند. دادرسی اداری به مفهوم عام آن شامل دادرسی در دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی و مقامات اداری می‌شود. پس به آیین رسیدگی در دیوان عدالت اداری محدود نیست. دادرسی اداری در حقوق ایران به مفهوم فرآیند رسیدگی به نوعی از دعاوی طبق یک قانون خاص نیست، بلکه مفهومی اعتباری است که برای رسیدگی در مراجع شبه‌قضایی و دیوان عدالت اداری به کار می‌رود. پس این مفهوم را نباید به منزله وجود قانون خاصی با این عنوان تلقی کرد، بلکه مجموعه‌ای از مقررات مربوط به مراجع یادشده را دربرمی‌گیرد. دادرسی اداری، اصولاً دادرسی بر اداره است، اعم از این که تصمیم اداره به صورت عمل اداری قابل رسیدگی در شبه‌قضایی باشد یا این که به اعمال اداره حتی به صورت تصمیم بخشی از آن در قالب عمل شبه‌قضایی به علاوه تصمیمات موردی اداری و تصمیمات عام‌الشمول در دیوان عدالت اداری رسیدگی شود.^۳

۱. یاوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۳، شماره ۲، ص ۲۵۵.

۲. رضوی، سید مهدی و همکاران، «تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت از حقوق شهروندان»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، انتشار آن‌لاین: ۱۴۰۱، ص ۵.

۳. استوارسنگری، کوروش، «جیستی دادرسی اداری در ایران: دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره؟»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، دوره ۲، شماره ۴، ص ۱۵۷.

از سوی دیگر، دادرسی اداری در نظام حقوقی ایران، آیین دادرسی شفاف ندارد. مراجع اداری دارای آیین دادرسی واحد نیستند. در برخی موارد، صرفاً در قانون تأسیس آن‌ها به ترکیب و صلاحیت مرجع اشاره شده و هیچ مقرره‌ای در خصوص مسائل شکلی و آیین دادرسی آن‌ها بیان نشده است.^۱

دادرسی در نظام حقوقی ایران از یک سو، شبیه نظام حقوقی انگلیسی و از سوی دیگر، با وجود دیوان عدالت اداری، شبیه نظام حقوقی فرانسه است، اما هیچ یک از محاسن دو نظام را در خود جمع نکرده است. دیوان‌های اداری در ایران، آمیزه‌ای از سیستم فرانسوی و انگلیسی هستند که مزایای هیچ یک از دو سیستم را ندارند؛ زیرا هر کدام از این سیستم‌ها با توجه به رویکرد خود در باب نظریه دولت، تفکیک قوا و مبانی حقوق اداری و هم‌چنین تاریخ خود، مسیری متفاوت در باب دادرسی اداری اختصاصی پیش گرفته‌اند.^۲

بند دوم. مبانی پذیرش ادله الکترونیک در دادرسی اداری

با عنایت به ویژگی‌های خاص دادرسی اداری در نظام حقوقی باید دید استفاده از این ادله در این نوع از دادرسی‌ها با کدام مبانی قابل پذیرش است.

الف) پذیرش نظام ادله آزاد در دادرسی اداری

صاحب‌نظران در حوزه حقوق خصوصی و آیین دادرسی مدنی بر این باورند که به منظور حفظ بی‌طرفی دادرس در حل و فصل اختلافات مدنی، دادرس نباید اجازه داشته باشد به تحصیل دلیل برای هر یک از طرفین اختلاف بپردازد.^۳ در یک دادرسی، قاضی اهمیت کلیدی دارد و در یک آیین دادرسی خوب انتظار می‌رود که افراد متخصص به دعاوی رسیدگی کنند. یکی از مشکلات موجود در نظام حقوقی ایران، وجود قضات نامتخصص در اکثریت دادگاه‌هاست.^۴ در دیوان عدالت اداری، بحث مشروعیت تحصیل دلیل در دو دسته از دعاوی مجزا که در صلاحیت دیوان قرار دارد، مطرح می‌گردد. در اینگونه دعاوی شخص به خواسته مطالبه حق خود، طرح دعوا می‌کند. طبق مواد

۱. فتحی، یونس و همکاران، «نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال اول، شماره ۱، ص ۸۰.

۲. مرادخانی، فردین، «دادگاه‌های اداری در ایران: ابهام در مبانی، سردرگمی در عمل»، حقوق اساسی، ۱۳۹۳، شماره ۲۲، ص ۴۰.

۳. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۰۸.

۴. مرادخانی، فردین، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری»، مجله فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، سال هشتم، شماره ۱۵، ص ۱۲۶.

۱۷ و ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) وجود ذی‌نفع ضروری است و طبیعتاً هم ذی‌نفع باید دلیل ارائه دهد. به همین جهت، در بند (ج) ماده ۱۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) مقرر شده است که شاکی باید مدارک و دلایل مورد استناد خود را در دادخواست ذکر کند. بنابراین، تحصیل و ارائه دلیل بر عهده شاکی است. در ماده ۴۱ قانون یادشده، این اختیار به شعبه رسیدگی کننده داده شده است که «هر گونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند، انجام دهد». این امر در راستای جبران برتری اداره نسبت به شهروند در دادرسی اداری مصوب شده است.

در مراجع اداری، رسیدگی به تخلفات قضای نقش فعالی در تحصیل دلیل دارد و مشابه دادرسی کیفری، تحصیل دلیل بر عهده دادرس اداری است. از این رو، مقام تحقیق در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات پیش‌بینی شده است. ماده ۵ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، هیئتی را برای انجام تحقیقات و جمع‌آوری ادله پیش‌بینی کرده است. در ماده ۱۲ قانون مقررات انتظامی اعضای هیئت علمی (۱۳۶۴) نیز مقام تحقیق، یکی از اعضای هیئت علمی یا از کارکنان دانشگاه است.^۱

با توجه به ویژگی‌های خاص دعاوی اداری، نظام حقوقی بسیاری از کشورها دارای صلاحیت‌های شبه‌قضایی هستند که به تدریج، به سمت استقلال نسبی حرکت کرده است. همین استقلال نسبی در بیش‌تر موارد سبب شده است به حقوق شهروند در مقابل اداره توجه کافی صورت نگیرد.^۲ جست‌وجوی حقیقت در موضوعات متنازع فیه چنان بخش واقعی از نقش دادگاه است که به بیان صریح آن در قانون نیازی نیست.^۳

ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، اجازه تحقیق از سوی قاضی را بدون درخواست طرفین می‌دهد. با این حال، حقوق‌دانان حقوق خصوصی تلاش کرده‌اند که اختیار قاضی را در این مورد به صورت مضیق تفسیر کنند. این قاعده به شکل دیگری در دادرسی اداری مطرح می‌شود؛ زیرا بر خلاف دادرسی مدنی، در دادرسی اداری (همانند دادرسی کیفری)، بحث نفع عمومی وجود دارد. بنابراین، قاضی باید بتواند نقش فعالی در تحصیل دلیل داشته باشد. با این وجود، در دادرسی اداری نیز باید بین دعاوی اداری مربوط به حل و فصل اختلافات و دعاوی مربوط به رسیدگی به تخلفات انتظامی قائل به تفکیک شد. در نوع اول از دادرسی اداری، علی‌الاصول تحصیل و ارائه دلیل از وظایف طرفین اختلاف

۱. قمری و همکاران، پیشین، ص ۱۲.

۲. رستمی، ولی و احمد خسروی، «امکان‌سنجی تدوین قانون آیین دادرسی اداری (با توجه به ماهیت و ویژگی‌های مراجع اختصاصی اداری)»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۲، شماره ۶۴، ص ۲۰۲.

3-Jolowicz, J. A., Adversarial and Inquisitorial models of Civil Procedure International and Comparative Law quarterly, 2003, Available at: WWW.Jstor.org/PSS/3663 110 2011/1/10

است، اما در دادرسی اداری در شکل دوم، قاضی نقش فعالی در تحصیل دلیل برای محکومیت انتظامی دارد. در دیوان عدالت اداری، بحث مشروعیت تحصیل دلیل در دو دسته از دعاوی مجزا که در صلاحیت دیوان قرار دارد، مطرح می‌گردد. نخست، دعاوی که برای احقاق حق شاکی خصوصی انجام می‌گیرد که در آن، شاکی علیه اداره دولتی به خواسته مطالبه حق خود طرح دعوا می‌کند. در این نوع دعاوی، طبق مواد ۱۷ و ۵۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، وجود ذی‌نفع ضروری است و به طور طبیعی، ذی‌نفع باید دلیل ارائه دهد. از این رو، مقرر شده است که شاکی باید مدارک و دلایل مورد استناد خود را در دادخواست ذکر کند. بنابراین، تحصیل دلیل و ارائه دلیل بر عهده ذی‌نفع است.^۱

دو شیوه اصلی اثبات دعوا عبارتند از: شیوه آزاد و شیوه قانونی. برخی نظام‌های حقوقی نیز از ترکیب این دو روش استفاده می‌کنند. هدف در نظام آزاد اثبات دعوا، قناعت وجدان دادرس و راه‌یابی به واقع به هر وسیله مقتضی است. به عبارت دیگر، مدعی هیچ قید و محدودیتی برای اقامه دلیل ندارد و می‌تواند به هر وسیله معقول برای اقناع دادرس توسل جوید. در شیوه قانونی برای اثبات هر رویداد، دلایلی ویژه در قانون پیش‌بینی شده است و دو طرف دعوا ناگزیرند برای اثبات ادعا یا دفاع به همان دلایل قانونی استناد کنند. یکی از ویژگی‌های نظام قانونی، تفصیل ادله و توان اثباتی آن‌ها در قوانین است.^۲

لزوم تسریع در رسیدگی اداری، ضرورت استفاده از آیین دادرسی خاصی را توجیه می‌کند. به طوری که مقررات پیچیده، طولانی و مزاحم، مانع رسیدگی عادلانه نشود و فارغ از تشریفات غیر ضروری و دست و پا گیر بتوان به احقاق حقوق شهروندان در دادرسی اداری پرداخت.^۳ پیشرفت علوم و منابع اطلاعاتی باعث شده است که حتی در آیین دادرسی مدنی، تحولی چشم‌گیر به سوی آزادی دلیل و تکیه بر اقناع دادرس رخ دهد، به طوری که امروزه کارشناسی و امارات قضایی چنان فزونی یافته است که دیگر از دلایل قانونی باید به عنوان استثنا یاد کرد و کفه ترازو به سود آزادی اثبات و تحقق عدالت سنگینی می‌کند. ادله اثبات دعوا را به دشواری می‌توان در چند مورد محصور کرد؛ زیرا پیشرفت علوم و صنایع، هر روز، وسیله‌ای تازه برای دستیابی به حقیقت ابداع می‌کند. بسیاری از افراد، توانایی و دانش محدودی برای ارائه دلیل دارند. برای نمونه، در دعاوی علیه تأمین اجتماعی، بیش‌تر شاکیان از نظر اقتصادی ضعیف هستند و دانش لازم را برای استفاده از قواعد حقوقی ندارند.

۱. قمری و همکاران، پیشین، ص ۱۱۵.

۲. کاتوزیان، پیشین، ص ۲۵.

۳. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، ۱۳۷۲، ص ۴۶۷.

در نتیجه، در برابر طرف دیگر، آسیب‌پذیرند. بنابراین، باید امکان ارائه ادله منطقی و عقلایی به طور شفاهی و کتبی برای شهروندان میسر باشد.

با عنایت به اهداف دادرسی اداری که تظلم‌خواهی شهروندان و تحقق حاکمیت قانون در اداره است، نظام اثبات دعوا و پذیرش دلیل باید به گونه‌ای در قانون پیش‌بینی شود که مانعی برای احقاق حقوق اشخاص به ویژه اشخاص ضعیف و آسیب‌پذیر وجود نداشته باشد. نظام آزاد اثبات دعوا، اختیارات قابل توجهی را به قضات برای ارزیابی ادله اعطا می‌کند. از این رو، ضرورت دارد به دانش و استقلال دادرسان اداری توجهی ویژه کنیم. به تعبیر دیگر، نظام آزاد ادله مستلزم برخورداری از قضاتی مستقل، آموزش‌دیده و متخصص در زمینه حقوق اداری و به ویژه مسائل حقوق اداری و دعاوی اداری است. در غیر این صورت، موجب سوء استفاده آن‌ها از اختیارات خود می‌شود و در نهایت، ضمن تضییع حق‌ها و آزادی‌های شهروندان سبب بی‌اعتمادی اشخاص به دادرسی اداری می‌گردد.^۱

بنابراین، با عنایت به ویژگی خاص دادرسی اداری، حداقل از لحاظ نظری، نظام آزاد ادله اثبات، بیش‌تر با مبانی نظارت قضایی توسط دادرس اداری، هم‌خوانی و مطابقت دارد. با توجه به نوع و اختیارات دادرس اداری در مقام کشف حقیقت، استفاده از ادله الکترونیک در دادرسی‌های اداری با مبانی نظام دستیابی به ادله آزاد هم‌خوانی و مطابقت دارد.

ب) استفاده از ادله الکترونیک؛ پیش‌زمینه تحقق دادرسی الکترونیکی

نظام قضایی در خدمات‌رسانی الکترونیکی از دیگر سازمان‌های دولتی مستثنا نیست. فناوری اطلاعات در حوزه قضایی، محیط دادرسی را دگرگون کرده است که به آن، دادرسی الکترونیکی گفته می‌شود. الکترونیکی شدن فرآیندهای قضایی چنان اهمیتی دارد که در تدبیر شماره ۴۲ پیش‌نویس سند الگوی اسلامی - ایرانی پیشرفت که به نظام قضایی اشاره دارد، الکترونیکی کردن فرآیندهای دادرسی را یکی از ابزارهای تحول در نظام قضایی معرفی کرده است. از طرفی، در اجرای بند ۶ سیاست‌های کلی قضایی پنج ساله ابلاغی ۱۳۸۸/۹/۱ و بند ج ماده ۴۸ قانون برنامه پنجم توسعه پیشرفت کشور و بند ج ماده ۱۱ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و رو به رو شدن با فساد (۱۳۹۰) و برای برطرف کردن اطاله دادرسی، تسریع در امور جاری محاکم و پیش‌گیری از وقوع جرم، خدمات قضایی در فضای مجازی ارائه می‌گردد.^۲

۱. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۴، شماره ۷۲، ص ۷۶.

۲. عباسی، رسول و همکاران، «کیفیت خدمات الکترونیک قضایی و اعتماد شهروندان»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال نهم، شماره ۲۸، ص ۱۳۸.

دادرسی الکترونیکی، بهره‌برداری از ابزارها و روش‌های الکترونیکی ارتباطی و اطلاعاتی برای طرح دعوا در دادگاه و انجام فرآیند دادرسی از تسلیم دادخواست، شکواییه و ابلاغ اوراق قضایی تا رسیدگی به دعوا و دلایل و صدور رأی و اجرای آن است. دادرسی الکترونیکی به معنای استفاده از سیستم الکترونیکی و انجام فعالیت‌ها به روشی غیر از روش سنتی است. اصطلاح «دادرسی الکترونیکی» به نوع متفاوتی از رسیدگی ماهیتی یا به نوع متفاوتی از عدالت اشاره ندارد، بلکه منظور، توان قضایی اثبات است که دادگاه‌ها از ابزارهای نوین در رسیدگی‌های قضایی خود استفاده می‌کنند.^۱

دادرسی الکترونیکی در ایران با چالش‌های فنی و اجرایی متعددی روبه‌روست. تا کنون دادگاه الکترونیکی به صورت سراسری و فراگیر به علت فراهم نبودن زیرساخت‌ها یا بستر مناسب ایجاد نشده است. قوه قضاییه به منظور اجرای دادگاه الکترونیکی با مشکلاتی نظیر کمبود آگاهی و آموزشی همگانی، مسائل ساختاری، نبود امنیت لازم و نبود دسترسی به اینترنت پرسرعت مواجه است.^۲

در حال حاضر، دیوان عدالت اداری با راه‌اندازی سامانه‌ای با عنوان سامانه «ساجد»، به تقاضاهای مربوط به اعمال ماده ۷۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را به صورت کامل از طریق این سامانه و به صورت الکترونیکی رسیدگی می‌کند. متقاضی اعمال ماده ۷۹ از طریق ثبت نام در سامانه ساجد و ایجاد صفحه اختصاصی، تقاضا را ثبت و مدارک و مستندات خود را بارگذاری می‌کند. پیش‌بینی و ایجاد این سامانه، نخستین گام در راستای تحقق دادرسی الکترونیکی در دیوان عدالت اداری است.

ج) تسهیلات دسترسی شاکیان به دادگاه اداری

دادرسی اداری در سطح دیوان عدالت اداری، بالاترین سطح دادرسی است. به موجب ماده ۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲)، «دیوان در تهران مستقر است و متشکل از شعب بدوی، تجدیدنظر، هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی می‌باشد. طرفداران تمرکزگرایی نظام عدالت اداری، تمرکز دیوان را در تهران این گونه توجیه می‌کنند که مرکز اصلی وزارت‌خانه‌ها و اغلب سازمان‌ها در مرکز قرار دارد. در زمان حاضر با توجه به انبوه پرونده‌های مطرح در دیوان و نیز امکان استفاده از تجربیات نظام عدالت اداری سایر کشورها

۱. زرکلام، ستار، «دادرسی‌های الکترونیکی؛ ضرورت‌ها، الزامات و چالش‌ها»، آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۳۹۱، شماره ۳، ص ۱۳۵.

۲. اسماعیلی، اکبر و بابک پورقهرمانی، «چالش‌های فراروی دادرسی الکترونیک در ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۸، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۷، ص ۴۸.

برای نحوه سامان‌دهی تشکیلاتی و تعیین حدود صلاحیت، رضایت به استمرار وضع موجود شاید از منظر خود مدافعان نیز موجه به نظر نرسد. مشکل دسترسی نداشتن به عدالت در کشور ما به عنوان کشور در حال توسعه وجود دارد. معاضدت حقوقی رایگان نیز وجود ندارد و البته بسیاری از کشورها، وکلای معاضدتی زیادی ندارند.^۱

بر اساس اسناد بین‌المللی، حق دسترسی فیزیکی به امکانات و تسهیلات دادگاه یا دیوان و نیز دسترسی به اطلاعات، مربوط به زمان و مکان رسیدگی است. دادگاه‌ها و دیوان‌های اداری بایستی اطلاعات مربوط به تاریخ، زمان و مکان دادرسی در یک زمان معقول و با لحاظ ارزش دعوا و زمان مورد انتظار رسیدگی را به اطلاع طرفین دعوا و عموم برسانند.^۲

با توجه به این که رسیدگی دیوان عدالت اداری به صورت غیر حضوری و از طریق تبادل لوایح صورت می‌گیرد. بنابراین، اسناد، مهم‌ترین دلیل اثبات دعوا در این دادرسی به شمار می‌روند. شاکیان اصولاً تمایل دارند تا از تصویر لایحه دفاعیه طرف شکایت، رونوشت بگیرند و در برخی موارد صرفاً برای دریافت یک رونوشت، مجبور شوند مسافتی طولانی را به تهران بپیمایند. در حالی که به نظر می‌رسد با تبدیل اسناد کتبی به اسناد الکترونیکی و بارگذاری آن در سامانه «ثنا» در قالب سند الکترونیک، مشکلات مربوط به دسترسی به اسناد تسهیل می‌شود. در حال حاضر، صرفاً ابلاغ اوراق قضایی (دادنامه‌ها) در سامانه‌های خدمات الکترونیک قضایی میسر است.

بند سوم: امکان‌سنجی استفاده از ادله الکترونیک با توجه به قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

اداره برای تأمین منافع عمومی و پاسخ‌گویی به نیازهای جامعه دارای وظایف متعددی است و فعالیت‌های آن تابع نظام حقوقی مجزا و متفاوتی از حقوق خصوصی است، به طوری که اداره دارای اقتدارات و امتیازات ویژه‌ای است که می‌تواند اراده خود را بر شهروندان تحمیل کند. این در حالی است که این اقتدارات در روابط بین اشخاص حقوق خصوصی جایگاه ندارد. به همین دلیل، دیدگاهی که دادگاه‌ها برای بررسی اعمال اداری دارند، با دیدگاه آن‌ها هنگام بررسی اختلافات میان اشخاص حقوق خصوصی تفاوتی چشم‌گیر دارد. در بررسی اعمال اداری، منع خروج از حدود قانونی، نقشی تعیین‌کننده دارد.^۳

۱. همتی، مجتبی، «حق دسترسی به دادگستری در دیوان عدالت اداری با نگاه به نظرهای شورای نگهبان»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال پنجم، شماره ۱۶، ص ۱۴.

۲. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه با نگاه به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال نوزدهم، شماره ۵۵، ص ۲۵۰.

۳. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم: جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها)، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸، ص ۲۰۲.

در ماده ۴۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، این اختیار به شعبه رسیدگی کننده داده شده است که «هر گونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند، انجام دهد». در دعوایی که در دیوان عدالت اداری مطرح می‌گردد و نفع خصوصی مطرح است، مثل شکایت شخص خصوصی از یک اداره دولتی که از تصمیم آن متحمل خسارت شده است، قاضی اصولاً باید بی‌طرف باشد و تحصیل دلیل، وظیفه شاکی است. در آن دسته از دعاوی که منفعت عمومی در آن غلبه دارد، مانند شکایات تحت عنوان «تضییع حقوق اشخاص» مندرج در ماده ۱۲ قانون دیوان باید قائل به تحصیل دلیل توسط دادرس شد.

دعاوی مطرح در دیوان، شباهتهایی با دعاوی مدنی یا کیفری دارند، ولی ویژگی مشترک تمام آنان، همان نابرابری مردم و اداره است. حتی در دعاوی میان کارگر و کارفرما نیز قاضی دیوان به دلیل اقتضای رابطه نابرابر ورود پیدا می‌کند و نقش فعال دارد. بنابراین، در همه دعاوی اداری اعم از این که اداری محض یا شبه‌حقوقی و شبه کیفری باشند، می‌توان به دادرس اداری اجازه داد که تحصیل دلیل کند.^۱

مطابق ماده ۴۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «شعبه رسیدگی کننده می‌تواند هر گونه تحقیق یا اقدامی را که لازم بداند، انجام دهد یا آن را از ضابطان قوه قضاییه و مراجع اداری بخواهد یا به سایر مراجع قضایی نیابت دهد. ضابطان و مراجع مزبور مکلفند ظرف مهلتی که شعبه دیوان تعیین می‌کند، تحقیقات و اقدامات خواسته شده را انجام دهند. تخلف از این ماده حسب مورد مستلزم مجازات اداری یا انتظامی است.» نقش فعال قضات دیوان عدالت اداری در این قانون به رسمیت شناخته شده است و ضرورت دارد دادرسان اداری برای تحقق اصل حاکمیت قانون و کنترل مقامات و نهادهای اداری هر گونه تحقیق و اقدام مقتضی را انجام دهند و خود را به ادله تقدیمی از سوی طرفین دعوا محصور نسازند تا در نهایت، اجرای عدالت و احقاق حقوق شهروندان تضمین شود.^۲

شعب دیوان علاوه بر این که اختیار انجام هر گونه تحقیقات یا اقدام را دارند، در مواردی که احقاق حق و رسیدگی به موضوع مستلزم توضیح‌خواهی از شخص حقیقی و حقوقی باشد، می‌تواند از اشخاص نیز توضیح بخواهد. قانون‌گذار به شرح ماده ۵۶ قانون دیوان چنین اختیاری را مقرر کرده که به نوعی، پذیرش استماع گواه و شهادت در دعاوی اداری است؛ زیرا توضیح‌خواهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی در قالب کسب اطلاع از مطلعین یا طلب گواه و شهادت تلقی می‌شود. چون در حقوق اداری، بیش‌تر دلایل به صورت مکتوب و سند است، استناد به شهادت شفاهی شهود و مطلعین کم‌تر صورت می‌گیرد. با این حال، قانون‌گذار به شرح ماده ۵۶ قانون دیوان، به صورت مطلق،

۱. قمری و همکاران، پیشین، ص ۷۳.

۲. زارعی و محسن‌زاده، پیشین، ص ۸۵.

توضیح‌خواهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی را تجویز کرده است.^۱ آیا می‌توان به اصحاب دعوا اجازه داد که با فراهم آوردن وسایل لازم که دادگاه نیز تأیید کند، نسبت به ارائه سند، شهادت و اقرار به صورت الکترونیک (درون ابزارهای نگه‌دارنده، اطلاعات الکترونیک یا به صورت برخط) اقدام کنند؟ در پاسخ باید گفت که از لحاظ قوانین در این خصوص، منعی دیده نمی‌شود. از سوی دیگر، به نظر می‌رسد اگر ارائه خود دلیل به شکل معمولی به دادگاه ممکن نباشد یا ارائه نسخه الکترونیک دلیل ضروری باشد، هم‌چون ارائه خود سند الکترونیک به دادگاه، این امکان وجود دارد که به استنادکننده اجازه داده شود با فراهم آوردن وسایل مورد نیاز، به تأیید دادگاه، دلیل الکترونیک ارائه دهد یا دلیل خود را به صورت الکترونیک ارائه دهد.^۲

در ماده ۲۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲) مقرر شده است: «دادخواست و ضامیم آن باید به تعداد طرف شکایت به اضافه یک نسخه تهیه شود. این اوراق و هم‌چنین اوراق مربوط به رفع نقص و تکمیل دادخواست باید به وسیله پست سفارشی یا پست الکترونیکی دیوان یا ثبت در پایگاه الکترونیکی به دبیرخانه دیوان ارسال و یا به دبیرخانه دیوان یا دفاتر اداری آن مستقر در مراکز استان‌ها تسلیم گردد. تاریخ ثبت دادخواست در دبیرخانه دیوان و یا پایگاه الکترونیکی و یا تسلیم آن به پست سفارشی و یا ارسال از طریق پست الکترونیکی یا دفاتر اداری دیوان، تاریخ تقدیم محسوب می‌شود».

به این ترتیب، ثبت دادخواست‌های بدوی و تجدید نظر در دیوان عدالت اداری از طریق اینترنت و بدون حضور فیزیکی برای شاکیان و دستگاه‌های اجرایی طرف شکایت امکان‌پذیر شد و شاکیانی که مایل به ثبت دادخواست به صورت غیر حضوری هستند، می‌توانند با داشتن کد ثنا که قبلاً در دفاتر خدمات قضایی گرفته‌اند، وارد سامانه شوند و پس از احراز هویت الکترونیکی، دادخواست بدوی یا تجدید نظر خود را در سامانه ثبت و هزینه دادرسی را پرداخت کنند.

هم‌چنین مطابق ماده ۶۵۱ قانون آیین دادرسی جرایم نیروهای مسلح و دادرسی الکترونیکی (۱۳۹۳) مقرر شده است: «کلیه دستگاه‌های تابعه قوه قضاییه، نظیر دیوان عدالت اداری... موظفند کلیه اطلاعات خود را در مرکز ملی داده‌های قوه قضاییه قرار دهند و آن‌ها را روزآمد نگه دارند.» به نظر می‌رسد این مقررات بدون استفاده از فناوری اطلاعات به سختی قابل دسترسی باشد.

بر این اساس، رویکرد قانون جدید دیوان عدالت اداری به الکترونیکی کردن رسیدگی و ثبت دادخواست و دلایل است و هم‌اینک سامانه‌ای با عنوان درگاه اخذ دادخواست الکترونیک دیوان

۱. مولایی، غلامرضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۱۶.

۲. محمدی، سام و حمید میری، «بررسی تطبیقی ارائه ادله الکترونیک در دادگاه: اشکال و اعتبار آن»،

نامه مفید، ۱۳۸۸، شماره ۷۶، ص ۱۵۳.

عدالت اداری راهاندازی شده است. درگاه خدمات الکترونیک دیوان عدالت اداری این امکان را برای کاربران خود فراهم می‌کند که از طریق این سامانه و بدون نیاز به مراجعه حضوری، دادخواست خود را ثبت کنند و امکان پی‌گیری پرونده‌ها و ارائه ادله و لوایح از طریق آن فراهم است.

بند چهارم. چالش‌های مربوط به ادله اثبات الکترونیکی در دادرسی اداری

با وجود مزایایی که ادله الکترونیک در نظام دادرسی اداری دارد، استفاده از این نوع ادله نیازمند وجود زیرساخت‌هایی است که استفاده از این ادله را با چالش‌هایی اجرایی روبه‌رو می‌کند.

الف) نبود زیرساخت‌های آموزشی

استفاده از ادله الکترونیک اثبات دعوا در دادرسی اداری، نیازمند بهره‌مندی قضات، شاکیان و طرف‌های شکایت از امکانات و نیز بسترهای آموزشی است. قضات دیوان دارای رویکرد سنتی هستند و با فضای شکل‌گیری این نوع ادله چندان آشنایی ندارند و این امر قطعا بر دشواری‌های استفاده از ادله الکترونیک می‌افزاید.

ب) دسترسی نداشتن به اینترنت

استفاده از سامانه خدمات الکترونیک قضایی (ثنا)، نیازمند داشتن دانش و اطلاعات کافی نسبت به یارانه و اینترنت است. آخرین آمارها از تعداد کاربران اینترنت در ایران نشان می‌دهد که ۶۰ درصد مردم از اینترنت استفاده می‌کنند. بنابراین، ۴۰ درصد از مردم، دانش کافی برای استفاده از اینترنت را ندارند. همین موارد نیز در خصوص استفاده از ادله الکترونیک مصداق دارد و در نتیجه، استفاده از این نوع ادله در دادرسی اداری با چالش‌های اجرایی همراه است.^۱

گفتار سوم. اعتبار ادله الکترونیکی در دادرسی‌های مدنی

در حال حاضر، طیف وسیعی از ادله الکترونیکی در نظام‌های حقوقی مطرح است. البته با عنایت به ماهیت دلیل ابرازی یا استنادی، آثار مختلفی بر آن مترتب می‌شود. در نظام حقوقی ایران با وجود حاکمیت نظام ادله سنتی در فرآیند دادرسی، امکان تمسک به صور مختلف ادله الکترونیکی در پرتو قوانین خاص یا قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای، به ویژه قراردادهای خصوصی فراهم است که به طور گذرا به این مهم می‌پردازیم.

۱. افشارنیا، طیب و حجت مبین، *اطاله دادرسی و توسعه قضایی*، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۶۳.

بند اول. اعتبار اقرار الکترونیکی

در جایی که یکی از دو طرف دعوا، ادله دارای منشأ رایانه‌ای را ارائه دهند، آن را به عنوان اقرار طرف مقابل می‌توان پذیرفت. در تعریف اقرار در ماده ۱۲۵۹ ق.م.آمه است: «اقرار عبارت است از اخبار به حقی برای غیر به ضرر خود». از تعریفی که قانون مدنی ارائه می‌دهد، می‌توان به معتبر بودن اقرار الکترونیکی پی برد. در توضیح این مورد باید گفت این اقرار معتبر و اقراری واقع شده در خارج از دادگاه محسوب می‌شود.^۱

بند دوم. اعتبار اسناد الکترونیکی

نوشته، امضا و اصالت، سه عنصر اصلی تشکیل‌دهنده صورت یک سند معتبر است. این سه عنصر در قانون تجارت الکترونیکی کاربرد زیادی دارند. طبق تعریف قانونی موجود، سند عبارت است از هر نوشته‌ای که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد. (ماده ۱۲۸۴ ق.م.) تجارت نوین الکترونیکی نیز تا حدودی مبتنی بر «اعتماد» است، اما عمدتاً مقدمات معاملات طرف‌ها و نیز توافقاتی که آنان مستند به مدارک رایانه‌ای است. از این رو، امروزه به موجب قوانین مصوب، «مدارک رایانه‌ای از اعتبار مدارک کاغذی» برخوردارند. معمولاً از لفظ «سند»، صورت کاغذی آن به ذهن می‌رسد، اما حقیقت آن است که صورت سند می‌تواند بسیار گسترده‌تر باشد و انواع عکس، نوار ویدئو و ادله رایانه‌ای را نیز در بر بگیرد. امروزه در برخی نظام‌های قضایی از جمله آمریکا و به ویژه کانادا، تعریفی از سند ارائه شده که قابلیت تمسک به آن در خصوص ادله الکترونیکی هم فراهم است. برای مثال، بنا به تصریح آیین دادرسی مدنی ایالت انتاریو (کانادا)، «سند شامل یک صدای ضبط‌شده، نوار ویدئو، فیلم، عکس، نمودار، جدول، طرح، تحقیق، دفتر حسابداری و اطلاعات ضبط‌شده به وسیله هر گونه دستگاه است».^۲

همان‌طور که در ماده ۶ قانون تجارت الکترونیکی ایران آمده است: «هر گاه وجود یک نوشته از نظر قانون لازم باشد، «داده پیام» در حکم نوشته است.» همچنین ماده ۱۳ بیان می‌کند: «به طور کلی، ارزش اثباتی «داده پیام»‌ها با توجه به عوامل مطمئن از جمله تناسب روش‌های ایمنی به کار گرفته‌شده با موضوع و منظور مبادله «داده پیام» تعیین می‌شود». در ماده ۱۴ این قانون نیز تأکید شده است: «کلیه «داده پیام»‌هایی که به طریق مطمئن ایجاد و نگهداری شده‌اند، از حیث محتویات و امضای مندرج در آن، تعهدات طرفین یا طرفی

۱. محمدی، سام، میری، حمید، بررسی تطبیقی ارائه ادله الکترونیک در دادگاه، اشکال و اعتبار آن،

نشریه نامه مفید، مرکز مطالعات و حقوق تطبیقی، اسفند ۱۳۸۸، ص ۱۷۴.

۲. گاتن، آلن، کشف ادله الکترونیکی، ترجمه: مصیب رضانی، تهران: دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی،

۱۳۸۳، ص ۱۰.

که تعهد کرده و کلیه اشخاصی که قائم مقام قانونی آنان محسوب می‌شوند، اجرای مفاد آن و سایر آثار در حکم اسناد معتبر و قابل استناد در مراجع قضایی و حقوقی است.^۱ برخورداری ادله الکترونیکی از محتوا، شکل و ساختار به این معنی است که اسناد الکترونیکی دارای اطلاعاتی است که انعکاس دقیقی از رخدادها را در زمان خاصی می‌نمایند. ساختار این اسناد را می‌توان به طریق الکترونیکی بازسازی کرد. پس هر جزء از این ساختار، روی هم رفته یک کل را تشکیل می‌دهند. بهترین راه برای حفظ محتوا، شکل و ساختار ادله الکترونیکی، مدیریت آن‌ها در یک نظام مدیریت اسناد است. باید گفت که نظام نگه‌داری اسناد فقط بخشی از نرم‌افزار نیست، بلکه چارچوب و ساختاری است که دفعات دریافت، نگه‌داری و دسترسی به اسناد را امکان‌پذیر می‌کند.^۱

بند سوم. اعتبار شهادت الکترونیکی

هنگامی که ادله الکترونیکی حاوی اظهارات شخص ثالثی است که مبین ارتکاب قتل توسط متهم است، شهادت محسوب می‌شود. اگر مفاد ادله الکترونیکی، شهادت باشد، در این صورت، نزد قاضی نیست و برخی شرایط لازم از قبیل سوگند را ندارد. البته داده‌های ایجادشده به دلیل وجود اعتقاد متعارف بر عدم ایجاد خلاف واقع، قابل استناد هستند.^۲ در خصوص ارزش اثباتی شهادت الکترونیکی که از طریق سامانه‌های ویدئوکنفرانس و دیگر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی صورت می‌گیرد، تبصره ۱ ماده ۶۵۵ ق.آ.د.ک. مقرر کرده است: «در کلیه مراحل تحقیق و رسیدگی حقوقی و کیفری و ارائه خدمات الکترونیک قضایی، نمی‌توان صرفاً به لحاظ شکل یا نحوه تبادل اطلاعات الکترونیکی از اعتبار بخشیدن به محتوا و آثار قانونی آن خودداری نمود...». در این ماده، مقامات قضایی دادسرا و دادگاه حسب مورد مکلفند شهادتی را که شاهد به صورت الکترونیکی انجام داده است، معتبر بدانند. البته این تکلیف مقامات قضایی به ترتیب اثر دادن به شهادت الکترونیکی، با توجه به صدر ماده ۶۵۵ ق.آ.د.ک. در صورتی است که: «صورت الکترونیکی شهادت و یا محتوای الکترونیکی آن حسب مورد با رعایت سازوکارهای امنیتی پیش‌بینی‌شده در مقررات دادرسی الکترونیکی باشد». اگر شهادت الکترونیکی با رعایت و احراز همه شرایط خاص شهادت الکترونیکی و همچنین احراز شرایط عمومی شهادت و شاهد باشد، با توجه به مواد ۱۷۵ ق.م.ا، آن شهادت، شهادت شرعی محسوب خواهد شد و اگر شاهد واجد شرایط شهادت نباشد، شهادت وی در حد اماره قضایی برای دادگاه معتبر خواهد بود.^۳

۱. همان، ص ۱۰.

۲. کریمی، محسن، «جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۹.

۳. رضایی، علی، حقوق تجارت الکترونیکی، تهران: میزان، ۱۳۸۷، ص ۳۸۷.

ماده ۶۵۹ مقرر کرده است: «به‌کارگیری سامانه‌های ویدئوکنفرانس و سایر سامانه‌های ارتباطات الکترونیکی به منظور تحقیق از اصحاب دعوا، اخذ شهادت از شهود یا...». با توجه به این ماده، مشخص است که قلمرو شهادت الکترونیکی هم دعاوی کیفری و هم دعاوی حقوقی اعم از مدنی و تجاری است.^۱

۱. خدادادی، ابوالقاسم و علی خالیدی، «شهادت از راه دور (تحلیل ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی)»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۹۵، دوره چهارم، شماره ۷، ص ۳۳.

نتیجه گیری

از اهداف عمده استفاده از ابزارهای الکترونیکی، ایجاد سرعت و تسهیل در روابط افراد است. هم‌چنین یکی از اهداف آن، یکپارچگی قواعد حقوقی بین‌المللی در استفاده از ادله الکترونیکی است که تمهیدات لازم را فراهم می‌آورد و با پیشنهاد قواعد متحدالشکل، روابط بین‌المللی اشخاص را تسهیل می‌کند. قانون ایران به تبعیت از قانون نمونه آنسیترال در مورد تجارت الکترونیکی سعی دارد که حتی‌الامکان با قواعد سنتی حاکم بر روابط افراد و با قواعد متحدالشکل حقوق بین‌الملل تفاوت نداشته باشد و در استفاده از فضای الکترونیکی در روابط بین‌المللی، کم‌ترین اشکال‌ها و تعارض‌های حقوقی را فراهم کند. تا زمانی که راهکارهای قانونی مناسب پیش‌بینی نشده‌اند، اعتباری که محاکم برای توافق‌های خصوصی در باب دلایل الکترونیکی خواهند شناخت، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار خواهد بود.

نتایج حاصل از مطالعه ادله الکترونیکی و مبانی حقوقی آن نشان داد که در دنیای مجازی و الکترونیکی نمی‌توان صرفاً از ادله سنتی برای حل بسیاری از مسائل دنیای کنونی استفاده کرد. ادله الکترونیکی از جمله ابزارهای نوین در فرآیند دادرسی محسوب می‌شوند، ویژگی‌هایی مانند یکسان نبودن نسخه الکترونیکی با رونوشت چاپ‌شده، قابلیت ذخیره‌سازی به صورت فشرده، صور مختلف ذخیره، قابلیت تکثیر سریع و ساختار متفاوت آن‌ها از اسناد عادی از جمله موارد قابل توجه در ادله الکترونیکی محسوب می‌شود. ادله الکترونیکی با این‌که از لحاظ صوری، متفاوت از اسناد عادی هستند، ولی از لحاظ ماهوی دارای ارزش برابر و قابل استناد همانند اسناد عادی ادله اثبات دعوا نظیر شهادت، قسم و اقرار هستند. از جمله چالش‌های بحث ادله الکترونیکی می‌توان به کلان بودن حجم اطلاعات، پنهان بودن بسیاری از آن‌ها و مشکلات ناشی از تفاوت زبان‌ها اشاره کرد.

با توجه به نقش فعال دادرسی اداری در دادرسی اداری نیز امکان استفاده از ادله الکترونیک وجود دارد. البته این امر به صراحت در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان پیش‌بینی نشده و رویه عملی دیوان نیز نشان‌دهنده استفاده از این دلایل است.

آن‌چه از دیدگاه‌های مختلف فقیهان و دانشمندان اسلامی می‌توان برداشت کرد، این است که اگر نوشته و سند دارای امضا یا مهر بوده و به شیوه مطمئنی محافظت گردد و مصون از تغییرات باشد و هدف و نیت تنظیم‌کننده آن بر قبول مندرجات مسلم باشد، چه آن را اقرار کتبی بدانیم، با این‌که آن را ابزاری برای ایجاد علم عادی قاضی فرض کنیم یا آن‌که آن را دلیل مستقل به حساب آوریم، دارای اعتبار و حجیت است و قاضی می‌تواند حکم خویش را به آن مستند کند.

در فقه، کتابت در مفهوم ثبت به کار رفته و هر گونه ثبت مطمئنی را مانند ثبت الکترونیکی در بر می‌گیرد. با عنایت به این توضیحات، برای سند الکترونیک و ایمن بودن

آن از تغییرات و مسلّم بودن قصد امضاکننده سند الکترونیک در خصوص پذیرش مندرجات سند به دلیل برخورداری از رمز یا کلید عمومی و خصوصی یا روش‌های دیگر می‌توان برداشت کرد هم‌چون اسناد کاغذی به خصوص در فقه دارای اعتبار و حجیت است.

در پایان، پیشنهادهایی را بیان می‌کنیم:

۱. با این‌که در دهه‌های اخیر، فناوری اطلاعات و ارتباطات در ایران گسترشی چشم‌گیر داشته، ولی به علت کمبود و در برخی موارد، نبود فرهنگ‌سازی و ساختارهای حقوقی در این زمینه، شاهد کارکردهای نامطلوب آن در جامعه هستیم. آگاهی‌بخشی به مردم در این زمینه و قانونی‌سازی این فعالیت‌ها می‌تواند تا حدّ زیادی از میزان کارکردهای منفی بکاهد و در نتیجه، با ایجاد اعتمادی بیش‌تر در مردم، امکان استفاده مطلوب از این فناوری‌ها را فراهم کند.
۲. مجریان قانون هنگام جمع‌آوری ادلّه الکترونیکی ابتدا باید به تفتیش و توقیف ادلّه اقدام کنند. بعد این ادلّه را برای ارائه به دادگاه آماده سازند. این در حالی است که ترتیب قرارگیری این دو مقوله در قانون معکوس است و ابتدا از ارائه ادلّه و بعد، تفتیش و توقیف ادلّه الکترونیکی سخن به میان آمده است که بهتر است برای حفظ نظم مراحل شکلی ادلّه الکترونیکی، این دو مبحث جابه‌جا شوند.
۳. در رویه‌های قضایی، شاهد آن هستیم که در یک پرونده، اگر ادلّه ارائه‌شده، شهود و ادلّه الکترونیکی مثل ادلّه صوتی باشد، اما شهود حاضر به شهادت نشوند، قاضی به ادلّه صوتی ترتیب اثر نمی‌دهد. بهتر است که دوره‌های آموزشی تخصصی برای قضات و دست‌اندرکاران قضایی برگزار شود تا با ادلّه الکترونیکی، فضای مجازی و جرایمی که در این فضا به وقوع می‌پیوندد و اهمیت آن‌ها بیش‌تر آشنا شوند.
۴. با این‌که قانون‌گذار برای دلایل الکترونیک به ویژه دلیل الکترونیکی مطمئن، ارزش اثباتی زیادی قائل شده است، اثبات بهره‌مندی دلیل از شرایط اطمینان با مشکلات و دشواری‌هایی روبه‌روست. پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار، راهکار مناسبی برای معرفی شیوه‌های فنی مطمئن برای بار اثبات دعوای حقوقی ارائه کند.
۶. با وجود تصویب قانون تجارت الکترونیک، در رویه‌های قضایی و آرا مشاهده می‌شود که هنوز ادلّه الکترونیکی در محاکم به صورت کامل پذیرفته نشده است. این احتمال وجود دارد که دادگاه‌ها به دلیل نبود قانون، در برابر پذیرش این دسته از ادلّه یا در مورد حدود ارزش اثباتی آن‌ها مقاومت کنند یا تردید داشته باشند. پس با توجه به افزایش جرایم سایبری بهتر است در اجرایی شدن این قانون، اهتمام بیش‌تری صورت گیرد.
۷. به کارگیری کارشناسان داده و رایانه در محاکم می‌تواند در افزایش علم قاضی اثرگذار باشد و موجب یقین و علم قاضی شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. افشارنیا، طیب و حجت مبین، **اطاله دادرسی و توسعه قضایی**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.
۲. رضایی، علی، **حقوق تجارت الکترونیکی**، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۳. صدرالحفاظی، سید نصرالله، **نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، تهران: شهریار، ۱۳۷۲.
۴. قاری سید فاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر دوم: جستارهایی تحلیلی از حق‌ها و آزادی‌ها)**، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۸.
۵. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۶. گاتن، آلن، **کشف ادله الکترونیکی**، ترجمه: مصیب رضائی، تهران: دبیرخانه شورای عالی اطلاع‌رسانی، ۱۳۸۳.
۷. مولاییگی، غلام‌رضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۸. هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق، **دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول دادرسی عادلانه و آیین‌های دادرسی منصفانه**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. استوارسنگری، کورش، «**چیستی دادرسی اداری در ایران؛ دادرسی در اداره یا دادرسی بر اداره؟**»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، دوره ۲، شماره ۴.
۲. اسماعیلی، اکبر و بابک پورقهرمانی، «**چالش‌های فراروی دادرسی الکترونیک در ایران**»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۸، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۷.
۳. خدادادی، ابوالقاسم و علی خالدی، «**شهادت از راه دور (تحلیل ماده ۱۸۶ قانون مجازات اسلامی)**»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۹۵، دوره چهارم، شماره ۷.
۴. رستمی، ولی و احمد خسروی، «**امکان‌سنجی تدوین قانون آیین دادرسی اداری (با توجه به ماهیت و ویژگی‌های مراجع اختصاصی اداری)**»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۲، شماره ۶۴.
۵. رضوی، سید مهدی و همکاران، «**تحصیل دلیل در دادرسی اداری در پرتو حمایت**

- از حقوق شهروندان»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، انتشار آن‌لاین: ۱۴۰۱.
۶. زارعی، محمدحسین و آریتا محسن‌زاده، «نظام اثبات دعوا در دادرسی اداری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۴، شماره ۷۲.
۷. زرکلام، ستار، «دادرسی‌های الکترونیکی؛ ضرورت‌ها، الزامات و چالش‌ها»، آموزه‌های حقوق کیفری، ۱۳۹۱، شماره ۳.
۸. سوادکوه، سام، «آیین دادرسی اداری در تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی، ۱۳۹۱، سال اول، شماره ۱.
۹. شهبازی‌نیا، مرتضی و محبوبه عبداللهی، «دلیل الکترونیک در نظام ادله اثبات دعوا»، فصل‌نامه حقوق، ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۴.
۱۰. شهبازی‌نیا، مرتضی، «احراز اصالت در اسناد الکترونیکی»، مجله مدرّس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۸، شماره ۴ (پیاپی ۶۳).
۱۱. عباسی، رسول و همکاران، «کیفیت خدمات الکترونیک قضایی و اعتماد شهروندان»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال نهم، شماره ۲۸.
۱۲. فتحی، یونس و همکاران، «نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال اول، شماره ۱.
۱۳. قمری، اسماعیل و همکاران، «تحلیلی بر اعمال قاعده مشروعیت تحصیل دلیل در دادرسی اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال هشتم، شماره ۲۴.
۱۴. قمری، اسماعیل و همکاران، «کار بست اصل مشروعیت تحصیل دلیل کیفری در دادرسی‌های اداری ایران با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۱.
۱۵. محمدی، سام و حمید میری، «بررسی تطبیقی ارائه ادله الکترونیک در دادگاه: اشکال و اعتبار آن»، نامه مفید، ۱۳۸۸، شماره ۷۶.
۱۶. مرادخانی، فردین، «دادگاه‌های اداری در ایران: ابهام در مبانی، سردرگمی در عمل»، حقوق اساسی، ۱۳۹۳، شماره ۲۲.
۱۷. مرادخانی، فردین، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری»، مجله فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، سال هشتم، شماره ۱۵.
۱۸. مؤذن‌زادگان، حسن‌علی، الهام سلیمان دهکردی و مهشید یوشی، «حفظ صحت و استنادپذیری ادله الکترونیک با استفاده از بیومتريک و رمزنگاری»، کتاب حقوق کیفری، ۱۳۹۴، شماره ۱۲.
۱۹. همّتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای

خاص دادرسی منصفانه با نگاه به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال نوزدهم، شماره ۵۵.
۲۰. همتی، مجتبی، «حق دسترسی به دادگستری در دیوان عدالت اداری با نگاه به نظرهای شورای نگهبان»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال پنجم، شماره ۱۶.
۲۱. یآوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۳، شماره ۲.

ج) پایان‌نامه

۱. داوریناه، نسیم، «اصول و مبانی حاکم بر نحوه تحصیل دلیل در فضای سایبر»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۳.
۲. فوقانی، هادی، «قابلیت استناد به ادله الکترونیک با نگاه به آرای قضایی: انواع ادله الکترونیک و ارزش اثباتی آن‌ها»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۵.
۳. کریمی، محسن، «جمع‌آوری و استنادپذیری ادله الکترونیکی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۰.
۴. محمدی گیلکجانی، امیر، «بررسی فقهی - حقوقی ادله الکترونیکی در حقوق کیفری ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه محدث نوری، ۱۳۹۵.

2-Latin Source

- 1-Frumarová, Kateřina, "Evidence in administrative proceedings - proof by audio-visual record, proof by the content of the website and other means of proof lacking explicit regulation in the Code of Administrative Procedure", *Institutiones Administrationis-Journal of Administrative Sciences*, 2022, Vol. 2, No. 1, 132-143, DOI:10.54201/iajas.v2i1.31
- 2-Jolowicz, J. A., *Adversarial and Inquisitorial models of Civil Procedure International and Comparative Law quarterly*, 2003, Available at: WWW.Jstor.org/PSS/3663110
- 3-Wang, Minyan, *The Impact of Information Technology Development*, *Journal of Law and Technology*, 2006, Vol. 15, No. 3



ابهام تئوریک در چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران

محمودزین کریمیان*

چکیده

برای هیچ موضوعی نمی‌توان بدون مبنا قرار دادن یک نظام تئوریک مناسب، قانونی جامع، مانع و مناسب اوضاع و احوال حوزه شمول آن موضوع نوشت. بر این مبنا، مسئله پژوهشی که به نگارش مقاله حاضر انجامیده، کاوش مبنای نظری قانون رسیدگی به تخلفات اداری در جمهوری اسلامی ایران به ویژه تعیین رفتارهایی است که تخلف اداری کارمند قلمداد شده‌اند. این پژوهش، از جهت هدف، کاربردی و از نظر روش، توصیفی - تحلیلی است و گردآوری اطلاعات با روش کتابخانه‌ای و رجوع به اسناد و مدارک و تحلیل اطلاعات، با منطق علم حقوق به ویژه حقوق اداری است. قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۲) بدون آن که رفتار صحیح اداری (رفتار درست، کامل و قانونمند) را تعریف و ضوابط آن را بیان کند و حتی بدون تعریف صریح تخلف اداری، تخلفات اداری کارمندان را تعیین کرده است (ماده ۸). کاوش این نقص اساسی و روشن کردن تبعات منفی آن، ضرورت نظری و عملی تبیین نظام تئوریک موضوع و اصلاح و تکمیل قانون مورد نظر را آشکار ساخته است.

کلیدواژه‌ها: تخلف اداری، جرم اداری، رفتار اداری، کارمند.

مقدمه

برای هیچ موضوعی نمی‌توان بدون مبنا قرار دادن یک نظام تئوریک مناسب، قانونی جامع، مانع و مناسب اوضاع و احوال حوزه شمول آن موضوع نوشت. بر این مبنا، مسئله پژوهشی که به نگارش مقاله حاضر انجامیده، کاوش مبنای نظری قانون رسیدگی به تخلفات اداری در جمهوری اسلامی ایران به ویژه تعیین رفتارهایی است که تخلف اداری کارمند قلمداد شده‌اند. این مبنای نظری باید برای تعیین این‌که چه رفتارهایی را باید تخلف اداری قلمداد کرد، رفتار صحیح کارمند را تعریف و ضوابط آن را تعیین کند تا خروج از صحت رفتار اداری و نقض ضوابط یادشده، تخلف اداری دانسته شود. آن‌گاه بر اساس آن مبنا، برای حالت‌های تفصیلی این خروج و نقض، عنوان‌های مناسب انتخاب و برای هر تخلف، تنبیه مناسب تعیین شود.

در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، نه تنها تعریف و ضوابط رفتار صحیح کارمند نیامده، بلکه تخلف اداری نیز تعریف نشده است و معلوم نیست که تنظیم فهرست تخلفات اداری کارمندان (ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری) بر پایه کدام نظام نظری مبتنی است. در نظام رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان، مسائل متنوعی وجود دارد که تلاش برای حل تحکمی آن‌ها، نه تنها مسئله چیستی تخلف اداری و مسائل تبعی آن را حل نکرده، بلکه مسائل بیش‌تری را آشکار کرده است. از جمله، سعی شده است که نقص اساسی نبود تعریف «تخلف اداری کارمند» در آیین‌نامه اجرایی این قانون، مصوب ۱۳۷۳/۷/۲۷ هیئت وزیران رفع شود. به این منظور، ماده ۲ آیین‌نامه، در تعریف تخلف اداری، آن را ارتکاب اعمال و رفتار نادرست توسط مستخدم و رعایت نشدن نظم و انضباط اداری دانسته است. با این حال، معلوم نیست که رفتار درست و ضوابط درستی رفتار و ضوابط نظم و انضباط اداری دقیقاً چیست. به علاوه، در این تعریف، تخلف اداری، منحصر به موارد مندرج در قانون رسیدگی به تخلفات اداری دانسته شده، در حالی که در قوانین متنوع دیگر مانند قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) هم رفتارهایی به عنوان تخلف اداری تعیین شده است.

طرح پژوهش

قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۲) بدون آن‌که رفتار صحیح اداری (رفتار درست، کامل و قانون‌مند) را تعریف و ضوابط آن را بیان کند و حتی بدون تعریف صریح تخلف اداری، تخلفات اداری کارمندان را تعیین کرده است (ماده ۸). کاوش این نقص اساسی و روشن کردن تبعات منفی آن، ضرورت نظری و عملی تبیین نظام تئوریک موضوع و اصلاح و تکمیل قانون مورد نظر را آشکار ساخته است. در تبیین مسئله پژوهش می‌کوشیم به این پرسش پاسخ دهیم که مجموعه تخلفات تعیین‌شده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری چه

نقص‌ها، ابهام‌ها و اشکال‌هایی دارد و چرا؟ بنابراین، قلمرو موضوعی پژوهش حاضر، وضعیت حکمی تخلفات اداری کارمندان، تعیین‌شده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، از رویکرد تئوریک و با شاخص‌های جامع بودن، مانع بودن، تناسب و روشن شدن معنای عنوان‌های تخلف است و قلمرو زمانی، قوانین جاری را در بر می‌گیرد.

این پژوهش کاربردی با هدف سنجش جامع، مانع و متناسب بودن تخلفات اداری کارمندان با دیگر مشخصات نظام اداری کشور و روشن شدن حکم قانون در این موضوع به صورت توصیفی و تحلیلی آماده شده است. گردآوری اطلاعات در آن نیز با روش کتابخانه‌ای و رجوع به اسناد و مدارک و تحلیل اطلاعات، با منطق علم حقوق به ویژه حقوق اداری است.

ابتدا ماهیت نظری (تئوریک) تخلف اداری کارمند تبیین خواهد شد (گفتار اول) و بر این مبنا، چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران کاوش می‌شود. در ادامه، مسائل و ابهام‌های فهرست تخلفات اداری تعیین‌شده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری و نسبت این فهرست تخلفات با مجموعه تخلف‌هایی که به صورت پراکنده در تعدادی از قوانین دیگر تعیین شده‌اند، واکاوی خواهد شد (گفتار دوم). در پایان نیز بر مبنای نتایج دست آمده، پیشنهادهایی ارائه خواهد شد.

گفتار اول. چیستی نظری (تئوریک) تخلف اداری کارمند

تخلف اداری در معنای عام خود، شامل هر تخلفی است که مشمولان قوانین اداری آن را مرتکب شوند. قوانین اداری در معنای عام خود، شامل قوانین سازمان‌های اداری (از جمله، قوانین ساختاری و رفتاری به ویژه قوانین حاکم بر رفتار کارمندان) و قوانین خدماتی که این سازمان‌ها باید به موجب قانون ارائه دهند، قوانین انتظامی حاکم بر رفتار دسته‌هایی از کارکنان بخش عمومی، قوانین انتظامی زندگی شهر و روستا و تردد و حمل و نقل، قوانین انضباطی، قوانین حرفه‌ای و قوانین صنفی است.

در یک تعریف، تخلف اداری، هر تخلف، نقض یا هر گونه تخطی (که ممکن است شامل یک تخلف انتظامی باشد) قابل مجازات از هر طریق به موجب و مطابق قانون [به معنای عام]، غیر از طریق فرآیندهای رسیدگی کیفری است.^۱ با این حال، تعاریفی نیز وجود دارند که تخلف (خطای) اداری را جرم می‌دانند، ولی سطح کم‌خطر آن. برای مثال، یک خطای اداری با خطای کیفری از این جا متفاوت است که انحراف اداری کم خطرتر تلقی می‌شود.^۲ یک نظر نیز این است که اقدام کیفری نهفته در خطای اداری، جرم نیست، ولی خطای اداری از نظر کلیت نیت و اهداف، یک خطای کیفری است.^۳ آن‌چه گفته شد، در مورد تخلف

1-www.lawinsider.com>dictionary/» 17/6/1400 .

2-www.cilvektiesibugids.lv/» 17/6/1400 »administrative offences proceedings .

3-www.zarihassan.com.

اداری، به معنای عام است. در این میان، تخلف اداری کارمند، در معنای عام خود، از سوی کارمند و در فضای جریان واقعی قوانین حاکم بر رفتار اداری کارمندان صورت می‌پذیرد. محور بحث در این نوشته آن است که چرا باید به شکایت حقوق بشری افراد (در راستای حق برخورداری از محاکمه عادلانه و منصفانه) نیز که مربوط به آرای صادرشده از مراجع رسیدگی اداری باشد، رسیدگی شود؟

«اداری»، در حقوق اداری در مفهومی خیلی وسیع به کار می‌رود. «اداره»، بیش از صرف عملیات واحدهای دولتی و اجرای برنامه‌های دولت است. قوه مجریه، همه مراجع عمومی، جز دادگاه‌ها و پارلمان را در بر می‌گیرد.^۱ حتی در دادگاه‌ها و پارلمان هم امور اداری و کارمندان اداری در قلمرو معنایی واژه «اداری» قرار دارند.

بند اول. تعریف کارمند

تعریف کامل «تخلف اداری کارمند» به این وابسته است که واژه «کارمند» دارای تعریف روشن قانونی باشد. به علاوه، مراد از تخلف اداری کارمند، تخلفی است که کارمند در جایگاه و نقش کارمندی خود مرتکب می‌شود، نه هر تخلف اداری به معنای عام که کارمند به عنوان یکی از اعضای جامعه مرتکب شود.

از سوی دیگر، اگر فردی که کارمند اداری نیست، مثل استاد دانشگاه در جایگاه و نقش یک کارمند اداری قرار گیرد یعنی در عین استاد دانشگاه بودن، متصدی پست سازمانی اداری شود و در انجام وظایف اداری این پست سازمانی مرتکب تخلف گردد، تخلف او «تخلف اداری کارمند» است، نه «تخلف انتظامی عضو هیئت علمی». این پاسخ بر مبنای روشی است (وظیفه‌محور) که در ادامه برای تعیین تخلف اداری ارائه شده است. این فرد مرتکب «تخلف اداری» شده است و تشخیص این تخلف و رسیدگی به آن باید به موجب و مطابق با قانون حاکم بر این موضوع صورت پذیرد.

بند دوم. مسئله مکان و زمان وقوع تخلف اداری کارمند

تشخیص قید مکان برای صدق عنوان تخلف اداری بر رفتار کارمند، قدری بحث‌انگیز است و مقتضی تشخیص محیط سازمان محل خدمت کارمند هم است. تعریف بعضی از تخلف‌ها به تعیین دقیق و کاملاً روشن موضع مکانی کار کارمند وابسته است، مثل ترک غیر موجه محل کار و تعریف بعضی از تخلف‌ها به تعیین دقیق و کاملاً روشن محیط داخلی سازمان وابسته است، مثل تأخیر غیر موجه در ورود به سازمان. به این نکته هم باید توجه شود که «محل کار» بعضی از کارمندان، شامل دو بخش است: بخشی در «محیط داخلی» سازمان و بخشی در

1-Endicott, Timothy, Administrative Law, First edition, OXFORD university press, 2009, p. 9.

محیط خارجی تحت شمول وظایف کارمند، مثل محل کار مأمور حفاظت محیط زیست. این مفاهیم با پیدایش مفاهیم و روش‌هایی مثل دور کاری و الگوهای سازمانی مثل سازمان مجازی، قدری دچار تحول شده است و تعریف و تشخیص تخلف‌های یادشده در جاهایی که این گونه روش‌ها یا الگوها جاری است، باید متناسب با این وضعیت‌ها صورت پذیرد. در مواردی که صدق عنوان تخلف اداری بر یک رفتار، به وقوع این رفتار در محیط داخلی سازمان اداری کارمند موقوف شده است، باید توجه داشت که تشخیص مرزهای سازمان، امری نسبی است و در مورد همه «وظیفه»ها یکسان نیست.

به علاوه، تغییر در محیط سیستم - در بحث فعلی، سازمان - ممکن است یک یا بیش از یک خصوصیت سیستم را تحت تأثیر قرار دهد و به طور متقابل، تغییر در سیستم، بر محیط اثر بگذارد.^۱ در مبحث تخلفات اداری، این واقعیت، مقتضای پویایی ضوابط رفتار صحیح، در مورد کارهایی است که خود یا فضایشان تحت تأثیر تحولات قرار می‌گیرند و به تبع پویایی تعریف تخلفات اداری مربوط است.

در مورد عنوان و تعریف بعضی از تخلفات اداری، زمان، یکی از ارکان رفتاری است که تخلف نامیده شده است و حکم آن باید کاملاً روشن باشد. برای مثال، اگر تخلف عمل خلاف شئون اداری کارمند را محدود به محیط اداری کار او ندانیم - کارمند در کل جامعه نباید عمل خلاف شئون اداری انجام دهد - این موضوع باید در تعریف و حتی در عنوان این تخلف منعکس شده باشد.

بند سوم. شاخص و استاندارد رفتار صحیح کارمند (تخلف کارمند از چه؟)

تبیین نظری (تئوریک) تخلف باید از تبیین رفتار صحیح کارمند نوعی شروع شود. هر گاه و هر جا از هر یک از این رفتارهای صحیح یا از مجموعه آن‌ها انحرافی صورت پذیرد، یک تخلف واقع شده است. پس در گام نخست، طرح مجموعه رفتاری صحیح کارمند نوعی ضرورت دارد؛ چون قانونی را که بدون تعیین مجموعه رفتاری مطلوب صحیح، تخلفات را برشمارد، نمی‌توان از نظرگاه علمی تأیید کرد. فهرست تخلفات تعیین شده در چنین قانونی، نه جامع است و نه مانع و دست کم، در مورد بعضی از تخلفات تعیین شده، معنای محتوایی تخلف روشن نیست و در مورد بعضی از تخلف‌ها، هم‌پوشانی محتوایی وجود دارد. در چنین وضعیتی، با وجود قانونی که به ظاهر، تخلفات اداری - و مجازات‌های اداری - را تعیین کرده است، در قانون‌های متعدد دیگر نیز به صورت پراکنده، تخلف - و در بعضی جاها، مجازات اداری هم - تعیین می‌شود.

1-Robbins, Stephen p., Organization Theory structure, design, and applications, third edition, PRENTICE-HALL, INC, 1990, p. 16

از جهت تحقق عدالت، وضعیت چالشی برای کارمندان، از ابهام در معنای بعضی از عنوان‌های قانونی تخلفات اداری ناشی می‌شود. در چنین وضعیتی، در مورد یک رفتار مشخص، ممکن است در یک سازمان، آن را تخلف اداری بدانند و در سازمانی دیگر، آن رفتار، تخلف اداری دانسته نشود یا در یک سازمان، در یک بازه زمانی، عنوانی از عناوین قانونی تخلفات اداری کارمندان را بر آن رفتار صادق بدانند و در بازه زمانی دیگر، عنوانی دیگر را. از این رو، ضرورت روشن شدن کامل رفتارهایی که به عنوان تخلف اداری تعیین شده‌اند، حساسیت و اهمیتی مضاعف می‌یابد و این روشنی، جز با در دست بودن مجموعه رفتاری مطلوب صحیح و ضوابط آن ممکن نیست. مجموعه رفتاری مطلوب صحیح ممکن است این گونه باشد که کارمند باید هر وظیفه تعیین شده در پست سازمانی تحت تصدی خود و مجموعه این وظایف را درست، کامل و مطابق قوانین و مقررات آیینی حاکم بر انجام این وظایف و قوانین ماهیتی حاکم بر موضوع این وظایف انجام دهد و در این راستا، به مقدمات و لوازم این «باید»، پای‌بندی کامل رفتاری عملی داشته باشد. انتظام اداری و سلسله مراتب و راستای حسن جریان امور را می‌توان از ارکان این مقدمات دانست. با تفصیل چنین مجموعه‌ای، شاخص‌ها و استانداردها (ضوابط) رفتاری نوعی کارمندان به دست می‌آید و تخلف از این ضوابط، تخلف اداری است. تنها در این صورت می‌توان به مجموعه‌ای روشن، مناسب، جامع و مانع از تخلفات اداری دست یافت. در ضمن، رویکرد سیستمی، مقتضای این است که هیچ گاه از ضرورت تحول چنین مجموعه‌ای در واکنش به تحولات محیطی غفلت نشود.

ضرورت مانع بودن مجموعه تخلفات اداری، این پرسش را می‌آفریند که آیا می‌توان از دست دادن شرایط مستمر استخدام کارمند، مثل داشتن تابعیت غیر مضاعف کشور را که بعد از استخدام واقع شده باشد، «تخلف اداری» دانست یا این از دست دادن شرط، نه به عنوان تخلف اداری، بلکه باید به اقتضای همان حکم قانونی که این شرط را برای کارمند شدن قرار داده بود، موجب قطع رابطه استخدامی او شود؟ روشن است که این دو حالت، در شمول قوانین و مقررات حاکم بر فرآیند رسیدگی و در آثار و تبعات حکم صادرشده فرق خواهند داشت. در کشورهای دارای نظام‌های حاکمیتی ایدئولوژیک، پرسش مشابه در مورد شرط‌های عقیدتی استخدام صادق است. به علاوه، امروزه تحت تأثیر اسناد بین‌المللی حقوق بشر، به سمت جهانی شدن و هماهنگی و نزدیک شدن مرزهای حقوقی کشورها گام برمی‌داریم.^۱

در هر صورت، با روش پیشنهادی بالا برای تعیین تخلف‌ها، روشن است که هر تخلفی که کارمند انجام دهد و هر عاملی را که موجب انفعال از خدمات دولت باشد، نمی‌توان تخلف اداری کارمند (به معنای خاص آن) دانست.

۱. تاروی وردی، صادق و محمود عباسی، «اصول دادرسی منصفانه در محاکم اداری و هیئت‌های انتظامی پزشکی»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، ۱۳۸۸، سال سوم، شماره ۹، ص ۱۱۵.

بند چهارم. امکان ماهیتی و وقوعی این که یک رفتار، بیش از یک چهره تخلف‌آلود داشته باشد

تخلف اداری (در معنای عام) را می‌توان شامل تخلف اداری کارمندان، تخلف مالی کارمندان، تخلف محاسباتی کارمندان، تخلف انتظامی دسته‌هایی از متصدیان امور عمومی، تخلف انتظامی اعضای «حرفه‌ها»، تخلف انضباطی و تخلف اعضای اصناف دانست. بعضی از این اقسام دارای اقسام فرعی خود هستند، مثل تخلف انتظامی متصدی امر عمومی که شامل تخلف انتظامی عضو هیئت علمی و تخلف انتظامی قاضی است و تخلف انتظامی اعضای حرفه‌ها که شامل تخلف انتظامی پزشک و تخلف انتظامی وکیل دادگستری است. در این جا، به عنوان مثال، نسبت تخلف اداری کارمند نوعی با تخلف مالی او سنجیده می‌شود. تخلف مالی کارمند را می‌توان تخلف کارمند نسبت به مال، پول و درآمد و هزینه اداره تعریف کرد. با اتکا به الگوی وظیفه‌مدار تعیین تخلف اداری که بیان شد، باید بین دو حالت تمییز قایل شد:

حالت اول - کارمند این تخلف را در مسیر انجام وظیفه خود مرتکب شده است؛ مثل این که به عنوان هزینه تنخواه گردان در اختیار، صورتی غیر واقعی ارائه داده است. حالت دوم - تخلف واقع شده به وظیفه کارمند متخلف ربطی نداشته است.

اقتضای الگوی یادشده مقتضای این است که حالت اول را هم تخلف اداری و هم تخلف مالی بدانیم. در این صورت، از نظر منطقی، در مجموعه تخلفات اداری تعیین شده در الگوی یادشده، عنوانی مناسب برای این تخلف اداری یافت خواهد شد. به این ترتیب، به این رفتار کارمند باید به اعتبار تخلف اداری بودن، به موجب و مطابق قانون حاکم بر رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان و به اعتبار تخلف مالی بودن، به موجب و مطابق قانون رسیدگی به تخلفات مالی کارمندان رسیدگی شود.

در مورد حالت دوم بالا، به تخلف کارمند به موجب و مطابق قانون حاکم بر رسیدگی به تخلفات مالی رسیدگی خواهد شد و البته اگر عنوانی از عناوین تخلف اداری هم بر مورد صدق کند، مثل این که کارمند، تخلف مالی را با سوء استفاده از موقعیت اداری خود انجام داده باشد، باید جداگانه به این تخلف اداری هم رسیدگی شود، آن هم به موجب و مطابق قانون حاکم بر رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان.

بند پنجم. امکان صدق هم‌زمان «تخلف اداری» و «جرم» بر یک رفتار

در میان همه انواع تخلف‌های اداری (به معنای عام) بعضی (تعداد کمی) از تخلف‌ها در عین حال، جرم هم هستند؛ یعنی قانون‌گذار برای آن‌ها در قوانین جزایی یا ماده‌های قانونی با ماهیت جزایی، مجازات کیفری هم در نظر گرفته است. می‌دانیم که ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، جرم را چنین تعریف کرده است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود».

در تحلیل نظری، هر گاه قانون‌گذار، رفتاری را در سطح نسبتاً بالایی صدمه‌زننده به جامعه یا حقوق اشخاص جامعه تشخیص دهد، آن را جرم می‌داند، برای آن مجازات تعیین می‌کند و به اتهام ارتکاب جرم با فرآیند قانونی دادرسی کیفری رسیدگی می‌شود. در نظام حقوقی انگلستان - به عنوان مظهری از نظام‌های حقوقی عرفی -، «جرم»‌ها، «خطا»‌هایی هستند که بنا بر رأی قاضی‌ها یا مصوبه گاه به گاه پارلمان، برای عامه آن قدر صدمه‌آور هستند که این صدمه‌آوری، مقتضای اعمال فرآیند کیفری در مواجهه با آن‌ها باشد.^۱

این تعریف نه در سطح نظری مورد اتفاق نظر است و نه در قوانین همه کشورها وجود دارد. یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد که در سطح نظری و در متون رسمی ملی و بین‌المللی، هم تخلف اداری و هم جرم، رفتاری هستند که در «قانون» ممنوع شده‌اند و برای مرتکب، مجازات تعیین شده است و شاخص اصلی ممیز آن‌ها این است که تعیین «جرم» در قانون کیفری و رسیدگی به آن مشمول قانون آیین دادرسی کیفری (هر عنوانی با این معنا) است. بنابراین، تخلف اداری، رفتاری است که در «قانون»، با ضمانت اجرای مجازات ممنوع شده است، ولی «جرم» (جرم به معنای خاص) نیست.

در تعریف حقوقی جرم اداری گفته‌اند که «انحراف از قوانین و مقررات یک نهاد دولتی که به عنوان یک جرم قابل مجازات است».^۲ اگر یک تخلف اداری در عین حال جرم هم باشد، این پرسش مطرح می‌شود: آیا باید در هر دو مرجع رسیدگی (اداری و قضایی) رسیدگی شود یا تنها در مرجع رسیدگی قضایی؟ ورود تفصیلی به این بحث از قلمرو موضوعی پژوهش حاضر خارج است و تنها به این نکته بسنده می‌شود که چون حقوق، عالم اعتبارات است، به این گونه رفتارهای دوچهره‌ای، به اعتبار تخلف اداری بودن باید به موجب و مطابق قانون حاکم بر رسیدگی به تخلفات اداری و به اعتبار جرم بودن به موجب قانون کیفری حاکم بر موضوع و مطابق قانون آیین دادرسی کیفری رسیدگی شود.

1-Barker, David and Padfield, Colin, law made simple, tenth edition, MADE SIMPLE BOOKS, 1998, p. 286.

2-www.merriam-webster.com.

بند ششم. امکان سنجی حقوقی قائل بودن به نهادهایی مثل شروع به تخلف اداری، مشارکت در تخلف اداری و معاونت در تخلف اداری

این که آیا صرف شروع به تخلف اداری نیز تخلف اداری است، در راستای موضوع پژوهش حاضر (چیستی تخلف اداری کارمند) قرار دارد و چنین است در مورد مشارکت در تخلف اداری و در مورد معاونت در تخلف اداری. از رویکرد نظری، اگر «تخلف اداری» نیز «جرم» دانسته شود، چون مشمول رویکرد حقوق کیفری قرار می‌گیرد، ممکن است پاسخ این پرسش در هر سه مورد، مثبت دانسته شود.

از دیدگاه برخی حقوق دانان، جرم سه نوع است: جرم انتظامی (خطای انتظامی)، جرم مدنی و جرم جزایی.^۱ البته به این ترتیب، تخلفات اداری کارمند را باید از دسته اول برشمرد. به نظر می‌رسد که اگر معنای واژه «جرم» چنین وسعت شمولی داشته باشد، رویکرد کیفری، تنها شامل جرم جزایی است. یک نظر هم این است که جرم با تخلف تفاوت اساسی دارد. در نتیجه، حقوق جزا و مقررات انضباطی هم دارای اختلاف ماهیتی خواهند بود. البته میان این دو دسته از مقررات، شباهتهایی هم وجود دارد.^۲

از دیدگاه حقوق کیفری، انواع رفتارهایی که جزایی دانسته می‌شوند، در میان جوامع، متفاوت است و تعریف مطلق از رفتار جزایی وجود ندارد. صفت «جزایی»، چیزی بیش از یک برچسب نیست که بر انواع متفاوتی از رفتار در زمان‌های متفاوت در جوامع گوناگون الصاق می‌شود.^۳

در هر صورت، مطابق یک نظر، «لازم است قانون‌گذار درجه‌بندی تخلفات را پیش‌بینی نموده و حداقل، شروع به تخلفات مهم را تخلف‌انگاری کند... معاونت و مشارکت در تخلفات مهم را نیز قابل تنبیه بداند».^۴ در این صورت، قانون‌گذار باید برای تشخیص تخلفات مهم، معیاری عینی ارائه کند؛ زیرا با توجه به تنوع اهداف و وظایف سازمان‌های اداری کشور نمی‌توان در قانون، بعضی از ردیف‌های فهرست تخلفات را به صورت فراگیر مهم دانست.

در خصوص شروع به تخلف، این منطق هم قابل ارائه است: تخلفات اداری کارمندان دارای چنان ماهیت‌ها و سطوح و ابعادی هستند که اگر رفتار واقع شده (شروع به تخلف)، بسته به سطح و ابعاد خود و بسته به اوضاع و احوال وقوع رفتار، ثبوتاً تخلف اداری باشد، بتوان

۱. ساولانی، اسماعیل، **حقوق جزای عمومی**، تهران: مشاهیر دادآفرین، چاپ هشتم، ۱۳۹۷، صص ۶۳-۶۲.

۲. میرحسینی، حسن و محمود عباسی، **حقوق و تخلفات اداری**، تهران: حقوقی، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۷.

3-Elliott, Catherine, Quinn, Frances, Criminal Law, Sixth edition, PEARSON Longman, 2006, p.1

۴. روابط عمومی و امور بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضاییه، نشست ترویجی ارائه گزارش پژوهشی با موضوع

«بررسی مقایسه‌ای قواعد عمومی حاکم بر ثبوت و سقوط ضمانت اجرای اداری و کیفری با

نگاهی به نظام حقوقی فرانسه»، زمان انتشار: ۱۴۰۰/۷/۷؛ تاریخ رجوع: ۱۴۰۱/۶/۱۵. www.jri.ac.ir

آن را در ردیف مناسب‌ترین عنوان - مثلاً رفتار خلاف شئون شغلی - قرار داد. در هر صورت، قانون‌گذار هر کشوری می‌تواند بعضی از تخلفات اداری را در عین حال، جرم هم بداند و این اصل، هماهنگ با همان تبیینی است که در بند پنجم گفتار اول ارائه شد.

گفتار دوم. چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران

تخلف اداری به معنای عامّ نظری خود، در جمهوری اسلامی ایران، در قوانین حاکم بر موضوعات مختلف، عنوان‌های گوناگونی یافته است، مثل «تخلف اداری کارمند» و تخلف انتظامی قاضی. در این پژوهش، به اقتضای قلمرو موضوعی پژوهش حاضر، تنها به کاوش در چیستی تخلف اداری کارمند می‌پردازیم.

قانون رسیدگی به تخلفات اداری از «تخلف اداری کارمند»، تعریف صریح ارائه نداده است. «تخلف اداری» در آیین‌نامه اجرایی این قانون، مصوب ۱۳۷۳/۷/۲۷ هیئت وزیران تعریف شده است: «ماده ۲: تخلف اداری عبارت است از ارتکاب اعمال و رفتار نادرست توسط مستخدم و عدم رعایت نظم و انضباط اداری که منحصر به موارد مذکور در قانون رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد و به دو دسته قصور و تقصیر تقسیم می‌شود:

الف) قصور عبارت است از کوتاهی غیر عمدی در انجام وظایف اداری محوله؛

ب) تقصیر عبارت است از نقض عمدی قوانین و مقررات مربوط».

در مورد این تعریف، نکاتی قابل طرح است:

یک - روشن است که در مورد تعریفی که بعد از تصویب فهرست تخلفات اداری (ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری) تعیین شده باشد، داشتن نقش مبنایی برای تعیین تخلفات اداری از نظر موضوعی و با توجه به زمان، منتفی است.

دو - در حالی که بعضی از تخلفات اداری، به صورت پراکنده، در قانون‌های دیگر تعیین شده‌اند، موضوعی که به آن پرداخته خواهد شد، این است که چرا تخلف اداری، «منحصر به موارد مذکور در قانون رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد»؟

سه - چرا ارتباط تعریف «قصور»، محدود به «انجام وظایف اداری محوله» و ارتباط تعریف «تقصیر»، محدود به اجرا و رعایت «قوانین و مقررات مربوط» شده است؟

غرض از طرح این نکات آن است که نشان دهیم تعریف پیش‌گفته از جهاتی بر ابهام چیستی تخلف اداری کارمند افزوده است. در هر صورت، تفصیل چیستی تخلف اداری کارمند در قانون رسیدگی به تخلفات اداری را باید در ماده ۸ این قانون که تخلفات اداری را تعیین

کرده است، با در نظر داشتن ماده ۱۸ همین قانون^۱ که دستگاه‌های مشمول را مشخص کرده است و دیگر ماده‌های موثر در چیستی تخلف اداری کارمند در این قانون کاوید. در این جا، ترتیب و روش کاوش ماهیت (چیستی) تخلف اداری و درجه روشنی عنوان‌های تخلفات اداری در این قانون از همان توالی منطقی چیستی نظری تخلف اداری کارمند که بیان شد، تبعیت می‌کند.

بند اول. تعریف کارمند در جمهوری اسلامی ایران

«کارمند» در لغت فارسی، از جمله به این معناها آمده است: «دارنده کار، کاردار دفتری، کسی که شغلی در دستگاهی دارد، عضو اداره و نظایر آن، خدمت‌گزار اداری و مستخدم در یکی از ادارات دولتی مستخدم اداری».^۲ البته کارمند، بیش‌تر به مأمور دولت و مؤسسات عام‌المنفعه یا بزرگ از قبیل شهرداری و بانک گفته می‌شود.^۳

در حقوق اداری که شاخه‌ای از حقوق عمومی است، اصطلاح مستخدم یا کارمند اداری، اخص از مستخدم عمومی است و به مستخدمی گفته می‌شود که در دستگاه اجرایی کشور (قوه مجریه) به طور رسمی یا پیمانی، متصدی یک شغل سازمانی است، ولی مستخدم عمومی شامل همه مستخدمان اداری هر سه قوه است.^۴

با این وضعیت تعریف کارمند در ادبیات حقوقی کشور، باید واژه «کارمند» را دارای اقسام دانست و برای هر قسم، تعریف نظری و قانونی خاصی در دسترس باشد. پرسش پژوهش حاضر این است که در واژه «تخلفات اداری کارمندان» که در قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۲) به کار رفته، کدام معنا(ها) از واژه کارمند مورد نظر است؟

به نظر می‌رسد که در سال ۱۳۷۲، تعریف کارمند در قانون استخدام کشوری (۱۳۴۵) - حاکم بر امور استخدامی بعضی از دستگاه‌های مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری - مثل وزارت‌خانه‌ها و دیگر قانون(های) استخدامی حاکم بر امور استخدامی دیگر دستگاه‌های

۱. ماده ۱۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری: کلیه وزارت‌خانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شرکت‌های ملی نفت و گاز و پتروشیمی و شهرداری‌ها و بانک‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است و مؤسساتی که تمام یا قسمتی از بودجه آن‌ها از بودجه عمومی تأمین می‌شود و نیز کارکنان مجلس شورای اسلامی و نهادهای انقلاب اسلامی مشمول مقررات این قانون هستند. مشمولان قانون استخدام نیروهای مسلح و غیر نظامیان ارتش و نیروهای انتظامی، قضات، اعضای هیئت‌های علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و مشمولان قانون کار از شمول این قانون خارج بوده و تابع مقررات مربوط به خود خواهند بود.

2-www.vajehyab.com/dehkhoda.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶، ص ۵۶۵.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ بیست و سوم، ۱۳۹۹، صص ۱۶۰-۱۵۹.

مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری مورد نظر بوده است. در هر صورت، آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۳/۷/۲۷) هیئت وزیران مقرر کرد که «منظور از کارمندان، کلیه کارکنان رسمی، ثابت، دایم، پیمانی و قراردادی است.» (تبصره ماده ۱ آیین‌نامه) با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)، مسئله دوباره قابل طرح شده و طرحی نو یافته است. این قانون، واژه «کارمند دستگاه اجرایی» را تعریف کرده است: «ماده ۷ - کارمند دستگاه اجرایی: فردی است که بر اساس ضوابط و مقررات مربوط، به موجب حکم و یا قرارداد مقام صلاحیت‌دار در یک دستگاه اجرایی به خدمت پذیرفته می‌شود.» ماده ۱۲۷ این قانون مقرر کرده است: «کلیه قوانین و مقررات عام و خاص به جز قانون بازنشستگی پیش از موعد کارکنان دولت، مصوب ۱۳۸۶/۶/۵ مجلس شورای اسلامی، مغایر با این قانون از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون لغو می‌گردد».

اکنون پرسش آن است که آیا تعریف واژه «کارمند» در اصطلاح «تخلفات اداری کارمندان»، همان تعریف کارمند دستگاه اجرایی در قانون مدیریت خدمات کشوری است؟ در این که تعریف مورد نظر قانون‌گذار در زمان تصویب قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۲) نمی‌توانست است عیناً همین تعریف قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) باشد، تردیدی نیست. از جمله، به این دلیل که تعاریف و نظم حقوقی سازمان‌های عمومی جمهوری اسلامی ایران، در زمان تصویب تعریف دستگاه اجرایی در قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) با تعاریف و نظم حقوقی سال ۱۳۷۲ یکی نبوده است.

این که کارمندان کدام سازمان‌ها مورد نظر قانون‌گذار است، در قلمرو شمول عنوان تخلف اداری ابهام ایجاد نمی‌کرد؛ زیرا قانون رسیدگی به تخلفات اداری سازمان‌های تحت شمول خود را تعیین کرده است (ماده ۱۸)، هر چند مثلاً تعریف شرکت دولتی که از جمله سازمان‌های مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری است، کاملاً روشن است و در عمل ممکن است صدق عنوان تخلف اداری بر رفتار کارمندان بعضی از شرکت‌های دولتی را دچار چالش سازد.

ابهام در تعریف کارمند ممکن است ناشی از ابهام در تعیین نوع حقوقی رابطه کاری مستخدم با سازمان اداری محل کار او باشد. در این جا، با توجه به قلمرو زمانی پژوهش حاضر، به تجزیه و تحلیل این مسئله در مورد تعریف قانون مدیریت خدمات کشوری از «کارمند دستگاه اجرایی» بسنده می‌شود. عبارت «به موجب... قرارداد» ممکن است در مواردی ابهام‌آفرین باشد؛ زیرا فارغ از معنای اصطلاحی واژه‌ها، واژه «قرارداد» در همین قانون،

معادل واژه «پیمان» هم آمده است.^۱ در عین حال، بنا بر قاعده حقوقی، مثلاً به کارگیری افراد به صورت «کار معین» (موضوع تبصره ماده ۳۲ همین قانون) نیز باید با قرارداد باشد. ممکن است که نتیجه، شمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری بر افراد با قرارداد کار معین در دستگاه‌های مشمول این قانون تصور شود که در این صورت، از این نکته غفلت شده است که به موجب ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، کارمند باید متصدی پست سازمانی باشد. ماده ۶ همین قانون، «پست سازمانی» را نیز تعریف کرده است: «پست سازمانی: عبارت است از جایگاهی که در ساختار سازمانی دستگاه‌های اجرایی برای انجام وظایف و مسئولیت‌های مشخص (ثابت و موقت) پیش‌بینی و برای تصدی یک کارمند در نظر گرفته می‌شود». پست‌های ثابت صرفاً برای مشاغل حاکمیتی که جنبه استمرار دارد، ایجاد خواهد شد.

عنصر اصلی پست سازمانی، «وظیفه» است و مقامات صلاحیت‌دار با رعایت قوانین و مقررات حاکم بر موضوع تعیین می‌کنند و دارای ماهیتی نوعی و ساختاری است، نه شخصی و قراردادی. این در حالی است که کار فردی که با قرارداد کار معین به کار گرفته می‌شود، قراردادی است و تخلف فرد از قرارداد، مقتضی واکنشی است که در همان قرارداد، با رعایت مقررات عام‌الشمول حاکم بر این گونه قراردادها با توافق طرفین تعیین می‌شود.

ماده ۳ دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۸/۸/۴)، «وظایف اداری» را چنین تعریف کرده است: «وظایف اداری از لحاظ این دستورالعمل، اموری است که مستخدم ملزم به انجام یا رعایت آن‌ها به موجب قوانین و مقررات و دستورات و الزامات شغلی یا شرح وظایف می‌باشد». این تعریف، فارغ از اشکال‌های علمی و فنی،^۲ در این که «وظایف اداری» را امری قراردادی ندانسته است، درست است و به اتکای این تعریف نمی‌توان منطق پیشاگفته را کنار نهاد. نتیجه اول: قانون رسیدگی به تخلفات اداری، تعریف صریح روشن، جامع و مانع از «تخلف اداری کارمند» ندارد و حوزه شمول این عنوان، با توجه به تعریفی که از کاوش در این قانون قابل استخراج است، تحت تأثیر ابهام در واژه «کارمند»، ابهام‌آلود شده است.

۱. ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری و تبصره ۳ آن: از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش ذیل انجام می‌پذیرد:

(الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی.

(ب) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین. ...

تبصره ۳ - سن کارمند پیمانی در انتهای مدت قرارداد استخدام نباید از شصت و پنج سال و برای مشاغل تخصصی از هفتاد سال تجاوز کند.

۲. یکی از این اشکالات، به کار بردن نامناسب کلمه «رعایت» است. وظیفه باید «انجام» شود و آنچه باید «رعایت» شود، ضوابط، مقررات، قوانین و اصول است.

بند دوم. مسئله مکان و زمان وقوع تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران

در مورد بعضی از تخلفات اداری تعیین شده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، قید مکان، ذاتی عنوان و تعریف تخلف است، مثل «ترک خدمت در خلال ساعات موظف اداری» (بند ۸ ماده ۸) و در مورد بعضی از تخلفات نیز ضرورت تعیین حکمی و تشخیص موضوعی مکان (به عنوان یک رکن تخلف)، موضوعاً منتفی است، مثل «کم کاری یا سهل انگاری در انجام وظایف محول شده» (بند ۱۴ ماده ۸). در مورد بعضی از تخلفات اداری کارمندان، تعیین حکمی و تشخیص موضوعی مکان وقوع رفتاری که تخلف دانسته می شود، موضوعیت دارد و ملاکی است برای صدق عنوان تخلف اداری بر رفتار مورد نظر، مثل «اعمال و رفتار خلاف شئون شغلی یا اداری» (بند ۱ ماده ۸). در مورد این دسته از تخلفات، تشخیص دقیق و کاملاً روشن مکان ضرورت دارد. در مورد مثال ارائه شده از تخلفات اداری (اعمال و رفتار خلاف شئون شغلی یا اداری)، تردیدی نیست که اگر ممیز مالیاتی در قلمرو مکانی کار خود در یک واحد اقتصادی، شغل دوم داشته باشد، خلاف شئون شغلی اوست، ولی آیا اگر او در خارج از قلمرو یادشده به چنین اقدامی دست بزند، خلاف شئون شغلی اوست؟

در هر صورت، وضعیت ابهام مکانی عنوان و تعریف تخلف اداری کارمند، منحصر به این مثال نیست و در میان تخلفات اداری تعیین شده در ماده ۸، موارد دیگری از چنین ابهام هایی یافت شده است که با توجه به محدودیت آیینی حجم مقاله پژوهشی، از ذکر آنها صرف نظر می شود. گفتنی است در مورد تخلفاتی که مسئله مکان در مورد آنها مطرح است، باید تفاوت اساسی مفهوم مکان را در فضای مجازی هم در نظر گرفت. هم چنین باید دانست که مثال ارائه شده در مورد رفتار ممیز مالیاتی، تحت عنوان «تعارض منافع» نیز قابل طرح است. به طور کلی، یکی از مواضع صدق ضرورت تحول در عناوین و تعاریف تخلفات اداری کارمندان، از واقعیت پیدایش ضرورت های عملی - از جمله، ناشی از علوم و فناوری های جدید - و تئوری ها و الگوهای ساختاری و رفتاری و مقررات بین المللی و ملی جدید سرچشمه می گیرد. قانون رسیدگی به تخلفات اداری در ایران در سال ۱۳۷۲ تصویب شده است. حتی اگر فرض شود که تخلفات اداری تعیین شده در آن سال، جامع، مانع و مناسب اوضاع و احوال نظام اداری ایران در آن زمان بوده است، بعید بود با تحولات پرشتاب نظام اداری، آن خصوصیات مطلوب در زمان حاضر هم کاملاً برقرار باشد. این در حالی است که بر اساس نتایج پژوهش حاضر، فهرست تخلفات تعیین شده در آن قانون، در زمان تصویب هم جامع، مانع و کاملاً مناسب نظام اداری کشور نبوده است.

مسئله زمان وقوع تخلف اداری نیز در مورد بعضی از تخلفات اداری تعیین شده در ماده ۸ قانون یادشده قابل طرح است. در این جا می‌توان از «رفتار خلاف شئون اداری» مثال زد. به بیان ساده، آیا کارمند می‌تواند بگوید که در خارج از ساعات اداری و در روزهای تعطیل - و در خارج از مکان اداره -، مقید به رعایت شئون اداری نیست؟ عنوان تخلف یادشده، در برابر مسئله زمان و مسئله مکان پاسخی ندارد.

نتیجه دوم: در مورد بعضی از تخلفات اداری تعیین شده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، عنوان تخلف از نظر تعیین زمان یا مکان وقوع رفتار، ناقص است.

بند سوم. ضوابط رفتار صحیح کارمند در جمهوری اسلامی ایران (تخلف کارمند از چه؟)

در این جا منظور از رفتار صحیح، رفتار درست، کامل و مطابق قانون است. قانون رسیدگی به تخلفات اداری این رفتار را تعریف نکرده و ضوابط آن را تعیین نکرده است. بنابراین، نمی‌توان انتظار داشت که تعریفی منطقی از تخلف اداری کارمند ارائه داده یا فهرستی جامع و مانع برای تخلفات اداری کارمندان تعیین کرده باشد. این در حالی است که قانون‌گذار در بعضی از دیگر قوانینی که تخلف اداری را در آن‌ها تعیین کرده، مانند ماده ۹۷ قانون مدیریت خدمات کشوری^۱، تا حدی به پرسش «تخلف از چه» توجه داشته است.

اگر الگوی ارائه‌شده در این مقاله برای رفتار صحیح کارمند را مبنا قرار دهیم، ماهیت اصلی تخلف اداری کارمند، انحراف رفتاری او از انجام درست، کامل و قانون‌مند وظایف یا انحراف از مقدمات و الزامات قانونی این امر است. بر این مبنا، بعضی از تخلفات ذکرشده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری را نمی‌توان مصداقی از این تعریف کلی دانست، مثل «شرکت در تظاهرات غیر قانونی» (بند ۳۳ ماده ۸).

در خصوص «تخلف» ذکرشده در ماده ۸ باید توجه داشت که به موجب اصل بیست و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد، آزاد است. حال اگر کارمندی بخواهد در راهپیمایی شرکت کند که آن را خلاف شرایط این اصل نمی‌بیند، به حقی که بر مبنای اصل منقول برای خود قائل است، اتکا کرده است و این رفتارش ماهیتی اداری ندارد که بتوان گفت که اگر بر فرض، اثبات شود که این راهپیمایی، غیر قانونی بوده است، رفتار کارمند، تخلف اداری محسوب شود.

۱. ماده ۹۷ قانون مدیریت خدمات کشوری: رسیدگی به مواردی که در این قانون، ممنوع و یا تکلیف شده است و سایر تخلفات کارمندان دستگاه‌های اجرایی و تعیین مجازات آن‌ها طبق قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۲ می‌باشد. به استثنای ماده (۹۱) که ترتیب آن در این ماده مشخص شده است.

اقتضای دیگر به کار بردن الگوی ارائه‌شده این است که هر «جرم» اداری، «تخلف اداری» هم دانسته شود و هیچ «جرم» غیر اداری، «تخلف اداری» شمرده نشود. این در حالی است که در ماده ۸، جرم‌هایی ذکر شده‌اند که ماهیت اداری ندارند، مثل «افترا» (بند ۴ ماده ۸). ممکن است گفته شود که اگر افترا به ارباب رجوع یا در محیط کار باشد، باید آن را تخلف اداری دانست. در این سخن تردیدی نیست، ولی با عنوان مناسب، مثل رفتار خلاف شئون اداری (از بند ۱ ماده ۸). در این صورت و با اصلاح قانون (حذف عنوان «افترا» از فهرست تخلفات اداری) به این رفتار کارمند، از نظر افترا بودن، در مرجع قضایی کیفری و از جهت خلاف شئون اداری بودن، در هیئت رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان رسیدگی خواهد شد. به این ترتیب و در این مورد، تکلیف احتمالی (اگر تصمیم مرجع قضایی مبنی بر براءت باشد) هیئت مبنی بر طرح مجدد پرونده (موضوع ماده ۱۹۱) نیز منتفی است.

اثر اساسی به کار بردن الگوی وظیفه‌مدار ارائه‌شده در این مقاله آن است که معنای عنوان‌های تخلف اداری را - که بر مبنای همین الگو تعیین شده باشند - روشن می‌گرداند. این در حالی است که در قانون فعلی رسیدگی به تخلفات اداری که رفتار صحیح اداری و ضوابط آن را تعریف و تعیین نکرده است، نبود جهت و هدفی که از سوی قانون‌گذار صریحاً تعیین شده باشد، موجب اختلاف نظرهای متعدد در درک معنای بعضی از عنوان‌های تخلفات اداری شده است. برای مثال، در مورد تخلف اداری «نقض قوانین و مقررات مربوط» (بند ۲ ماده ۸) معلوم نیست که «مربوط» به چه و از چه جهت است و با چنین نقصی، اختلاف نظر، امری عادی است.

در مثالی دیگر، با اتکا به تعریفی که از رفتار صحیح کارمند در این مقاله ارائه شده است و ضوابط آن، از جمله کامل انجام دادن وظایف، روشن است که هیچ وظیفه‌ای از مجموعه وظایف کارمند نباید بدون اقدام بماند و باید انجام هر وظیفه هم به صورت درست، کامل و قانون‌مند باشد. بنابراین، بهتر است در قانون، دو عنوان تخلف پیش‌بینی شود: «بدون اقدام گذاشتن وظیفه‌ای از مجموعه وظایف» و «انجام وظیفه به صورت ناقص، نادرست یا غیر قانونی». در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، این بندها به این صورت صریح وجود ندارد، ولی عنوان «کم‌کاری یا سهل‌انگاری در انجام وظایف محول‌شده» وجود دارد (بند ۱۴ ماده ۸). با این وصف، چنین به نظر می‌رسد که تفسیر علمی این بند نیز ممکن است شامل

۱. ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان: هر گاه تخلف کارمند عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد، هیئت رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است مطابق این قانون به تخلف، رسیدگی و رأی قانونی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال دارد. هر گونه تصمیم مراجع قضایی مانع اجرای مجازات‌های اداری نخواهد بود. چنان‌چه تصمیم مراجع قضایی مبنی بر براءت باشد، هیئت رسیدگی به تخلفات اداری طبق ماده ۲۴ این قانون اقدام می‌نماید.

هر دو عنوان شود. با این حال، در ظاهر، برداشت محدود به معنی لغوی «کم‌کاری» یا «سهل‌انگاری» و آن هم در مورد انجام هر یک از وظیفه‌ها - نه من حیث المجموع آن‌ها - رایج است. بدون اقدام رها کردن‌ها یا کوتاهی‌های بعضی مدیران در انجام بعضی از وظایف که منجر به خرابی‌هایی مثل خرابی ناشی از سیل شده بود، با دیدگاه کیفری، ترک فعل نامیده شد. درست است که انجام ندادن یا کوتاهی در انجام وظیفه اداری در بعضی از شرایط ممکن است جرم هم باشد یا در مورد بعضی از وظیفه‌ها، به صراحت قانون، جرم هم باشد، ولی در هر صورت، فرق است بین تخلف اداری که نوعاً جرم هم هست، با تخلف اداری که بر حسب مورد، ممکن است جرم هم باشد.

علاوه بر آن‌چه بیان شد، نبود الگوی نظری متقن برای چپستی تخلف اداری، منجر به ناقص ماندن فهرست تخلفات اداری کارمندان (ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری) شده و قانون‌گذار در قانون‌های متعدد دیگری نیز رفتارهایی را به عنوان تخلف اداری تعیین کرده یا به روشن کردن معنای تخلفی از تخلف‌های ذکر شده در آن ماده پرداخته است، مثل ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری.^۱

نتیجه سوم: نبود الگوی نظری متقن برای چپستی تخلف اداری کارمند در قانون رسیدگی به تخلفات اداری منجر به این شده است که این قانون، تعریفی صریح از تخلف اداری کارمند نداشته باشد و معنای بعضی از عنوان‌های تخلف اداری تعیین شده در این قانون، کامل روشن نباشد و فهرست تخلفات تعیین شده در این قانون (ماده ۸) نه جامع باشد و نه مانع. بعضی از تخلفات اداری کارمندان در قانون‌های دیگر تعیین شده‌اند و مواردی از تخلفات تعیین شده در این ماده، از نظر علمی، در واقع، تخلف اداری نیستند، هر چند مقتضی واکنش مناسب قانونی از نوعی دیگر هستند.

بند چهارم. امکان وقوع اعتباری بیش از یک تخلف اداری در یک رفتار اداری در جمهوری اسلامی ایران

همان گونه که بعضی از رفتارهای کارمند ممکن است تخلف اداری و جرم باشند، بعضی از این رفتارها ممکن است ضمن این که تخلف اداری از نوعی دیگر - مثل تخلف از مقررات راهنمایی و رانندگی - هستند، تخلف اداری کارمند (مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری) هم باشند. در مورد همین مثال، ممکن است چنین استدلال شود که وقتی کارمندی که

۱. ماده ۹۱ قانون مدیریت خدمات کشوری: اخذ رشوه و سوء استفاده از مقام اداری ممنوع می‌باشد. استفاده از هر گونه امتیاز، تسهیلات، حق مشاوره، هدیه و موارد مشابه در مقابل انجام وظایف اداری و وظایف مرتبط با شغل توسط کارمندان دستگاه‌های اجرایی در تمام سطوح از افراد حقیقی و حقوقی به جز دستگاه ذی‌ربط خود تخلف محسوب می‌شود... این ماده دارای چهار تبصره است.

در حال رانندگی با یک خودروی دولتی است، مرتکب تخلف از مقررات رانندگی شود، رفتار او خلاف شئون اداری نیز هست. یک اثر عملی این رفتار آن است که در صورت تکرار، ممکن است بینندگان تصور کنند که کارمندان دولت، چنان که بایسته است، مقید به قانون نیستند و این وضعیت، به سهم خود، موجب رواج قانون شکنی و پایین آمدن سطح اعتماد عمومی به دولت شود.

همچنین یک رفتار اداری ممکن است از یک جهت، این تخلف اداری (یک بند از ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری) و از جهتی دیگر، آن تخلف اداری (بندی دیگر از همان ماده) باشد؛ یعنی صدق بیش از یک عنوان تخلف اداری کارمند بر یک رفتار. برای نمونه، «تبعیض یا اعمال غرض یا روابط غیر اداری در اجرای قوانین و مقررات نسبت به اشخاص» (بند ۷ ماده ۸)، در عین حال، خلاف شئون اداری کارمند است. روشن است که در این وضعیت، آن عنوانی که مخصوصاً بر رفتار تحت رسیدگی صادق است، برای صدور حکم تنبیه انتخاب می شود، ولی در مورد بعضی از رفتارهای کارمندان، صدق هیچ یک از عنوان های تخلفات اداری کارمندان به صورت مخصوص نیست. به علاوه، قانون رسیدگی به تخلفات اداری برای انتخاب عنوان مناسب تر، ملاکی تعیین نکرده است. آن چه این گونه وضعیت ها را پیچیده تر کرده، این است که در بعضی از بندهای ماده ۸، در واقع، بیش از یک عنوان تخلف اداری ذکر شده است، مثل بند ۷ نقل شده در بالا.

در هر صورت، اشکال صدق بیش از یک عنوان تخلف اداری کارمند بر یک رفتار نیز ناشی از نبود مبنای نظری روشن و نبود الگوی تئوریک تعریف تخلف اداری کارمند و تعیین انواع و اقسام آن است. اگر الگوی ارائه شده در این مقاله مبنا قرار گیرد، می توان این ملاک را ارائه داد: ارتباط عنوان با انجام صحیح وظیفه کارمند. نتیجه به کار بردن این ملاک نیز انتخاب عنوانی است که با انجام درست، کامل و قانونی وظایف کارمند ارتباط بی واسطه دارد. نتیجه چهارم: در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، برای حل مسئله ای که از وضعیت صدق دو عنوان تخلف اداری بر یک رفتار پیش می آید، روشی تعیین نشده است. این نقص نیز ناشی از نبود مبنای نظری روشن و نبود الگوی تئوریک تعریف تخلف اداری کارمند و تعیین انواع و اقسام آن است.

بند پنجم. صدق هم زمان «تخلف اداری» و «جرم» بر بعضی از رفتار های کارمندان در جمهوری اسلامی ایران

قانون رسیدگی به تخلفات اداری این وضعیت را شناخته و برای رسیدگی موازی در مرجع قضایی کیفری و در هیئت رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان، قاعده وضع کرده است؛ به این صورت که ماده ۱۹ این قانون مقرر می دارد: «هر گاه تخلف کارمند، عنوان یکی از

جرائم مندرج در قوانین جزایی را نیز داشته باشد، هیئت رسیدگی به تخلفات اداری مکلف است مطابق این قانون به تخلف، رسیدگی و رأی قانونی صادر نماید و مراتب را برای رسیدگی به اصل جرم به مرجع قضایی صالح ارسال دارد. هر گونه تصمیم مراجع قضایی، مانع اجرای مجازات‌های اداری نخواهد بود. چنانچه تصمیم مراجع قضایی مبنی بر براءت باشد، هیئت رسیدگی به تخلفات اداری طبق ماده ۲۴ این قانون اقدام می‌نماید». ماده ۲۴ این قانون نیز مقرر می‌دارد: «اصلاح یا تغییر آرای قطعی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری صرفاً در مواردی که هیئت به اکثریت آرا تشخیص دهد که مفاد حکم صادرشده از لحاظ موازین قانونی (به لحاظ شکلی یا ماهوی) مخدوش می‌باشد، پس از تأیید هیئت عالی نظارت در خصوص مورد امکان‌پذیر است».

کلیت این ماده، در قلمرو موضوعی خود، بر مبانی علمی مطرح‌شده در بالا منطبق است. با این وجود، قلمرو موضوعی این ماده این نقص اساسی را دارد که می‌توان از آن چنین برداشت کرد که تنها رفتارهایی را پوشش می‌دهد که یک عنوان که هم عنوان تخلف اداری و هم عنوان جرم است، بر یک رفتار صدق کند. این در حالی است که در مورد بعضی از رفتارها، برای جنبه تخلف اداری بودن رفتار، یک عنوان و برای جنبه جرم بودن رفتار، عنوانی دیگر صادق است و گاه، این وضعیت، امری وابسته به مورد است، مثل «ارائه گزارش خلاف واقع در امور اداری» (در بند ۱۶ ماده ۸) که در مورد بعضی از موضوعات و در بعضی شرایط ممکن است جرم هم باشد.

به طور کلی، بر اساس گزارش پژوهشی با موضوع «بررسی مقایسه‌ای قواعد عمومی حاکم بر ثبوت و سقوط ضمانت اجراهای اداری و کیفری با نگاهی به نظام حقوقی فرانسه»، نوشته مهناز فرید، قانون‌گذار در خصوص ماهیت جرم و تخلف اداری و انتظامی دچار نوعی سردرگمی است و رویکرد واحدی ندارد.^۱

نتیجه پنجم: قانون رسیدگی به تخلفات اداری این وضعیت را به رسمیت شناخته است که یک عنوان رفتار ممکن است هم‌زمان هم «جرم» و هم «تخلف اداری» باشد و برای رسیدگی هم‌زمان در مرجع قضایی کیفری و در هیئت رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان، قاعده وضع کرده است. با این حال، این به رسمیت شناختن و قاعده، حالت‌هایی را در بر نمی‌گیرد که یک رفتار ممکن است مشمول یک عنوان برای تخلف اداری بودن و عنوانی دیگر برای جرم بودن باشد.

۱. روابط عمومی و امور بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضاییه، پیشین.

بند ششم. امکان‌سنجی حقوقی قائل بودن به نهادهایی مثل شروع به تخلف اداری، مشارکت در تخلف اداری و معاونت در تخلف اداری در جمهوری اسلامی ایران

اگر به تعریف قانون مجازات اسلامی، کتاب اول، کلیات از جرم اکتفا شود، تخلف اداری را هم باید یکی از اقسام جرم به حساب آورد؛ زیرا به موجب این تعریف، «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود.» (ماده ۲) و قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز واژه «تنبيه اداری» و واژه «مجازات» را معادل هم به کار برده است. این قانون، عنوان فصل سوم را «مجازات‌ها» نهاده است، ولی ماده ۹ (اولین ماده این فصل) را که مجازات‌ها را تعیین کرده، با عبارت «تنبيهات اداری» شروع کرده است. با این وجود، اگر به زمینه متن^۱ تعریف جرم در قانون مجازات اسلامی توجه شود، باید این تعریف را دارای تأثیر نسبی - یعنی تنها در اعمال قانون مجازات اسلامی (و سایر قوانین کیفری) - به حساب آورد، نه تأثیر مطلق. از سوی دیگر، تفصیل ضمنی عنوان مجازات ذکرشده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری را باید مجازات اداری دانست، در مقابل مجازات کیفری. به علاوه، این جمله در ماده ۱۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری که «هر گاه تخلف کارمند، عنوان یکی از جرایم مندرج در قوانین جزایی را داشته باشد...» نیز مبین این است که در این قانون، تخلف اداری از اقسام جرم یا سطحی از جرم دانسته نشده است.

بنابراین، نمی‌توان تخلف اداری را مستوجب مجازات کیفری دانست تا از این طریق بتوان به جرم بودن آن نظر داد. این استدلال، با توجه به آن‌چه ذیل عنوان‌های بند پنجم گفتار اول و بند پنجم گفتار دوم در مورد نسبت این دو مفهوم در سطح نظری و در جمهوری اسلامی ایران آمد، پیش‌زمینه این نتیجه‌گیری است که چون در جمهوری اسلامی ایران، «تخلف اداری» را نمی‌توان «جرم» (کیفری) به حساب آورد، نمی‌توان بدون تصریح قانون‌گذار، نهادهایی کیفری مثل شروع به تخلف اداری، مشارکت در تخلف اداری و معاونت در تخلف اداری را قائل بود. با این وجود، ممکن است شروع به تخلف اداری را بسته به سطح و ابعاد تخلف اداری و اوضاع و احوال وقوع آن بتوان ذیل عنوانی مناسب - مثل رفتار خلاف شئون اداری - قرار داد. در مورد مشارکت در تخلف اداری و معاونت در تخلف اداری نیز همین طور است.

این نکته هم شایسته توجه است که معدودی از تخلفات برشمرده شده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری (ماده ۸) در عین حال، جرم هم هستند و روشن است که در رسیدگی قضایی به این جرم‌ها، حسب مورد، ممکن است نهادهایی مثل مشارکت در جرم یا معاونت در جرم مطرح شود. البته این‌که در تکمیل قانون رسیدگی به تخلفات اداری،

1-Context.

معاونت در تخلف اداری و مشارکت در تخلف اداری، به صراحت، مقتضی مجازات تعیین شود، امری بایسته به نظر می‌رسد.

نتیجه ششم: در جمهوری اسلامی ایران، بدون تصریح قانون‌گذار نمی‌توان با استناد به نهادهایی کیفری مثل شروع به جرم، مشارکت در جرم و معاونت در جرم، عنوان‌هایی مثل شروع به تخلف اداری، مشارکت در تخلف اداری و معاونت در تخلف اداری را قائل بود. با این وجود، می‌توان بسته به سطح و ابعاد تخلف اداری و اوضاع و احوال وقوع آن، این گونه رفتارها را نیز مشمول یکی از عناوین قانونی تخلف اداری (در ماد ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری) دانست.

نتیجه گیری

- نتایج پژوهش حاضر را می‌توان چنین خلاصه کرد:
۱. نبود تعریف صریح روشن، جامع و مانع از «تخلف اداری کارمند» در قانون رسیدگی به تخلفات اداری؛
 ۲. ابهام واژه «کارمند» در عنوان «تخلف اداری کارمند»؛
 ۳. نقص بعضی از تخلفات اداری تعیین شده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری از جهت تعیین زمان و مکان رفتاری که تخلف دانسته شده است؛
 ۴. نبود الگوی نظری متقن برای تبیین ماهیت تخلف اداری کارمند در نظام حقوقی ایران؛
 ۵. ابهام بعضی از عنوان‌های تخلفات اداری در قانون رسیدگی به تخلفات اداری؛
 ۶. جامع و مانع نبودن فهرست تخلفات اداری تعیین شده در ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری و تعیین بعضی از تخلفات اداری کارمندان، به صورت پراکنده در قانون‌های دیگر مثل قانون مدیریت خدمات کشوری؛
 ۷. نبود روشی در قانون رسیدگی به تخلفات اداری برای حل مسئله‌ای که از صدق دو عنوان تخلف اداری بر یک رفتار کارمند پیش می‌آید؛
 ۸. نبود قاعده صریح در قانون رسیدگی به تخلفات اداری برای حالتی که یک رفتار ممکن است مشمول یک عنوان برای تخلف اداری و عنوانی دیگر برای جرم باشد؛
 ۹. قانون رسیدگی به تخلفات اداری در موضوعات شروع به تخلف اداری، مشارکت در تخلف اداری و معاونت در تخلف اداری ساکت است.
- بر اساس این نتایج، بر ضرورت نظری و عملی تدوین نظام تئوریک مبنا و اصلاح، تکمیل و بازتنظیم تخلفات اداری تعیین شده در قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۲) تأکید می‌شود. در این راستا، باید تخلفاتی را که به صورت پراکنده در دیگر قانون‌ها معین شده‌اند، در نظر گرفت و فهرستی بدون ابهام از تخلفات به صورت جامع و مانع تهیه کرد. مبنای پیشنهادی پژوهش حاضر این است که ابتدا، الگوی رفتاری وظیفه‌مدار بایسته (درست، کامل و قانون‌مند) کارمند ترسیم و شاخص‌ها و استانداردهای (ضوابط) آن تعیین گردد. آن‌گاه تخلف کارمند از این ضوابط، تخلف اداری کارمند دانسته شود. بر این مبنا، فهرستی جامع و مانع از انواع و اقسام رفتارهایی که این تعریف تخلف اداری بر آن‌ها صدق می‌کند، با ذکر عنوان‌های رسا و تنبیه اداری مناسب برای هر عنوان تنظیم خواهد شد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ هفدهم، ۱۳۸۶.
۲. ساولانی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی، تهران: مشاهیر دادآفرین، چاپ هشتم، ۱۳۹۷.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ بیست و سوم، ۱۳۹۹.
۴. میرحسینی، حسن و محمود عباسی، حقوق و تخلفات اداری، تهران: حقوقی، چاپ اول، ۱۳۷۸.

ب) مقاله

۱. تازی‌وردی، صادق و محمود عباسی، «اصول دادرسی منصفانه در محاکم اداری و هیئت‌های انتظامی پزشکی»، مجله علمی و پژوهشی حقوق پزشکی، ۱۳۸۸، سال سوم، شماره ۹، صص ۱۱۳-۱۴۸.

ج) گزارش

۱. روابط عمومی و امور بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضاییه، نشست ترویجی ارائه گزارش پژوهشی با موضوع «بررسی مقایسه‌ای قواعد عمومی حاکم بر ثبوت و سقوط ضمانت اجرای اداری و کیفری با نگاهی به نظام حقوقی فرانسه»، زمان انتشار: ۱۴۰۰/۷/۷؛ تاریخ رجوع: ۱۴۰۱/۶/۱۵. www.jri.ac.ir.

د) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۳/۷/۲۷.
۲. دستورالعمل رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۸/۸/۴.
۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۵۸ با اصلاحات و الحاقات ۱۳۶۸.
۴. قانون استخدام کشوری، ۱۳۴۵.
۵. قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ۱۳۷۲.
۶. قانون مجازات اسلامی، کتاب اول: کلیات، ۱۳۹۲.
۷. قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶.

ه) پایگاه اینترنتی

- 1-www.cilvektiesibugids.Iv.
- 2-www.lawinsider.com>dictionary.
- 3-www.Merriam-Webster.com.
- 4-www.vajehyab.com/dehkhoda.
- 5-www.zarihassan.com.

Latin Source.2

- 1-Barker, David and Padfield, Colin, law made simple, tenth edition, MADE SIMPLE BOOKS, 1998
- 2-Elliott, Catherine, Quinn, frances, Criminal Law, Sixth edition, PEARSON Longman, 2006
- 3-Endicott, Timothy, Administrative Law, First edition, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2009
- 4-Robbins, Stephen p., Organization Theory structure, design, and applications, third edition, PRENTICE-HALL, INC,1990

اعمال سیاست «دولت باز»؛ راهکاری برای مدیریت همه گیری در ایران (بررسی موردی کووید ۱۹)

یداله قاسم زاده لالمی*

محمد جواد جعفری**

ایرج رنجبر***

چکیده

«دولت باز» به عنوان دولتی که بر اساس «حق بر دانستن» بنا شده است، کارکردهای مثبتی در تعامل با شهروندان دارد و بر مقبولیت دولت و اقدامات آن اثر می گذارد. داده های «دولت باز» به عنوان ابزاری برای نوآوری، ارزشافزایی و بهبود نتایج در بخش های مختلف عمومی و خصوصی، توجه زیادی را به خود جلب کرده اند. برخی از مزایای طرح های دولت باز به ویژه در بازدهی اقتصادی و نظایر آن در گذشته ارزیابی شده است، اما ارزیابی آن در حوزه حقوق و سیاست با تأکید بر اعمال سیاست «دولت باز» برای مدیریت همه گیری کووید ۱۹ کم تر مشاهده شده است. بیماری کووید ۱۹ به عنوان یک همه گیری جهانی که بیش از دو سال ادامه داشت، حاکمیت های مختلف را به صورت اساسی به چالش کشید و شهروندان نیز برخی اقدامات اعتراضی را علیه سیاست های دولت ها برای مقابله با بیماری صورت دادند. چالش اصلی پژوهش حاضر، بررسی نقش «دولت باز» در مدیریت همه گیری کووید ۱۹ در مقایسه با سیاست های اعمال شده از سوی دولت ایران بود. علاوه بر آن، تلاش شد تا راهکاری مناسب برای اعمال «دولت باز» در همه گیری های مشابه در حقوق ایران ارائه شود. در این تحقیق مشخص شد که قوانین ایران در زمینه تفکیک اطلاعات قابل انتشار و انتشارناپذیر، لزوم انتشار همه اطلاعات، مگر در موارد استثنایی و شیوه های نظارت و شکایت در موارد انتشار نیافتن اطلاعات، ضعف های اساسی دارد. در مجموع، شاخص های «دولت باز» هم چون شفافیت و اعتماد در ایران دچار ضعف اساسی است و ارائه نشدن به موقع و مؤثر اطلاعات و دلایل تصمیم گیری ها به مدیریت ضعیف همه گیری کووید ۱۹ در ایران انجامید.

کلیدواژه ها: دولت باز، کووید ۱۹، حکمرانی خوب، همه گیری.

*. دانشجوی دکتری گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

soroushlawyer@gmail.com

drjafari12@gmail.com

iraj_ranjbar79@yahoo.com

** استادیار گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

*** استادیار گروه حقوق، واحد کرمانشاه، دانشگاه آزاد اسلامی، کرمانشاه، ایران.

مقدمه

همه‌گیری کووید ۱۹، دولت‌های سراسر جهان را برای واکنش سریع و قاطع به شیوع این ویروس و مقابله با آثار آن زیر فشار شدید گذاشت. بسیاری از دولت‌ها، سیاست‌های متعددی را در پاسخ به همه‌گیری اعمال کردند، اما این سیاست‌ها در کشورهای گوناگون، متفاوت بود.^۱ تجربه‌هایی از همه‌گیری در دو قرن گذشته وجود داشت، اما همه‌گیری کووید ۱۹ به‌عنوان جدیدترین مورد از این دست، تجربه‌ای جدید را پیش روی دولت‌ها، مردم و اقتصاد جهان قرار داد. بیماری کروناویروس ۲۰۱۹ (به انگلیسی: Coronavirus disease 2019) یا کووید ۱۹، بیماری عفونی است که بر اثر ویروس کرونای سندرم حاد تنفسی ۲ (2-CoV-SARS) ایجاد می‌شود. ویروس ابولا^۲ در آفریقا و سارس^۳ در هنگ‌کنگ به سرعت شناسایی و کنترل شدند و نتوانستند همه‌گیری جهانی را شکل دهند، ولی کووید ۱۹ تمامی کشورهای دنیا را درگیر کرد.

بحرانی که در پی همه‌گیری کووید ۱۹ پدیدار شد، نهادها و فرآیندهای سیاسی و بسیاری از سیاست‌های ملی را در سراسر جهان به چالش کشید. نظام‌های سیاسی مختلف از طریق ترتیبات حکومتی و ابزارهای نظارتی متفاوتی که در اختیار داشتند، به این بحران چندوجهی، واکنش نشان دادند.^۴ در این میان، میزان نفوذ همه‌گیری در کشورهای مختلف و سرعت کنترل و خروج آن‌ها از بحران، متفاوت بود. علت این مسئله را می‌توان در شیوه عمل دولت‌ها و میزان اعتماد عمومی به اقدامات دولت دانست.

فرضیه اولیه این مقاله بر این اساس استوار است که اقدام بر اساس آموزه‌های «دولت باز»، میزان مشارکت عمومی را در سیاست‌های دولت به صورت اثرگذار افزایش می‌دهد، مدیریت همه‌گیری را آسان‌تر و طول مدت آن را کوتاه‌تر می‌کند و تلفات ناشی از آن را نیز کاهش می‌دهد. اکنون با نگاهی به تعریف «دولت باز» و چالش‌های اجرای آن در حقوق ایران، شیوه اعمال آن را در نظام حقوقی ایران در زمان همه‌گیری بررسی و راهکارهای مناسب برای اعمال آن را در همه‌گیری‌های آینده پیشنهاد خواهیم کرد.

1-Chen, CWS., & Fan, T-H. (2022). Public opinion concerning governments' response to the COVID-19 pandemic. PLoS ONE, 17 (3): 26-62: www.doi.org/10.1371/journal.pone.0260062

2-Kuhn, Jens H. Becker, Stephan; Ebihara, Hideki; Geisbert, Thomas W. Johnson, Karl M. Kawaoka, Yoshihiro; Lipkin, W. Ian; Negredo, Ana I. Netesov, Sergey V. (2010-12). «Proposal for a revised taxonomy of the family Filoviridae: classification, names of taxa and viruses, and virus abbreviations». Archives of Virology. 155 (12), p. 2094

3-Huang C, Wang Y, Li X, Ren L, Zhao J, Hu Y, et al. (February 2020). «Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China». Lancet. 395 (10223): 497

4-Lynggaard, K., Jensen, M. D., & Kluth, M. (Eds.). (2022). Governments' responses to the Covid-19 pandemic in Europe: Navigating the perfect storm. Palgrave Macmillan: Zahariadis, N., Petridou, E., Exadaktylos, T., & Sparf, J. (2022). Policy styles and trust in the age of pandemics—Global threat, National Responses. Routledge

پیشینه پژوهش

چندین تحقیق به تأثیر کووید ۱۹ بر نگرش‌ها و رفتارهای سیاسی اشخاص حقیقی و حقوقی توجه کرده‌اند. در واقع، در آثار و منابع مختلف، کاربست نظریه‌های مختلف را در مورد دولت باز و مؤلفه‌های آن می‌توان مشاهده کرد، اما چندین پژوهش، الگوی دولت باز را برای وضعیت‌های مختلف ایران به کار برده‌اند. در این قسمت، به بررسی و نقد آثار موجود مرتبط با موضوع پژوهش می‌پردازیم:

جدول ۱ - خلاصه تحقیقات انجام شده درباره موضوع

نام محقق	سال تحقیق	عنوان تحقیق	خلاصه نتایج
رضایی‌زاده و کاظمی ^۱	۱۳۹۱	بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران	با توجه به مواد قانون اساسی، از جمله اصول ۳، ۲۹، ۳۰ و ۴۳؛ برابری، تقدم، رایگان بودن، تداوم و سازگاری، اصلی‌ترین مبنای وجودی دستگاه اداری دولت محسوب شدند
باقری لنگرانی و همکاران ^۲	۲۰۲۱	نظر شهروندان در مورد واکنش دولت به شیوع همه‌گیری کووید ۱۹: مطالعه کیفی از ایران	با استفاده از تحلیل موضوعی مشخص شد که مردم در مرحله اول همه‌گیری کووید ۱۹، نظرهای انتقادی نسبت به مدیریت مقامات داشتند. چهار موضوع شامل اعتماد و پاسخ‌گویی، سیاست‌گذاری در طول بحران سلامت، مدیریت اقتصادی و مدیریت اپیدمی از جمله این چالش‌ها بودند. یکی از بهترین راه‌ها برای پاسخ‌گویی به این خواسته‌ها، ارتباط مناسب دانسته شد

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۳۹۱، سال سوم، شماره ۵، صص ۴۶-۲۳.
2-Bagheri Lankarani, Kamran, Honarvar, Behnam, Kalatch Sadati, Ahmad, & Rahmadian Haghighi, Mohammad Reza, (2021). Citizens' Opinion on Governmental Response to COVID-19 Outbreak: A Qualitative Study from Iran. INQUIRY: The Journal of Health Care Organization, Provision, and Financing, 2 (5): 1-24. www.doi.org/10.1177/00469580211024906

بیماری همه‌گیر کووید ۱۹، نیاز به حکومت دیجیتال و استفاده از سیاست‌های دولتی را تسریع کرد. با این حال، روش‌های عمل هم‌چنان باز باقی ماند و واکنش‌های متفاوتی را در پی داشت	دولت الکترونیک در عصر جهانی شدن و بحران سلامت ناشی از همه‌گیری کووید ۱۹	۲۰۲۱	بورلاکو و همکاران ^۱
شواهد نشان داد که تفاوت‌های حمایت سیاسی با واکنش دولت‌ها نسبت به همه‌گیری کووید ۱۹ مرتبط بوده و دیدگاه‌های حامیان و مخالفان ائتلاف حکومتی را شکل داده است.	نگرش افکار عمومی در واکنش دولت‌ها به همه‌گیری کووید ۱۹	۲۰۲۲	چن و فان ^۲

علاوه بر این، می‌توان به مطالعات غیاثوند^۳ (۱۳۹۹) با عنوان «سازوکار اعتماد مردم به عملکرد دولت در شرایط شیوع کرونا»؛ یزدی فیض‌آبادی، امیری و سیدی (۱۳۹۹) با عنوان «سیاست‌های پیش‌گیرانه کنترل همه‌گیری بیماری کووید ۱۹: یک مطالعه و مرور سریع از کشورهای شرق و جنوب شرق آسیا»؛ نصوحی، اعتباریان، پیکانی و ابراهیم‌زاده^۴ (۱۴۰۰) با عنوان «تبیین مدل خط‌مشی‌گذاری باز در تحقق اصول دولت باز»؛ جلینیک^۵ (۲۰۱۹) با عنوان «از تئوری تا عمل: داده‌های دولت باز، پاسخ‌گویی و ارائه خدمات»؛ فتزر^۶ و همکاران

1-Burlacu, Sorin., Roxana Patarlageanu, Simona., Diaconu, Amelia., & Ciobanu, Ghenadie. (2021). E-government in the Era of Globalization and the Health Crisis caused by the Covid-19 Pandemic, between Standards and Innovation. *Economic Sustainability*, 92 (21): 1-8. www.doi.org/10.1051/shsconf/20219208004

2-Chen, CWS., & Fan, T-H. (2022). Public opinion concerning governments' response to the COVID-19 pandemic. *PLoS ONE*, 17 (3): 26-62: www.doi.org/10.1371/journal.pone.0260062

۳. غیاثوند، احمد، «سازوکار اعتماد مردم به عملکرد دولت در شرایط شیوع کرونا»، دولت‌پژوهی، ۱۳۹۹، سال ششم، شماره ۲۲، صص ۱-۳۴.

۴. نصوحی، مرتضی، اکبر اعتباریان، هادی مهربان پیکانی و رضا ابراهیم‌زاده، «تبیین مدل خط‌مشی‌گذاری باز در تحقق اصول دولت باز»، چشم‌انداز مدیریت دولتی، تابستان ۱۴۰۰، سال دوازدهم، شماره ۴۶، صص ۳۳-۱۵.

5-Jelenic, Michael Christopher. (2019). From Theory to Practice: Open Government Data, Accountability, and Service Delivery. Policy Research Working Paper; No. 8873, World Bank, Washington, DC. © World Bank

6-Fetzer, T., Hensel, Lm, Hermle, Jm, & Roth, C. (2021). Coronavirus perceptions and economic anxiety. *Rev Econ Stat*, 1 (17): 1-11

(۲۰۲۱) و بول^۱ و همکاران (۲۰۲۱) در زمینه مقایسه نگرش‌های سیاسی پاسخ‌دهندگان در ۱۵ کشور اروپایی و دریافت حمایت عمومی از احزاب حاکم در پاسخ به سیاست‌های قرنطینه اشاره کرد که از جنبه‌های مختلف به توصیف وضعیت حاکم بر کشورها پس از همه‌گیری کووید ۱۹ و واکنش‌های دولت‌ها نسبت به آن از جنبه‌های حقوقی، سیاسی و اقتصادی پرداخته‌اند. با تأمل در منابع مرتبط می‌توان دریافت که اعمال سیاست‌ها نسبت به همه‌گیری کووید ۱۹ از منظرهای مختلف و بر پایه الگوهای نظری اندیشه‌ورزان مختلف، در پژوهش‌های زیادی انجام شده است، اما به طور مشخص، کاربست الگوی دولت باز برای مدیریت این همه‌گیری در ایران مشاهده نشد. به بیان دیگر، هیچ کدام به ایده اصلی و تحلیل این پژوهش به طور مستقیم اشاره نداشته‌اند.

گفتار اول. چارچوب نظری پژوهش: دولت باز

همه‌گیری کووید ۱۹ بر کشورهای مختلف به صورت‌های گوناگون اثر گذاشت. پاسخ به این بحران، چالشی بی‌سابقه برای بیش‌تر دولت‌ها ایجاد کرد. شواهد نظری و تجربی نشان می‌دهد که اعتماد به دولت و اعمال سیاست دولت باز از سوی دولت‌ها برای پیروی مردم از سیاست‌های اجتماعی در پاسخ‌های رفتاری دولت‌ها نسبت به مشکلاتی هم‌چون همه‌گیری کووید ۱۹ بسیار مهم است.^۲ از این طریق، می‌توان به درک ارتباط بین اعمال سیاست دولت باز و اعتماد شهروندان به واکنش‌های دولت نسبت به همه‌گیری پی برد. اعتماد به دولت باعث ایجاد جامعه‌پذیری خود به خودی می‌شود که رفتارهای مشارکتی، نوع‌دوستانه و فراسرزمینی شهروندان را به دنبال دارد.^۳ شواهدی وجود دارد که اعتماد عمومی را به پیروی از دستورالعمل‌های دولت در مراحل اولیه همه‌گیری کووید ۱۹ مرتبط می‌کند.^۴ با این حال، این مطالعات عموماً به صورت کمی، داده‌های مربوط به یک کشور را بررسی کرده یا

1-Bol, D, Giani, M, Blais, A, Loewen, PJ. (2021). The effect of COVID-19 lockdowns on political support: some good news for democracy? Eur J Polit Res, 21 (60): 497-505

2-Lau, L. S., Samari, G., Moresky, R. T., Casey, S. E., Kachur, S. P., Roberts, L. F., & Zard, M. (2020). COVID-19 in humanitarian settings and lessons learned from past epidemics. Nature Medicine, 26(5), 647-648. www.doi.org/10.1038/s41591-020-0851-2

3-Hetherington, M. J. (1998). The political relevance of political trust. American Political Science Review, 92 (4), 791-808. www.doi.org/10.2307/2586304

4-Schmelz, K. (2021). Enforcement may crowd out voluntary support for COVID-19 policies, especially where trust in government is weak and in a liberal society. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 118 (1), 201-218. www.doi.org/10.1073/pnas.2016385118

به مراحل اولیه همه‌گیری و طراحی مقطعی محدود شده‌اند. آن‌چه می‌تواند نواورانه باشد و نتایجی جدید به دست دهد، بررسی اعمال سیاست دولت باز به عنوان راهکاری برای مدیریت همه‌گیری کرونا در ایران است که محور این پژوهش به شمار می‌رود.

در شرایطی که دولت‌ها در سرتاسر جهان جهان کوشیدند با شکست سیستماتیک حکومت‌داری چندسطحی، از بین منطقه‌ای گرفته تا سطوح اروپایی، ملی و محلی کنار بیایند و کمک‌های بزرگ اجتماعی و اقتصادی را در نظر بگیرند، در ایران نیز سیاست‌هایی در واکنش به همه‌گیری کرونا در نظر گرفته شد. ارزیابی و تعیین کمیت اثرات این اقدامات برای سیاست‌گذاران و دانشگاهیان، یک اولویت به شمار می‌رود؛ زیرا به تبیین استراتژی‌های واکنش در مکان‌های دیگر نسبت به چنین مشکلاتی کمک می‌کند. با توجه به شدت امواج این همه‌گیری، دولت یک سری اقدامات محدودکننده فوری برای مهار شیوع ویروس قبل از پاسخ‌های سیاستی در پیش گرفت که از آن جمله می‌توان به اجرای قوانین کلی رفتار و بهداشت، محدودیت‌های حرکتی که ظرفیت زیادی برای به تأخیر انداختن مؤثر اپیدمی‌های محلی دارند یا پیشبرد اقدامات فاصله‌گذاری اجتماعی اشاره کرد. با این حال، شرایط همه‌گیری نشان داد که هیچ دستورالعملی برای بهترین مقابله با آثار نامطلوب آن وجود ندارد، مگر این‌که به بینش و نگرش شهروندان توجه کند و در نتیجه به مدیریت بهتر این بیماری یاری رساند.

با وجود مسائل فراوان ناشی از همه‌گیری کووید ۱۹ که گریبان‌گیر همه کشورها شد، دولت‌ها ابتکاراتی را از طریق برنامه‌های عملیاتی دولت باز در واکنش مؤثر به آن انجام دادند. برای مثال، استونی از مؤلفه‌های دولت باز به عنوان بخشی از برنامه اقدام و مقابله با کووید ۱۹ استفاده کرد. ارمنستان برای ایجاد بسترهایی جهت آموزش و بهبود سلامت به عموم مردم این امکان را داد که تعامل چهره به چهره داشته باشند و در عین حال، در مورد آموزش و سلامت خود، تصمیم‌های آگاهانه بگیرند. شاخص‌های دولت باز به کشورها کمک کرد تا در برابر کووید ۱۹ مقاومت کنند و انعطاف‌پذیرتر شوند. برخی کشورها به افزایش شفافیت و پاسخ‌گویی در تلاش‌های خود در برابر کووید ۱۹ اشاره می‌کنند. هدف این تعهدات، اجازه دادن به عموم مردم برای بررسی دقیق مخارج و اطلاعات مربوط به بیماری همه‌گیر و آگاه کردن آن‌هاست.

به دنبال شناسایی دو مورد کووید ۱۹ در ۳۰ بهمن در ایران، این همه‌گیری به سرعت در سراسر کشور گسترش یافت و تا ۶ فروردین، بیش از ۹۰ هزار مورد مثبت و حدود ۵۷۰۰ فوتی گزارش شد.^۱ دولت نیز راهبردها و سیاست‌های متعددی برای کنترل این همه‌گیری

1-Coronavirus statistics. Worldometers. (2020). [www.worldometers.info/coronavirus/coronavirus-age-sex-demographics]. accessed 27 Apr 2020

تدوین کرد که فاصله‌گذاری اجتماعی، ممنوعیت سفرهای غیر ضروری و تعطیلی مراکز آموزشی از آن جمله بود. به‌کارگیری رویکردهای یادشده بر کنترل همه‌گیری اثر مثبت داشت،^۱ اما چالش‌هایی جدی برای جامعه به ویژه گروه‌های فقیر و آسیب‌پذیر در پی آورد. از نظر جامعه‌شناختی، برای سنجش اثربخشی سیاست و دستور کار دولت‌ها در بحران‌ها و چالش‌های رخ داده همچون همه‌گیری کووید ۱۹، انتظارات اصلی شهروندان را در این حوزه عمومی باید در نظر گرفت. حفاظت از جان شهروندان، یکی از اولین وظایف دولت‌هاست که می‌تواند انتظارات عمومی شهروندان را نیز شکل دهد. چنین انتظاراتی بر رفتار و نگرش شهروندان نسبت به خدمات عمومی اثر می‌گذارد^۲ و انتظارات شهروندان از توانمندی‌ها و سیاست‌های دولت نیز بر تصمیم‌گیری کارگزاران دولت^۳ در این راستا، تدوین سیاست‌های مؤثر، عادلانه و جامعه‌محور که شاخص‌های دولت باز را شکل می‌دهند،^۴ در کنترل و مدیریت مؤثر همه‌گیری کرونا و چالش‌هایی از این دست نقش حیاتی دارد. بنابراین، آگاهی از عملکرد سیاستگذاران در تدوین و اجرای راهبردها و برنامه‌ها اهمیت بسیار دارد و در مشارکت افراد در این فرآیند بسیار ضروری است. به دکتترین دولت باز در ایران کم‌تر توجه شده است و توجه به این مقوله به تدوین قانون خاص یا اصلاح قوانین سابق در زمینه اطلاعات قابل انتشار، شیوه انتشار و دسترسی افراد به اطلاعات نیاز دارد. این مسائل در چارچوب شفافیت و اعتماد شهروندان به سیاست‌های اعمال‌شده از سوی دولت قابل تبیین است.

شفافیت در اداره دولت نقش بسیار مهمی ایفا می‌کند. دیدگاهی که در مورد شفافیت دولت در این جا قابل استفاده است، به این شرح است که نخست، اگر حکومتی، بازتر باشد، دموکراتیک‌تر خواهد شد. این فرض به فرصتی برای شهروندان برای مشارکت در تدوین سیاست‌ها و اجرای برنامه‌های دولت مربوط می‌شود. مشخص است که اگر در یک وضعیت همه‌گیری، شهروندان نخواهند در اجرای سیاست‌های دولتی مشارکت کنند، ممکن است همه آن سیاست‌ها شکست بخورد. دوم، یک دولت شفاف‌تر به شیوه‌ای مؤثرتر و کارآمدتر کار خواهد کرد و در نتیجه، دولت

1-ShahAli, S., ShahAli, S., Takamjani, IE., Shahabi, S. (2020). COVID-19 and Iranian older people: rehabilitation perspective. Eur J Phys, 20 (29): 1-12

2-Hjortkov, M. (2019). Citizen expectations and satisfaction over time: findings from a large sample panel survey of public school parents in Denmark. Am Rev Public Adm, 49 (3): 353-371. www.doi.org/10.1177/0275074018765822

3-Chamlee-Wright, E., & Storr, VH. (2010). Expectations of government's response to disaster. Public Choice, 144 (1-2): 253-74. www.doi.org/10.1007/s11127-009-9516-x

4-Zarei, L., Shahabi, S., Sadati, A.K. (2021). Expectations of citizens from the government in response to COVID-19 pandemic: a cross-sectional study in Iran. BMC Public Health, 21 (686): 1-21. www.doi.org/10.1186/s12889-02110722-y

می‌تواند خدمات بهتری به شهروندان ارائه دهد.^۱ شفافیت، مزایای عظیمی را برای حکومت به ارمغان می‌آورد. در مورد همه‌گیری کووید ۱۹، سازمان همکاری‌های اقتصادی^۲ از دولت‌های آسیب‌دیده از همه‌گیری کووید ۱۹ دعوت کرد تا برای تقویت اعتماد عمومی با یکدیگر همکاری کنند. موضوع دیگر، بی‌اعتمادی بین سیاستمداران و مردم است. اعتماد، عامل تعیین‌کننده توسعه اقتصادی و حقوقی بلندمدت در برخورد با مشکلات و چالش‌هاست.^۳ این موضوع عمدتاً به راهبردهایی اشاره دارد که مردم از سیاست‌گذاران انتظار دارند برای مدیریت مناسب مشکلات و چالش‌ها به کار بندند. این موضوع از سه بخش شامل استفاده از همه ظرفیت‌ها، مدیریت سلامت روان و سیاست فاصله‌گذاری اجتماعی تشکیل شده است. تورم بالا و تحریم‌های شدید اقتصادی بر مردم ایران به ویژه اقشار پایین‌دست از نظر اجتماعی و اقتصادی، فشار مضاعفی وارد کرده است. در این میان، همه‌گیری کووید ۱۹ به چالشی بزرگ برای سیاست‌گذاران و مقامات تبدیل شد. موضوع اعتماد و پاسخ‌گویی از دغدغه‌های اصلی شهروندان به ویژه در زمینه مدیریت و سیاست‌گذاری در زمان بحران سلامت و مدیریت اقتصادی است. در این زمینه، بحث‌ها در مورد مدیریت صحیح شیوع بیماری، بی‌اعتمادی را در روزهای ابتدایی همه‌گیری در ایران تشدید کرد. برخی معتقدند که سیاستمداران به مشکلات مردم توجه کافی نداشتند و دولت نتوانست این مشکل را مدیریت کند.^۴ بنابراین، با توجه به شدت همه‌گیری کووید ۱۹ و نیاز مضاعف افراد به همکاری در روند کنترل آن، درک دیدگاه‌های عمومی در قالب دولت باز بسیار مهم و آموزنده است. در همین راستا، این پژوهش با هدف بررسی اعمال سیاست دولت باز و ارائه راهکارهایی برای مدیریت همه‌گیری در ایران انجام شد. امروزه، نظریه اصلی و غالب در حوزه مباحث مربوط به مبانی حقوق، نظریه «خدمات عمومی» است که از طریق نهادهای عمومی یا خصوصی زیر نظر اشخاص عمومی برای رفع نیازهای عمومی انجام می‌شوند. با توجه به اصول قانون اساسی از جمله اصول ۳، ۲۹، ۳۰ و ۴۳، این نظریه، اصلی‌ترین مبنای وجودی دستگاه اداری دولت محسوب می‌شود و تابع اصولی هم‌چون برابری، تقدّم، رایگان بودن، تداوم و سازگاری است^۵ که به طور مستقیم و غیر مستقیم در قانون اساسی اشاره شده است.

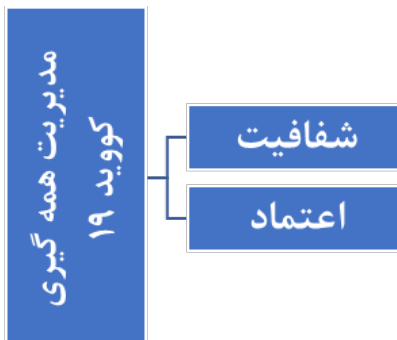
1-Creswell JW. Research Design. Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches. London: Sage Publications; 2014, p.54

2-Economic Cooperation Organization.

3-Aassve, A., Alfani, G., Gandolfi, F., & Le Moglie, M. (2020). Epidemics and trust: The case of the Spanish Flu. DONDENA Working Paper

4-Bagheri Lankarani, et al., op.cit.: www.doi.org/10.1177/00469580211024906.

۵. رضایی‌زاده و کاظمی، پیشین.



نمودار ۱ - الگوی نظری پژوهش

یافته‌های تحقیق

گفتار دوم. تعریف دولت باز و تمایز آن از حکمرانی خوب

با توجه به نزدیکی مفهوم «دولت باز» و «حکمرانی مطلوب» با همدیگر ابتدا نیاز بود تا از تعریف دولت باز و تمایز آن از حکمرانی خوب بحث شود. دولت باز، یک دکترین حکمرانی است که بیان می‌دارد شهروندان حق دسترسی به مدارک و رویه‌های دولتی را دارند تا بتوانند بر بخش عمومی نظارت کنند.^۱ این دکترین بر مقابله با دیگر استدلال‌های دولت برای مشروعیتبخشی به محرمانگی فزاینده عملکرد دولت استوار است.^۲ در یک دولت باز، علاوه بر تضمین دسترسی شهروندان به اطلاعات، تصمیم‌گیرندگان به صورت دوره‌ای، علل تصمیم‌گیری‌های خود را بیان می‌کنند تا از این طریق، قضاوت شهروندان در خصوص تصمیم‌گیری‌هایشان و نتایج آن تسهیل گردد. چنین رویکردی موجب افزایش اعتماد عمومی به مقامات عمومی و تصمیم‌گیری آن‌ها می‌شود و سبب می‌گردد مقامات عمومی در زمان تصمیم‌گیری، اولویت را به منافع بلندمدت شهروندان دهند.

سابقه استفاده از اصطلاح «دولت باز» به ایالات متحده آمریکا پس از جنگ دوم جهانی بازمی‌گردد. در سال ۱۹۵۷، والاس پارکر^۳ در کمیته اطلاعات دولتی که کنگره ایجاد کرده بود، بیان داشت: «اصل دولت باز، به‌کارگیری حق بر دانستن است که در قانون اساسی ایالات متحده ذکر شده است.»^۴ پس از تصویب قانون آزادی اطلاعات در

1-Lathrop, Daniel; Ruma, Laurel (2010-03-11). "Open Government and Government 2.0 Online Conference., March 11". O'Reilly Conferences. Retrieved 2015-09-19

2-Doss, Eric. "Sustainable Development Goal 16". United Nations and the Rule of Law. www.un.org/ruleoflaw/ (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۱/۲۳) /sdg-16

3-Wallace Parks.

4-Yu, Harlan; Robinson, David G. (February 28, 2012). "The New Ambiguity of 'Open Government'". *UCLA L. Rev.* 59

سال ۱۹۶۶،^۱ دادگاه‌های فدرال امریکا از این اصطلاح بارها استفاده کردند و آن را تقریباً مترادف با «شفافیت دولت» یا یکی از ارکان اصلی «شفافیت دولت» به کار بردند.^۲ بررسی دقیق‌تر نشان می‌دهد که سوابق تاریخی بیش‌تری نیز در این خصوص موجود است. از جمله در قرن پنجم پیش از میلاد، مقرراتی در یونان باستان وجود داشت که طبق آن، تصمیم‌گیرندگان دولتی موظف بودند اقدامات و علل تصمیم‌های خود را به صورت سالانه منتشر کنند. در آثار فیلسوفان متقدم نیز استدلال‌های فراوانی علیه پنهان‌کاری مقامات عمومی دیده می‌شود.^۳ هم‌چنین از نظر قانون‌گذاری، دولت سوئد که در آن زمان بر فنلاند نیز حکومت می‌کرد، قانون آزادی مطبوعات را به عنوان بخشی از قانون اساسی در سال ۱۷۶۶ تصویب کرد.^۴

در تمایز دولت باز با حکمرانی خوب می‌توان بیان داشت که مفهوم «حکمرانی مطلوب یا حکمرانی خوب»^۵ اصولاً در منشور سازمان ملل متحد و حقوق بین‌الملل ایجاد شده و در سایه حمایت‌های سازمان ملل متحد پرورش یافته است.^۶ حکمرانی به معنی اداره کردن قواعد سیاسی رسمی یا غیر رسمی یک بازی است. حکمرانی به معیارهایی اشاره دارد که شامل وضع قواعد برای اعمال قدرت و حل و فصل تعارض در چارچوب آن قواعد است.^۷ حکمرانی مطلوب، حکمرانی محلی و منطقه‌ای است. شیوه حکمرانی غیر متمرکز موجب می‌شود که مردم در فرآیند تصمیم‌سازی نادیده گرفته نشوند و ارتباط بین آن‌ها و مقامات محلی به طور مستقیم و نزدیک‌تر باشد و امکان تأمین بیش‌تر نیازهای آن‌ها وجود داشته باشد.^۸ در ادامه، تمایز دکتترین دولت باز و حکمرانی خوب در قالب جدول به صورت خلاصه گزارش شده است:

1-Freedom of Information Act (FOIA) in 1966.

2-Von Dornum, Deirdre Dionysia (June 1997). "The Straight and the Crooked: Legal Accountability in Ancient Greece". Columbia Law Review. 97 (5): 1483-1518

3-Habermas, Jurgen, The Structural Transformation of the Public Sphere (1962, trans. Cambridge Massachusetts, (1989); Reinhart Koselleck, Critique and Crisis (1965, trans. Cambridge Massachusetts, 1988

4-Lamble, Stephen (February 2002). Freedom of Information, a Finnish clergyman's gift to democracy. Vol. 97. Freedom of Information Review. pp. 2-8

5-Good Governance.

6-Governance for sustainable growth and equity report of international conference, New York: UNDP, Management Development and Governance Division, Bureau for Development Policy, 1997

7-see: Mette Kjar, Anne, Governance, key concepts, Polity; 1st edition, 2004, pp 1-2 .

۸. فروغی‌نیا، حسین، علی و کیلی و فخرالدین رضی‌پور، «اثر حکمرانی مطلوب بر ترویج حقوق بشر در پرتو اهداف توسعه هزاره سازمان ملل متحد»، حقوق ملل، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۲۴، ص ۱۸۸.

جدول ۲ - خلاصه تمایز دولت باز و حکمرانی خوب

نوع تمایز	دولت باز	حکمرانی خوب
نسبت منطقی	در زمینه تأمین دسترسی مناسب شهروندان به قوانین، مقررات و علل تصمیم‌گیری‌های دولت‌مردان	گسترده‌گی حکمرانی خوب و نسبت مطلق داشتن به دولت باز؛ دولت باز، بخشی از لوازم مورد نیاز برای برقراری حاکمیت خوب است
دسترسی به اطلاعات	رویکرد رادیکال به انتشار اطلاعات	بر حق دسترسی به اطلاعات تمرکز دارد
قانونی بودن دولت باز	اعمال برخی از قوانین موجود در زمینه حق دسترسی به اطلاعات و شفافیت در حقوق ایران	در کشورهای مختلف، قانون‌گذاران به دولت باز توجه کرده و معیارهای مشخصی برای بررسی میزان اعمال آن در نظر گرفته‌اند

منبع: سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۱ (۲۰۱۷)

گفتار سوم. عملکرد دولت ایران در مدیریت همه‌گیری کووید ۱۹ بر مبنای شاخص‌های دولت باز: شفافیت و اعتماد

تا پیش از شیوع کرونا، اقدامات متعدد قانونی و قضایی به منظور افزایش شفافیت در ایران صورت گرفته بود که تصویب قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (۱۳۸۷) و آیین‌نامه‌های اجرایی آن، تدوین شیوه‌نامه‌های متعدد در زمینه دسترسی به اطلاعات^۲ و

۱. برای مثال، دولت هلند در سال ۲۰۱۷ قانون دولت باز (Open overheid in actie) را تصویب کرد. دولت امریکا نیز پس از سخنرانی باراک اوباما در سال ۲۰۰۹ در مورد دولت باز و لزوم اعمال آن، مقررات متعددی را در این زمینه پیش‌بینی کرد:

OECD (2017). OECD Public Governance Reviews towards an Open Government in Kazakhstan. Paris: OECD Publishing. p. 57

۲. شیوه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مجوزهای دولتی ۱۳۹۸، شیوه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مجوزهای دولتی و مجوزهای مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی، شیوه‌نامه تشخیص و تفکیک اطلاعات مربوط به حریم خصوصی از اطلاعات عمومی ۱۳۹۷، موضوع مواد ۱۴ و ۱۵ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، شیوه‌نامه دسترسی آزاد به اسناد و مکاتبات اداری ۱۳۸۷، موضوع بند «ج» ماده ۱ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷، شیوه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات «تشکل‌های مردم نهاد» ۱۳۹۸، مصوب پانزدهمین جلسه کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، شیوه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات «بناگاه‌های اقتصادی عمومی» ۱۳۹۸، مصوب پانزدهمین جلسه کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، شیوه‌نامه دسترسی آزاد به اطلاعات مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی ۱۳۹۸، شیوه‌نامه انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات متضمن حق و تکلیف برای مردم ۱۳۹۹، شیوه‌نامه تشخیص و تفکیک اسرار دولتی از اطلاعات عمومی ۱۳۹۹، شیوه‌نامه رفع اختلاف در چگونگی ارائه اطلاعات.

مجموعه مقررات مربوط به بورس و فرابورس از آن جمله است. با وجود رویکرد قانونی به لزوم انتشار اطلاعات و تأکید اصل ۷۹ قانون اساسی بر خلاف اصل بودن اعمال محدودیت ضروری و موقت بودن چنین اقداماتی و همچنین نیاز به مجوز مجلس شورای اسلامی،^۱ ایران جایگاه مناسبی در شاخص‌های شفافیت بین‌المللی ندارد^۲ و در فهرست‌های منتشرشده همواره در قعر فهرست جای دارد. این مسئله نشان می‌دهد همه‌گیری کرونا در ایران در وضعیت ناشفاف بودن دولت آغاز شده است.

پس از اذعان دولت به ورود کرونا به کشور، اقداماتی در زمینه ایجاد شفافیت در مدیریت همه‌گیری کرونا صورت گرفت که مهم‌ترین آن، ایجاد ستاد ملی مبارزه با کرونا بود. ایجاد ستاد ملی کرونا در چهارم اسفند ۱۳۹۸، گامی بود در راستای تجمیع اقدامات در یک نهاد و حرکت هماهنگ و واحد برای سیاست‌گذاری و اطلاع‌رسانی که بسیاری از وزیران و رؤسای سازمان‌های دولتی به دبیری وزیر بهداشت در آن حضور داشتند.^۳ ایجاد این ستاد و تعیین وظایف آن، شکلی آرمانی از وفاق ارگان‌های دولتی برای مقابله با همه‌گیری را نشان می‌دهد. با این حال، اقدامات متعددی صورت گرفت که با ایده تشکیل ستاد و وظایف آن تعارض داشت. مسئله نخست، ادامه پرواز و تبادلات ایران و چین با وجود شیوع گسترده کرونا در چین و برگزاری نمایشگاه‌هایی با حضور شهروندان چینی در نقاط مختلف ایران تا پایان بهمن ۱۳۹۸ بود.^۴ این در حالی بود که افکار عمومی به صورت‌های مختلف، نگرانی خود را از ادامه یافتن این رویکرد دولت بیان کرده بود. مسئله دیگر، اصرار به برگزاری راهپیمایی ۲۲ بهمن

۱. طبق اصل ۷۹ قانون اساسی: «برقراری حکومت نظامی ممنوع است. در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت هم‌چنان باقی باشد، دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

۲. برای مثال، در سال ۲۰۲۱ ایران در رتبه ۱۵۰ از میان ۱۸۰ کشور در شاخص ادراک فساد قرار داشته است:

www.transparency.org/research/cpi/overview

شاخص ادراک از فساد (به انگلیسی: Corruption Perceptions Index)، شاخصی است که رتبه فساد در بخش عمومی یک کشور را در میان کشورهای جهان نشان می‌دهد. سازمان شفافیت بین‌الملل با استفاده از شاخص ادراک فساد، کشورها را برحسب میزان فساد موجود در میان مقامات دولتی و سیاستمداران رتبه‌بندی می‌کند.

۳. برای مشاهده جایگاه قانونی این شورا نک: خلیلی شجاعی، فریور و علی‌رضا عنابی، «جایگاه و اعتبار مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا در سیستم حقوقی ایران»، علم و وکالت، پاییز ۱۳۹۸، سال دوم، شماره ۳، صص ۲۱۵-۲۱۸.

۴. رضایی مقدم، روح‌الله، «با وجود مصوبه تعلیق چرا پروازهای چین به ایران هنوز ادامه دارد؟»، خبرگزاری ایسنا، سه‌شنبه ۱۵ بهمن ۱۳۹۸، کد خبر: ۹۸۱۱۱۵۱۰۳۹۶. قابل دسترس در www.isna.ir/news در ۹۸۱۱۱۵۱۰۳۹۶/۹۸۱۱۱۵۱۰۳۹۶-پروازهای چین به ایران هنوز ادامه دارد (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳).

و انتخابات ۲ اسفند با وجود شایعه و گزارش‌هایی از شیوع کرونا در ایران بود. این مسئله در حالی اتفاق افتاد که برگزاری انتخابات به صورت الکترونیک در زمانی دیگر امکان‌پذیر بود.^۱ تکذیب شناسایی و شیوع کرونا در ایران به دست مقامات رسمی و رسانه‌های دولتی^۲ از دیگر مسائلی بود که ناشفاف بودن مقامات و مسئولان دولتی را نشان می‌داد. این در حالی است که اگر دولت‌ها اطلاعات خود را به روشی روشن با شهروندان به اشتراک نگذارند، اعتماد بین جامعه و دولت از بین خواهد رفت و در نتیجه، پیروی از دستورالعمل‌های بهداشت عمومی و دیگر اقدامات برای جلوگیری از گسترش بیماری‌ها را تضعیف می‌کند. این رویکرد مبتنی بر شفاف نبودن در همه‌گیری کووید ۱۹ نیز ادامه یافت و خود را در قالب وعده‌های تحقق‌نیافته برای ساخت واکسن، حمایت مالی از اقشار ضعیف در زمان قرن‌تینه و تعارض‌ها در ارائه آمار نشان داد.

۱. برای مثال، در مورد شرکت‌های تجاری به سرعت و در یک بازه زمانی ۳ ماهه، برگزاری جلسات به صورت الکترونیک برای همه شرکت‌ها الزامی شد. سلطانی، محمد، نیکا باغستانی و فایزه‌سادات بهشتی‌روی، «تأثیر ویروس کرونا بر نحوه برگزاری مجامع عمومی شرکت‌ها با تکیه بر استفاده از ابزارهای الکترونیکی»، مجله تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۹، دوره بیست و سوم، شماره ۹۰، صص ۳۲۹-۳۵۷.

3-Ahmed, W., Bath, PA., Sbaffi, L., & Demartini, G. (2018). Moral panic through the lens of Twitter: an analysis of infectious disease outbreaks. Paper presented at: Proceedings of the 9th International Conference on Social Media and Society; Copenhagen, Denmark, 18-20 July 2018. New York, NY

دولت و جامعه و سازمان‌های مردم‌دولتی برقرار شود و جامعه از برنامه کاهش بیماری با قرنطینه و فاصله‌گذاری فیزیکی حمایت کرد.

رویکرد چند بعدی، توجه به سلامت روان مردم و تأکید بر رعایت فاصله‌گذاری فیزیکی، ارتباط خوب و اطلاع‌رسانی به‌موقع به مردم در کنار مدیریت صحیح اطلاعات نادرست، خواسته‌های شهروندان از مسئولان بود. شهروندان با شایعاتی در مورد همه‌گیری کووید ۱۹ در کانال‌های اطلاعاتی مواجه شده بودند و معمولاً اطلاعاتی را می‌دیدند که بر تعاملات دولت و جامعه اثر می‌گذاشت. این امر سبب اختلال در کسب آگاهی شهروندان می‌شد. این در حالی است که ارائه اطلاعات دقیق و به‌موقع به مردم، اعتماد ایجاد می‌کند و چارچوبی برای مشارکت جامعه می‌سازد.

گفتار چهارم. چالش‌های دولت باز: تطبیق با قوانین ایران

شاخص‌های دولت باز عمدتاً حول محور حمایت از اسرار دولتی، حمایت از سلامتی، حمایت از اطلاعات تجاری و حمایت از امنیت عمومی می‌چرخند. در ادامه با استناد به برخی قوانین موجود در این زمینه بحث می‌کنیم.

بند اول. حمایت از اسرار دولتی

در حقوق ایران، قانون مادر در مورد اسرار دولتی وجود ندارد، بلکه قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سرّی دولتی، مصوب ۱۳۵۳ ایرادهای متعددی دارد. در ماده ۱ این قانون، تنها اسناد دولتی تعریف شده است. در واقع، اسناد دولتی، جزئی از اطلاعاتی است که می‌توان آن‌ها را در قالب اسرار دولتی طبقه‌بندی کرد و اطلاعات خاص و قلمرو محدودی از اطلاعات را در بر می‌گیرد. این در حالی است که در ماده ۱۳ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات این گونه آمده است: «در صورتی که درخواست متقاضی به اسناد و اطلاعات طبقه‌بندی‌شده (اسرار دولتی) مربوط باشد، مؤسسات عمومی باید از در اختیار قرار دادن آن‌ها امتناع کنند. دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی‌شده تابع قوانین و مقررات خاص خواهد بود».

در این قانون، اسناد و اطلاعات طبقه‌بندی‌شده، مساوی اسرار دولتی در نظر گرفته شده‌اند، در حالی که سند تنها جزئی از اسرار است و اسرار دولتی به تمامی اطلاعاتی اطلاق

۱. به عنوان نمونه در قضیه Ng Yuen Shiu (۱۹۸۳) با این‌که وضعیت یک مهاجر غیر قانونی، هیچ حق قانونی برای اعتراض به خودداری مقامات هنگ کنگ از دادن امکان استماع به او نمی‌بخشید، اما به دلیل اطمینان‌بخشی قبلی دولت که مهاجران غیرقانونی از چنین امکانی برخوردار خواهند بود، دادگاه، انتظار مشروع شکلی مدعی را پذیرفت.

می‌شود که به صورت مکتوب یا شفاهی، به صورت سند، عکس، نقشه، کلیشه، فیلم، میکروفیلم، نوار ضبط‌صوت، لوح فشرده و امثال آن‌ها موجود است و افشای آن‌ها مغایر با مصالح دولت یا کشور یا مصالح خاص اداری است.

در شیوه‌نامه «تشخیص و تفکیک اسرار دولتی از اطلاعات عمومی» (۱۳۹۹)^۱ به ملاک تشخیص اسرار دولتی اشاره نشده و تنها به قوانین یادشده در بند اول آن^۲ ارجاع داده شده است. مشخص است که دایره شمول وسیع آن، راه را برای اعمال نظر شخصی افراد باز نگاه می‌دارد.^۳

به طور کلی، با وجود زمینه‌های مناسب برای حمایت و اعمال حق دسترسی به اطلاعات و ایجاد شفافیت در مبانی فکری نظام جمهوری اسلامی و قوانین و مقررات آن، اجرای ناصحیح قوانین، نبود نظارت دقیق، فرهنگ اسرارگرایی کارمندان و مقامات و اقدامات سلیقه‌ای، مانع دسترسی مطلوب مردم به اطلاعات شده است.^۴ در حال حاضر، حتی کم‌اهمیت‌ترین اطلاعات را هم می‌توان با مهر «محرمانه»، طبقه‌بندی و از دسترس شهروندان خارج کرد. در ماده ۴ آیین‌نامه، تغییر طبقه اسرار دولتی یا خروج آن‌ها از طبقه‌بندی را به دستورالعملی واگذار کرده است که هر یک از سازمان‌ها باید به مقتضای وظایف و طبیعت کار خود تهیه کنند. این در حالی است که طبق اصول و موازین، برخی از اطلاعات که به عنوان اسرار دولتی طبقه‌بندی شده‌اند، باید پس از انقضای مدت پیش‌بینی‌شده در قانون، خود به خود از طبقه‌بندی خارج شوند و سازمان‌های دولتی نیز مکلفند آن‌ها را از طبقه‌بندی خارج کنند.^۵

۱. توسط کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات تصویب‌شده، در تاریخ ۳۰/۱/۱۳۹۹ به تأیید رئیس جمهوری رسید و برای اجرا ابلاغ شد.

۲. این قوانین عبارتند از: قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی (۱۳۵۳)، آیین‌نامه طرز نگاه‌داری اسناد سری و محرمانه دولتی و طبقه‌بندی و نحوه مشخص نمودن نوع اسناد و اطلاعات (۱۳۵۴)، قانون انتشار اسناد طبقه‌بندی‌شده وزارت امور خارجه (۱۳۶۳) و آیین‌نامه‌های اجرایی آن، مصوبات شورای عالی نظارت بر تدوین و نشر اسناد مرکز اسناد و تاریخ دیپلماسی وزارت امور خارجه، قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات (۱۳۸۷)، قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) با اصلاحات بعدی برای ارائه اطلاعات طبقه‌بندی‌شده به دادگاه، سایر قوانین و مقررات مرتبط، قوانین و مقررات مربوط به طبقه‌بندی اسناد مؤسسات خصوصی ارائه‌دهنده خدمات عمومی.

۳. هر چند مواد بعدی، مصداق‌هایی را بیان می‌کند که طبقه‌بندی آن‌ها جایز نیست، مصادیق آن همانی است که عیناً در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات ذکر شده است که عبارت است از: اطلاعات موجد حق و تکلیف عمومی (تبصره ماده ۵ و ماده ۱۱)؛ اطلاعات راجع به وجود یا بروز خطرات زیست‌محیطی (تبصره ۱ ماده ۱۷)؛ اطلاعات راجع به وجود یا بروز تهدید سلامت عمومی (تبصره ۱ ماده ۱۷).

۴. باب‌آزاده مقدم، حامد، «بررسی حق دسترسی به اطلاعات در ایران با تأکید بر مصوبات شورای اروپا»، علوم خبری، اسفند ۱۳۹۲، شماره ۸، صص ۱۴۰-۱۴۴.

۵. همان.

بند دوم. حمایت از سلامتی

سلامتی به معنی وضعیت متعادل و متعارف جسمی و روانی یک فرد یا گروهی از افراد است. سلامتی زمانی تهدید می‌شود که افشای اطلاعات به یک متقاضی بتواند ضربه و فشاری شدید بر ذهن یا جسم متقاضی یا شخص دیگر وارد کند.^۱ برای اجتناب از آثار سوء آزادی اطلاعات بر سلامتی افراد، در ماده ۱۶ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات چنین آمده است: «در صورتی که برای مؤسسات مشمول این قانون با مستندات قانونی محرز باشد که در اختیار قرار دادن اطلاعات درخواست‌شده، جان یا سلامت افراد را به خطر می‌اندازد... باید از در اختیار قرار دادن اطلاعات امتناع کند».

همواره فرض بر این است که هیچ فردی درصدد آسیب‌رسانی به خود یا سلامتی خود نیست. بنابراین، دسترسی به اطلاعاتی که چنین پی‌آمدهایی دارد، به نحو ضمنی از قلمرو درخواست‌های دسترسی خارج است.

بند سوم. حمایت از اطلاعات تجاری

قانون‌گذار در ماده ۱۶ قانون آزادی اطلاعات، از دسترسی شهروندان به اطلاعات تجاری که دسترسی به آن‌ها منجر به وارد شدن خسارت مالی یا تجاری به اشخاص می‌شود، جلوگیری کرده است. از لحاظ تجاری، اطلاعات به سه دسته تقسیم می‌شوند:

۱. اطلاعات کم‌اهمیت؛

۲. اطلاعات مبهم و پیچیده؛

۳. اطلاعات قابل انتقال.

اطلاعات کم‌اهمیت و مبهم و پیچیده نمی‌توانند از زمره مصادیق اطلاعات مندرج در ماده باشند؛ چون این دسته از اطلاعات به فرد، صلاحیت و قدرت تشخیص و اقدام نمی‌دهند و فرد را برای انجام عملیات مالی توانا نمی‌سازند. این ماده تنها اطلاعات قابل انتقال را پوشش می‌دهد.^۲ اطلاعات قابل انتقال عموماً دارای ارزش اقتصادی هستند؛ یعنی داشتن و نداشتن این اطلاعات بر منفعتی که عاید دارنده آن می‌شود، اثر می‌گذارد؛ نبودن آن‌ها منافع شخص را کاهش می‌دهد و بودنشان، منافع وی را افزایش می‌دهند. به آسانی در دسترس نیستند و برای دسترسی به آن‌ها، نیازمند تخصص فنی و بودجه مالی هستیم. ناشناخته هستند و عموماً با یک سری تدبیر حفاظتی نگه‌داری می‌شوند.

۱. انصاری، باقر، آزادی اطلاعات، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷، ص ۱۴.

۲. مشابه این رویکرد در حقوق دیگر کشورها نیز موجود است. شاکری، زهرا، «خوانشی بر تحدید قلمرو حقوق اسرار تجاری؛ با نگاهی به دفاعیات خوانندگان دعاوی نقض»، شهرپور ۱۳۹۴، دوره هجدهم، شماره ۷۰، ص ۲۰۷.

بند چهارم. حمایت از امنیت عمومی

در پذیرش امنیت عمومی یا ملی به عنوان یک محدودیت خاص، همواره این خطر نهفته است که حکومت‌ها بنا بر سلیقه خود از آن چه هدف مشروع امنیت ملی می‌انگارند، فراتر بروند و آزادی‌های ملت را سلب کنند. این در حالی است که حتی اگر افشای اطلاعات احتمالاً به یک مصلحت مشروع آسیب برساند، باز هم باید بتوان آن اطلاعات را افشا کرد، مگر آن که آسیبی که به دلیل افشای اطلاعات متوجه منافع جامعه می‌شود، بیش از منفعت عموم در دسترسی به اطلاعات باشد.^۱ بر اساس ماده ۸ اصول ژوهانسبورگ، صرف انتشار فعالیت‌هایی که ممکن است امنیت ملی را تهدید کند، نمی‌تواند مانعی برای محدود کردن حقوق و آزادی‌ها شود و همچنین نمی‌توان به این دلایل که صرفاً اطلاعات انتشار یافته، اسرار یا مدارک سازمانی را فاش می‌سازد و ممکن است امنیت ملی را تهدید کند یا مصلحت ملی چنین ایجاب می‌کند، به مجازات خاطی پرداخت.^۲

به تهدید علیه ماهیت استقلال و اساس یک کشور، تهدید علیه امنیت ملی گفته می‌شود. تهدید علیه امنیت ملی، مهم‌ترین و حساس‌ترین تهدید است. در ایران به طور ضمنی در ماده ۴۹۸ قانون مجازات اسلامی آمده است که شهروندان باید چارچوب امنیت ملی را تشخیص دهند و علیه آن اقدام نکنند. در غیر این صورت، با ضمانت اجرای کیفری مواجه می‌شوند.^۳ ماده ۱۷ از قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات این گونه مقرر کرده است: «مؤسسات مشمول این قانون مکلفند در مواردی که ارائه اطلاعات درخواست شده به (امنیت و آسایش عمومی؛ پیش‌گیری از جرایم یا کشف آن‌ها یا تعقیب مجرمین؛ ممیزی مالیات یا عوارض قانونی یا وصول آن‌ها و اعمال نظارت بر مهاجرت به کشور) لطمه وارد می‌نماید، از دادن آن‌ها خودداری کنند.» تبصره نخست همین ماده می‌گوید: «موضوع مواد ۱۳ الی ۱۷ شامل اطلاعات راجع به وجود یا بروز خطرات زیست‌محیطی نمی‌گردد؛» چون این اطلاعات دارای نفع عمومی هستند و این نفع بر عدم ارائه اطلاعات رجحان دارد.

همان طور که مشخص است، ممکن است برخی، اطلاعات مربوط به کووید ۱۹ را اطلاعات مربوط به امنیت عمومی، اسرار دولتی یا حمایت از سلامتی بدانند و از این نظر،

۱. انصاری، باقر، «مفهوم، مبانی و لوازم آزادی اطلاعات»، فصل‌نامه نامه مفید، شهریور ۱۳۸۶، شماره ۶۱، ص ۶۲؛ عبدالملکی، سینا، «تأثیر متقابل حقوق شهروندی و نظم و امنیت عمومی بر یکدیگر»، مطالعات حقوق شهروندی، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۱۷، ص ۵۸۸.

۲. کولیور، ساندارا، «آزادی، حق و امنیت»، ترجمه: علی‌اکبر آقایی، مطالعات راهبردی، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۱۰، ص ۱۸۰.

۳. انصاری، پیشین، ص ۶۲.

شفافیت در این راستا را امری نادرست تلقی کنند. مسئله مهمی که باید به آن توجه کرد، این است که مدیریت یک همه‌گیری بدون همکاری همه شهروندان امکان‌پذیر نیست و اصولاً نمی‌توان تصور کرد که بدون اطلاع‌رسانی در این زمینه و آشنایی شهروندان با ابعاد مسئله بتوان آن را مدیریت کرد. باید پذیرفت در مواردی از این دست، شفاف‌سازی نکردن در ارائه اطلاعات و آمار موجب افزایش تلفات و دوام یافتن بیش‌تر همه‌گیری می‌شود.

گفتار پنجم. اعمال دکترین دولت باز در زمان همه‌گیری در ایران: حق دسترسی به اطلاعات در زمان همه‌گیری کووید ۱۹

در سال ۲۰۲۲، از میان ۱۴۰ کشور بررسی‌شده از نظر اعمال سیاست‌های دولت باز، ایران در رتبه ۱۳۸ جهانی و در رتبه ۷ در میان ۸ کشور منطقه خاورمیانه بود.^۱ این رتبه‌بندی به خوبی نشان‌دهنده عمق مشکلات موجود در ایران است. یکی از مهم‌ترین علل تضییع حق دسترسی به اطلاعات شهروندان، شیوه تفکیک این اطلاعات است که در آن، بسیاری از اطلاعات قابل انتشار، محرمانه تلقی می‌شوند و در نتیجه و با استناد به قوانین موجود، افشا نمی‌شوند. سابق بر این، حاکمیت اطلاعات^۲ بیش‌تر به بخش خصوصی، شیوه ارائه خدمات عمومی از طریق دولت الکترونیک یا تمرکز بر استفاده از فناوری اطلاعات مربوط می‌شد،^۳ اما امروز دیگر نمی‌توان از این دیدگاه پشتیبانی کرد.^۴ در زمینه شفافیت، مدیریت و سازمان‌دهی مؤثر اطلاعات، اگر اطلاعات و داده‌ها به خوبی مدیریت و سازمان‌دهی شوند، بازیابی آن‌ها برای اهداف حاکمیتی و انطباق اطلاعات آسان‌تر است.^۵

اولین مسئله برای برون‌رفت از وضعیت نامناسب فعلی، تبیین دقیق مصادیق اسناد محرمانه است تا موضوع به دلخواه کارمندان و مدیران درنیاید. پس از آن، مهم‌ترین راهکار موجود در زمینه افزایش شفافیت و ایجاد اعتماد، ارتقای فرهنگ سازمانی در خصوص لزوم

۱. برای مشاهده رتبه‌بندی در وبسایت پروژه عدالت جهانی:

www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Open%20Government (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۹/۲۲)

2-Information governance .

3-Jannah LM, Sipahutar MY, Hariyati D. Public Information Disclosure: Mapping the Understanding of Multiple Actors in Corruption-Prone Indonesian Province. Policy & Governance Review. 2020;4(3): p. 174

4-Halim NA, Yusof ZM, Zin NAM. The Requirement for Information Governance Policy Framework in Malaysian Public Agencies. International Journal of Engineering and Technology. 2018 Oct;7(4): pp. 235–9

5-Ibad S, Lolita YW. Development and Urgency of Public Services through e-Government in the Middle of Pandemi Covid-19. Journal of Public Administration and Governance. 2020 Dec 2;10(4): pp. 266–71

افشای اطلاعات است که ناکامی در آن تاکنون موجب ناکام ماندن قوانین افشای اطلاعات در ایران شده است. این مسئله در زمان همه‌گیری کرونا، مشکلات فراوانی پدید آورد که اعلام نشدن برخی آمارها در مورد مبتلایان و کشته‌شدگان، اعلام آمارهای متناقض از مراجع رسمی داخلی و تفاوت آمارهای مراجع داخلی و خارجی از آن جمله است.

اگر داده‌های مربوط به کرونا در دسترس عموم قرار می‌گرفتند، افکار عمومی می‌توانست درست‌تر تصمیم‌گیری کند و میزان همراهی مردم با سیاست‌های دولت افزایش پیدا می‌کرد. مراجع رسمی در دوره ابتدایی گسترش بیماری که نقش مهمی در کنترل آن داشتند، ابتدا به سیاست انکار روی آوردند و در ادامه، سیاست دست‌کاری در آمارها و گزارش‌ها را در پیش گرفتند. این در حالی است که رهنمودهای مربوط به اعمال سیاست دولت باز در زمان همه‌گیری بر لزوم انتشار به‌موقع، شفاف و در دسترس اطلاعات تأکید دارند^۱ و یکی از نتایج اعمال سیاست‌های دولت باز، افزایش اعتماد عمومی و همراهی شهروندان با سیاست‌های دولت در زمان همه‌گیری است. بدیهی است در پی اعمال چنین سیاستی، شهروندان نیز از هر فرصتی برای نقض مقررات مربوط به کرونا استفاده کردند.

این مسئله نشان می‌دهد که میان رویکرد دولت ایران در زمان همه‌گیری با رویکرد دولت‌هایی که سیاست دولت باز را اعمال می‌کنند، چه قدر فاصله وجود دارد. قطعاً حل این مسئله، نیازمند اصلاح قوانین موجود است تا علاوه بر تبیین دقیق‌تر اسناد قابل انتشار، اصل را بر لزوم انتشار تمامی اطلاعات، مگر در موارد مصرح قانونی گذارد. علاوه بر این، لازم است با اعمال ضمانت‌های اجرایی مناسب‌تر، از مقاومت کارکنان ادارات در انتشار اطلاعات کاست که این رویکرد با اعمال نظارت قضایی مناسب تکمیل می‌شود.

میزان نارضایتی شهروندان از شیوه پاسخ‌گویی اشخاص و مؤسسات دولتی به درخواست‌های ایشان بسیار بالاست. برای مشاهده میزان این نارضایتی می‌توان به نظرسنجی آن‌لاین موجود در وبسایت سامانه ملی دسترسی و انتشار اطلاعات مراجعه کرد که در بیش‌تر موارد، حدود یک‌سوم شهروندان از پاسخ‌ها، راضی و یک‌سوم، ناراضی‌اند و یک‌سوم آخر اصولاً پاسخ را بی‌ربط دانسته‌اند.^۲ بدیهی است تنها برخی از افراد، فرآیند طرح شکایت در سامانه، سازمان و سپس دادگاه را پی‌گیری کرده‌اند و مشخص است که امکان استفاده از بسیاری از اطلاعات پس از مدت زمان مربوط به رسیدگی در سازمان یادشده و دادگاه‌ها ممکن نخواهد بود؛ چون گذر زمان، ارزش اطلاعات را از بین خواهد برد.

1- OGP (2020), A Guide to Open Government and the Coronavirus, www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2020/06/OGP-Guide-to-Open-Gov-and-Coronavirus.pdf. (last visit 23/11/2022)

۲. سامانه ملی دسترسی و انتشار اطلاعات، قابل دسترس در:

www.iranfoia.ir/web/guest/citizensatisfaction (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۹/۲۲)

این مسئله در زمان همه‌گیری کووید ۱۹ اهمیت دوچندانی داشت؛ چون تأخیر در ارائه اطلاعات در زمینه بیماری می‌توانست فاجعه‌ای در سطح ملی و بین‌المللی ایجاد کند. در چنین وضعیتی، حتی اگر شهروندان از طریق سامانه‌های موجود، دسترسی به اطلاعات موجود را درخواست می‌کردند یا در این زمینه، سؤال یا شکایت طرح می‌کردند، مشخص است که ارائه اطلاعات یادشده در روزها و هفته‌های بعد، هیچ تأثیری بر کاهش مرگ و میر شهروندان نمی‌گذاشت. این در حالی است که یکی از شاخص‌های مهم در اعمال سیاست‌های دولت باز، لزوم انتشار به‌موقع اطلاعات است.^۱ همین مسئله نشان می‌دهد که نظارت مؤثر اداری بر دسترسی شهروندان به اطلاعات در زمان همه‌گیری تا چه حد اهمیت دارد.

۱. رهنورد، فرج‌الله و نوشین مؤمن کاشانی، «مفهوم دولت باز و داده باز و نقش آن در تحول نظام اداری»، مجله تحول اداری، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۵۶، ص ۱۹.

نتیجه گیری

با بررسی اعمال سیاست دولت باز و راهکارهای مدیریت همه‌گیری در ایران (بررسی موردی کووید ۱۹) مشخص شد که استفاده از ظرفیت‌های دولت باز، راهکاری مناسب برای افزایش مقبولیت دولت‌ها و افزایش مشارکت شهروندان در سیاست‌های اعمالی دولت‌هاست. میزان مشارکت شهروندان نیز در موفق شدن یا نشدن این سیاست‌ها نقشی تعیین‌کننده دارد. با شروع همه‌گیری کووید ۱۹، دولت‌ها در سراسر جهان، سیاست‌های گوناگونی را برای مدیریت آن در پیش گرفتند. طبیعی است که هر گونه تصمیم‌گیری سیاستی شامل عدم قطعیت است؛ چون بیش‌تر اطلاعات، نامشخص است. این در حالی است که درک اطلاعات مرتبط با سلامتی بسیار مهم است.

گسترش اطلاعات در بین شهروندان، اقدام سیاستی است و گروه‌های ذی‌نفع، سیاستگذاران، اتاق‌های فکر، رهبران منتخب و افراد بسیج‌شده در دولت می‌توانند آن را مدیریت کنند. این در حالی است که ابهام، درهم‌تنیدگی و نابسامانی زیادی در سطح جهان و ایران در انتشار اطلاعات مربوط به همه‌گیری کووید ۱۹ وجود داشت. خواسته‌های شهروندان، بسیار بالاتر از ظرفیت‌های دولت در مقابله با همه‌گیری کووید ۱۹ بود. یکی از بهترین راه‌ها برای پاسخ‌گویی به این خواسته‌ها، در پیش گرفتن یک استراتژی ارتباطی مناسب در چارچوب شاخص‌های دولت باز (شفافیت و اعتماد) است.

این مطالعه نشان داد که در مورد سیاست‌های دولت ایران در چارچوب شفافیت و اعتماد، ابهام‌ها و پرسش‌های فراوان وجود دارد و ایران در خصوص شفافیت اطلاعات و اعمال دکترین دولت باز در جهان، رتبه مناسبی ندارد. این مسئله در مرحله اول، ناشی از تفکیک نشدن مناسب اطلاعات قابل انتشار و انتشارناپذیر است که نیازمند اصلاح قانون است. در مرحله بعدی، ضعف در سیستم‌های نظارتی بر دسترسی به اطلاعات موجب می‌شود ادارات و مدیران و کارمندان آن به انتشار مناسب اطلاعات تمایلی نداشته باشند. اصلاح این مشکل، نیازمند اصلاح قوانین و تدوین شیوه‌های قضایی سریع برای رسیدگی به شکایت‌ها در این مورد است. علاوه بر این، لازم است تا به منظور تضمین دسترسی مناسب شهروندان به اطلاعات، به جای اعمال رویکرد حق بر دانستن، رویکرد حداکثری دولت باز اعمال شود که طبق آن، اصل بر افشای اطلاعات بدون نیاز به درخواست شهروندان است و در اعمال سازوکارهای نظارتی و اجرای سیاست دولت باز نقش مهمی دارد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. انصاری، باقر، آزادی اطلاعات، تهران: دادگستر، ۱۳۸۷.

ب) مقاله

۱. انصاری، باقر، «مفهوم، مبانی و لوازم آزادی اطلاعات»، فصل‌نامه نامه مفید، شهریور ۱۳۸۶، شماره ۶۱، صص ۱۳۷-۱۵۸.
۲. بابازاده مقدم، حامد، «بررسی حق دسترسی به اطلاعات در ایران با تأکید بر مصوبات شورای اروپا»، علوم خبری، اسفند ۱۳۹۲، شماره ۸، صص ۱۱۹-۱۶۰.
۳. خلیلی شجاعی، فریور و علی‌رضا عنابی، «جایگاه و اعتبار مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا در سیستم حقوقی ایران»، علم و وکالت، پاییز ۱۳۹۸، سال دوم، شماره ۳، صص ۲۱۵-۲۱۸.
۴. رضایی‌زاده، محمدجواد و داوود کاظمی، «بازشناسی نظریه «خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۳۹۱، سال سوم، شماره ۵، صص ۴۶-۲۳.
۵. رهنورد، فرج‌الله و نوشین مؤمن کاشانی، «مفهوم دولت باز و داده باز و نقش آن در تحول نظام اداری»، مجله تحول اداری، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۵۶، صص ۱۵-۳۲.
۶. سلطانی، محمد، نیکا باغستانی و فایزه‌سادات بهشتی‌روی، «تأثیر ویروس کرونا بر نحوه برگزاری مجامع عمومی شرکت‌ها با تکیه بر استفاده از ابزارهای الکترونیکی»، مجله تحقیقات حقوقی، تابستان ۱۳۹۹، دوره بیست و سوم، شماره ۹۰، صص ۳۲۹-۳۵۷.
۷. شاکری، زهرا، «خوانشی بر تحدید قلمرو حقوق اسرار تجاری؛ با نگاهی به دفاعیات خوانندگان دعاوی نقض»، شهریور ۱۳۹۴، دوره هجدهم، شماره ۷۰، صص ۱۹۷-۲۲۲.
۸. عبدالملکی، سینا، «تأثیر متقابل حقوق شهروندی و نظم و امنیت عمومی بر یکدیگر»، مطالعات حقوق شهروندی، زمستان ۱۳۹۹، شماره ۱۷، صص ۵۸۵-۶۰۲.
۹. غیاثوند، احمد، «سازوکار اعتماد مردم به عملکرد دولت در شرایط شیوع

- کرونا»، دولت پژوهی، ۱۳۹۹، سال ششم، شماره ۲۲، صص ۱-۳۴.**
۱۰. فروغی‌نیا، حسین، علی وکیلی و فخرالدین رضی‌پور، «اثر حکمرانی مطلوب بر ترویج حقوق بشر در پرتو اهداف توسعه هزاره سازمان ملل متحد»، حقوق ملل، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۲۴، صص ۱۷۹-۲۰۶.
۱۱. کولیور، ساندارا، «آزادی، حق و امنیت»، ترجمه: علی اکبر آقایی، مطالعات راهبردی، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۱۰، صص ۱۷۷-۱۹۲.
۱۲. نصوحی، مرتضی، اکبر اعتباریان، هادی مهربان پیکانی و رضا ابراهیمزاده، «تبیین مدل خط‌مشی‌گذاری باز در تحقق اصول دولت باز»، چشم‌انداز مدیریت دولتی، تابستان ۱۴۰۰، سال دوازدهم، شماره ۴۶، صص ۱۵-۳۳.
۱۳. یزدی فیض‌آبادی، وحید، راضیه امیری و مهرناز سیدی، «سیاست‌های پیش‌گیرانه کنترل همه‌گیری بیماری کووید ۱۹: یک مطالعه و مرور سریع از کشورهای شرق و جنوب شرق آسیا»، مجله اپیدمیولوژی ایران، ۱۳۹۹، سال شانزدهم، شماره ۵، صص ۷۹-۷۰.

ج) یادداشت

۱. رضایی مقدم، روح‌الله، «با وجود مصوبه تعلیق چرا پروازهای چین به ایران هنوز ادامه دارد؟»، خبرگزاری ایسنا، سه‌شنبه ۱۵ بهمن ۱۳۹۸، کد خبر: ۹۸۱۱۱۵۱۰۳۹۶. قابل دسترس در: www.isna.ir/news/98111510396 / چرا-پروازهای-چین-به-ایران-هنوز-ادامه-دارد (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳).
۲. مصطفی‌نژاد، سمیرا، «یک سال با کرونا»، روزنامه همشهری، چهارشنبه ۲۹ بهمن ۱۳۹۹، کد مطلب: ۱۲۴۶۴۹، قابل دسترس در: www.newspaper.hamshahrionline.ir/id/124649/یک-سال-کرونا.html (آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳).

د) پایگاه اینترنتی

- 1-www.coronomy.ir/about.
- 2-www.iranfoia.ir/web/guest/citizensatisfaction
(آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۹/۲۲)
- 3-www.transparency.org/research/cpi/overview
- 4-www.whitehouse.gov/open (last visit 27/11/2023)
- 5-www.worldjusticeproject.org/rule

(آخرین بازدید: ۱۴۰۱/۰۹/۲۲)./index/global/2022/Open%20Government-law-of

2-Latin Source

A) Book

- 1-Aassve, A., Alfani, G., Gandolfi, F., & Le Moglie, M., Epidemics and trust: The case of the Spanish Flu. DONDENA Working Paper, 2020
- 2-Ahmed, W., Bath, PA., Sbaifi, L., & Demartini, G., Moral panic through the lens of Twitter: an analysis of infectious disease outbreaks, Paper presented at: Proceedings of the 20-9th International Conference on Social Media and Society; Copenhagen, Denmark, 18 July 2018. New York, NY
- 3-Creswell JW. Research Design. Qualitative, Quantitative and Mixed Methods Approaches, London: Sage Publications; 2014
- 4-Governrnnce for sustainable growth and equity report of international conference, New York: UNDP, Management Development and Governance Division, Bureau for Development Policy, 1997
- 5-Habermas, Jurgén, The Structural Transformation of the Public Sphere (1962, trans. (Cambridge Massachusetts, 1989
- 6-Jelenic, Michael Christopher, From Theory to Practice : Open Government Data, Accountability, and Service Delivery. Policy Research Working Paper. World Bank, Washington, DC, 2019
- 7-Lynggaard, K., Jensen, M. D., & Kluth, M. (Eds.), Governments' responses to the Covid pandemic in Europe: Navigating the perfect storm. Palgrave Macmillan, 2022 19-
- 8-Mette Kjar, Anne, Governance, kery concepts, Polity; 1st edition, 2004
- 9-Reinhart Koselleck, Critique and Crisis 1965, trans. Cambridge Massachusetts, 1988
- 10-Zahariadis, N., Petridou, E., Exadaktylos, T., & Sparf, J., Policy styles and trust in the age of pandemics—Global threat, National Responses, Routledge, 2022

B) Article

- 1-Bagheri Lankarani, Kamran, Honarvar, Behnam, Kalateh Sadati, Ahmad, & Rahmanian Haghighi, Mohammad Reza, (2021). Citizens' Opinion on Governmental Response to COVID

- Outbreak: A Qualitative Study from Iran. *INQUIRY: The Journal of Health Care Organi-* 19-
zation, Provision, and Financing, 2 (5): 1
- 2-Bol, D, Giani, M, Blais, A, Loewen, PJ. (2021). The effect of COVID-19 lockdowns on
political support: some good news for democracy? *Eur J Polit Res*, 21 (60): 497–505
- 3-Burlacu, Sorin., Roxana Patarlageanu, Simona., Diaconu, Amelia., & Ciobanu, Ghen-
government in the Era of Globalization and the Health Crisis caused by the-adie. (2021). E
Pandemic, between Standards and Innovation. *Economic Sustainability*, 92 (21): 19-Covid
[www.doi.org/10.1051/shsconf/20219208004](https://doi.org/10.1051/shsconf/20219208004) :8-1
- 4-Chamlee-Wright, E., & Storr, VH. (2010). Expectations of government's response to
disaster. *Public Choice*, 144 (1–2): 253–74. <https://doi.org/10.1007/s11127-009-9516-x>
- 5-Chen, CWS., & Fan, T-h- (2022). Public opinion concerning governments' response
<https://doi.org/10.1371/journal.62-to> the COVID-19 pandemic. *PLoS ONE* 17 (3): 26
pone.0260062
- 6-Coronavirus statistics. Worldometers. (2020). [[www.worldometers.info/coronavirus/](http://www.worldometers.info/coronavirus/demographics)
[demographics](http://www.worldometers.info/coronavirus/demographics)]. accessed 27 Apr 2020-sex-age-coronavirus
- 7-Doss, Eric. «Sustainable Development Goal 16». United Nations and the Rule of Law.
government-<https://www.undp.org/tag/open>
- 8-Fetzer, T., Hensel, Lm, Hermle, Jm, & Roth, C. (2021). Coronavirus perceptions and
11-economic anxiety. *Rev Econ Stat*, 1 (17): 1
- 9-Halim NA, Yusof ZM, Zin NAM. The Requirement for Information Governance Policy
Framework in Malaysian Public Agencies. *International Journal of Engineering and Tech-*
nology. 2018 Oct;7(4)
- 10-Hetherington, M. J. (1998). The political relevance of political trust. *American Politi-*
cal Science Review, 92 (4), 791–808: [www.doi.org/10.2307/2586304](https://doi.org/10.2307/2586304)
- 11-Hjortskov, M. (2019). Citizen expectations and satisfaction over time: findings from a
large sample panel survey of public school parents in Denmark. *Am Rev Public Adm*, 49 (3):
[www.doi.org/10.1177/0275074018765822](https://doi.org/10.1177/0275074018765822):371-353
- 12-Huang C, Wang Y, Li X, Ren L, Zhao J, Hu Y, et al. (February 2020). «Clinical features
of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China». *Lancet*. 395 (10223)
- Govern~13-Ibad S, Lolita YW. Development and Urgency of Public Services through e

Journal of Public Administration and Governance. 19-ment in the Middle of Pandemi Covid 2020 Dec 2;10(4)

14-Jannah LM, Sipahutar MY, Hariyati D. Public Information Disclosure: Mapping the Prone Indonesian Province. Policy & Gov-Understanding of Multiple Actors in Corruption ernance Review. 2020;43

15-Kuhn, Jens H. Becker, Stephan; Ebihara, Hideki; Geisbert, Thomas W. Johnson, Karl Pro-».(12-M. Kawaoka, Yoshihiro; Lipkin, W. Ian; Negredo, Ana I. Netesov, Sergey V. (2010 posal for a revised taxonomy of the family Filoviridae: classification, names of taxa and viruses, and virus abbreviations». Archives of Virology. 155 (12).

16-Lamble, Stephen (February 2002). Freedom of Information, a Finnish clergyman's gift to democracy. Vol. 97. Freedom of Information Review

Open Government and Government 2.0»(11-03-Lathrop, Daniel; Ruma, Laurel (2010 09-Oline Conference, March 11». O'Reilly Conferences. Retrieved 2015

18-Lau, L. S., Samari, G., Moresky, R. T., Casey, S. E., Kachur, S. P., Roberts, L. F., & in humanitarian settings and lessons learned from past epidem- 19-Zard, M. (2020). COVID ics. Nature Medicine, 26(5), 647–648

19-OECD (2017). OECD Public Governance Reviews towards an Open Government in Kazakhstan. Paris: OECD Publishing

20-OGP (2020), A Guide to Open Government and the Coronavirus: www.opengov-Coronavirus.pdf-and-Gov-Open-to-Guide-content/uploads/2020/06/OGP-partnership.org/wp (last visit 23/11/2022)

21-OPEN GOVERNMENTA Progress Report to the American People, available at

22-Schmelz, K. (2021). Enforcement may crowd out voluntary support for COVID policies, especially where trust in government is weak and in a liberal society. Pro- 19-ceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 118 (1), www.doi.org/10.1073/pnas.2016385118 :218-201

23-ShahAli, S., ShahAli, S., Takamjani, IE., Shahabi, S. (2020). COVID

12-and Iranian older people: rehabilitation perspective. Eur J Phys, 20 (29): 1 19-

24-Von Dornum, Deirdre Dionysia (June 1997). «The Straight and the Crooked: Legal Accountability in Ancient Greece». Columbia Law Review. 97 (5): 1483–1518

25-What is Good governance, un escap, internet site, 2004 available at: www.unescap.governance-good-org/resources/what

26-Yu, Harlan; Robinson, David G. (February 28, 2012). «The New Ambiguity of 'Open Government'». UCLA L. Rev. 59

27-Zarei, L., Shahabi, S., Sadati, A.K. (2021). Expectations of citizens from the gov-
sectional study in Iran. BMC Public-pandemic: a cross 19-ernment in response to COVID
y-10722-021-www.doi.org/10.1186/s12889:21-Health, 21 (686): 1



«تعارض منافع در بخش عمومی»: گونه‌ها و انواع مقابله‌های حقوقی (تحلیل فقهی و حقوقی)

محمدتقی دشتی *

زهرا زندیه **

محمد مهدی فر ***

چکیده

«تعارض منافع» به عنوان مفهوم مستقل و شناخته‌شده در حکمرانی مدرن اهمیت بسیار بالایی دارد تا جایی که بسیاری از کلیدواژگان مهم این حوزه با موضوع تعارض منافع در ارتباط مستقیم قرار گرفته‌اند. به دست آوردن اعتماد عمومی و ارتقای مردم‌سالاری، جلوگیری از فساد، ارتقای سلامت و انسجام اداری، شفافیت و توسعه اقتصادی بدون دستیابی به سطحی قابل قبول از مدیریت تعارض منافع امکان‌ناپذیر است. تعارض منافع، حوزه‌ای از پیچیدگی‌های فوق‌العاده و حساسیت‌های سیاسی و قانونی است. از این رو، کشمکش‌های نظری برای دریافتی دقیق از «تعارض منافع» تا همین چندی پیش ادامه داشته است.

مسئله اصلی مقاله پیش رو، یافتن درکی صحیح و تحلیلی فقهی و حقوقی از مفهوم تعارض منافع، گونه‌های مختلف آن و انواع مقابله نظام‌های حقوقی با آن است. نویسندگان بر این باورند که با فهم درست و جامع از مفهوم و انواع تعارض منافع و با رصد تطبیقی صفا‌آرایی نظام‌های حقوقی رویاروی این معضل بزرگ می‌توان ادبیات تعارض منافع را در ایران پررنگ ساخت تا در سایه تعمیق مفهوم در اذهان پژوهشگران و دغدغه‌مندان، به تدریج، دستیابی به اهداف بلندی هم‌چون کسب اعتماد عمومی، عدالت و شفافیت ممکن شود.

کلیدواژه‌ها: تعارض منافع، فساد، مدیریت، نظام‌های حقوقی.

*. دکترای تخصصی، رئیس مرکز پژوهشی مینا، قم، ایران.

t_d_dashty@yahoo.com

** . دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

zandie1991@gmail.com

***. دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه تهران (دانشکده‌گان فارابی)؛ پژوهشگر مرکز پژوهشی مینا

mohammadmahdifar@ut.ac.ir

مقدمه

امروزه، فساد، بزرگ‌ترین چالش پیش روی نظام‌های سیاسی و اداری و مهم‌ترین تهدید برای توسعه کشورهاست. بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دولت اسلامی، موظف به مبارزه با همه مظاهر فساد است (بند اول اصل سوم قانون اساسی). «اژدهای هفت‌سر فساد» با هدف‌گذاری روی اقتصاد، عدالت، فرهنگ و اعتماد عمومی، نظام سیاسی را به ورطه لغزش‌گاه‌های ناکارآمدی و پسرفت نزدیک می‌کند. در بررسی آماری سازمان شفافیت بین‌الملل در سال ۲۰۲۰، شاخص فساد در ایران در رتبه ۱۴۹ از ۱۸۰ کشور جهانی و رتبه ۱۶ از ۲۲ کشور منطقه گزارش شده که نشان‌دهنده واپس‌ماندگی در زمینه مبارزه با این معضل است.^۱

بروز «تعارض منافع» و نبود راهکار مناسب برای مدیریت آن، از اصلی‌ترین و ریشه‌ای‌ترین دلایل وقوع فساد در سطوح عمومی حاکمیت است. وجود تعارض منافع با بروز فساد مساوی نیست، ولی بی‌تردید، بزرگ‌ترین عامل آن، وجود موقعیت‌های گوناگون تعارض منافع است که فرد را بر سر دوراهی منفعت شخصی یا ملی قرار می‌دهد.^۲ در جامعه اسلامی، اتصاف به تقوا، کنترل درونی و صلاحیت‌های اخلاقی از شرایط تصدی مناصب است، ولی تکیه بر فضایل خلاق، نافی مسئولیت حکومت در رفع موقعیت‌های بروز تعارض منافع نیست.

تعارض منافع در یک تعریف اولیه و کلی، مجموعه شرایطی است که خطر اثرپذیری اقدامات حرفه‌ای یا تصمیم‌ها را از منافع ثانویه تقویت می‌کند. به عبارت دیگر، در موقعیت‌های بروز تعارض منافع، منافع ملی (اولیه)، هم‌عرض منافع شخصی (ثانویه) قرار می‌گیرد و این نگرانی معقول پدید می‌آید که فرد در مقام انتخاب، تحت تأثیر منافع دسته دوم قرار گیرد. در حقیقت، در این موقعیت خطیر، فرد از مسیر اهداف قانون و اخلاق، منحرف می‌شود و در دام «سوء استفاده از اختیار»،^۳ گرفتار می‌آید.

زیربنای ارتکاب همه مفاسد، بهره‌مندی از موقعیت‌های تعارض منافع است؛ یعنی قبل از هر فساد، حتماً یک موقعیت تعارض منافع وجود داشته که فرد، گروه یا سازمان در جایگاه انتخاب بین منافع شخصی و منافع عمومی، منافع دسته دوم را انتخاب نکرده است.^۴ از

1-www.transparency.org/en/cpi/2020/index/ir.

2-Mooney, Joseph, Conflicts of Interest by Public Officials, 2015: www.icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/Chapter%209%20.pdf

به نقل از: انصاری، باقر، «مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، بهار ۱۴۰۱، ص ۳۰۰.

3-Abuse of power.

4-see: Catchick, P., Conflict of Interest: Gateway to Corruption, ACFE European Fraud Conference, 2014.

آن‌جا که پیش‌گیری و مبارزه با فساد، یکی از اساسی‌ترین خواسته‌های مردم از حکومت‌ها و مهم‌ترین وظایف دولت‌هاست و با توجه به ارتباط بین تعارض منافع و فساد، مدیریت موقعیت‌های تعارض منافع (شخصی، گروهی یا سازمانی)، راهکاری اساسی برای پیش‌گیری از انواع مفاسد و تضمین‌کننده عدالت و شفافیت در کشور خواهد بود.

در قلمروی امور عمومی (و البته در دیدگاهی واقع‌بینانه، همه امور)، کم‌تر حوزه‌ای را می‌توان یافت که تعارض منافع، مشکل‌آفرین نشده باشد. از رویدادهای مقطعی چون انتخابات، تا امور دایمی هم‌چون آموزش و اقتصاد و سیاست، همگی به صورت‌های مختلف، درگیر این چالش هستند. چون تعارض منافع، مهم‌ترین ریشه وقوع فساد در حاکمیت است، جامعه از تمام مقاماتی که در بخش عمومی فعالیت دارند، انتظار دارد که در تمام سطوح، وظایف خود را بی‌طرفانه و بدون جانبداری انجام دهند و منافع شخصی یا منافع نزدیکان آنان بر تصمیم‌هایشان اثر نگذارد. هر گونه سوء مدیریت در انجام وظایف می‌تواند به فساد یا سوء استفاده از منصب عمومی بیانجامد. در مقابل، چنان‌چه تعارض منافع به درستی مدیریت شود، اعتبار نظام سیاسی حفظ خواهد شد.^۱

اثر پیش رو، بررسی فقهی و حقوقی مبانی، اقسام و اشکال و انواع مقابله حقوقی با تعارض منافع را وجهه همت خود قرار داده است. تجربه جهانی در مقام مقابله با تعارض منافع، الگوهای مختلفی را نمایش می‌دهد. برخی کشورها هم‌چون ایالات متحده آمریکا، با طراحی نظام جامع مدیریت تعارض منافع، پرچمدار مبارزه با این معضل بوده‌اند. در نقطه مقابل، برخی دیگر از کشورها از جمله ایران، به صورت موردی، پراکنده و در لابه‌لای قوانین خود برای تعارض منافع، قاعده‌گذاری کرده‌اند. این درک مصداقی و پرداخت جزئی، به منزله تسکینی موقت و اهمال نسبت به اصل مسئله بوده که سبب شده است چرخه مبارزه با فساد تکمیل نشود. خوش‌بختانه، در سال‌های اخیر، دغدغه‌مندی اқشار جامعه و نخبگان نسبت به منافع عمومی و لزوم فسادستیزی در راستای حراست از این مهم سبب شده است. تعارض منافع و مدیریت آن به یک مسئله و گفتمان در ادبیات حکمرانی تبدیل شود.

در حوزه امور پزشکی، آثار متعددی در باب موضوع پژوهش پیش رو نگاشته شده، ولی دانش‌واژه «تعارض منافع»، از موضوعات مغفول‌مانده در مطالعات سیاسی و حقوق عمومی است. از این رو، با وجود اهمیت روشن موضوع، ادبیات داخلی، کم‌تر از حدّ مورد انتظار به آن پرداخته است. بی‌تردید، ادبیات حقوق عمومی کشور به انجام پژوهش‌هایی در راستای ریشه‌یابی فساد و تعارض منافع از خلال سنجش و ارزیابی وضعیت موجود و راهکارسنجی برون‌رفت از آن نیازمند است.

1-Lateef, KS., Evolution of the World Bank's thinking on governance, 2016.

در این مقاله، پس از ارائه تعریف تعارض منافع و مدیریت آن، اقسام و اشکال آن را بررسی می‌کنیم. بررسی مبانی تعارض منافع در آیین فقه، انواع مقابله حقوقی با پدیده تعارض منافع و تشریح عملکرد نظام تقنینی ایران در مواجهه با آن از دیگر بخش‌های این اثر است.

گفتار اول. مفهوم‌شناسی «تعارض منافع» و مدیریت آن

بند اول. تعارض منافع^۱

«تعارض منافع» با وجود بدهت ظاهری، مفهومی پیچیده و چندلایه است که یکی از دلایل عمده آن، دارا بودن انواع و اقسام و موقعیت‌های گوناگون بروز این معضل است. تعارض منافع، مفهومی سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و قانونی است که مجادله‌ها و ابهام‌های بسیاری درباره تعریف اجماعی آن وجود دارد.^۲ از این رو، ضروری است با امعان نظر نسبت به تمام ابعاد و وجوه، آن را مدیریت کرد. به دلیل گستردگی مفهومی تعارض منافع، ارائه تعریف سلبی در کنار تعریف ایجابی می‌تواند به تبیین جامع آن یاری برساند. در مقام تعریف سلبی باید گفت که تعارض منافع، فساد نیست. این در حالی است که در بسیاری از گزارش‌ها و تحلیل‌های غیر رسمی، بین این دو، تفکیک گذاشته نمی‌شود. تعارض منافع، موقعیتی است که در آن، مقام عمومی، هر اقدامی انجام دهد، به یکی از وظایف یا منافع خود آسیب زده است. بنابراین، قرار گرفتن در شرایط تعارض منافع، تصمیم‌گیری با آثار سوء برای اداره عمومی یا فرد به همراه دارد.

در یک تعریف کلی، تعارض منافع، موقعیت‌هایی است که تصمیمات و اقدامات حرفه‌ای تحت تأثیر منفعت ثانوی قرار می‌گیرند.^۳ در موقعیت‌های تعارض منافع، امور شخصی افراد، وظایف عمومی و رسمی آنان یا منافع مالی و غیر مالی‌شان با یکدیگر در تعارض و تلاقی است و در نتیجه، فرد باید نسبت به حفظ منافع عمومی یا شخصی خود تصمیم بگیرد. به

1-Conflict of Interest.

Demmke, C., Thomas Henökl and Teemu Moilanen, Regulating conflicts of interest for holders of public office in the European Union: A comparative study of the rules and standards of professional ethics for the holders of public office in the EU-27 and EU institutions, 1st Ed, European Institute of Public Administration, 2008, p. 27; see

Soloveičik, Deividas and Karolis Šimanskis, "The Evolving Concept of 'Conflict of Interests' in the EU Public Procurement Law", European Procurement & Public Private Partnership Law Review 12, No. 2, 2017, p. 112:www.jstor.org/stable/26695440

۳. رزقی، ابوالفضل و سید عباس پرهیزکاری، «تعارض منافع، راهبردهای پیش‌گیری و مدیریت»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶، ص ۴.

عبارت دیگر، در تعارض منافع با هم‌عرض شدن دو هدف با منافع متفاوت در یک شخص یا سازمان به صورت موردی یا کلی مواجه خواهیم بود. در این حالت و در رویکرد مبتنی بر زاویه دید حکمرانی، تعارض منافع، تعارضی بین وظایف دولتی و منافع خصوصی مقامات یا مستخدمان دولتی است که می‌تواند به شکل نادرستی بر وظایف آن‌ها اثر بگذارد.^۱

یکی از بهترین تعریف‌های ارائه‌شده آن است که تعارض منافع، وضعیتی است که در آن، شخص نمی‌تواند عدالت را در مورد منافع واقعی یا بالقوه مغایر برقرار کند. این وضعیت زمانی اتفاق می‌افتد که منافع یا نگرانی‌های شخصی با تصمیم درست، قانونی و مورد انتظار مغایرت داشته یا وقتی که منافع شخصی یک مقام دولتی با وفاداری او به امور عمومی مغایر باشد.^۲

در حقیقت، مقام عمومی در جایگاه تصمیم‌گیری، هدفی غیر از هدف قانون‌گذار را دنبال می‌کند و فرد یا افراد خاصی را منتفع می‌سازد. مایکل دیویس و آندرو استارک معتقدند اگر دو شرط وجود داشته باشد، یک موقعیت، موقعیت تعارض منافع است؛ زیرا فرد دارای منفعت خاصی است که آن منفعت با دخالت در رابطه نمایندگی باعث می‌شود که قضاوت صحیحی صورت نگیرد. آن دو شرط عبارتند از:

شرط اول - فرد در رابطه‌ای، ملزم به نمایندگی از منافع فردی دیگر است و این نمایندگی به قضاوت در تصمیم‌گیری‌های مختلف بستگی دارد؛

شرط دوم - فرد دارای منفعتی خاص است که آن منفعت با دخالت در رابطه نمایندگی باعث می‌شود قضاوت به صورت صحیح و درست صورت نگیرد.^۳

در این تعریف، باید به چهار مؤلفه اصلی توجه داشت: رابطه، قضاوت، منفعت و اعمال درست قضاوت. «رابطه»، موضوع کلی و شامل هر گونه ارتباط فرد با دیگران است. این رابطه ممکن است رسمی یا غیر رسمی و کوتاه‌مدت یا بلندمدت (ارتباطات خانوادگی) باشد. «قضاوت»، یکی از ارکان مهم تعریف ارائه‌شده است که به تصمیم‌هایی مربوط می‌شود که فرد، و رای تصمیم‌های عادی می‌گیرد. فرد در این قضاوت، نیازمند مهارت و اطلاعات

1-OECD, "Managing Conflict of Interest in the Public Service OECD Guidelines and Country Experiences", OECD, 2003

2-Giorgini, Paolo, Fabio Massacci, John Mylopoulos and Nicola Zannone, Detecting Conflict of Interest, Requirements Engineering, 14th IEEE International Conference, 2006; See: Dragoş, Dacian C. and Alexandra Horváthová, "Addressing Conflict of Interests in Public Procurement in the European Union and the Legal Challenges in Romania and Slovakia", European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Vol. 12, No. 3, 2017, pp. 266-80; Lee Nelson, Erica, "Conflict of Interest and Parliament", Economic and Political Weekly 46, No. 19, 2011, pp. 68-73

3-Davis, M. and Andrew Stark, Conflict of Interest in the Professions, New York: Oxford University Press, 2001, p. 8.

بالاست. بنا بر این تعریف، عامل کلیدی برای این که فرد در موقعیت تعارض منافع قرار بگیرد، آن است که در شرایط قضاوت قرار داشته باشد و از او خواسته شود که در مقام نمایندگی، بهترین قضاوت را انجام دهد.

«منفعت» نیز عبارت است از هر گونه نفوذ، وفاداری، درگیری، احساس یا دیگر ویژگی‌های یک موقعیت که باعث می‌شوند اعتماد به قضاوت فرد کم شود. منافع اقتصادی و وابستگی‌های خانوادگی، معمول‌ترین منافع در موقعیت‌های تعارض منافع هستند. «اعمال درست قضاوت» هم جوابی است که در پاسخ به این سؤال به دست می‌آید: «کدام عمل، مورد انتظار است؟» بر این مبنا، آنچه قوانین مختلف، قواعد حرفه‌ای، اخلاق یا اصطلاحاً واقعیت‌های اجتماعی، رفتار درست را مقرر کرده‌اند و انتظار است که بر اساس آن‌ها، رفتار مورد نظر اتفاق افتد.^۱ در این راستا، معیار قضاوت درست برای موقعیت‌های تعارض منافع باید متناسب با این اقتضائات تحلیل شود.^۲

بنا بر تعریف سازمان شفافیت بین‌الملل (ائتلاف جهانی علیه فساد)، تعارض منافع، «وضعیتی است که در آن، یک فرد یا نهاد اعم از دولت، کسب‌وکار، رسانه یا جامعه مدنی، با موقعیت انتخاب بین وظایف و اقتضائات جایگاه خود و منافع خصوصی خود مواجه می‌شود».^۳ نکته قابل توجه این است که اولاً تعارض منافع به خودی خود به معنای وجود فساد نیست، بلکه یکی از عوامل مهم و مستقیم در بروز فساد است که برای پیش‌گیری از فساد و ناکارآمدی باید آن را مدیریت کرد. ثانیاً وجود تعارض منافع به اثبات تأثیر حقیقی منافع شخصی روی کار حرفه‌ای نیاز ندارد، بلکه وجود منفعت ثانویه به تنهایی برای ایجاد موقعیت تعارض منافع کفایت می‌کند.

در ایران، با خلأ تعریف قانونی در باب تعارض منافع مواجه هستیم. با این حال، در برخی لوایح یا بخش‌نامه‌ها به این موضوع اشاره شده است. برای مثال، در لایحه «نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی» (۱۳۹۸/۸/۱۹)، تعارض منافع، «موقعیتی است که منفعت شخصی مشمولان این قانون در مقام انجام وظایف یا اعمال اختیارات قانونی آنان در تعارض با منافع عمومی قرار می‌گیرد و می‌تواند انجام بی‌طرفانه و

1-Ibid, pp. 47-52; Independent Evaluation Group (IEG), Guidelines to Manage Conflicts of Interest in Independent Evaluation, World Bank, 2014, p. 4

هم‌چنین برای مطالعه بیش‌تر نک: چارچوب روش‌شناختی بررسی تعارض منافع در سازمان‌ها، تهران: مرکز توان‌مندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۹، ص ۳؛

۲. نک: چارچوب روش‌شناختی بررسی تعارض منافع در سازمان‌ها، تهران: مرکز توان‌مندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۹، ص ۳.

3-www.transparency.org/en/corruptionary/conflict-of-interests .

بدون تبعیض وظایف مذکور را مانع شود». در بند «الف» مصوبه «مدیریت تعارض منافع در شهرداری تهران» (مصوب شورای اسلامی شهر تهران، ۱۳۹۷/۷/۱۰) نیز تعارض منافع «عبارت است از تعارض منافع شخصی مشمولان این مصوبه با انجام بی‌طرفانه و بدون تبعیض وظایف حرفه‌ای و اختیارات قانونی آن‌ها در مجموعه مدیریت شهری تهران».

بند دوم. مدیریت تعارض منافع

کنترل درونی ناشی از باورهای مذهبی، وجدان، اخلاق، ارزش‌های اجتماعی، ترحم یا ترس می‌توانند مانع از وقوع فساد شوند، اما برای پیش‌گیری از فساد، کنترل‌های درونی به تنهایی کافی نیستند. با وجود تصدیق اهمیت و جایگاه گران‌سنگ کنترل‌های درونی باید دانست مسدودسازی و اجتناب پیشینی از قرارگیری افراد در موقعیت‌های ارتکاب فساد، منطقی‌تر از قرار گرفتن افراد در معرض راستی‌آزمایی پسینی کنترل درونی است.

مدیریت تعارض منافع از جمله سیاست‌های نرم و پیشینی برای جلوگیری از فساد است. با تنظیم مقررات و خط‌مشی‌هایی برای از بین بردن یا کاهش مخاطرات موقعیت‌های تعارض منافع می‌توان تا حدّ زیادی از بروز فساد و ناکارآمدی ناشی از آن جلوگیری کرد. به عبارت دیگر، از حاکمیت انتظار می‌رود با سیاست‌گذاری در باب مدیریت تعارض منافع، این اطمینان را به مردم دهد که مقامات دولتی، اجازه دخالت منافع شخصی خود را در تصمیم‌گیری‌ها و حوزه‌های مدیریتی خویش نخواهند داد.^۱

استفاده از واژه «مدیریت» برای تعارض منافع، انتخابی دقیق و دارای بار معنایی خاص است. تعارض منافع به دلیل شکل‌های گوناگون و موقعیت‌های مختلف بروز، به صورت کامل از عرصه فعالیت‌های گوناگون حاکمیتی، اداری و اقتصادی حذف‌شدنی نیست، بلکه بهترین راه حل، مدیریت تعارض منافع به شکلی بهینه است به گونه‌ای که علاوه بر وجود قدرت انتخاب و اختیار در فرد، آثار نامطلوب آن کمینه شود. به عبارت دیگر، در سیاست‌های تعارض منافع نباید به دنبال حذف موقعیت‌های تعارض منافع بود، بلکه این موقعیت‌ها باید به بهترین شکل «مدیریت» شوند.

معیارهای گوناگونی برای ارزیابی سیاست‌های مدیریت تعارض منافع ارائه شده است مانند:

۱. تناسب: آیا سیاست به صورت اثربخش، معطوف به مهم‌ترین تعارض‌هاست؟
۲. شفافیت: آیا سیاست برای افراد و مؤسساتی که ممکن است تحت تأثیر آن قرار گیرند، قابل درک و در دسترس است؟

۱. مرتب، یحیی و همکاران، تعارض منافع در بخش عمومی، تهران: شفافیت و پیشرفت، ۱۳۹۹، صص ۲۸۲-۲۸۳.

۳. پاسخ‌گویی: آیا سیاست مشخص می‌کند که چه کسی، مسئول اجرا و بازبینی آن است؟

۴. انصاف: آیا سیاست برای همه گروه‌های داخل یک مؤسسه و دیگر مؤسسات به طور یکسان اجرا می‌شود؟^۱

گفتار دوم. اقسام و اشکال تعارض منافع

بند اول. اقسام تعارض منافع

تعارض منافع را به اعتبار موضوع‌های مختلفی می‌توان تقسیم کرد: به اعتبار این‌که فرد یا شخص حقیقی، درگیر تعارض منافع است یا سازمان، به تعارض منافع فردی (شخص‌محور) و سازمانی (سازمان‌محور) و به اعتبار بالقوه یا بالفعل بودن تعارض، به تعارض منافع بالقوه و تعارض منافع بالفعل قابل تقسیم است. باید توجه داشت در کنار هر نوع از تعارض منافع می‌توان شکلی خاصی از آن را جای داد. به عبارت دیگر، تعارض منافع شخصی یا سازمانی می‌توانند اشکال مختلفی (تعارض وظایف، تعارض درآمد و وظیفه و تعارض ناشی از ارتباطات سهام‌داری) به خود بگیرند.

در تعارض منافع شخص‌محور، به علت برخی ویژگی‌های مربوط به شخصی که در مناصب حاکمیتی قرار گرفته است (روابط خانوادگی، روابط سهام‌داری، اشتغال و نظیر آن)، منافع فرد در تعارض با منافع حاکمیت و عموم مردم قرار می‌گیرد. برای مثال، مدیرکل دفتر برنامه‌ریزی برق و انرژی در بخش‌نامه‌ای به دلیل مصرف زیاد کولرهای گازی از طریق دولت، سازمان‌های دولتی را موظف به حذف این نوع کولرها و استفاده از سرمایش مرکزی می‌کند، در حالی که تحقیقات به طور شفاف نشان نداده است که سرمایش مرکزی، انرژی کم‌تری از کولرگازی مصرف می‌کند. علاوه بر این، مدیرکل دفتر برنامه‌ریزی برق و انرژی، یکی از سهام‌داران اصلی یک شرکت بازرگانی واردکننده و خدمات پس از فروش سرمایش مرکزی نیز هست. در این موارد، فرد به انگیزه کسب منافع شخصی، منافع حاکمیت را کنار می‌گذارد. در این نوع از تعارض منافع، اگر فرد دیگری بدون ویژگی‌های یادشده (در این مثال، روابط سهام‌داری) در آن جایگاه قرار بگیرد، تعارض منافع بروز نمی‌کند.

در برخی موارد، تعارض منافع شخصی، ناشی از ساختار و قواعدی است که افراد در آن قرار دارند. برای مثال، طبق قواعد سازمانی ممکن است تعیین مبلغ حقوق و مزایای مدیران به عهده خودشان باشد. در این موارد، قواعد طراحی‌شده برای آن جایگاه، مستقل از

۱. برناردلو، ماریلین ج. فیلد و همکاران، تعارض منافع در آموزش، پژوهش و اقدامات پزشکی، تهران:

شریف، ۱۴۰۰، ص ۹۷.

ویژگی‌های مربوط به اشخاص، آن‌ها را در معرض تعارض منافع قرار خواهد داد.^۱ برخی از جایگاه‌ها، مستعد تعارض منافع شخص‌محور در مسئولان و کارکنان حاکمیت هستند. در این موارد، جایگاه‌هایی که حکومت، بخشی از اختیارات خود را به فرد یا افرادی (در قالب شورا) واگذار می‌کند، بستری مهم در تحقق تعارض منافع هستند. برخی از این موقعیت‌ها عبارتند از:^۲

اختیار واگذاری و فروش دارایی‌های دولتی	اختیار قاعده‌گذاری اعم از قانون، مقررات و دستورالعمل‌ها
اختیار ارزیابی، مانند کارشناسان دادگستری	اختیار ارائه مجوز فعالیت
اختیار انتخاب و استخفاف کارمندان	اختیار ارائه مجوز واردات
جایگاه قضاوت، مانند قضات دادگستری	اختیار خرید و معاملات دولتی
اختیار تایید یا رد وضعیت و استاندارد، مانند اداره استاندارد و شرکت‌های زیرمجموعه، کارشناسان محیط‌زیست، کارشناسان بهداشت و کارشناسان کار	اختیار نظارت در سطح کلان مانند نظارت نمایندگان بر دولت و در سطوح پایین‌تر مانند نظارت بانک مرکزی بر بانک‌ها و نظارت ناظر پروژه بر پروژه‌های پیمانکاری

در تعارض منافع سازمان‌محور، یک سازمان یا نهاد (شخصیت حقوقی)، درگیر موقعیت تعارض منافع می‌شود، به گونه‌ای که به علت وجود برخی شرایط، منافع سازمان با منافع عمومی در تقابل قرار می‌گیرند. برای مثال، سازمانی که درآمدها و وظایفش با یکدیگر تعارض دارند، دچار تعارض منافع خواهد شد. چنان‌چه بخشی از درآمد نیروی انتظامی جمهوری اسلامی از محل درآمد حاصل از جرایم رانندگی باشد، اداره راهنمایی و رانندگی همواره در تعارض عمل به وظیفه قانونی (اعمال جریمه‌های قانونی) یا تلاش برای کاهش تخلفات و کسب درآمد حاصل از اعمال جریمه‌های نقدی خواهد بود. مؤسسات و شرکت‌های خدمات مشاوره‌ای، مؤسسات ارزیابی و صحه‌گذاری، مؤسسات اعطاکننده استاندارد، مؤسسات پیمان‌کاری، سازمان‌های صنفی دارای حق قاعده‌گذاری (خودتنظیم‌گری)^۳ و نظارت،

۱. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، «تعارض منافع: دسته‌بندی و مفهوم‌شناسی»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶، ص ۶.

۲. همان، ص ۸.

نمونه‌هایی از این نوع تعارض منافع هستند.^۱

تعارض منافع بالفعل، ناظر بر موقعیتی است که در زمان حال یا وضع فعلی، یک موجودیت در موقعیت تعارض منافع قرار گرفته است. به عبارت دیگر، تعارض منافع بالفعل، ناظر بر هم‌زمانی انتفاع از یک موقعیت تعارض منافع و بروز آن موقعیت است، در حالی که تعارض منافع بالقوه، ناظر بر وجود نفع و بروز موقعیت تعارض منافع در آینده است. در کنار این تقسیم‌بندی‌ها می‌توان از انواع دیگری هم‌چون تعارض منافع مالی^۲ و غیر مالی^۳ سخن گفت. تعارض منافع مالی، مواردی است که فرد بین یک منفعت مالی و منفعت عمومی یا قانونی باید انتخاب کند، در حالی که در تعارض منافع غیر مالی، فرد تحت تأثیر عوامل دیگری هم‌چون رابطه خویشاوندی، حزبی یا برخی دیگر از ملاحظات قرار می‌گیرد.

بند دوم. اشکال تعارض منافع

منظور از اشکال تعارض منافع، شیوه‌های ظهور عینی موقعیت‌های تعارض منافع است که مکرر و ملموس است. واقعیت آن است که چالش‌های مفهومی و پیچیدگی‌های ابعاد نظری تعارض منافع، اجازه دسته‌بندی و شناسایی تمام موارد و اشکال آن را نمی‌دهد. از این رو، برخی از اشکال رایج این مفهوم و با در نظر گرفتن بافت اداری، اجتماعی و سیاسی هر کشور که شیوع بیش‌تری دارند، بررسی خواهند شد.

۱. تعارض درآمد و وظیفه

اگر فرآیندها و روش‌ها، شخص را در موقعیتی قرار دهد که اجرای وظیفه محوّل شده به وی به کاهش درآمدش بیانجامد، شخص یا سازمان در موقعیت تعارض منافع قرار گرفته است. برای مثال، بودجه بیمارستان‌های سازمان تأمین اجتماعی بر اساس ضریب اشغال تخت، تخصیص داده می‌شود، به این معنی که بیمارستان‌های دارای بیش‌ترین بیمار بستری‌شده،

۱. در این موارد باید در نظر داشت که وجود سازمان‌های ارزیابی‌کننده یا خودتنظیم‌گر، در کنار تمام محاسنی که دارند، ممکن است معایبی نیز داشته باشند. برای مثال، نزدیکی و مجاورت، انعطاف‌پذیری، مقبولیت یا به هم پیوسته شدن منافع از ویژگی‌های مثبت وجود سازمان‌های خودتنظیم‌گر است، ولی مواردی هم‌چون بروز تعارض منافع، اعمال نشدن مجازات‌های کافی یا اعمال نشدن قانون از معایب وجود چنین نهادهایی است.

See: Coglianese, C., Keating, E. K., Michael, M. L., & Healey, T. J., "The role of government in corporate governance", NYUJL & Bus., Vol. 1, No. 219, 2004

2-Financial interests.

3-Nonfinancial interests.

بیش‌ترین اعتبار را در اختیار خواهند داشت. این مسئله، نمایان‌گر تعارض درآمد و وظیفه است. بر اساس مشاهدات، این نوع اختصاص بودجه سبب بستری شدن غیر ضروری بیماران در بیمارستان‌ها شده است و در افزایش هزینه نظام سلامت تأثیر بسزایی دارد.^۱

۲. تعارض وظایف

در شرایطی، نقش‌های متعدد محول‌شده به یک شخص با یکدیگر متعارض می‌شوند. در واقع، در چنین شرایطی، پاسخ به یک وظیفه، نادیده گرفتن وظیفه دیگر قلمداد می‌گردد. طبیعی است که در چنین موقعیتی، هر تصمیمی که شخص بگیرد، دچار سوگیری و در نتیجه، ناکارآمدی عملکرد است. برای مثال، نمایندگان مجلس در برخی از تصمیم‌گیری‌ها، دچار این نوع از تعارض منافع هستند. آن‌ها از سویی باید نسبت به منافع حوزه انتخابی خود حساس و پاسخ‌گو باشند و از دیگر سو، باید منافع ملی را در نظر بگیرند و این دو، در برخی موارد با یکدیگر تعارض دارند.

۳. اتحاد قاعده‌گذار و مجری

در کلان‌ترین سطح مدیریت، در تمام حکومت‌ها، قوه مقننه از مجریه تفکیک شده است. در سطح خرد نیز لازم است قاعده‌گذار از مجری منفک شود؛ چون تعارض منافع، نقش مجری و نقش قانون‌گذار سبب تعهد نداشتن به یکی از این نقش‌ها می‌شود.

۴. اتحاد ناظر و منظور

همانند موضوع قاعده‌گذاری برای خود، فردی که به صورت شخصی، مسئول نظارت بر رفتار و عملکرد خود (یا بخش زیر نظر خود) است، به صورت طبیعی، در معرض موقعیت تعارض منافع است. به عبارت دیگر، در این حالت، مقام عمومی، در موقعیت احتمال انتفاع از نظارت و ارزیابی خود قرار خواهد گرفت.

۵. اشتغال هم‌زمان

این نوع، یکی از رایج‌ترین اشکال تعارض منافع است که در ادبیات بین‌المللی به عناوینی هم‌چون اشتغال ثانویه^۲ یا فعالیت‌های فراشغلی^۳ شناخته می‌شود. این شکل از تعارض منافع، ناظر بر آن است که مسئول دولتی، به شغلی غیر از فعالیتش در بخش

۱. چارچوب روش‌شناختی بررسی تعارض منافع در سازمان‌ها، ص ۴.

2-Secondary Employment.

3-Extra-Occupational Activities .

عمومی اشتغال دارد، به صورتی که این اشتغال بر فعالیت اصلی یا وظیفه قانونی او اثرگذار باشد. به صورت کلی، این نوع از تعارض منافع، قابلیت تعمیم به عنوان موقعیت دارای منافع متعارض را ندارد، اما اگر این مشاغل، هم‌زمان، وظایفی را بر شخص حمل کند که هم‌عرض یکدیگر باشند، آن‌گاه فرد در موقعیت متعارض قرار می‌گیرد. اشتغال هم‌زمان در بخش عمومی و بخش خصوصی، بغرنج‌ترین نوع از موقعیت‌های تعارض منافع است. این امر در سیاست‌گذاری با سوگیری سیاست‌ها به نفع شغل سیاست‌گذار در بخش خصوصی و در خدمات‌رسانی، از طریق هدایت مشتریان به سمت بخش خصوصی، خود را نشان می‌دهد. برای نمونه، مهندسی که در جایگاه حاکمیتی و تصمیم‌گیری، از طریق تصویب سیاستی، ورود مهندسان جدید به بازار را به کسب اجازه از سازمان نظام مهندسی وابسته می‌کند یا نماینده مجلسی که هم‌زمان عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد است، به دلیل اشتغال هم‌زمان، درگیر موقعیت تعارض منافع شده است و از تصویب قوانین اعمال تغییر در امتیازات اعضای هیئت علمی دانشگاه آزاد (هر چند با منافع ملی موافق باشد)، جلوگیری می‌کند.

۶. انگیزه‌های سیاسی و منطقه‌ای

در این حالت، انگیزه‌های سیاسی و منطقه‌ای یعنی نمایندگی منافع یک حزب یا منطقه از یک طرف و نمایندگی منافع کل حاکمیت یا کشور از طرف دیگر، هم‌زمان در یک شخص جمع می‌شود. این موضوع، از دشوارترین موقعیت‌های تعارض منافع است؛ چون تمامی مناصب سیاسی و نمایندگی در سطوح بالا مشمول یک یا هر دوی این انگیزه‌ها می‌شود.

۷. تعارض منافع ناشی از روابط خویشاوندی یا دوستانه

این شکل از تعارض منافع که همه افراد در آن قرار دارند، از جمله موارد تعارض منافع است که به راحتی می‌تواند از منافع هم‌عرض به فساد تبدیل شود. این تعارض منافع ممکن است به علت سهام‌داری، اشتغال یا رابطه مالی یکی از بستگان مقامات دولتی با بخش‌های تحت نظارت، قاعده‌گذاری یا پیمان‌کاری وی به وجود آید.

۸. «درهای گردان»^۱ یا ارتباطات پسا‌شغلی

درهای گردان به معنای جابه‌جایی افراد بین مشاغل و مناصب عمومی و خصوصی، در یک حوزه کاری یا حوزه‌های نزدیک به هم است.^۲ این شکل از تعارض منافع به اشتغال بازنشستگان یا مستعفی‌ان بخش دولتی در بخش خصوصی یا برعکس اطلاق می‌شود. افرادی که در این

1-Revolving door.

2-www.transparency.org/en/corruptionary/revolving-door.

شرایط قرار می‌گیرند، از یک طرف، ملزم به حفظ اسرار دولتی هستند و از طرف دیگر باید به شغل جدید خود متعهد باشند. امکاناتی چون استفاده از سرمایه اجتماعی، استفاده از پیوندهای پیشین در موقعیت جدید برای تسهیل صدور مجوز، کاهش نظارت، ایجاد انحصار یا قاعده‌گذاری به نفع موقعیت شغلی جدید، پی‌آمدهای تعارض ارتباطات پسا شغلی است که به صورت وسیعی، منافع عمومی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. اهمال در نظارت یا قاعده‌گذاری با انگیزه استخدام در بخش خصوصی پس از خاتمه فعالیت در مشاغل حاکمیتی از این موارد است.

۹. سهام‌داری و مالکیت

این مورد نیز مشابه موقعیت تعارض وظایف و مشاغل هم‌زمان است. فردی که در مجموعه‌ای سهم دارد، نمی‌تواند در مشاغل دولتی که تأثیر مستقیم بر آن مجموعه دارد، مشغول به فعالیت باشد؛ چون تصمیمات وی به صورت مستقیم یا غیر مستقیم بر مجموعه دارایی وی اثر می‌گذارد.

۱۰. دریافت هدیه

رابطه مالی بین مسئولان حکومتی و نهادهایی که در مورد آن‌ها تصمیم‌گیری می‌شود، ممکن است تحت عناوینی مانند دریافت هدیه^۱ یا درخواست رشوه^۲ شکل بگیرد. طبق یک بررسی که سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در سال ۲۰۰۳ انجام داد، پذیرش هدیه، به عنوان مهم‌ترین شکل تعارض منافع شناسایی شده است.^۳

در مواجهه با پذیرش هدیه، ضرورت و اهمیت آن نادیده گرفته می‌شود. نبود سیاست‌های شفاف در خصوص هدیه ممکن است علاوه بر ایجاد موقعیت‌های تعارض منافع و افزایش ریسک فساد، پی‌آمدهایی هم‌چون از بین رفتن قبح دریافت هدیه مقام عمومی و تبدیل شدن آن به یک فرهنگ داشته باشد. باید توجه داشت بسیاری از هدایایی که داده می‌شوند، در واقع، رشوه‌هایی هستند که با هدف سوء استفاده از موقعیت قانونی اعطا می‌شوند و اعتماد عمومی را تا سطح گسترده‌ای کاهش خواهند داد.

در ایران، برخی قوانین به صورت پراکنده در خصوص دریافت هدیه توسط مقامات عمومی قاعده‌گذاری کرده‌اند، مانند قانون نظارت بر رفتار قضات^۴ (مصوب ۱۳۹۰/۷/۱۷)،

1-Gifts, benefits and hospitality, A guide to good practice, Corruption and Crime Commission, Office of the Information Commissioner, Office of the Auditor General, Public Sector Commission, and Office of the Parliamentary Commissioner for Administrative Investigations, 2016

۲. برای مطالعه تفاوت‌های «هدیه» با «رشوه» نک: مرتب و همکاران، پیشین، ص ۱۰۸.

3-OECD, op.cit.

۴. نک: ماده ۱۷.

قانون استخدامی وزارت اطلاعات^۱ (مصوب ۱۳۷۴/۴/۲۵) و قانون مدیریت خدمات کشوری^۲ (مصوب ۱۳۸۶/۷/۸). با این حال، به نظر می‌رسد مطلوب آن است در خصوص دریافت هدیه توسط مقام عمومی، نظام هنجاری جامعی پیش‌بینی شود.^۳

گفتار سوم. مبانی فقهی تعارض منافع

برای بررسی صحیح نسبت تعارض منافع و گزاره‌های دینی باید به این نکته‌ها توجه کرد:

الف) اصطلاح جدید تعارض منافع و ارتباط آن با سنت

دانش‌واژه «تعارض منافع»، اصطلاحی جدید و متأخر است. پس روشن است که مقصود نگارندگان از واکاوی آن در منابع دینی، اشاره به وجود این اصطلاح در منابع نیست. از دیگر سو، این امر نمی‌تواند مانع از بررسی موضوع حاضر از نظرگاه دینی شود؛ زیرا برای یافتن ارتباط میان سنت و مدرنیته از رویکرد و روش علمی خاصی می‌توان بهره گرفت که در موارد متعددی از جمله محل بحث کارآمد است. توضیح بیش‌تر آن که اگر پژوهش‌گر بتواند: یک - اصطلاح جدید مورد نظر را از نظر ماهوی واکاوی و عناصر و مؤلفه‌های آن را به درستی استخراج کند؛

دو - با هدف یافتن کلیدواژگان قابل بهره‌گیری بتواند در سنت نیز مطالعه لازم را انجام دهد. آن‌گاه به صورت صحیح و بی آن‌که دچار لغزش در ریشه‌یابی مفاهیم مدرن در سنت گردد، ارتباطی منطقی میان آن دو برقرار خواهد کرد.

ب) در پیش گرفتن رویکرد تکلیف‌محور

در واکاوی دینی تعارض منافع می‌توان دو رویکرد اخلاق‌محور یا تکلیف‌محور را در پیش گرفت. چون غرض از نوشتار حاضر، واکاوی مسئله از بعد حقوقی (نه اخلاقی و غیرالزامی) است، صرفاً رویکرد دوم دنبال می‌شود. بنابراین، بحث تعارض منافع را از منظر مباحث دینی و در دو سطح پیش خواهیم برد:

بند اول. ترجیح منافع شخصی بر منافع عمومی

از آن‌جا که مخاطب فقه، شخص «مکلف» است، بحث، منصرف از «موقعیت» تعارض منافع بوده و متوجه «عملی» است که مقام عمومی در آن موقعیت انجام می‌دهد. تصمیم ناصواب فرد که همان ترجیح منافع شخصی یا گروهی بر منافع عمومی است، دو صورت دارد:

۱. نک: تبصره ماده ۷۴.

۲. نک: ماده ۹۱.

۳. نک: انصاری، پیشین، ص ۳۱۶.

صورت نخست: شرایطی که تعارض منافع، مقرون به ارتکاب عمل حرام دیگری می‌شود، به این صورت که در نظر نگرفتن منافع عمومی توسط شخص، در برخی موارد، ناشی از رشوه‌ای است که دریافت کرده است.

صورت دوم: گاهی نیز عمل بدون اقتران با عمل محرم خارجی است، مانند آن که شخص به دلیل تعلق داشتن به فرد یا گروه خاص یا به دلیل ترجیح دادن منافع فردی خویش، بدون آن که رشوه دریافت کند، در موقعیت تعارض منافع، تصمیم ناصواب می‌گیرد. به نظر می‌رسد اصل ترجیح منافع شخصی - فارغ از اقتران داشتن یا نداشتن با عمل حرام خارجی - این ایرادها را دارد:

۱. مخالفت با تعهد در برابر اداره

شخصی که به استخدام اداره درمی‌آید، آنچه به عنوان تکلیف در آن عقد بر عهده شخص نهاده می‌شود و به همان دلیل نیز وی مستحق دریافت حقوق و مزایا می‌گردد، انجام وظایف محول شده به همراه رعایت مصالح و منافع عمومی است. بر همین اساس، در حقوق اداری، اصل «عدم سوء استفاده از اختیار»، یکی از اصول حاکم بر مقامات اداری است. در نتیجه، شخص با تصمیم‌گیری ناصواب در موقعیت تعارض منافع، از یکی از تعهدات لازم‌الوفای خود تخطی می‌کند.

۲. خیانت در امانت

طبق فرمایش امیرالمؤمنین علی (ع)، مناصب عمومی، امانت‌هایی هستند که به افراد سپرده می‌شوند: «وَإِنَّ عَمَلَكَ لَيْسَ لَكَ بِطُعْمَةٍ وَ لَكِنَّهُ فِي عُنُقِكَ أَمَانَةٌ»^۱. بر این اساس، امانت‌دهنده را چه خداوند متعال بدانیم، چه مردم و خواه حاکم اسلامی به نحو اصيل یا از طرف مردم، در اصل مطلب، تفاوتی رخ نخواهد داد؛ زیرا خیانت در امانت محقق می‌شود. به علاوه، آنچه بر اهمیت مطلب می‌افزاید، مبتلا شدن ذمه فرد به حق الناس است و چون مرتکب، مقام عمومی است، طرف حق نیز عموم آحاد جامعه خواهند بود و چون بری‌الذمه کردن از این تعداد عادتاً محال است، پس بر لزوم کاربست نهایت احتیاط و دقت توسط کارگزاران می‌افزاید.

در نهایت، روشن شد که نفس ترجیح منافع شخصی و گروهی بر منافع عمومی، امری است که مشمول نهی است و شخص، مجاز به چنین اقدامی نیست. حال اگر علاوه بر آن، مقام عمومی، عملی مانند ارتشا را نیز مرتکب شود، در واقع، دو عمل مستقل در محل بحث قابل شناسایی هستند (رشوه و ترجیح منافع شخصی بر منافع عمومی) که مورد نهی‌اند.

۱. نهج البلاغه، حکمت ۲۸۳.

بند دوم. مدیریت تعارض منافع

حقیقت امر آن است که ضرورت مدیریت تعارض منافع به اقامه استدلال‌های حقوقی یا فقهی نیاز ندارد تا دولت را متوجه این تکلیف کند. اساساً این رویکرد، بیش‌تر در جایی مناسب می‌نماید که در مکلف بودن دولت در آن زمینه تردید باشد. محل بحث این گونه نیست و تمام دولت‌ها معترفند که احتمال آسیب‌پذیری و بروز فساد در صورت مدیریت نشدن تعارض منافع بسیار بالا می‌رود. با این حال، اشاره به مبانی حقوقی و فقهی برای تأکید بر اهمیت و هم‌خوانی بحث با مبانی فقهی و حقوقی و نیز بسط یافتن ادبیات نظری در حوزه تعارض منافع مناسب است. از منظر فقهی، مدیریت تعارض منافع از این نظرها اهمیت دارد:

۱. وجوب حفظ اموال عمومی

بی‌تردید، یکی از تکالیف حکومت، نگه‌داری از بیت‌المال است. اگر نخواهیم راه اغراق را بپیماییم و بگوییم که پی‌آمد منفی تمام موقعیت‌های تعارض منافع، متوجه اموال عمومی است، این مدعا، حداقل در بسیاری از موارد آن، صادق است. بر این اساس، مدیریت صحیح تعارض منافع توسط دولت، بستر حفاظت از اموال عمومی را برای دولت فراهم می‌کند و به عبارت فقهی، مدیریت تعارض منافع، مقدمه واجب (حفظ بیت‌المال) به شمار می‌رود.

۲. فساد مقام عمومی

یکی از اهداف مدیریت تعارض منافع، بالا بردن ضریب اطمینان جلوگیری از ارتکاب فساد است؛ زیرا مدیریت تعارض منافع با فساد کارگزاران رابطه عکس دارد. هر چه مدیریت ضعیف‌تر باشد، باید منتظر ارتکاب فسادهای بیش‌تر در دولت بود. از این منظر، مدیریت تعارض منافع، مقدمه پیش‌گیری از ارتکاب حرام خواهد بود. این اقدام پیش‌گیرانه در سیره حضرت علی (ع) برای جلوگیری از فساد کارگزاران در موارد متعددی مانند قرار دادن «عیون» (بازرسان مخفی) و «نهی از استئثار» (جلوگیری از انحصارطلبی) قابل اشاره است. اگر در وجوب مقدمه واجب یا وجوب پیش‌گیری از ارتکاب حرام مناقشه شود، باید گفت که:

یک - حتی اگر وجوب این دو امر نفی گردد، مانع از مطلوبیت شرعی آن نیست؛ زیرا اقدام‌های پیش‌گیرانه در سیره حضرت علی (ع)، دال بر آن است (همان گونه که به برخی از آن‌ها اشاره شد).

دو - می‌توان مدیریت تعارض منافع را از «مقدمیت» به «مصدق مأمور» به ارتقا داد. «تحفظ

بر بیت‌المال»، مأمور به است و چون این مفهوم، کلی است، مأمور به، مصادیق آن هستند که می‌تواند طیف گسترده‌ای را از مراقبت از خزانه تا شیوه تراشیدن قلم شامل شود. به این ترتیب، مدیریت تعارض منافع نیز یکی از مصادیق همین تکلیف به شمار می‌آید.

گفتار سوم. گونه‌های حقوقی مقابله با موقعیت‌های تعارض منافع

با توجه به شناسایی زودهنگام مفهوم تعارض منافع در امریکا و انگلیس و به تبع، تدوین، تصویب و اجرای مقدم این قوانین، تعارض منافع موجود در نظام حقوقی این کشورها روند کاهشی داشته است و مسئولان و مردم نیز با اطلاع و تفهیم این موضوع در مدیریت تعارض منافع نقشی بسزا داشته‌اند. برای مثال، امریکا و کره جنوبی به ترتیب، از قبل از سال‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۹۰ به صورت جدی به مدیریت تعارض منافع اقدام کرده‌اند، به گونه‌ای که «سیاست‌های سخت»^۱ مبتنی بر کشف و تنبیه پس از رخداد فساد و استفاده از «سیاست نرم»^۲ با هدف از بین بردن پیش‌دستانه احتمال وقوع فساد، امری ضروری تلقی شد و در این راستا، کمیسیون‌های مستقلی برای اجرای سیاست‌های مدیریت تعارض منافع ایجاد گردید. دولت‌ها همیشه سیاست‌هایی را برای تعارض منافع در قوای مجریه، مقننه و قضاییه تدوین می‌کنند که بر کلیت نظام سیاسی حاکم است، ولی برای قوای مختلف ممکن است متفاوت باشد. برای مثال، در حالی که کشورها، قوانین ضد فساد را در دستور کار خود قرار داده‌اند، مقررات و کدهای خاصی نیز برای هر یک از قوا در خصوص استانداردهای رفتاری برای پیش‌گیری از تعارض منافع پیش‌بینی شده است که با توجه به کارکرد ویژه هر قوه تدوین و اجرا می‌شود.^۳

نهادهای مختلف حکومتی برای مدیریت تعارض منافع، کدهای رفتاری و اخلاقی را برای کارمندان خود تعریف می‌کنند که راهنمای عملی برای مسائل و مشکلات اخلاقی کارمندان است و می‌تواند منجر به پیش‌گیری از تعارض منافع و مدیریت آن در سازمان مربوط شود. از این کدها یا منشورها ممکن است در هر بخشی از حکومت بهره‌گرفت. شروع پیدایش اصطلاح «تعارض منافع» در کدهای اخلاقی به دهه ۱۹۷۰ بازمی‌گردد. اگرچه اصطلاحات

1-Hard policy.

2-Soft policy.

3-Demmke, Ch. and Thomas Henokl, "Managing Conflicts of Interests _ Ethics Rules and Standards in the Member States and the European Institutions", EIPASCOPE, No. 3, 2007, p. 23

مرتبط با آن نظیر منفعت مخالف،^۱ منفعت یا منافع متضاد،^۲ جانب‌داری^۳ و تعصب،^۴ پیش‌تر در کدهای اخلاقی ظهور یافته بودند.^۵

عناصر اصلی برنامه اخلاقی قوه مجریه امریکا شامل یک هسته اصلی از ضوابط قانونی، نظام‌های گزارش مالی، آموزش و مشاوره منظم است. هم‌چنین آیین‌نامه اخلاق مدنی برای تنظیم رفتار اعضای کنگره، قضات و ارشدترین کارمندان و کارکنان قوه مقننه تصویب شده است. جدیدترین نسخه از این محدودیت‌ها در زمینه افزایش قابل توجه دست‌مزد مقامات ارشد اعمال شده‌اند، مانند محدودیت میزان درآمدی که یک مقام ارشد می‌تواند در خارج از وظایف دولتی به دست آورد یا منع دریافت هر گونه پاداش.

در کنار کدها یا منشورهای اخلاقی، قوانین از مهم‌ترین ابزارهای مدیریت تعارض منافع هستند. بهترین قوانین در موضوع تعارض منافع، قوانینی هستند که صداقت، پاسخ‌گویی و تمامیت بیش‌تر نهاد و رفتارهای فسادستیز را ترویج دهند و ابزاری برای مشخص کردن و حل تعارض منافع بالقوه در آن‌ها تعبیه شده باشد.^۶ به طور کلی، دو نوع رویکرد قاعده‌گذاری کلان برای هر نوع قانون‌گذاری وجود دارد که در خصوص مدیریت تعارض منافع نیز از هر دو رویکرد استفاده شده است.

قاعده‌گذاری اصل‌محور^۷ و قاعده‌گذاری قاعده‌محور^۸، دو نوع از قانون‌گذاری در این زمینه هستند. رویکرد قاعده‌محور، مجموعه‌ای از قواعد همراه با جزئیاتی خاص را تجویز می‌کند تا فرد دقیقاً بداند که چه نوع رفتاری از او مورد انتظار است. در مقابل، رویکرد اصل‌محور با بیان اصول و کلیات، ویژگی‌های رفتاری مورد نظر را به طور کلی بیان می‌کند و کنترل شاخص‌ها و رویه‌هایی که چگونگی رسیدن به اهداف و نتایج را مشخص می‌کند، به مجری واگذار شده است. در این رویکرد، قواعد و اصول به شدت تفسیرپذیر است و هر فرد یا سازمان متناسب با شرایط و حالات خاص خود، قوانین را تفسیر و اجرا می‌کند. به عبارت دیگر،

1-Adverse interest.

2-Conflicting interest .

3-Bias.

4-Prejudice.

5-Lo, B. and Marilyn J. Field, Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice, USA: National Academies Press, 2009, p. 303

۶. وکیلان، حسن و داور درخشان، «راهکارهای پیش‌گیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشاد و چهارم، شماره ۱۰۹، ۱۳۹۹، ص ۲۷۶.

7-Principle Based .

8-Rule Based .

هر سازمان و هر فرد، قوانین متفاوتی برای مدیریت تعارض منافع خواهند داشت. انگلستان، نمونه‌ای بارز از سیستم اصول‌محور و ایالات متحده، نمونه‌ای از سیستم قاعده‌محور هستند.^۱ به طور کلی، مؤلفه‌های مهم قوانین تعارض منافع عبارتند از:

۱. تفکیک و تمایز منافع خصوصی از عمومی؛
 ۲. تبیین سازوکارهایی برای افشای منافع خصوصی؛
 ۳. تعیین منافع خصوصی ناسازگار با تصمیم‌سازی‌هایی که در عرصه منافع عمومی گرفته خواهد شد؛
 ۴. ایجاد رویه‌ای برای خروج منافع خصوصی از تصمیم‌سازی‌های در راستای منافع عمومی؛
 ۵. ایجاد فرآیندهایی برای رفع و حل اتهام‌های موجود در زمینه منافع خصوصی.^۲
- یکی از راهبردهای مدیریت تعارض منافع، «اعلام دارایی‌ها»^۳ در موعد مشخص است. در ایالات متحده آمریکا و فرانسه، مواعد مشخصی برای اعلام دارایی نمایندگان تعیین شده است. اعضای کنگره ایالات متحده در پانزدهم ماه مه هر سال باید فهرست دارایی‌ها و معاملات سال گذشته خود را در فرم‌های مخصوص قید کنند. البته اعلام اموالی که درآمدزا نیستند، از این حکم مستثناست. از این رو، محل اقامت در فهرست دارایی‌ها ذکر نمی‌شود.^۴ سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) ضمن ارائه یک راهنمای کلی برای مدیریت تعارض منافع،^۵ به کشورها برای مدرن‌سازی رویکرد خود در راستای مدیریت تضاد منافع با نقشه‌برداری از گلوگاه‌ها و موقعیت‌های «در معرض خطر» در خدمات عمومی کمک می‌کند. دستورالعمل‌های این سازمان برای مدیریت تضاد منافع در خدمات عمومی، مجموعه‌ای از اصول، رهنمودها و استانداردهای مهم را برای طراحی و اجرای سیاست‌های تضاد منافع مشخص می‌کند:
۱. ارائه چارچوب عملی مرجع برای بررسی و نوسازی خط مشی‌های موجود در راستای عملکرد صحیح نسبت به موضوع تعارض منافع؛
 ۲. ترویج فرهنگ خدمات عمومی که در آن، تعارض منافع به درستی شناسایی و حل و فصل یا مدیریت شود؛

۱. مرتب و همکاران، پیشین، صص ۳۱۱-۳۰۵.

2-Messick, Richard E., "Regulating Conflict of Interest: International Experience with Asset Declaration and Disclosure", Public Sector

3-Governance Poverty Reduction and Economic Management, the World Bank, 2009, p. 1.

4-Asset Declaration

۵. آلد، ویلیام، «گزارش دارایی‌های مقامات عمومی (۲)»، ترجمه: مهسا شعبانی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات حقوقی، شماره مسلسل ۸۵۵۳، ۱۳۸۶، صص ۱۴-۱۵.

6-OECD, op.cit.

۳. حمایت از مشارکت بین بخش‌های دولتی، خصوصی و غیر انتفاعی در شناسایی و مدیریت موقعیت‌های تضاد منافع.^۱

گفتار چهارم. عملکرد قانون‌گذار ایرانی در زمینه تعارض منافع

خلاف شناسایی مستقل مفهوم تعارض منافع در نظام حقوقی ایران کاملاً مشهود است و از این رو، این دانش‌واژه، جایگاه مناسب خود را در میان هنجارها پیدا نکرده است. البته قوانین و مقرراتی پراکنده که متضمن پیش‌گیری و مبارزه با تعارض منافع باشند، قابل شناسایی هستند که به دلیل نبود برخی از عناصر بسیار مهم مدیریت تعارض منافع هم‌چون اعلام دارایی یا حمایت مؤثر از افشاگران تعارض منافع نتوانسته‌اند مدیریتی مؤثر در این زمینه انجام دهند. در ادامه، در دو سطح قوانین و آیین‌نامه‌ها به واکاوی این مطلب در نظام حقوقی ایران می‌پردازیم.

بند اول. قوانین

قانون‌گذار ایرانی تاکنون کارویژه مدیریت «تعارض منافع» را در هیچ یک از طرح‌ها یا لوایح قانونی مصوب خود به کار نبرده است.^۲ البته این سخن به آن معنا نیست که دولت و قوه مقننه به اهمیت موضوع واقف نیستند یا در این زمینه، اقدامی نکرده‌اند؛ چون در سال‌های اخیر، دولت و مجلس در راستای وضع قوانین با محوریت «تعارض منافع»، تلاش‌هایی کرده‌اند، ولی در حد تصویب کلیات طرح باقی مانده است. با این حال، به دلیل تصویب قانون الحاق جمهوری اسلامی ایران به دو کنوانسیون بین‌المللی می‌توان گفت که قانون‌گذار ایران، تعارض منافع را به رسمیت شناخته است. کنوانسیون‌ها و قوانین یادشده عبارتند از:

الف) «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد»، مصوب ۱۳۸۵/۳/۲۱ مجلس شورای اسلامی که در تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۰ در مجمع تشخیص مصلحت نظام تأیید شد. ماده ۱۲ این قانون، ناظر به تکالیف دولت‌های عضو نسبت به بخش خصوصی است. در بند اول آن چنین آمده است: «هر کشور عضو،

1-www.OECD.org/gov/ethics/conflict-of-interest.

۲. برای ملاحظه دو رویکرد هنجاری جامع یا بخشی نك:

A)Hauray, Boris, Henri Boullier, Jean-Paul Gaudillière & Hélène Michel Conflict of Interest and Medicine: Knowledge, Practices, and Mobilizations, Routledge, 2021, p. 69

B)Reed, Quentin, Regulating conflicts of interest in challenging environments: The case of Azerbaijan, U4 Issue, 2010, 2:www.u4.no/publications

طبق اصول اساسی قوانین داخلی خود، اقداماتی را اتخاذ خواهد نمود تا از فساد بخش خصوصی جلوگیری کند، استانداردهای حسابرسی و ممیزی را در بخش خصوصی ارتقا دهد و در صورت اقتضا، مجازات‌های مؤثر و بازدارنده مدنی، اداری یا کیفری مناسب را به خاطر قصور در پیروی از چنین اقداماتی در نظر بگیرد».

در بند دوم هم اقدام را به صورت تمثیلی ذکر می‌کند که مدیریت تعارض منافع از جمله آن‌ها است: «جلوگیری از تعارض منافع از طریق وضع محدودیت‌ها به نحو مقتضی و برای مدت معقولی بر فعالیت‌های حرفه‌ای مقامات دولتی قبلی یا استخدام مقامات دولتی توسط بخش خصوصی بعد از استعفا یا بازنشستگی در صورتی که چنین فعالیت‌ها یا استخدام‌هایی به طور مستقیم به وظایفی مربوط شود که این گونه مقامات دولتی در زمان تصدی بر عهده یا بر آنها نظارت داشته‌اند».

ب) «قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل ۱۹۹۲ جهت اصلاح کنوانسیون تأسیس صندوق بین‌المللی برای جبران خسارت آلودگی نفتی (۱۹۷۱)»، مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۴ مجلس شورای اسلامی در بند «ب» ماده ۳۶ مکرر (سوم) که ناظر به نحوه اداره صندوق است، مقرر می‌دارد: «در صورتی که بر اساس بند فرعی (الف)^۱، دبیرخانه و مدیر صندوق (۱۹۷۱) به عنوان دبیرخانه و مدیر صندوق نیز فعالیت نمایند، در موارد بروز تعارض منافع میان صندوق (۱۹۷۱) و صندوق، نمایندگی صندوق بر عهده رئیس مجمع صندوق خواهد بود».

آن‌چه بیان شد، ناظر به شناسایی مستقیم تعارض منافع در میان قوانین بود. در کنار موارد سابق، قوانین دیگری نیز قابل اشاره هستند که هر چند کلیدواژه «تعارض منافع» در آن‌ها با صراحت به کار نرفته است، می‌توان راهکارهای مدیریت تعارض منافع را در آن‌ها مشاهده کرد که در ادامه، به برخی از مهم‌ترین موارد آن اشاره می‌شود. بیش‌تر این موارد، قوانین مبارزه با فساد هستند که دلیل آن نیز رابطه تنگاتنگ میان تعارض منافع و فساد - به عنوان بستر و پی‌آمد - است.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، می‌توان به دو اصل اشاره کرد:

۱. اصل سوم قانون اساسی که مبارزه با همه مظاهر فساد را یکی از وظایف دولت اسلامی بر شمرده است؛

۲. اصل ۱۴۱ که به منع اشتغال هم‌زمان اختصاص دارد.

در میان قوانین عادی نیز به این موارد می‌توان اشاره کرد:

۱. قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مصوب ۱۳۷۳/۱۰/۱۱ که در راستای اصل

۱. بند الف ماده ۳۶ مکرر: «دبیرخانه صندوق به موجب کنوانسیون صندوق (۱۹۷۱) تأسیس گردیده است و از این پس، با عنوان «صندوق (۱۹۷۱)» از آن یاد می‌شود و تحت ریاست مدیر است. وی می‌تواند به عنوان دبیرخانه و مدیر صندوق نیز فعالیت کند».

۱۴۱. قانون اساسی تصویب شده است؛
۲. قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، مصوب ۱۳۹۰/۸/۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام که یکی از مهم‌ترین قوانین در مقابله با فساد اداری است و به تعریف فساد، تکلیف دستگاه‌ها در پیش‌گیری از مفاسد اداری و روش‌های مقابله پرداخته‌است؛
۳. قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها، مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۱۹؛
۴. قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی، مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷؛
۵. قانون مبارزه با پول‌شویی، مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۲ مجلس شورای اسلامی؛
۶. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۶-۱۴۰۰)، مصوب ۱۳۹۶/۱۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی. این قانون بخشی را تحت عنوان «نظام اداری، شفافیت و مبارزه با فساد» پیش‌بینی و در راستای اصلاح نظام اداری، اقداماتی را مقرر کرده است که از جمله آن‌ها، مکلف بودن دولت در ماده ۲۹ آن به ثبت حقوق و مزایای کارکنان خود است که ارتباط وثیق آن با مدیریت تعارض منافع روشن است.
۷. قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۳۷/۱۰/۲۲ که متمرکز بر جلوگیری از مداخلات مسئولان حاکمیتی در خرید و فروش‌هاست و از قدیمی‌ترین قوانین در ارتباط با موضوع حاضر است. بر اساس این قانون، مسئولان رده‌بالای حکومتی اعم از نخست‌وزیر، وزیر، نمایندگان مجلس، سفیران، استانداران و تمامی کارکنان کشوری و لشکری و برخی از اشخاص حقوقی وابسته به دولت و حتی برخی از اقارب نسبی و سببی کارکنان دولت از مداخله در معاملات دولتی و کشوری که فهرست آن در تبصره ۳ ماده اول همین قانون آمده است، ممنوع شده‌اند. نکته شایسته توجه در آن، ضمانت اجرایی است که برای افراد متخلف در نظر گرفته شده (مجازات حبس ۲ تا ۴ سال) و از این رو، از قابل‌توجه‌ترین هنجارها در این حوزه است.

بند دوم. آیین‌نامه‌ها

- مدیریت تعارض منافع در برخی آیین‌نامه‌های دولتی نیز شناسایی شده است، مانند:
۱. در اصلاح آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، مصوب ۱۳۹۴/۱۲/۲ هیئت وزیران، ذیل ماده ۲، اصول اخلاق حرفه‌ای که همه اشخاص در ارائه خدمات مهندسی ملتزم به رعایت و لحاظ کردن آن هستند، شمرده می‌شوند. در اولین اصل، بر مدیریت

تعارض منافع به این صورت تصریح شده است: «رجحان منافع عمومی، حفظ محیط زیست، میراث فرهنگی و رعایت قانون بر منافع شخصی خود و صاحبان کار به هنگام تعارض منافع». آیین‌نامه مورد اشاره به این گزاره اکتفا نکرده است و با استفاده از راهکار منع اشتغال هم‌زمان، برای مدیریت تعارض منافع در تبصره ۳ ماده ۵۹ این گونه مقرر می‌دارد: «به منظور رفع تعارض منافع و تسهیل رقابت سالم و اجتناب از اختلال در انجام وظایف، تصدی هم‌زمان کارکنان دستگاه‌های نظارتی یا اجرایی مرتبط با موضوع قانون مجاز نمی‌باشد». نکته مهم در این تبصره، شناسایی صریح منع اشتغال هم‌زمان به‌عنوان راهکار مدیریت تعارض منافع است که در هنجارهای داخلی به این صورت سابقه نداشته است. نکته مهم این است که اگر چه در قوانین به راهکاری مانند منع اشتغال اشاره شده و در نهایت، در مدیریت تعارض منافع تأثیر داشته، خاستگاه تقنینی آن، مسئله تعارض منافع نیست، بلکه موضوعات دیگری چون اجتناب از اختلال در ارائه خدمات عمومی و امثال آن بوده است. بنابراین، در ادبیات قانونی تعارض منافع در ایران می‌توان این تبصره را از موارد بسیار ارزشمند تلقی کرد.

۲. هیئت وزیران در آیین‌نامه «ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود در طرح‌های سرمایه‌گذاری»، مصوب ۱۳۹۶/۲/۱۷، به تعارض منافع اشاره کرده است. مطابق ماده ۴ این آیین‌نامه، اصول و روش‌های ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود به این شرح است: «ارزش‌گذاری باید با رعایت اصول محرمانگی، شفافیت، بی‌طرفی و اجتناب از تعارض منافع... باشد».

همان گونه که ملاحظه می‌شود، این ماده بر تعارض منافع به عنوان یک اصل برای ارزش‌گذاری تأکید کرده، ولی برای آن و دیگر اصول برشمرده‌شده، ضمانت اجرا و سازوکار اجرایی شدن آن در نظر نگرفته است. این امر سبب می‌شود که این ماده تا میزان قابل توجهی از زبان حقوقی فاصله بگیرد و به توصیه اخلاقی شبیه شود، در حالی که در آیین‌نامه سابق و آیین‌نامه بعدی به این موضوع توجه شده بود.

۳. تبصره ۲ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی بند «پ» ماده ۷۲ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۹۷/۲/۲۳ هیئت وزیران مقرر کرده است: «کلیه اعضای کارگروه (کارگروه بررسی و تدوین فهرست دارویی ایران) باید کاربرگ (فرم) «اعلام تعارض منافع» تدوین‌شده توسط دبیرخانه کارگروه را تکمیل کنند».

نتیجه‌گیری

۱. به دلیل رابطه میان تعارض منافع و فساد که از مهم‌ترین کارویژه‌های حکومت‌ها برای برقراری عدالت است، این گزاره گریزناپذیر خواهد بود که بدون توجه شایسته به مسئله تعارض منافع، دستیابی به عدالت و مبارزه با مفاسد، تحقق‌ناپذیر است.

۲. تعارض منافع از این جهت که حاصل ترجیح منافع شخصی توسط مستخدم عمومی است، از منظر انگیزه‌های درونی و اخلاقی نیز مهم، قابل تحلیل و راهبردپذیری است. برخی نظام‌های حقوقی مانند ایالات متحده آمریکا با برخی کدهای اخلاقی مانند کد اخلاقی خدمات دولتی تلاش کرده‌اند هم‌گام با توجه به گزاره‌های الزام‌آور حقوقی و ضمانت‌اجراهای مناسب، از دیگر ابعاد آن نیز غفلت نورزند. پیشنهاد می‌شود که به این جنبه در تقنین‌های ناظر به مدیریت تعارض منافع نیز توجه شود.

۳. ماهیت تعارض منافع به گونه‌ای است که آن را به یک حوزه محدود نمی‌کند و در ابعاد سیاسی، اداری، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی به چشم می‌خورد؛ همان گونه که به یک نهاد یا قوه خاص محدود نیست و در تمام موارد قابل شناسایی است. توجه به گستره آن از یک سو و رابطه آن با توسعه و پیشرفت از سوی دیگر، بر لزوم مدیریت شایسته آن می‌افزاید؛ امری که غفلت از آن، مستلزم آسیب دیدن اعتماد عمومی به حاکمیت است.

۴. راهبردهای مختلفی برای برون‌رفت از این چالش حکمرانی‌مدرن پیشنهاد شده‌اند؛ مواردی مانند طراحی نظام جامع مدیریت تعارض منافع، شفافیت، افشا و غیر آن‌ها که نباید جای‌گزین یکدیگر تلقی شوند، بلکه هر کدام به تنهایی تا اندازه‌ای و متناسب با کارویژه خود، به مدیریت مسئله کمک خواهند کرد. شایسته است که نظام حقوقی ایران به صورت حداکثری از موارد گوناگون بهره بگیرد. برای مثال، تصویب قانون جامع به این معنا نیست که هنجارهایی خاص در این موضوع وضع نشود.

۵. از خلال تحلیل و بررسی قوانین موجود روشن می‌شود که از ضعف‌های نظام حقوقی ایران در مدیریت تعارض منافع، مقابله عمدتاً پسینی بوده است. بنابراین، به نظر می‌رسد در کنار این رویکرد، شناسایی اقدامات پیش‌گیرانه برای مدیریت بسترهای تعارض منافع اهمیت ویژه دارد. همچنین نبود قانون جامع، اختلال در قوانین پراکنده فعلی و شیوه اجرای مؤثر، سه ایراد هنجاری مهم دیگر هستند که به اشکال پیشین باید افزود.

۶. نویسندگان نوشتار حاضر، کاوش و مذاقه تحلیلی در «تعارض منافع هنجاری‌شده» را به پژوهشگران عرصه حقوق عمومی و علوم سیاسی پیشنهاد می‌کنند. تعارض منافع هنجاری‌شده، مواردی هستند که نظام تقنینی، خواسته یا ناخواسته، تحت تأثیر گروه‌های نفوذ لابی‌گر یا به دلیل کم‌توجهی به پی‌آمدهای محتمل الوقوع مقررات، بسترهای بروز

تعارض منافع را ایجاد و هموار می‌کند. از این رو، ضرورت واکاوی نظام تقنینی موجود از زاویه دال‌های قانونی‌ساز تعارض منافع اهمیتی ویژه دارد. این موضوع که در ادبیات حقوقی بسیار مغفول مانده، به معنای مقابله‌ای همه‌جانبه و کارآمد با معضل تعارض منافع است. روشن است که اگر منافذ قانونی موجود در زمینه تعارض منافع بسته نشود، تصویب قوانین در این موضوع، کم‌تر با توفیق همراه خواهد شد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. برناردلو، ماریلین ج. فیلد و همکاران، **تعارض منافع در آموزش، پژوهش و اقدامات پزشکی**، تهران: شریف، ۱۴۰۰.
۲. چارچوب روش‌شناختی بررسی تعارض منافع در سازمان‌ها، تهران: مرکز توان‌مندسازی حاکمیت و جامعه جهاد دانشگاهی، ۱۳۹۹.
۳. مرتب، یحیی و همکاران، **تعارض منافع در بخش عمومی**، تهران: شفافیت و پیشرفت، ۱۳۹۹.

ب) مقاله

۱. انصاری، باقر، «**مدیریت تعارض منافع در بخش عمومی**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، دوره پنجاه و دوم، شماره ۱، بهار ۱۴۰۱، صص ۲۹۷-۳۲۱.
۲. وکیلان، حسن و داور درخشان، «**راهکارهای پیش‌گیری و مدیریت تعارض منافع در نظام قضایی با رویکرد تطبیقی**»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، شماره ۱۰۹، ۱۳۹۹.

ج) گزارش پژوهشی

۱. آلد، ویلیام، «**گزارش دارایی‌های مقامات عمومی (۲)**»، ترجمه: مهسا شعبانی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، دفتر مطالعات حقوقی، شماره مسلسل ۸۵۵۳، ۱۳۸۶.
۲. پرهیزکاری، سید عباس و ابوالفضل رزقی، «**تعارض منافع: دسته‌بندی و مفهوم‌شناسی**»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶.
۳. رزقی، ابوالفضل و سید عباس پرهیزکاری، «**تعارض منافع، راهبردهای پیش‌گیری و مدیریت**»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶.

د) قوانین، مقررات و اسناد حقوقی

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. لایحه «**نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی**»، ۱۳۹۸/۸/۱۹.

۳. مصوبه «مدیریت تعارض منافع در شهرداری تهران»، مصوب شورای اسلامی شهر تهران، ۱۳۹۷/۷/۱۰.
۴. قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل، مصوب ۱۳۷۳/۷/۱۱.
۵. قانون مدیریت خدمات کشوری، مصوب ۱۳۸۶/۷/۸.
۶. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸.
۷. قانون نظارت بر رفتار قضات، مصوب ۱۳۹۰/۱۷/۱۷.
۸. قانون استخدامی وزارت اطلاعات، مصوب ۱۳۷۴/۴/۲۵.
۹. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان ملل متحد برای مبارزه با فساد، مصوب ۱۳۸۷/۷/۲۰.
۱۰. قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پروتکل ۱۹۹۲ جهت اصلاح کنوانسیون بین‌المللی مسئولیت مدنی ناشی از خسارت آلودگی نفتی (۱۹۶۹) و پروتکل ۱۹۹۲ جهت اصلاح کنوانسیون تأسیس یک صندوق بین‌المللی برای جبران خسارت آلودگی نفتی (۱۹۷۱)، مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۴.
۱۱. قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۹.
۱۲. قانون مربوط به رسیدگی به داراییی وزرا و کارمندان دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آن‌ها، مصوب ۱۳۳۷/۱۲/۱۹.
۱۳. قانون ممنوعیت اخذ پورسانت در معاملات خارجی، مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷.
۱۴. قانون مبارزه با پول‌شویی، مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۲.
۱۵. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۴۰۰-۱۳۹۶)، مصوب ۱۳۹۶/۱/۱۶.
۱۶. قانون منع مداخله وزرا و نمایندگان مجلسین و کارمندان در معاملات دولتی و کشوری، مصوب ۱۳۷۷/۱۰/۲۲.
۱۷. آیین‌نامه اجرایی قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان، مصوب ۱۳۷۵/۱۱/۱۷.
۱۸. آیین‌نامه ارزش‌گذاری دارایی‌های نامشهود در طرح‌های سرمایه‌گذاری، مصوب ۱۳۹۶/۲/۱۷.

2-Latin Source

A) Book

1-Bertók, János, Post-Public Employment: Good Practices for Preventing Conflict of Interest, OECD Publishing, 2010

- 2-Catchick, P., Conflict of Interest: Gateway to Corruption, ACFE European Fraud Conference, 2014
- 3-Davis, M. and Andrew Stark, Conflict of Interest in the Professions, New York: Oxford University Press, 2001
- 4-Demmke, C., Thomas Henökl and Teemu Moilanen, Regulating conflicts of interest for holders of public office in the European Union: A comparative study of the rules and standards of professional ethics for the holders of public office in the EU-27 and EU institutions, 1st Ed, European Institute of Public Administration, 2008
- 5-Gifts, benefits and hospitality, A guide to good practice, Corruption and Crime Commission, Office of the Information Commissioner, Office of the Auditor General, Public Sector Commission, and Office of the Parliamentary, Commissioner for Administrative Investigations, 2016
- 6-Giorgini, Paolo, Fabio Massacci, John Mylopoulos and Nicola Zannone, Detecting Conflict of Interest, Requirements Engineering, 14th IEEE International Conference, 2006
- 7-Hauray, Boris, Henri Boullier, Jean-Paul Gaudillière & Hélène Michel
Conflict of Interest and Medicine: Knowledge, Practices, and Mobilizations, Routledge, 2021
- 8-Independent Evaluation Group (IEG), Guidelines to Manage Conflicts of Interest in Independent Evaluation, World Bank, 2014
- 9-Lateef, KS., Evolution of the World Bank's thinking on governance, 2016
- 10-Lo, B. and Marilyn J. Field, Conflict of Interest in Medical Research, Education, and Practice, USA: National Academies Press, 2009
- 11-Mooney, Joseph, Conflicts of Interest by Public Officials, 2015: www.icclr.law.ubc.ca/sites/icclr.law.ubc.ca/files/publications/pdfs/Chapter%209%20.pdf
- 12-Reed, Quentin, Regulating conflicts of interest in challenging environments: The case of Azerbaijan, U4 Issue, 2010, 2
- 13-Yunfeng, Ge., Resolution of Conflict of Interest in Chinese Civil Court Hearings: A Perspective of Discourse Information Theory, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag Der Wissenschaften, 2018

B) Article

- 1-Coglianese, C., Keating, E. K., Michael, M. L., & Healey, T. J., "The role of government in corporate governance", NYUJL & Bus., Vol. 1, No. 219, 2004
- 2-Demmke, Ch. and Thomas Henokl, "Managing Conflicts of Interests _ Ethics Rules and Standards in the Member States and the European Institutions", EIPASCOPE, No. 3, 2007
- 3-Dragoş, Dacian C. and Alexandra Horváthová, "Addressing Conflict of Interests in Public Procurement in the European Union and the Legal Challenges in Romania and Slovakia", European Procurement & Public Private Partnership Law Review, Vol. 12, No. 3, 2017, pp. 266–80
- 4-Lee Nelson, Erica, "Conflict of Interest and Parliament", Economic and Political Weekly 46, No. 19, 2011, pp. 68–73
- 5-Messick, Richard E., "Regulating Conflict of Interest: International Experience with Asset Declaration and Disclosure", Public Sector Governance Poverty Reduction and Economic Management, the World Bank, 2009
- 6-OECD, "Managing Conflict of Interest in the Public Service OECD Guidelines and Country Experiences" OECD, 2003
- 7-Soloveičik, Deividas and Karolis Šimanskis, "The Evolving Concept of 'Conflict of Interests' in the EU Public Procurement Law", European Procurement & Public Private Partnership Law Review 12, No. 2, 2017: 112–31: www.jstor.org/stable/26695440

C) Site

- 1-www.mehrnews.com/news/5345667
- 2-www.transparency.org/en/corruptionary/revolving-door
- 3-www.transparency.org/en/corruptionary/conflict-of-interests
- 4-www.transparency.org/en/cpi/2020/index/irn
- 5-www.u4.no/publications

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

احمد تقی زاده*

خلیل منصوری زاده**

چکیده

از سال‌ها قبل، در نظام حقوقی ایران، اعمال دولت به دو نوع حاکمیتی و تصدی 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 تصدی 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 تصدی 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 تصدی، 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 مستنداتی، 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، معرف 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 ۱۳۲۱، 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 تعاریف‌ها 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 بورگزر، 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 منحصرأ 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 تصدی 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 تصدی در این دو قانون با یکدیگر تفاوت کلیدی دارد؛ چون ماده ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، اعمال تصدی را تنها به فعالیت‌های اقتصادی دولت محدود کرده است: «آن دسته از اموری است که دولت، متصدی اداره و بهره‌برداری از اموال جامعه است و مانند اشخاص حقیقی و حقوقی در حقوق خصوصی عمل می‌کند، از قبیل: تصدی 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 تصدی دولت را محصور به اعمال اقتصادی می‌داند که اداره (دولت) می‌تواند آن‌ها را در کسوت یک شخص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی برای تصدی 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 تصدی 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 تصدی 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 فریمیر 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 دکترین 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 اعمال 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. پورهمایون، علی اصغر، «اعمال حاکمیت و اعمال تصدی (۱)»، مجموعه حقوقی، ۱۷ مهر ۱۳۱۹، ص ۷۸۹.

۲. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۶۲.

۳. ماده واحده 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 دادرس 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 ۱۷۵۷-۱۳۹۹/۱۱/۱۸-۱۳۹۵/۱۲/۲۸-۱۱۲۷۱۲۸۰ شورای عالی اداری، دیوان با ابطال بند سوم ماده ۱۳ تصویب‌نامه شماره ۱۱۲۷۱۲۸۰-۱۳۹۵/۱۲/۲۸-۱۱۲۷۱۲۸۰ 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 مقررہ 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 تشبیه 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 منحصرأ 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 تصدی، 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 موکول می‌کنیم.

بند دوم. تفکیک اعمال دولت در فرانسه

همان گونه 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 استیلاي 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 خواهیم 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 تشریک 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 توافقی 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 قانون 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 گردانند. 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 هیچ گونه 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 انتقاده‌ها، 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، هیچ گونه 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 آن که 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 ۹۷/۱-۱۸۶-۲۶۹۷ 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 تشّت 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 تشّت 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 مریم علی‌محمدی، «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. توازی‌زاده، 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 هیچ گونه 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 اتکا است. 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. مولایی، 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 تصدی**»، مجموعه حقوقی، ۳۱ اردیبهشت ۱۳۲۱، شماره ۲۴۴.
۲. پاسبان، محمدرضا و مریم علی‌محمدی، «**تأثیر نظریه تفکیک اعمال حاکمیت و تصدی دولت بر خصوصی‌سازی (با تأکید بر تحولات نقش دولت و بخش خصوصی)**»، راهبرد، ۱۳۹۶، شماره ۸۲، صص ۲۴۱-۲۷۰.
۳. پورهمایون، علی‌اصغر، «**اعمال حاکمیت و اعمال تصدی (۱)**»، مجموعه حقوقی، ۱۷ مهر ۱۳۱۹، شماره ۱۷۳.
۴. توازن‌زاده، عباس، «**بررسی تأثیر تصدی 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 تصدی دولت**»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۹۴، شماره ۳، صص ۴۳۱-۴۵۱.
۷. 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، 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

Legislation pathology of political party's activity with emphasis on reforming administrative structures

Mohamad Taghi Akbari*

Seyed Mohamad Hashmi**

Bizhan abbasi***

Abstract:

Today, the role of parties in holding an efficient and healthy election is undeniable, and political parties are more or less active in almost all legal systems and in all elections. The most important legal shortcomings of the activity of political parties should be sought in the existing administrative structures in the field of political parties. These administrative structures include the duties and powers of the Minister of Interior as one of the administrative authorities of the country, as well as the Article 10 Commission of Political Parties as one of the administrative commissions in relation to political parties. This research was done by descriptive and analytical method. The results of the research showed that the current licensing system in the field of political parties, the completely governmental composition of the Article 10 Party Commission, the impossibility of complaining about the decisions of this commission in relation to the rejection of the applications of the applicants for the establishment of the party, the way of allocating subsidies to political parties, and the state of election constituencies. The Islamic Council is one of the most important shortcomings of the existing administrative structures in the field of political parties.

Keywords: Legislative system, administrative structures, Ministry of Interior, Article 10 Party Commission, judicial review.

*.PhD student in Public Law, Department of Public and International Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Unit, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
rada538915@yahoo.com

**. Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
(corresponding author) dr.sm.hashemi@gmail.com

***. Professor, Department of Law, Public Law, Faculty Member, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran babbasi@ut.ac.ir

An attitude on the approach of Iran's administrative and constitutional Judge on the freedom of association in the light of Habermas' public sphere theory

Ali Mashhadi *

Alireza Dabirnia **

Hasan Mohammadi ***

Abstract:

Freedom of association is one of the most fundamental pillars of the realization of the public sphere in modern state. Therefore, its realization is guaranteed with the least restrictions in the constitution, and administrative and constitutional judges, as guardians of the public sphere, protect the freedom of association. on the other hand, Juridification leading to its colonization and the dissolution of the public sphere. Because, in some cases, government intervention through the enactment of positive laws in the realm of life-world may help the lower classes; But the nature of governments is such that they are often unable to respect the independence of individuals with different tastes and diversity of lifestyles. Therefore, in order to establish legitimate legal norms in the public sphere, the administrative and constitutional judges are obliged to fulfill the obstacles to the government's entry into the public sphere in their procedures through the prohibition of Juridification. this article deals with the question that does the freedom of association in Iran's legal system and in adminis

*. Associate Prof., Department of Public Law, University of Qom

** . Associate Prof., Department of Public Law, University of Qom

***. Ph.D. Student in Public Law, University of Qom (Corresponding Author).

Has.mohammadi777@gmail.com

trative and constitutional judge procedures have the necessary ability to play a role in the development of the public sphere and adapt to the standards of this sphere? Despite guarantee of freedom of association in the constitution, Iran's constitutional and administrative judges, in contradictory procedures in protecting freedom of association, have created grounds of Juridification of life-world, weakness of the public sphere and, as a result, crisis of legitimacy in norm-making. In this article, mentioned topics are studied in a descriptive-analytical way.

Key words: Public sphere, Freedom of association, Juridification, Law

judicial independence in Iran's legal system; A reflection on the historical developments from the constitutional period to the constitution (with emphasis on the recruitment and selection stage)

Meysam GholiZadeh*

Abbas Ali Soltani**

Mohammad Hadi Ghabooli DarAfshan***

Abstract: The principle of independence of judges is one of the principles that guarantee a fair trial. Independence can be examined from two dimensions: the first dimension is the institutional independence of the judiciary, and on this basis, the judiciary must act independently from other powers and not be influenced by the influence and possibly the political intentions of other powers. Another dimension of independence is the individual independence of judges, and it means not to exert any pressure from superior authorities or political pressure. Judicial independence has various dimensions, including: impartiality, health, competence. In order to guarantee the principle of the independence of judges, mechanisms have been foreseen by the legislator, among which we can refer to the observance of regulations in the process of recruitment and selection of judges, application of occupational immunity, civil immunity and regulations related to dismissal, transfer and change of judges. The principle of judicial independence appeared in the laws of the constitutional

*. PhD student of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University, Mashhad, Iran. mr.meysamgh@yahoo.com

** . Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University, Mashhad, Iran (Corresponding Author). soltani@um.ac.ir

***. Assistant Professor, Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Department, Ferdowsi University, Mashhad, Iran. h.ghaboli@um.ac.ir

era, and the principle of independence of judges is mentioned in the Constitution of the Islamic Republic of Iran as well as some ordinary laws. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources. The results of this study show that although the legislator, especially after the victory of the Islamic Revolution, has tried to realize the principle of the independence of judges in a more effective way, there are still shortcomings in the full realization of this principle, which requires amending the laws to solve this problem. We are available.

Keyword: individual independence, institutional independence, neutrality, constitution, separation of powers.

Basic Principles of internet regulation

Khadijah akrami*

Hoda Ghaffari**

Vali Rostami***

Abstract: Although Internet law is a relatively new legal phenomenon, some of its principles are evolving. The five basic principles of Internet regulation include freedom of Internet communication, respect for privacy, the principle of territorial jurisdiction, stakeholder participation, and government cooperation. Therefore, the purpose of this study is a legal analysis of the basic principles of Internet regulation within the framework of legal standards, in addition to theorizing in this field, to be a guide for the regulation of the Internet by the national legislature of our country. This research is a descriptive-analytical type and the library method has been used to collect information and the necessary information is collected using the library method. Based on the research findings, it can be claimed that the basic principles related to Internet regulation have emerged at the international level, which can be a practical guide for countries in cyberspace regulation. The Internet regulation system in Iran is not appropriate in comparison with the basic principles of Internet regulation. The result shows that in the current situation, the Internet regulatory system seeks to maximize restrictions on the freedom of Internet communication. The regulatory body in this regard is generally the governmental appointed body. Internet privacy has deficiency in regulatory despite legal protections. The Internet regulatory model is a purely governmental model without the participation of stakeholders, and in the field of international partnership and cooperation, there is no willingness to cooperate with other governments in the field of Internet regulation.

Keywords: Internet Freedom, Privacy, Territorial Jurisdiction, Government Cooperation, Stakeholder Cooperation.

*. Ph.D. Student in International Law, Department of public and International law, Faculty of Divinity, Political Science and Law, Science And Research Branch, Islamic Azad University(IAU), Tehran, Iran. kh_akrami@yahoo.com

** Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran. hodaghafari@yahoo.com

*** Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University

Application of rule of legal Obtained evidence in administrative proceeding

Esmail Ghamari *

Mahdi hasanvand**

Seyyede Nafiseh Kazemi***

Abstract:

The article analyzes the rationales for rule of legal obtained evidence in administrative proceeding with the aim of establishing the ideal type of obtained evidence system. In administrative proceedings similar to criminal and civil proceedings, the reason for obtaining of evidence by the court is raised. Since the discussion of obtaining evidence by the court is inconsistent with the principle of impartiality of the judge, it is important to analyze it in an administrative procedure similar to civil and criminal proceedings. On the other hand, there is the issue of what is the legal sanction in the administrative proceedings if the evidence obtains illegally. The survey will be carried out with Descriptive-analysis method and gather data by use of books and article in this respect. Result of this survey show that in adversarial administrative proceeding such as labor proceeding, general rule is that a judge is forbidden to obtain evidence for or against each party, but in disciplinary proceedings, such as board of handling of breach of disciplinary, judge has active role in obtaining evidence. In judicial precedent of administrative court of justice and law and provisions concerning to administrative proceeding, general rule of legal obtaining of evidence is not presented in comprehensive way.

Keywords: obtain of evidence, administrative proceeding, Exclusionary Rules, criminal proceeding, civil proceeding.

*. PhD Kermanshah Azad University, Iran./Judge. (Corresponding Author) amir92amir94@gmail.com

** . PhD student of Public Law, University of Tehran, Farabi college, Iran. ma_hasanvand@yahoo.fr

***. Master of Public Law Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran. kazemi.nafiseh@yahoo.com

Obstacles and challenges of protecting the right to health in Iran's legal system

Jamileh Jafarian Asl*

Ali Hajipour Kondroud**

Arkan Sharifi***

Abstract:

The right to have the highest attainable standards of health is one of the most important human rights, which is recognized as one of the fundamental rights in the international human rights system. However, in Iranian law, the implementation of the right to health, like some other rights, is faced with legal obstacles and challenges, and obviously, achieving an optimal health system in the first place requires identifying and removing these obstacles. Based on this, in the following article, the main question has been answered by a descriptive-analytical method and citing library sources, what are the main obstacles and legal challenges of the right to health in Iranian law? The purpose of the current research is to identify the obstacles facing the discussed field in order to remove the aforementioned obstacles and achieve a more favorable legal system in this field. The findings of the research show the fact that not paying attention to the precise and standard meaning and concept of the right to health as well as various factors affecting it in the relevant laws of the country, not solving the problem of conflict of interests, weakness in the legal supervision system and weakness in guaranteeing the implementation of existing laws. In addition, some other legal loopholes are among the most important legal obstacles and challenges facing the right to health, as a result of removing these obstacles, amending existing laws and policies in this field is one of the main requirements of the country's legislative system.

Keywords: right to health, macro policies, laws, barriers and challenges.

*. PhD Student, Department of Law, Sanandaj Branch, Islamic Azad University, Sanandaj, Iran.
jafarian22992299@gmail.com

**. Assistant Professor, Department of Law, Urmia Branch, Islamic Azad University, Urmia, Iran. (Corresponding Author).hajipour62@yahoo.com

***. Assistant Professor, Department of Law, Sanandaj Branch, Islamic Azad University, Sanandaj, Iran. arkansharifi@gmail.com

Procedure for reviewing objections to the decisions of the Quasi-Judicial Commission in public courts

Saber jafarniaosboei*

Abolfazl Dankob**

Abstract:

Issuance of Vote Unity Procedure No. 699 dated 22/3/86 of the Supreme Court regarding the objection to the decision of the Commission Article 77 of the Municipal Law raised the suspicion that first of all whether the general courts of law have jurisdiction to appeal against the decisions of the commissions Do you have a quasi-judiciary or not ? And in the case of acceptance of jurisdiction, which of the formal law rules is subject to the procedure of civil procedure or the law of organization and procedure of the Court of Administrative Justice ?

Normally, administrative proceedings require the application of the same formal rules. For example, according to Note 2 of Article 16 of the Law on the Organization and Procedure of the Court of Administrative Justice, objections to the decisions of quasi-judicial commissions must be made for persons residing in Iran within three months, or the cost of the objection proceedings is fixed. Now, if we assume the jurisdiction of the general courts, from the point of view of formal criteria, are the general legal courts obliged to comply with these regulations or not ? In particular, Article 1 of the Code of Civil Procedure in the definition of this law does not mention administrative lawsuits and the obligation to implement the rules of civil procedure is set only in the position of dealing with civil matters and all civil and commercial lawsuits And there is

*. Phd student of Private Law, Azad University, Sari Branch, and Judge of Justice. (Corresponding Author). saber.jafarnia@yahoo.com

**, PhD in private law from Shahid Beheshti University of Tehran and lecturer at the university.

no obligation on the general court of law to observe the procedure of civil proceedings in administrative lawsuits. Incidentally, the prevailing logic of the necessity of order and structure in any trial requires that a specialized trial be conducted with specialized tools and instruments in the same field and in the same way, which we will examine in detail in this research. And more importantly, with the enactment of the law on the organization and procedure of the Administrative Court of Justice in 1390, the unanimous decision No. 699 dated 22/03/2007 has been abrogated or not? Because Article 10 onwards, the Law on the Organization and Procedure of the Administrative Court has made changes in the category of jurisdiction of the Administrative Court, which we will discuss in detail.

Keywords: Court of general jurisdiction-Administrative proceeding-abrogate-civil procedure.

Electronic evidence to prove claims in administrative and civil proceedings in Iran according to Imamiyyah

HamidReza Ahmadi Lashki*

Hamid Abhari**

Amiri, Abbas Moghadari***

Abstract:

Today, with the expansion of information technology, electronic evidence and related documents are being stored and produced more and more. The admissibility of proof of electronic litigation is accepted in Iran's commercial law and in civil proceedings. According to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce and Article 47 of the Electronic Evidence Citation Regulation approved in 2013, the Iranian legislator has not limited the message data only to electronic devices and any device such as video and audio folders, telegrams and optical devices are also electronic evidence. knows, but from the perspective of Islamic jurists and scholars, this issue is acceptable, has validity and proof if the document and writing has a signature or seal and remains immune from changes in a reliable way, and the issuer is certain to accept the contents, and also causes Let science be the judge. On the other hand, in administrative proceedings, the possibility of using electronic evidence can be discussed and investigated. Considering the nascentness of administrative proceedings in Iranian law and its special features, it seems that the use of these evidences in administrative proceedings is worthy of discussion. The main question that this research seeks to answer is how to cite electronic evidence in civil and administrative proceedings. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: electronic evidence, administrative proceedings, civil proceedings, jurisprudence, proof of claim.

*. PhD student in private law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. hamidrezaa515@gmail.com

** . Assistant Professor, Department of Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran. Assistant Professor of the Department of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Mazandaran University . (Corresponding Author). hamid.abhary@gmail.com

***. Assistant Professor, Department of Private Law, Joibar Branch, Islamic Azad University, Joibar. Iran. 1.moghaddari@gmail.com

The theorematic ambiguity of substance of the administrative offense of the employee in Islamic republic of Iran

Mohammad Vazin Karimian*

Abstract:

Enacting a comprehensive and contingent law must be based on a theorematic system of the subject of that law. According to this scientific principle, the basic problem of this research is searching the theorematic basis of the Law of Investigating Administrative offenses in Islamic Republic of Iran; specially, the basis of the recognizing some of the behaviors as the administrative offenses. The research, from the view of the aim, is applied, and from the view of the method, is descriptive - prescriptive. In this research, related knowledge and information has been collected from the laws, scientific books and papers and related documents; and analyzing information is according to the logic of the law; specially administrative law. The Law of Investigating Administrative offenses, 1372, without an explicit definition for the correct administrative behavior and standards of it, has a list of administrative offenses (article 8). Analyzing this shortage and searching the negative effects of it, has revealed the necessity of a thorematic system for the subject and reforming and completing the law.

Keywords: administrative offense, administration crime, administrative behavior, administrative employee.

*. Associate professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services.

mv_karimian@ujsas.ac.ir

Open government policy implementation as strategy for pandemic management in Iran (Covid19- case study)

Yadolah ghasemzade*

Mohamad javad jafari **

Iraj ranjbar ***

Abstract:

Open government, as a government based on the right to know, has positive functions in interacting with citizens, and it affects the acceptability of the government and its actions. Open government data has recently attracted a lot of attention as a tool to innovate, add value and improve outcomes in various sectors, public and private. Although some of the benefits of open government plans have been evaluated in the past, especially in terms of economic efficiency and the like, its evaluation in the field of law and politics, emphasizing the application of open government policy to manage the Covid 19- pandemic, has been less observed. As a global pandemic that has lasted for more than two years, the Covid19- disease fundamentally challenged different governments, and sometimes citizens took protest actions against governments and their policies to deal with the disease. The main challenge of the current research was to investigate the role of open government in the management of the Covid19- epidemic in comparison with the policies implemented by the Iranian government. In addition, an attempt was made to provide a suitable solution for the application of open government in similar epidemics in Iranian law. In the end, it was found that Iran's laws in the field of separa

*. Ph.D. Student in Public Law. (Corresponding Author). soroushlawyer@gmail.com

** . Assistant Prof. Kermanshah Azad university, Department of Public Law. drjafari12@gmail.com

***. Assistant Prof. Kermanshah Azad university, Department of Public Law.

iraj_ranjbar79@yahoo.com

tion of publishable and non-publishable information, the necessity of publishing all information, except in exceptional cases, and the methods of monitoring and complaining in cases of non-publishing of information are faced with fundamental weaknesses. In general, the indicators of open government, such as transparency and trust, have fundamental weaknesses, and the lack of timely and effective provision of information and reasons for decisions led to the poor management of the Covid19- pandemic.

Keywords: open government, Covid19-, good governance, pandemic.

Restriction of property Rights by the Commission Article 5 of the Law on the Establishment of the Supreme Council of Urban Planning and Architecture in the Mirror of the Votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice

Taghi Dashti *

Zahra Zandie**

Mohammad Mahdifar***

Abstract:

“Conflict of interest” as an independent and well-known concept in modern governance is so important that many important keywords in this field are directly related to the issue of conflict of interest. Gaining public trust and promoting democracy, preventing corruption, promoting health and administrative cohesion, transparency and economic development is impossible without achieving an acceptable level of Conflict-of-interest management. Conflict of interest is an area of extreme complexity and political and legal sensitivity. Hence, the theoretical controversy over the exact perception of “conflict of interest” has been going on for some time. The main question of the present article is a correct understanding of the concept of conflict of interest, its different types and types of confrontation of legal systems. The authors believe that with a correct and comprehensive understanding of the concept and types of conflict of interest and with a comparative observation of the arrangement of legal systems in the face of this great problem, the literature on conflict of interest in Iran can be enriched until in the shadow of deepening the concept in the minds of researchers and concerned, it will be possible to gradually achieve lofty goals such as gaining public trust, justice and transparency.

Keywords: conflict of interest, corruption, management, legal systems..

*. Head of Mabana Research Center. t_d_dashty@yahoo.com

** . PhD student in Public Law, Qom University

(corresponding author) zandie1991@gmail.com

***. Ph.D Student of Public Law. University of Tehran (Farabi Campus): Researcher of Mabna Research Center. mohammadmahdifar@ut.ac.ir

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

Journal of Modern Research on Administrative Law

Fifth year / 16th issue / Fall 2023



ISSN : 27170497

Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

Dr. Asad Allah Yavari

Editor

Dr. Bijan Abbasi

Deputy chief Editor

Dr. Mohammad
Hasanvand

Editorial board members

Dr. Mohammad Emami, Dr. Mohammad Rasekh, Dr. Hossein Zarei
Matin, Dr. Abbas Zaraat, Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi,
Dr. Ali Mashhadi, Dr. Morteza Najabatkhah, Dr. Mohammad Reza Vi-
jeh, Dr. Seyed Mohammad Hashemi



• Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami
Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St., Valiasr St., Tehran, Iran

• Postal Code: 1434863111

• Phone: 09214930838

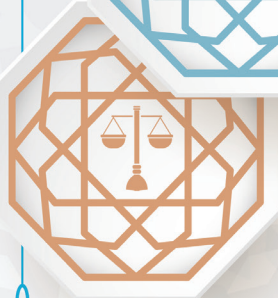
www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law



Fifth year / 16th issue / Fall 2023



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Fifth year :: 16th issue :: Fall 2023

Title of Articles

- ▶ Legislation pathology of political party's activity with emphasis on reforming administrative structures.
- ▶ An attitude on the approach of Iran's administrative and constitutional Judge on the freedom of association in the light of Habermas' public sphere theory.
- ▶ An attitude on the approach of Iran's administrative and constitutional Judge on the freedom of association in the light of Habermas' public sphere theory.
- ▶ judicial independence in Iran's legal system; A reflection on the historical developments from the constitutional period to the constitution (with emphasis on the recruitment and selection stage). Basic Principles of internet regulation.
- ▶ Application of rule of legal Obtained evidence in administrative proceeding
Obstacles and challenges of protecting the right to health in Iran's legal system.
- ▶ Procedure for reviewing objections to the decisions of the Quasi-Judicial Commission in public courts.
- ▶ Electronic evidence to prove claims in administrative and civil proceedings in Iran according to Imamiyyah.
- ▶ The theorematic ambiguity of substance of the administrative offense of the employee in Islamic republic of Iran.
- ▶ Open government policy implementation as strategy for pandemic management in Iran (Covid19- case study).
- ▶ Restriction of property Rights by the Commission Article 5 of the Law on the Establishment of the Supreme Council of Urban Planning and Architecture in the Mirror of the Votes of the General Assembly of the Court of Administrative Justice.
- ▶ A comparative study of the distinction between government actions in the two legal systems of Iran and France.