

پژوهش‌های نوین حقوق اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال ششم: شماره هجدهم: بهار ۱۴۰۳



عنوان مقاله‌ها

- رابطه عمل سیاسی و عمل اداری: دوگانگی یا فراتر از دوگانگی «فهیمه اسدی، محمد امامی، سید مجتبی واعظی»
- تحلیل نظام حقوقی شرکت‌های دانش‌بنیان در پرتو مفهوم توسعه اقتصادی «جلیل ابراهیم‌زاده، خیراله پروین، سید جواد میر قاسمی»
- بررسی فقهی و حقوقی دعاوی ناشی از تملک اراضی با تأکید بر اختیارات شهرداری «مریم زورمند، حسین احمدی، رضا عباس‌پور»
- تضمین آزادی کسب و کار در پرتو رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری «علیرضا دبیرنیا، آیت الله جلیلی، احسان موحدی‌پور»
- نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتو موازین حقوق بشری «حسن حقیقی، منوچهر توسلی نائینی، سید محمدصادق احمدی»
- نقش سازمان بهزیستی در کاهش سوء استفاده جنسی از کودکان در پرتو مفهوم پلیس اداری «وحید قاسمی، سید عسگری حسینی مقدم، جواد حبیبی»
- توسعه سوت زنی بر مبنای توسعه مدیریت مشارکتی در سازمان‌های اداری ایران (رویکرد حقوقی) «زهرا هادی زاده اصفهانی، محمدوزین کریمیان»
- مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در اعمال اداری (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس) «نگرس اسکافی، اسماعیل شاهسوندی، امیرعباس بزرگمهر»
- بررسی راهبردهای صیانت از اراضی ملی و دولتی در ساختار اداری «علی راستی، داود نصیران نجف آبادی، رضا سلطانی»
- جایگاه مفهوم دکترین «مسئولیت حمایت» در اصول و مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر حقوق اداری «کریم محمدی، هیبت‌الله نژادی منش، سوده شاملو»
- اعمال حاکمیت و تصدی دولت در خصوص میراث فرهنگی در پرتو اصل ۸۳ قانون اساسی «حسین علائی»
- اصل مستدل، مستند و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی با بررسی رویه قضایی «پرویز حاجی‌پور، توکل حبیب زاده»
- امکان‌سنجی اعمال «نظریه خطر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی دولت در حقوق ایران «مصطفی امیری، محمد تقی دشتی»
- بررسی تصدی هم‌زمان مشاغل عمومی و عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها «سجاد افشار، محمدعلی صادقی»
- بررسی تأثیر کرونا بر حق دسترسی به عدالت؛ مطالعه موردی تطبیقی «فاطمه اصحابی»





فصلنامه علمی پژوهش‌های

نوین حقوق اداری

سال ششم / شماره ۱۸ / بهار ۱۴۰۳

شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنوند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتراسدالله یاور

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 نجابت خواه

دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر سید محمد هاشمی

شورای علمی فصلنامه

دکتر مسلم آقایی طوق، دکتر کوروش استوار سنگری، دکتر جواد تقی زاده، دکتر محمد جلالی

دکتر سید احمد حبیب نژاد، دکتر محمد حسنوند، دکتر ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی زاده

دکتر محمد حسین زارعی، دکتر حامد کرمی، دکتر محمد رضا ویژه، دکتر مهدی هداوند

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی:

مهدی حسنوند

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، نبش

کوچه هفت پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

نقل مطالب با ذکر مأخذ 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 A۴ 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 خدانشناس (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. 520-535

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. 120-136.

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:

دستورگرایي بين المللي: 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 باشد، 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

- ۱۳ رابطه عمل سیاسی و عمل اداری: دوگانگی یا فراتر از دوگانگی
فهیمة اسدی، محمد امامی، سید مجتبی واعظی
- ۳۹ تحلیل نظام حقوقی شرکت‌های دانش بنیان در پرتو مفهوم توسعه اقتصادی
جلیل ابراهیم زاده، دکتر خیراله پروین، دکتر سید جواد میر قاسمی
- ۶۱ بررسی فقهی و حقوقی دعاوی ناشی از تملک اراضی با تأکید بر اختیارات شهرداری
مریم زورمند، حسین احمري، رضا عباس پور
- ۸۹ تضمین آزادی کسب و کار در پرتو رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری
علیرضا دبیرنیا، آیت الله جلیلی، احسان موحدی پور
- ۱۱۵ نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتو موازین حقوق بشری
حسن حقیقی، منوچهر توسلی نائینی، سید محمدصادق احمدی
- ۱۴۵ نقش سازمان بهزیستی در کاهش سوء استفاده جنسی از کودکان در پرتو مفهوم پلیس اداری
وحید قاسمی، سید عسگری حسینی مقدم، جواد حبیبی
- ۱۷۳ توسعه سوت زنی بر مبنای توسعه مدیریت مشارکتی در سازمان‌های اداری ایران (رویکرد حقوقی)
زهره هادی زاده اصفهانی، محمدوزین کریمیان
- ۲۰۵ مسئولیت مدنی پیش گیرانه در اعمال اداری (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)
نرگس اسکافی، دکتر اسماعیل شاهسوندی، دکتر امیرعباس بزرگمهر

۲۲۹ بررسی راهبردهای صیانت از اراضی ملی و دولتی در ساختار اداری

علی راستی، داود نصیران نجف آبادی، رضا سلطانی

۲۶۵ جایگاه مفهوم دکترین «مسئولیت حمایت» در اصول و مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با

تأکید بر حقوق اداری

کریم محمدی، هیبت الله نژندی منش، سوده شاملو

۳۹۱ اعمال حاکمیت و تصدی دولت در خصوص میراث فرهنگی در پرتو اصل ۸۳ قانون اساسی

حسین علائی

۳۱۹ اصل مستدل، مستند و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی با بررسی رویه قضایی

پرویز حاجی پور، توکل حبیب زاده

۳۴۵ امکان سنجی اعمال «نظریه خطر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی دولت در حقوق ایران

مصطفی امیری، محمد تقی دشتی

۳۶۹ بررسی تصدی هم‌زمان مشاغل عمومی و عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها

سجاد افشار، محمدعلی صادقی

۳۹۵ بررسی تأثیر کرونا بر حق دسترسی به عدالت؛ مطالعه موردی تطبیقی

فاطمه اصحابی



رابطه عمل سیاسی و عمل اداری: دوگانگی یا فراتر از دوگانگی

فهیمة اسدی^۱

محمد امامی^۲

سید مجتبی واعظی^۳

چکیده

از دیرباز، مقامات سیاسی که واجد صلاحیت‌های اداری نیز بودند، با سیاسی جلوه دادن تصمیم‌های اداری خود می‌کوشیدند از پاسخ‌گویی بگریزند. بنابراین، اندیشمندان این حوزه در قرن اخیر به رابطه عمل اداری و عمل سیاسی با عنوان «دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی» یا «دوگانگی عمل اداری و سیاست‌گذاری» توجه نشان دادند.

در این مقاله برای روشن کردن رابطه عمل سیاسی و عمل اداری و مفهوم دوگانگی تلاش کردیم و دریافتیم که معنای دوگانگی از تمایز و تضاد به تعامل و سازگاری میان عمل اداری و عمل سیاسی تغییر یافته است. این دوگانگی به دنبال جداسازی شکلی یا ماهوی این دو عمل نیست، بلکه این مفهوم، پا را فراتر گذاشته و تضاد را با تعامل عجین ساخته است. به این ترتیب، تصمیم یک مقام سیاسی اداری می‌تواند به طور هم‌زمان هم سیاسی و هم اداری باشد و دوگانگی تعاملی اسوارا، رابطه این دو مفهوم را به خوبی نشان می‌دهد. در راستای هدف مقاله و پیشنهاددهی راهکار برای ایجاد تفکیک نسبی، سه راه پیشنهاد می‌شود: اول، توجه به غلبه کارکرد اداری یا سیاسی؛ دوم، توجه به انگیزه و هدف و سوم، شناسایی دوگانگی به عنوان یک اصل قانون اساسی که فصل الخطاب اختلاف نظرها باشد.

کلیدواژه‌ها: اداره، دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری، سیاست، سیاست‌گذاری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران، (نویسنده مسئول)، fahimeassadi@gmail.com

۲. استاد تمام بازنشسته گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران، dr_emami27@yahoo.com

۳. دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران، mojtaba_vaezi@yahoo.com

مقدمه

تجربه زیست اجتماعی و سیاسی به ویژه در قرن اخیر و سوء استفاده حاکم یا حاکمان از قدرت اکتسابی یا انتسابی موجب توجه اندیشمندان به رابطه عمل اداری و عمل سیاسی (حاکمیتی) شد. هر دو این اعمال، زیرمجموعه عمل اجرایی هستند و قانون‌گذاران و مدیران آن را انجام می‌دهند. به طور مختصر، عمل اداری به معنای اجرای مستقیم قانون توسط نهادهایی است که الزاماً زیرمجموعه قوه مجریه نیستند و عمل سیاسی به معنای اعمال مقامات سیاسی با استفاده از قدرت و به طور آمرانه است.^۱ تداخل صلاحیت‌ها و کارکردهای قوه مقننه و مجریه، ایجاد تمایز میان عمل اداری و عمل سیاسی را برای اندیشمندان حقوق و مدیریت دولتی به مسئله تبدیل کرده است. به این ترتیب، مفهوم «دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی» پا به عرصه گذاشت و در طول زمان دچار فراز و نشیب‌هایی در طیف امتناع یا امکان وجود شد و انتقادهای زیادی نیز برانگیخت.

صاحب‌نظران رشته مدیریت دولتی، مقالاتی در این باره تدوین کرده‌اند، اما در این مقاله بناست از منظر حقوقی به ماهیت این دوگانگی بپردازیم. از این رو، ابتدا به پیشینه دوگانگی نگاهی می‌اندازیم و تغییرات معنایی و نظرهای مطرح شده در این باره را بررسی می‌کنیم. دغدغه پژوهش حاضر، ارائه راهکاری است که بتوان از آن برای تفکیک اعمال اداری و سیاسی استفاده کرد و اجازه توجیه اعمال غیر قانونی را به مقامات اداری و سیاسی ندهد. در واقع، این تحقیق از این رو اهمیت دارد که راه را بر فرار مقامات سیاسی و اداری از جمله رئیس جمهوری از زیر بار مسئولیت اداری با استناد به مقام سیاسی‌شان می‌بندد. چنین دستاوردی برای دستیابی به میزان مسئولیت‌پذیری، کنترل‌پذیری و قانون‌مندی مقامات انتخابی و مدیران دولتی و به عبارتی، دستیابی به یک حکمرانی خوب و مدیریت نوین دولتی ضروری است. در این نوشتار تلاش می‌شود با روشی توصیفی و تحلیلی به این پرسش اساسی پاسخ دهیم که رابطه عمل اداری و عمل سیاسی چیست؟ آیا «دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی»، اصطلاح مناسبی برای نشان دادن این رابطه است؟

۱. واعظی، سید مجتبی، گفتارهایی در حقوق اداری، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۹۶، ص ۵۰.

گفتار اول. سابقه تاریخی دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی

ویلسون، گودنو و وبر، سه تن از صاحب‌نظران شاخص این موضوع هستند. مقاله «مطالعه اداره» از ویلسون، بیش از هر منبع دیگری در ادبیات دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری بررسی شده است. این مقاله، نماینده افکار ویلسون نیست، اما تأثیری بسزا بر افکار دیگر اندیشمندان گذاشت. وی در این مقاله، دو نوع دوگانگی را معرفی می‌کند: دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی و دوگانگی عمل اداری و قانون اساسی. به نظر وی، عمل سیاسی، قلمرو خاص دولت‌مردان و عمل اداری، قلمرو مقامات اداری است و تمایز قانون اساسی و عمل اداری، جنبه دیگری از تفکیک بین عمل اداری و عمل سیاسی است، به این معنا که تأیید دوگانگی بین عمل سیاسی و عمل اداری با تأیید دوگانگی بین قانون اساسی و عمل اداری امکان‌پذیر می‌شود. در واقع، به این دلیل که عمل اداری، بخشی از نظم مبتنی بر قانون اساسی نیست، وی، جدایی عمل اداری از مداخله‌های سیاسی را پیشنهاد کرد. به عبارت دیگر، وی، دوگانگی روش حکومت^۱ با عمل اداری و دوگانگی عمل سیاسی^۲ و عمل اداری را تأیید کرد.^۳ باید توجه داشت که تمایز صریح تئوری میان عمل اداری و عمل سیاسی مبهم است و ویلسون به خوبی می‌دانست که هیچ تقسیم‌نهادی قاعده‌مندی میان عمل سیاسی و عمل اداری وجود ندارد.

کتاب «سیاست و اداره»،^۴ نوشته گودنو نیز اثری ارزشمند در این زمینه است. نویسنده، نظام فاسد را نتیجه تفکیک نکردن بین عمل اداری و عمل سیاسی می‌دانست و برای کنار آمدن با چالش‌های نوظهور جامعه توده‌ای صنعتی در آمریکا، الگویی برای پاسخ‌گویی دموکراتیک دولت ارائه داد. به همین دلیل، عمل سیاسی و عمل اداری را به عنوان دو کارکرد متفاوت معرفی کرد و معتقد بود که در همه حکومت‌ها، عمل دولت به عنوان یک نهاد سیاسی یا شامل اعمالی است که برای ابراز اراده‌اش ضروری است یا اعمالی است که برای اجرای آن اراده لازم است. از نظر گودنو: «عمل سیاسی با ابراز

1. polity

2. politics

3. Wilson, W., *The Papers of Woodrow Wilson*, Edited by: A. S. Link, Vol. 5, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1968, p. 370.

4. Politics and Administration

اراده دولت سر و کار دارد و اداره این سیاست‌ها را اجرا می‌کند». به علاوه، در دولت‌های مدرن، دو کارکرد عمل سیاسی و عمل اداری معمولاً به چندین نهاد واگذار می‌شود؛ یعنی در حالی که دو کارکرد اصلی دولت، مستعد تمایز است، ارگان‌های حکومتی را که این کارکردها به آن‌ها محول شده است، نمی‌توان به وضوح از همدیگر متمایز کرد.

به این ترتیب، بیان اراده دولت (کارکرد سیاسی)، حداقل به دست سه نهاد انجام می‌شود: مردم در مقام وضع قانون اساسی؛ قوه مقننه در مقام وضع قوانین عمومی و قوه مجریه در مقام وضع قوانین خاص و جزئی. در مقابل، اجرای اراده دولت (عمل اداری) نیز به دست سه نهاد انجام می‌شود: قوه قضاییه که قوانین را در موارد خاص اعمال می‌کند؛ قوه مجریه و در نهایت، مقاماتی که امور علمی، فنی و تجاری دولت را انجام می‌دهند که به عنوان مقامات اداری شناخته می‌شوند. از نظر گودنو، اداره نه تنها مورد حمایت سیاست نیست، بلکه تابع آن است. با این حال، این تبعیت سلسله‌مراتبی تنها به بخش کوچکی از اداره عمومی محدود می‌شود و بقیه قسمت‌های آن مستقلند. رانی، والدو و اسوارا به نظرهای گودنو انتقاد وارد کردند. از نظر آنان، وی تنها قصد ایجاد تمایز انتزاعی تئوری میان عمل سیاسی و عمل اداری داشت، نه یک جدایی عملی.^۱

ماکس وبر، آخرین نظریه‌پرداز تئوری دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری است و پس از وی، مدل‌های جای‌گزین برای این دوگانگی در اروپا تدوین شد.^۲ تأثیر وبر بر مباحث صاحب‌نظران امریکایی در مورد دوگانگی در مقایسه با ویلسون و گودنو، متعادل‌تر و کم‌تر بود. وبر غالباً با نظریه بوروکراسی خود شناخته می‌شود.^۳ ایجاد و وجود بوروکراسی برای تأمین نیاز به اجرای سیاست‌ها و خدمات‌رسانی عمومی لازم است.^۴ در زمان وی، به دلیل موقعیت متزلزل بین‌المللی آلمان پس از شکست ۱۹۱۸ و

1. Goodnow, F. J., *Politics and Administration: A Study in Government*, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2003, pp. 16-111.

2. Brown, B. E. S., and R. J. Stillman II., *A Search for Public Administration: The Ideas and Career of Dwight Waldo*. College Station: Texas, A&M University Press, 1986, p. 34.

۳. رزنبلوم، دیوید، اچ.، *اداره امور عمومی*، ترجمه: آرش سلیمانی، چاپ دوم، تهران: پیام پرستو، ۱۳۸۹، ص ۳۲.

۴. نوری، روح‌الله، *نظریه‌های مدیریت دولتی در ایران (مبانی دولت و اداره امور عمومی در ایران)*، چاپ اول، تهران: شرکت چاپ و نشر بازگانی، ۱۳۹۸، ص ۲۲.

هم‌چنین تحدید و پر کردن خلأ قدرت توسط مقامات بوروکراتیک، رهبری سیاسی قوی لازم بود. وبر، این مسئله را خطر «صاحبان قدرت»^۱ نامید. این مفهوم، دلیل اصلی تأیید دوگانگی توسط وبر را شرح می‌دهد؛ ترجمه مفهوم «هرشافت»^۲ معمولاً «قاعده»^۳ و گاهی «قدرت»^۴ است. به این ترتیب، «هرشافت» به اقتدار عقلانی - قانونی بوروکرات‌ها اشاره نمی‌کند، بلکه قدرت بیش از حد آن‌ها را در نظر دارد. واژه «تسلط اداری»^۵ احتمالاً بهترین بازگردان برای این کلمه است. به همین دلیل، وبر برای مقابله با تسلط اداری از تقابل دقیق میان عمل سیاسی و عمل اداری و هم‌چنین سیاستمداران و مقامات اداری طرفداری کرد.^۶

وبر برای روشن شدن مسئولیت سیاستمداران و بوروکرات‌ها از مفهوم «شرافت» صحبت می‌کند.^۷ اگر کارمند با خط‌مشی موضوع عمل سیاسی خود، مخالف باشد، شرافت آن مقام این است که پس از طرح اعتراض‌های خود، آن دستور سیاسی را به گونه‌ای متعهدانه و در حد توان اجرا کند. علت شرافت‌مندانه بودن این عمل آن است که نشان می‌دهد احساس وظیفه کارمند بر اراده فردی وی غلبه دارد. سیاستمداری که تسلیم می‌شود و مانند یک کارمند مطیع، اما معترض رفتار می‌کند، شرافت ندارد؛^۸ چون شرافت او در ایستادگی برای یک هدف مشخص است.

وبر مانند گودنو و ویلسون، اداره را ابزار مقامات سیاسی نمی‌بیند و معتقد است مدیران نیز باید خودشان تصمیم بگیرند. از نظر وی، تفاوت کلیدی میان عمل سیاسی و عمل اداری در ماهیت آن

1. beamtenherrschaft

2. herrschaft

3. rule

4. authority

5. Administrative dominance

6. Beetham, D., **Max Weber and the Theory of Modern Politics**, London: George Allen & Unwin, 1974, p. 75

7. Beetham, D., "Max Weber and the liberal political tradition", *Archives Européennes de Sociologie*, 1989, 30 (3), p. 320.

8. Weber, M., **The profession and vocation of politics In Political Writings**, edited by; P. Lassman and R. Speirs, Cambridge: Cambridge University Press, 1994 [1919], p. 160

اعمال نیست و یک مسئله می‌تواند به لحاظ ماهوی هم‌زمان هم اداری و هم سیاسی باشد.^۱ تفاوت اصلی میان عمل سیاسی و عمل اداری از نظر وبر، تفاوت در مسئولیت مقام سیاسی و مدیر است؛ یعنی در حالی که مدیر یا کارمند مسئولیت دارد، سیاستمدار از مسئولیت مُبَرَّاست.^۲

مقایسه دوگانگی‌های گودنو، ویلسون و وبر نشان می‌دهد که آن‌ها دو راه متفاوت برای مفهوم‌سازی محتوا و هدف دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری در پیش گرفته بودند. در حالی که ویلسون و گودنو از عمل اداری در مقابل عمل سیاسی حمایت می‌کردند، وبر از عمل سیاسی در مقابل عمل اداری دفاع می‌کرد.^۳ تمایز تصمیم‌گیری و اجرا به این معنا که عمل سیاسی، معادل تصمیم‌گیری و عمل اداری، معادل اجرا باشد، نقطه آغازین تفکر آن‌ها درباره عمل سیاسی و عمل اداری است. با این حال، مطمئناً درک کامل آن‌ها از این تمایز را نشان نمی‌دهد، بلکه به عنوان پایه‌ای عمل می‌کند که مفهوم‌سازی‌های آن‌ها بر آن بنا می‌شود.

اوریم در سال ۲۰۱۲ با نگاهی جدید از منظر قانون اساسی به منظور تبیین مفهوم دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی، سه جنبه از عمل را بررسی کرد که عبارتند از: «محتوا»، «هدف» و «ارتباط». در خصوص محتوای دوگانگی، به راه‌هایی که دوگانگی را تعریف می‌کند، توجه صورت می‌گیرد؛ یعنی زمانی که نویسندگان از دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری صحبت می‌کنند، چه چیزی را در ذهن دارند؟ آیا اندیشه‌ورزان اداره عمومی که دوگانگی را به عنوان یک مفهوم ناقص رد می‌کنند، نسبت به کسانی که تقسیم منطقی میان عمل اداری و عمل سیاسی را پذیرفته‌اند، معنای واحدی از دوگانگی در نظر دارند؟

اولین گام در بیان محتوا، شکستن زنجیره مفهومی «عمل اداری»،^۴ سیاست‌گذاری^۵ و عمل سیاسی^۶

۱. از این نگرش بعداً برای بی‌اعتبار کردن دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری استفاده شد.

2. Ibid, p. 330.

3. Fry, B. R., "Five great issues in the profession of public administration", In: Handbook of Public Administration, edited by: J. Rabin, W. B. Hildreth, and G. J. Miller, New York: Marcel Dekker, 1989, p. 1036.

4. administration

5. policy

6. politics

است که در دهه‌های ۱۹۳۰ و ۱۹۴۰ توسط گولیک^۱ و اپلبای^۲ شکل گرفت. اولین بخش زنجیره یعنی تمایز «عمل اداری» و «سیاست‌گذاری»، تا حدی منعکس‌کننده یک تحول تجربی است. در این مورد باید گفت که از زمان اولین استفاده از واژه «دوگانگی» در قرن نوزدهم، نقش سیاسی مدیران دولتی به شدت گسترش یافته و تأکید اداره عمومی از اجرای سیاست به تهیه خط‌مشی (از جمله تهیه پیش‌نویس قانون) تغییر کرده است. این تحول، مفهوم‌سازی ابزارگراییانه دوگانه عمل سیاسی و عمل اداری به عنوان دوگانه تصمیم‌گیری-اجرا را حتی ناکارآمدتر از قبل جلوه داد. مدیران دولتی در قرن بیستم، نقش سیاست‌گذاری برای خود قائل بودند و سیاستمداران نیز فعالیت‌های انتخاباتی و مبارزاتی خود را گسترش دادند.

دومین بخش زنجیره، تمایز بین «سیاست‌گذاری» و «عمل سیاسی» است. دشواری دستیابی به تفاوت بین «سیاست‌گذاری» و «عمل سیاسی»، به دلیل «رابطه عموم و خصوص مطلق» این دو مفهوم است؛^۳ یعنی همه سیاست‌گذاری‌های عمومی، عمل سیاسی هستند، ولی همه اعمال سیاسی، سیاست‌گذاری نیستند. اعمال سیاسی انتخاباتی، بارزترین نمونه از فعالیت‌های سیاسی است که با سیاست‌گذاری ارتباطی ندارد. این دیدگاه، توجه ما را به تمایز روزنبلوم بین «دو نوع نسبتاً متمایز از عمل سیاسی» یعنی «عمل سیاسی حزبی»^۴ و «عمل سیاسی سیاست‌گذاری»^۵ معطوف داشت.^۶ بنابراین، «با وجود ابهام در مرز بین این دو عمل سیاسی»، حفظ تمایز ضروری است.^۷ در نتیجه، از نظر روز، در مقام تبیین مفهوم دوگانگی، موقعیت عمل اداری در مقابل عمل

1. Gulick

2. Appleby

3. Rohr, J. A., *Ethics for Bureaucrats: An Essay on Law and Values*, revised and expanded ed, New York: Marcel Dekker, 1989, p. 55.

4. Partisan politics

5. Policy politics

6. Rosenbloom, D. H., "Reconsidering the politics-administration dichotomy: The Supreme Court and public personnel management", In: *Politics and Administration: Woodrow Wilson and American Public Administration*, edited by: J. Rabin and J. S. Bowman, New York: Marcel Dekker, 1984, p. 104.

7. Etzioni-Halevy, E., *Bureaucracy and Democracy*, London: Routledge & Kegan Paul, 1983, p. 98

سیاسی باید «استقلال تابع» باشد. به این ترتیب، اداره عمومی باید از عمل سیاسی حزبی جدا و تابع عمل سیاسی سیاست‌گذاری باشد. این تفکر، استقلال حرفه‌ای مدیران و هم‌چنین بی‌طرفی سیاسی حزبی آن‌ها را تأمین کرد.^۱

جنبه دوم معنای دوگانگی، هدف آن است؛ یعنی به چه منظوری از آن استفاده می‌شود؟ انتظار داریم چه دستاوردی داشته باشد؟ این تمایز، اهداف عملی و تجویزی را دنبال می‌کند و هدف اولیه آن، تقسیم اعمال دولت به دو دسته عمل سیاسی و عمل اداری است. این سخن به آن معنا نیست که دوگانگی، اهداف دیگری را دنبال نمی‌کند، ولی به لحاظ تاریخی و نظری به نظر می‌رسد قابل دفاع‌ترین هدف است. هم‌چنین باید توجه داشت که دلیل وجود دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری به اهداف اداری و سیاسی برمی‌گردد. در هدف اداری، دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری به حفظ یا حداقل ارتقای استقلال و عملکرد صحیح اداره عمومی و مدیران دولتی کمک می‌کند و بنابراین، ارزش‌های اداری معمولی مانند ثبات، قابلیت اطمینان، اثربخشی و کارایی را ارائه می‌دهد و این کار را با حمایت از جدایی اداره از سیاست، به ویژه سیاست حزبی و با ارتقای استقلال حرفه‌ای کارمندان دولت انجام می‌دهد. هدف سیاسی، دوگانگی را به عنوان ابزاری برای محافظت از منافع و کیفیت اعمال سیاسی و سیاستمداران در برابر مداخلات اداری می‌داند. بنابراین، در خدمت ارزش‌های سیاسی مانند فضای باز مشورتی، پاسخ‌گویی دموکراتیک، بازی منصفانه قدرت و رهبری قوی است. هرگاه هدف اصلی دوگانگی، سیاسی باشد، معمولاً تأکید بر تبعیت اداره از سیاست است و نه جدایی آن‌ها. به مفهوم «اولویت سیاست» در این عرصه به ویژه در ادبیات اروپا استناد صورت می‌گیرد.

جنبه سوم، ارتباط^۲ است. منظور از ارتباط این است که چرا و با چه استدلالی، دوگانگی تأیید و پذیرفته شده است و می‌شود؟ برای پاسخ به این پرسش واضح است که سه جنبه معنای آن یعنی محتوا، هدف و ارتباط به یکدیگر وابسته هستند و باید با هم دیده شوند. می‌توانیم مفهوم‌سازی خود را از دوگانگی با یک هدف خاص تطبیق دهیم یا هدفی را انتخاب کنیم که به بهترین وجه با مفهوم پیش‌فرض ما از دوگانگی مرتبط باشد. به علاوه، ارتباط دوگانگی به ترکیب محتوا و هدف

1. Overeem, P., *The Politics-Administration Dichotomy Toward a Constitutional Perspective*, New York: CRC Press (Taylor & Francis Group), 2012, pp. 174-178.

2. relevance

آن بستگی دارد. اگر بخواهیم در مورد مرتبط بودن یک ایده قضاوت کنیم، باید بدانیم که به چه معناست و چه هدفی را دنبال می‌کند. برای مثال، اگر دوگانگی به عنوان یک جدایی دقیق بین تصمیم‌گیری و اجرا (محتوا) مفهوم‌سازی شود، برای توصیف واقعیت حکومت (هدف)، چندان مفید (ارتباط) نیست و نمی‌تواند رابطه عمل سیاسی و عمل اداری را دقیق توصیف کند.^۱

گفتار دوم. چالش مفهومی و معنای دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری

همان طور که دیدیم، قطعیت تاریخی درباره معنای دوگانگی وجود ندارد. اولین نویسندگان هیچ گاه برای بیان نظرهای خود درباره رابطه عمل اداری و عمل سیاسی، از این واژه استفاده نکردند. واژه «دوگانگی» در زبان انگلیسی، دو مشخصه دارد:

اول. در مورد یک مسئله فقط دو حالت را دربرمی‌گیرد و از این دو حالت خارج نیست.

دوم. نمی‌تواند هر دو حالت را هم‌زمان داشته باشد.

با این تعریف، دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری نشان می‌دهد که عمل دولت یا اداری است یا سیاسی و نمی‌تواند هم اداری باشد و هم سیاسی. تعریفی که از دوگانگی در نظرهای نویسندگان ارائه شده، با تعریف تحت‌اللفظی آن متفاوت است. به عبارتی دیگر، معنای دوگانگی با توجه به هدف به کاربرنده آن تعیین می‌شود.

در راستای بررسی مفهوم دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی، اولین قدم، بررسی خود «دوگانگی»^۲ است. دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری،^۳ اصطلاحی است که قدمت استفاده از آن حداکثر به دهه ۱۹۴۰ برمی‌گردد و پیش از آن برای بیان این مفهوم از واژگانی مانند «تمایز» یا «تفاوت» میان عمل سیاسی و عمل اداری استفاده می‌شد. در ادبیات اداره عمومی،^۴ این واژه نشان‌دهنده «تمایز»^۵

1. Ibid, pp. 179-183.

2. Dichotomy

3. Politics-Administration Dichotomy

4. Public Administration

5. Contradiction

و «تضاد»^۱ است؛ یعنی کلمه‌ای که بیانگر تمایز و تقابل دو مفهوم است.^۲

اندیشمندان، معانی متعددی از دوگانگی در نظر داشته‌اند. برای برخی، دوگانگی به معنای جداسازی ساده این دو عمل است و برای برخی دیگر به معنای تفکیک کامل. در برخی موارد، دوگانگی تنها به معنای تفکیک عمل اداری از عمل سیاسی است و در برخی دیگر، علاوه بر تفکیک، تبعیت اداره از سیاست را نیز دربرمی‌گیرد. به علاوه، برخی اعمال مقامات سیاسی واجد وصف اداری و سیاسی هم‌زمان است. بنابراین، نویسندگان و منتقدان این حوزه باید ابتدا مشخص کنند که منظورشان از این واژه چیست. باید توجه داشت که ایده دوگانگی از دکتربین تفکیک قوا و حتی پیش از آن، از نظریه اعمال حاکمیتی برخاسته است. به همین دلیل، در ابتدا، دوگانگی به دنبال جدایی کامل عمل سیاسی از عمل اداری بود؛ عمل حاکمیتی، عمل سیاسی و دیگر اعمال قوه مجریه، عمل اداری محسوب می‌شدند. مقامات انتخابی (سیاسی) در عمل اداری دخالت نمی‌کردند. متقابلاً مدیران نیز در عمل سیاسی و تدوین سیاست‌ها نقشی نداشتند و به لحاظ سیاسی کاملاً بی‌طرف بودند و این بی‌طرفی ارزشمند بود.^۳ این ایده امروزه در دولت مدرن به کلی منسوخ شده و دوگانگی، معنایی تازه یافته است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت. دومین قدم، بررسی تمایز میان عمل سیاسی و عمل اداری است. نظرهای بسیاری برای توصیف عمل اداری و عمل سیاسی وجود دارد:

۱. عمل سیاسی درباره تصمیم‌سازی و عمل اداری مربوط به اجرای تصمیم‌هاست. به بیان دقیق‌تر، هر دو شامل تصمیم‌سازی می‌شوند، ولی سیاستمداران درباره مسائل مناقشه‌برانگیز تصمیم می‌گیرند و مدیران درباره دیگر مسائل یا هر دو درباره مسائل پیچیده تصمیم می‌گیرند، ولی سیاستمداران ملزم به پاسخ‌گویی درباره تصمیماتشان هستند، در حالی که مدیران این نوع مسئولیت را ندارند.^۴

1. Contradistinction

2. Rutgers, M. R., "Splitting the universe: On the relevance of dichotomies for the study of public administration", Administration and Society, 2001, 32 (2), p. 21.

3. Svava, J. H., "Being apart but living together: The ideal types and the reality of the politics-administration dichotomy", Paper read at the Paul van Riper symposium preceding the annual conference of the American Society for Public Administration, at Phoenix, AZ, March 23, 2002, pp. 121-139.

4. Overeem, op.cit., p. 11.

۲. امور اداری، متولی اموری هستند که به دور از مسائل سیاسی به دنبال مصالح جامعه‌اند.
۳. اعمال سیاسی به شیوه اداره حکومت‌ها می‌پردازد، اما اعمال اداری به مسائل کارکنان سازمان‌ها و اداره به مفهوم کلی می‌پردازد.^۱
۴. عمل اداری در چارچوب قانون انجام می‌شود، در حالی که اصل حاکمیت قانون بر عمل سیاسی صدق نمی‌کند.^۲ البته باید دانست که فلسفه وجودی اصل حاکمیت قانون، جلوگیری از استفاده خودسرانه و مستبدانه از قدرت در تصمیم‌گیری‌های حکومت است.^۳
۵. از نظر هداوند، اعمال سیاسی، اعمالی هستند اعم از عام یا خاص که به منظور انجام وظایف سیاسی به وسیله اداره انجام می‌شوند؛ از قبیل روابط دیپلماتیک، انعقاد معاهدات و هدایت روابط قوه مجریه با قوه مقننه^۴ و عمل اداری، عمل اداره عمومی برای ایجاد آثار حقوقی است.
- بر اساس این تعریف، عمل اداری این ویژگی‌ها را دارد:

۱. عمل مادی است و واقعه حقوقی نیست.
۲. عمل اداری است. بنابراین، عمل تقنینی و عمل قضایی نیست، ولی ممکن است عمل سیاسی یا غیرسیاسی باشد.
۳. اداره عمومی آن را انجام می‌دهد؛ یعنی واحدها و مأمورانی که تصدی اداره کردن امور عمومی را به عهده دارند.
۴. قصد اداره عمومی از انجام آن، ایجاد آثار حقوقی است.^۵
۶. به اعتقاد برخی دیگر، عمل اداری در مفهوم مادی به معنای تمامی کارهایی است که دولت یا مقامات عمومی یا به راهنمایی آنان به منظور حفظ نظم عمومی و تأمین نیازهای همگانی

۱. موسی‌زاده، ابراهیم، حقوق اداری، چاپ اول، تهران: دادگستر، ۱۳۹۱، ص ۸۵.

۲. استوارسنگری، کوروش، دولت حقوقی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۷۹.

۳. زارعی، محمدحسین، حاکمیت قانون و دموکراسی، چاپ اول، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۳۰.

۴. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد اول)، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۹۳، ص ۹۴.

۵. هداوند، مهدی، «درآمدی بر نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، سال هجدهم، شماره ۵۴، ص ۱۹۸.

انجام می‌دهد.^۱ به عبارت دیگر، اداره، ماهیت اموری است که سازمان‌های اداری با استفاده از قدرت عمومی و با توجه به اهداف خود انجام می‌دهند. بنابراین، امور بخش خصوصی را شامل نمی‌شود. هم‌چنین این امور صرفاً شامل امور اداری و اجرایی می‌شود و نه امور قضایی، سیاسی، تقنینی، تجاری و صنعتی. همان‌طور که گفته شد، هدف از انجام اعمال عمومی، حفظ نظم عمومی و برآوردن نیازهای همگانی است. پس اموری را که در راستای این اهداف نباشند، نمی‌توان عمل اداری نامید.^۲

۷. در یک تعریف دیگر، اداره با سه عنصر سازمانی، هدف و روش شناسایی می‌شود. از منظر سازمانی، اداره، مجموعه سازمان‌هایی است که یا وابستگی مستقیم با دولت دارند یا در رابطه‌ای غیر مستقیم، تحت نظارت ابتکاری دولت هستند. از منظر هدف، نفع عمومی، فلسفه وجودی اداره و مشروعیت بخش اعمال اداری و به ویژه معیار محک صلاحیت‌های اختیاری است. البته باید توجه داشت که تمام سطوح قوه مجریه به دنبال نفع عمومی نیستند و اداره تلقی نمی‌شوند. سطوح عالی قوه مجریه، وظیفه سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های کلان را دارند که عملی شبه تقنینی محسوب می‌شود. بنابراین، سطوح غیر سیاسی قوه مجریه و اشخاص عمومی غیر دولتی که تصدی مستقیم منافع عمومی را به عهده دارند، اداره تلقی می‌شوند. از منظر روش، اداره کردن به معنای اجرای روزمره و موردی قانون به صورت یک‌جانبه و ابتکاری است. این ملاک، عمل اداری را از سیاست‌گذاری و عمل سیاسی متمایز می‌کند.^۳ در واقع، مقامات اجرایی، دو کارکرد حکومتی و اداری دارند که سیاست‌گذاری در شمار کارکرد حکومتی قرار می‌گیرد و ربطی به عمل اداره کردن ندارد.^۴ آگوست ویوین^۵ به عنوان نماینده اثرگذار در علم اداره در کتاب «مطالعات اداری»، تمایز میان عمل سیاسی و عمل اداری را چنین ترسیم می‌کند: قدرت اجرایی می‌تواند به دو بخش تقسیم

۱. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد اول)*، چاپ بیست و یکم، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۳۲.

۲. موسی‌زاده، پیشین، ص ۴۵.

۳. واعظی، سید مجتبی، *حقوق اداری (۱)*، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۴۰۱، صص ۵۶-۶۰.

۴. زولر، الیزابت، *درآمدی بر حقوق عمومی*، ترجمه: سید مجتبی واعظی، چاپ سوم، تهران: جاودانه، ۱۳۹۶، ص ۲۳۴.

5. vivien

شود؛ عمل سیاسی^۱ برای بیان **منافع عمومی** اخلاقی ملت و عمل اداری^۲ که شامل انجام خدمات عمومی است. تعریف اداره به عنوان بخشی از قوه مجریه نوعاً مربوط به اروپاست و در تفکر مبتنی بر قانون اساسی امریکایی، قوه مجریه به طور سنتی تنها با ریاست جمهوری شناخته می‌شود و از اداره عمومی جداست. اداره عمومی باید در تدبیرهای کلی، تابع سیاست‌ها باشد و در تدبیرهای جزئی از سیاست‌ها جدا باشد. بنابراین، اداره عمومی در موقعیتی دوسویه قرار دارد: از طرفی می‌تواند بر قوه مقننه و قضاییه مسلط شود، اما در عین حال، در اختیار قدرت سیاسی یعنی قوه مجریه است. چنین موقعیتی به دلیل تسلط قوه مجریه بر دیگر قوا موجب نگرانی ویوین می‌شد.

هم‌چنین استفاده از تمایز تحت‌اللفظی بین عمل سیاسی و عمل اداری در همه آثار توکویل یافت می‌شود. مهم‌ترین نمونه این تمایز در کتاب «دموکراسی در امریکا» ذکر شده است. به بیان وی، در روزگار ما، دو انقلاب جریان دارد: یکی، سیاسی (یعنی دموکراتیک‌سازی) و دیگری، اداری (یعنی متمرکزسازی)؛ این انقلاب‌ها ظاهراً متناقض هستند، اما در واقع، با هم مطابقت دارند.^۳ به همین ترتیب، کتاب «از رژیم قدیم» شامل فصلی است با عنوان «چگونه یک انقلاب اداری بزرگ مقدم بر انقلاب سیاسی بوده است و این امر چه پی‌آمدهایی داشته است؟» که در آن اذعان می‌دارد کمال و تمرکز اداره عمومی در قرن ۱۸ فرانسه، قبل از انقلاب سیاسی بوده و سرنگونی رژیم قدیم را تسهیل کرده است. توکویل، واژه «سیاسی» و «اداری» را این‌گونه تعریف می‌کند: «در حالی که انقلاب سیاسی به شخص حاکم و اشکال قدرت مرکزی مربوط می‌شود، انقلاب اداری به امور روزمره، فرعی، مقررات و رویه‌ها، قدرت ثانویه و مقاماتی مربوط است که مستقیماً با شهروندان در ارتباطند».^۴

دیدیم که میان نویسندگان در تعریف عمل اداری و عمل سیاسی نیز اتفاق نظر وجود ندارد. به نظر می‌رسد در مقام جمع‌بندی می‌توان عمل اداری را عملی دانست که مقامات عمومی در راستای

1. Politics, la politique

2. Administration, l'administration

3. Tocqueville, A. de. , **Democracy in America**, translated by: H. C. Mansfield and D. Winthrop, Chicago: University of Chicago Press, 2000, p. 659.

4. Tocqueville, A. de. , **The Old Regime and the Revolution**, translated by: A. S. Kahan, edited by: F. Furet and F. Mélonio, Chicago: University of Chicago Press, 1998 [1856], pp. 235-240.

اجرای قانون و سیاست‌ها با هدف خدمات‌رسانی عمومی، نفع عمومی و برقراری نظم عمومی به طور روزمره، موردی و ابتکاری انجام می‌دهند. عمل سیاسی، عملی است که مقامات عمومی در راستای ایجاد قانون و سیاست‌گذاری با رعایت مصالح عمومی کشور و با استفاده از قدرت سیاسی و حاکمیتی به طور دایمی و کلی انجام می‌دهند. با چنین تعریف‌هایی انتظار می‌رود رابطه این دو عمل روشن شود، اما واقعیت این است که با وجود این تعریف‌ها، مرز میان این دو «در ساحت عمل» غلتان است و شاهد انجام اعمالی با شاخصه‌های اداری و سیاسی توسط مقامات هستیم. در واقع، دوگانگی برای توصیف چنین موقعیتی پدید آمد. به این ترتیب، اهمیت ارائه تعریف از دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی بار دیگر عیان می‌شود.

گفتار سوم. واکنش‌ها به دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی

صاحب‌نظران و نویسندگان، واکنش‌ها و نظریات متفاوتی در برابر این مفهوم داشته‌اند که می‌توان آن‌ها را در دو دسته تقسیم‌بندی کرد: نخست، کسانی که به دنبال بازتعریف این مفهوم هستند و دوم، کسانی که به دنبال جای‌گزین می‌گردند.

بند اول. بازتعریف دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری

در اواسط قرن بیستم، جنبش «بازتعریف اصطلاحات کلیدی همراه با جنبش رفتاری»^۱ شکل گرفت. بازتعریف به معنای تغییر توجه دولت از قدرت و نظام سلسله‌مراتب به همکاری و مشارکت با مردم و جلب رضایت آنان است.^۲ مهم‌ترین بازتعریفی که صورت گرفت، تبدیل دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری به دوگانگی سیاست‌گذاری و عمل اداری بود. این مفهوم‌سازی جدید را می‌توان در مقاله لوتر گولیک به نام «عمل سیاسی، اداره و مسئله جدید» (۱۹۳۳) یافت که یکی از اولین تأملات انتقادی درباره دوگانگی است. از نظر وی، همیشه هدف عمل سیاسی مشروع، تعیین خط مشی سیاست‌گذاری عمومی است. با این حال، جهت‌گیری سیاسی از بالا به پایین تنها راه تعیین سیاست عمومی نیست. اگر هر یک از کارمندان دولت یا مدیران صلاح بدانند، نه تنها از قدرت

1. the redefinition of key terms accompanying the behavioral movement

۲. هنری، نیکولاس، اداره امور عمومی و مسائل حکومتی، ترجمه: عباس منوریان و ناصر عسکری، چاپ اول، تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، ۱۳۸۶، ص ۸۳.

برخورد دارند، بلکه بنا به شرایطی، ملزم به تعیین خط مشی هستند. بنابراین، هم سیاستمداران و هم مدیران در سیاست‌گذاری دخالت دارند، اولی در مقام رسمی و دومی از باب صلاحیت‌های اختیاری. وی هم‌چنین معتقد بود که توجه به هم‌پوشانی عمل سیاسی و عمل اداری در حوزه سیاست‌گذاری، گامی حیاتی است و در نتیجه، نهادهای دولتی را نمی‌توان به گونه‌ای طراحی کرد که به طور قطع با طرحی از تقسیم روشن میان سیاست‌گذاری و عمل اداری مطابقت داشته باشند. به این ترتیب، دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری به طور ماهرانه و ضروری به دوگانگی سیاست‌گذاری و عمل اداری تبدیل شد.

به علاوه، ذکر این نکته ضروری است که نمی‌توان سیاسی یا اداری بودن را از یک تصمیم یا اقدام صرف تشخیص داد؛ امری که در موقعیتی، یک موضوع سیاسی بحث‌برانگیز است، ممکن است در موقعیتی دیگر، یک موضوع اداری پیش پا افتاده باشد. یک اقدام یا تصمیم خاص دولت زمانی اداری یا سیاسی است که افراد دخیل در یک محیط نهادی خاص آن را چنین بدانند. از نظر ویلسون، هیچ تفاوت کیفی بین مسائل اداری و مسائل سیاسی، در ماهیت خود آن مسائل یافت نمی‌شود، بلکه سیاسی و اداری بودن یک عمل به زمینه و بستر آن بستگی دارد. از نظر گولیک، «دلیل جدایی عمل سیاسی از عمل اداری این نیست که ترکیب آن‌ها نقض یک اصل حکومت است. علت اصرار بر عدم مداخله مقام منصوب مقننه و مجریه در جزئیات اداره و این‌که اداره از دخالت در سیاست بپرهیزد، صرفاً این است که این تقسیم کار از تخصص استفاده می‌کند و به نظر می‌رسد نتایج بهتری نسبت به نظامی دارد که در آن، چنین تمایزی وجود ندارد»^۱.

اپلبای پس از گولیک، برابری عمل سیاسی و عمل اداری با سیاست‌گذاری و عمل اداری را به طور گسترده پذیرفت. وی در کتاب «ضربه کشنده علمی به فرمول ساده دوگانگی کلاسیک و بیانیه کلاسیک جدید» (۱۹۴۹) این دوگانگی را با صراحت به عنوان «تفکیک قوایی که هر مسئله مهمی از سیاست‌گذاری را از عمل اداری جدا می‌کند»، تعریف کرد. به اعتقاد وی، افراد با توجه به موقعیتی که در سلسله‌مراتب حکومت دارند، سیاسی یا اداری بودن را متفاوت درک می‌کنند. آن‌چه در سطوح بالا باشد، سیاست‌گذاری است و آن‌چه به سطح پایین‌تر واگذار شود، عمل اداری است. بنابراین،

1. Gulick, L., "Politics, administration, and the "New Deal" ", Annals of the American Academy of Political and Social Science, 1933, No. 169, 55-66, p. 63.

یک موضوع توسط کسانی که در سلسله‌مراتب، پایین‌تر از سطح آن مسئله هستند، به عنوان سیاست‌گذاری شناخته می‌شود و توسط کسانی که بالاتر از آن سطح هستند، به عنوان عمل اداری توجه صورت می‌گیرد. برای کسانی که در امر حکومت دخیل هستند، این‌که موضوعی سیاسی و اداری است، به موقعیت آن‌ها در سلسله‌مراتب بستگی دارد. برای افراد خارج از حکومت از جمله نظریه‌پردازان اداره عمومی، اداری یا سیاسی بودن در هر سطح به صورت متناظر بررسی می‌شود و تمایز بین آن دسته‌بندی‌ها از بین می‌رود.

اپلبای^۱، یک مفهوم‌سازی مجدد و انحلال مفهومی کامل از تمایز بین عمل سیاسی (یا سیاست‌گذاری) و عمل اداری ارائه کرد. او نیز مانند گولیک نتوانست از دوگانگی خلاص شود و به تمایز در رأس سلسله‌مراتب حکومتی، میان عمل سیاسی حزبی و دیگر اعمال سیاسی واقف بود. بنابراین، حتی به گفته اپلبای می‌توان میان عمل سیاسی حزبی و عمل اداری تمایز قائل شد.^۲ به این ترتیب، کم‌تر از دو دهه پس از گولیک، این دوگانگی به عنوان دوگانگی سیاست‌گذاری و عمل اداری به جای عمل سیاسی و عمل اداری شناخته شد. والدو نیز که در کتاب «دولت اداری» از اصطلاح «عمل سیاسی و عمل اداری» استفاده می‌کرد، تفسیر جدید را پذیرفت.

امروزه این ایده که دوگانگی کلاسیک عمل سیاسی و عمل اداری، اداره را نه تنها از اعمال سیاسی حزبی، بلکه از سیاست‌گذاری نیز مستثنا می‌کند، به طور کلی پذیرفته شده است. در آثار والدو، شاهد تغییری شگرف به سوی مفهوم‌سازی‌های کلی‌تر از عمل سیاسی و عمل اداری هستیم. او در نوشته‌های اولیه‌اش، مفهوم دوگانگی را عمدتاً از طریق دوگانه نسبتاً محدود تصمیم‌گیری - اجرا مفهوم‌سازی کرد و آن را به این صورت قبول نداشت. در آثار بعدی‌اش، تمایز دموکراسی و بوروکراسی را ملاک تمایز عمل اداری و عمل سیاسی قرار داد. از نظر وی، دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری از زمانی رونق گرفت که عمل سیاسی به طور فزاینده‌ای، دموکراتیک و عمل اداری به طور فزاینده‌ای، بوروکراتیک شد و از زمان وبر، معیار دموکراسی - بوروکراسی در ادبیات اداره عمومی پذیرفته شد.

در عصر حاضر و در دوره مدیریت نوین دولتی، اگر دموکراسی - بوروکراسی را به عنوان محتوای دوگانگی

1. Appleby

2. Appleby, P. H., *Policy and Administration*, Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949, pp. 21-53.

یادشده در نظر بگیریم، باید به نواقص بوروکراسی از جمله انعطاف ناپذیری، رویه‌گرایی و ناکارآمدی و هم‌چنین دموکراسی بازار پای‌بند باشیم. البته پولیت و همکارانش در سال ۲۰۰۷، اصلاحاتی را برای بوروکراسی پیشنهاد کردند، اما به دلیل نبود نظام اداری جای‌گزین، سلسله‌مراتب بوروکراسی به شکل اصلاح‌شده باقی است. در خصوص دموکراسی نیز در عصر کنونی باید گفت که دموکراسی لیبرال تاب مقاومت در برابر نظام سرمایه‌داری را ندارد و در نهایت، شهروندان از نهادهای خدمات عمومی فاصله گرفتند و دست نامرئی بازار وارد حوزه عمومی شد. به عبارت دیگر، شکل دموکراسی موجود در رویکرد مدیریت دولتی نوین، دموکراسی بازار است که با آرمان‌های دموکراتیک نظیر عدالت و انصاف بیگانه است.^۱ بنابراین، نه عمل اداری را می‌توان بوروکراتیک صرف دانست و نه عمل سیاسی کاملاً دموکراتیک است. هم مقامات سیاسی بر اعمال اداری اثرگذارند و هم مدیران در تصمیمات سیاسی مداخله دارند و هم مقامات سیاسی، واجد مقام اداری هستند و گاه تصمیماتشان، ملغمه‌ای از سیاست و اداره است.

به علاوه از اواسط قرن بیستم، دوگانگی مورد حمله‌های شدید قرار گرفت تا جایی که آن را «توصیفی بسیار اشتباه از واقعیت» و «نسخه ناقص و حتی مضر برای عمل» نامیدند.^۲ برای بسیاری، مهم‌ترین مشکل دوگانگی این است که توصیف ناکافی از واقعیت حکومت ارائه می‌دهد. در دهه‌های ۱۹۳۰ و ۱۹۴۰، زمانی که اندیشمندان متوجه شدند مدیران به سادگی و به صورت خودکار، دستورهای سیاسی را اجرا نمی‌کنند، بلکه فضایی برای تفسیر و اثرگذاری بر سیاست‌گذاری و عمل، طبق قضاوت خودشان دارند، مفاهیم تصمیم‌گیری اداری و اختیار، پل اصلی حمله به دوگانگی شد.

بیش‌تر انتقادهای تجربی از دوگانگی، بر جدایی عمل سیاسی از عمل اداری تأکید داشتند، اما انتقادهای هنجاری بر تبعیت اداره و ابزاری بودن آن معطوف بود. در دوگانگی کلاسیک، ویلسون، گودنو و وبر قصد نداشتند قدرت تصمیم‌گیری مدیران را از بین ببرند، بلکه برعکس، مایل بودند به مدیران، صلاحیت اختیاری بدهند. در انتقادهای یادشده نیز توسعه مفهوم «اختیار»، نقش مهمی

۱. نرگیسان، عباس، *تئوری‌های مدیریت دولتی*، چاپ چهارم، تهران: نگاه دانش، ۱۳۹۸، ص ۲۳۹.

2. Waldo, D., "Public administration in a time of turbulence: Some thoughts on alternatives, dilemmas, and paradoxes", In: Public Administration in a Time of Turbulence, edited by: D. Waldo. San Francisco, CA: Chandler Publishing Company, 1971, p. 264.

ایفا می‌کند. «اختیار» یا «صلاحیت» به این معناست که هر فرد مجاز است عملی را انتخاب کند و با رعایت محدودیت‌های خاصی انجام دهد و متضمن مفهوم «جدایی» و «تبعیت» به صورت هم‌زمان است. بنابراین، می‌تواند به عنوان یک ابزار مفهومی مهم برای ترکیب اولویت سیاسی از یک سو و حجمی از استقلال اداری از سوی دیگر عمل کند.^۱

بند دوم. جای‌گزین‌های دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی

برخی نظریه‌پردازان با توجه به امکان نداشتن حمایت از دوگانگی تلاش کردند تا ساختارهای مفهومی جای‌گزینی را برای درک رابطه عمل سیاسی و عمل اداری ارائه دهند. هارمون،^۲ چهار رویکرد در برخورد با دوتایی‌هایی مانند عمل سیاسی و عمل اداری در پیش گرفت: جدا کردن، تطبیق دادن، معکوس کردن و انحلال.^۳ به طور خلاصه می‌توان گفت هیچ یک از این پیشنهادها واقعاً جای‌گزین مناسبی برای دوگانگی یادشده نیستند؛ چون یا اهداف دیگری را دنبال می‌کنند یا از دوگانگی اصلی ضعیف‌ترند. تنها مدل تعاملی «اسوارا»ست که دوگانگی را در نظر می‌گیرد و تا حدودی، اهداف گسترده‌تری را دنبال می‌کند که شرح می‌دهیم. البته هیچ کدام از گزینه‌های پیشنهادی به ما اجازه نمی‌دهد ایده اساسی دولت مدرن یعنی جدایی عمل سیاسی از عمل اداری را کنار بگذاریم. یکی از اشتباه‌های پیشنهادکنندگان جای‌گزین این است که به اندازه کافی، به چالشی که دوگانگی در ابتدا به عنوان پاسخی برای آن ابداع شد، توجه نکرده‌اند؛ چالش مربوط به اعطای جایگاه مناسب به اداره عمومی در دولت دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی.

اسوارا پس از ارائه تعاریفی در سال‌های ۱۹۸۵ و ۲۰۰۱، در سال ۲۰۰۶ هم مدل تعاملی^۴ را مطرح کرد. در این مدل، وابستگی و تأثیر متقابل میان مقامات و مدیران وجود دارد؛ تعامل میان دو دسته مقامات با ادغام نظارت و نمایندگی از سوی مقامات انتخابی و استقلال و وابستگی از سوی مدیران،

1. Overeem, op.cit, pp. 91-98.

2. Harmon

3. Harmon, M. M., *Public Administration's Final Exam: A Pragmatist Restructuring of the Profession and the Discipline*, Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006, pp. 23-25.

4. Complementarity

تأمین شده است؛ مقامات انتخابی امکان نظارت سیاسی اداره را فراهم می‌کنند و مدیران در تصمیم‌گیری‌های سیاسی مشارکت می‌کنند؛ مدیران از قانون حمایت می‌کنند و به اولویت‌های سیاسی احترام می‌گذارند و نیاز به پاسخ‌گویی را شناسایی می‌کنند؛ مدیران که مسئول خدمات عمومی و حمایت از دموکراسی هستند، به دنبال ارتقای مفهوم وسیع منفعت عمومی هستند و اخلاق‌مدارانه عمل می‌کنند. در مقابل، مقامات انتخابی به مشارکت مدیران حرفه‌ای و شأن عمل اداری احترام می‌گذارند.

از نظر تجربی، پشتوانه الگوی تعاملی اسوارا، بخش عمده‌ای از یافته‌های پژوهش‌ها در سطح محلی و ملی است. او با مطالعه درباره روابط سیاسی و اداری در دولت‌های محلی در ۱۴ کشور غربی دریافت که بیش‌تر این تعاملات نشان‌دهنده الگوی تعاملی است. اسوارا به دنبال الگویی است که نه تنها از لحاظ هنجاری قابل دفاع باشد، بلکه واقعیت تجربی پیچیده روابط سیاسی و اداری را به دقت توصیف کند. ماهیت و نقطه قوت الگوی تعاملی این است که جنبه‌های متناقض اداره عمومی مانند تمایز و وابستگی متقابل، تابعیت و استقلال را با هم تطبیق می‌دهد و درجه بالایی از کنترل سیاسی را با درجه بالایی از استقلال اداری هماهنگ می‌کند. فارغ از امکان منطقی این ترکیب، اسوارا معتقد است که تنش‌های احتمالی در این وضعیت را می‌توان با تعهد اخلاقی و احترام متقابل طرف‌های درگیر حل کرد. بنابراین، تداوم روابط میان سیاستمداران و مدیران بر تعهد ارزش متقابل و اخلاق متکی است. مفاهیم الگوی تعاملی به گونه‌ای است که به راحتی می‌تواند به یک مجموعه قوانین کامل از اخلاق اداری تبدیل شود. به نظر می‌رسد الگوی تعاملی، قوی‌ترین جای‌گزین برای دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری در حال حاضر است. این رویکرد را برخی از نویسندگان اداره عمومی هلند نیز پی گرفته‌اند.

نتیجه‌گیری

با نگاهی اجمالی به سیر تطور مفهوم دوگانگی دریافتیم که این مفهوم، دوره‌های اوج و زوال را پشت سر گذاشته است و معنای واحد و ثابتی از آن در آثار نویسندگان این حوزه دیده نمی‌شود. دوگانگی عمل اداری و عمل سیاسی ابتدا برای بیان تضاد این دو عمل مطرح شد، اما این مرزبندی سفت و سخت رنگ باخت. دیگر نمی‌توان عمل اداری را به اجرا و عمل سیاسی را به تصمیم‌گیری محدود کرد. آن‌چه در حرکت رو به جلو افکار نویسندگان مورد اتفاق بوده، وجود یک رابطه تعاملی شبیه رابطه قوا در تفکیک قوای نسبی، میان مدیران و سیاستمداران است. مدیران در تصمیم‌گیری دخیلند و سیاستمداران بر مدیران نظارت و کنترل دارند. مقامات عالیه قوه مجریه به سیاست‌گذاری می‌پردازند که عمل شبه تقنینی است و مدیران دیگر بخش‌های قوه مجریه به تصدی مستقیم خدمات عمومی در راستای تأمین نفع عمومی مشغولند.

دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری، یک مفهوم واحد است که واژگان آن در کنار هم باید دیده شود. بنابراین، ایجاد تمایز مطلق میان دو نوع عمل دولت، دیگر هدف دوگانگی نیست. به این ترتیب، عمل سیاسی و عمل اداری، تعریف‌های خود را دارند، چنان‌که بیان شد. هنگامی که در کنار واژه «دوگانگی» قرار می‌گیرند، در این بستر رنگ می‌بازند. دوگانگی امروزه قصد بیان رابطه تعاملی و عمیق میان این دو عمل را دارد و به فراتر از مفهوم کلاسیک خود اشاره می‌کند. در اعمال سازمان‌های اداری علاوه بر نفع عمومی و استفاده از قدرت عمومی، رگه‌هایی از تعیین خط مشی برای اجرای سیاست‌های مدوّن مقامات دیده می‌شود و نمی‌توان عمل اداری را تصور کرد که بدون تصمیم‌گیری در خصوص نحوه اجرا انجام شده باشد. هم‌چنین در اعمال مقامات سیاسی، مداخله در امور اداره به منظور نظارت بر اجرای صحیح سیاست‌ها وجود دارد و نمی‌توان یک تصمیم سیاسی را بدون پی‌گیری اجرای آن رها کرد. اگر رویکرد تعاملی را در خصوص رابطه عمل اداری و عمل سیاسی بپذیریم، باز هم با مقاماتی روبه‌رو می‌شویم که قصد سیاسی جلوه دادن تصمیم اداری خود را دارند و میزان مسئولیت مقامات مبهم می‌ماند. بنابراین، ناگزیر از ارائه راهکارهای عملی برای تفکیک نسبی این دو عمل در بستر دوگانگی هستیم. در این نوشتار، سه راهکار ارائه می‌شود:

یک - توجه به غلبه کارکرد اداری یا سیاسی یک عمل: اگر عمل یک مقام سیاسی و اداری در

سطوح عالیه حکومتی بگنجد و جنبه سیاسی آن غلبه داشته باشد، عمل سیاسی است و اگر در سطوح پایین‌تر اجرایی است و جنبه اداری آن غلبه دارد، عمل اداری است.

دو- توجه به انگیزه سیاسی: اعمال سیاسی فارغ از ماهیت آن‌ها با انگیزه سیاسی انجام می‌شوند، ولی اعمال اداری به دنبال تأمین نفع عمومی هستند.

سه - شناسایی دوگانگی عمل سیاسی و عمل اداری به عنوان یک اصل قانون اساسی: به این ترتیب، ماهیت و رابطه این مفهوم با تفکیک قوا و اصل حاکمیت قانون و مسئولیت مقامات مشخص می‌شود. البته جایگاه این اصل در قانون اساسی هر کشوری می‌تواند متفاوت باشد، اما به نظر می‌رسد شناسایی اداره عمومی به عنوان یک قوه مستقل، امکان ایجاد تمایز میان اعمال اداری و سیاسی را آسان‌تر می‌کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. استوارسنگری، کوروش، **دولت حقوقی**، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد اول)**، چاپ بیست و یکم، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳. رزنبلوم، دیوید، اچ.، **اداره امور عمومی**، ترجمه: آرش سلیمانی، چاپ دوم، تهران: پیام پرستو، ۱۳۸۹.
۴. زارعی، محمدحسین، **حاکمیت قانون و دموکراسی**، چاپ اول، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۵. زولر، الیزابت، **درآمدی بر حقوق عمومی**، ترجمه: سید مجتبی واعظی، چاپ سوم، تهران: جاودانه، ۱۳۹۶.
۶. لاگلین، مارتین، **مبانی حقوق عمومی**، ترجمه: محمد راسخ، چاپ سوم، تهران: نی، ۱۳۹۲.
۷. موسی‌زاده، ابراهیم، **حقوق اداری**، چاپ اول، تهران: دادگستر، ۱۳۹۱.
۸. نرگسیان، عباس، **تئوری‌های مدیریت دولتی**، چاپ چهارم، تهران: نگاه دانش، ۱۳۹۸.
۹. نوری، روح‌الله، **نظریه‌های مدیریت دولتی در ایران (مبانی دولت و اداره امور عمومی در ایران)**، چاپ اول، تهران: شرکت چاپ و نشر بازگانی، ۱۳۹۸.
۱۰. واعظی، سید مجتبی، **حقوق اداری (۱)**، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۴۰۱.
۱۱. واعظی، سید مجتبی، **گفتارهایی در حقوق اداری**، چاپ اول، تهران: مجد، ۱۳۹۶.
۱۲. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی (جلد اول)**، چاپ اول، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
۱۳. هنری، نیکولاس، **اداره امور عمومی و مسائل حکومتی**، ترجمه: عباس منوریان و ناصر عسکری، چاپ اول، تهران: سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. طبرسا، غلام‌علی، «دوگانه سیاست و اداره: شناسایی و طبقه‌بندی شاخص‌های تمایز میان مشاغل سیاسی و اداری در نظام مدیریت دولتی ایران»، فصل‌نامه چشم‌انداز مدیریت دولتی، ۱۴۰۱، دوره سیزدهم، شماره ۱، صص ۴۱-۱۵.
۲. هداوند، مهدی، «درآمدی بر نظریه عمومی ترمیم‌پذیری عمل اداری»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، سال هجدهم، شماره ۵۴، صص ۱۹۷-۲۱۷.

2. Latin source

A) Book

1. Appleby, P. H., Policy and Administration, Tuscaloosa: University of Alabama Press, 1949.
2. Beetham, D., Max Weber and the Theory of Modern Politics, London: George Allen & Unwin, 1974.
3. Brown, B. E. S., and R. J. Stillman II. , A Search for Public Administration: The Ideas and Career of Dwight Waldo. College Station: Texas, A&M University Press, 1986.
4. Etzioni-Halevy, E., Bureaucracy and Democracy, London: Routledge & Kegan Paul, 1983.
5. Goodnow, F. J., Politics and Administration: A Study in Government, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2003.
6. Harmon, M. M., Public Administration's Final Exam: A Pragmatist Restructuring of the Profession and the Discipline, Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 2006.
7. Mosher, F. C., Democracy and the Public Service, New York: Oxford University Press, 1982.
8. Overeem, P., The Politics-Administration Dichotomy Toward a Constitutional Perspective, New York: CRC Press (Taylor & Francis Group), 2012.

9. Rohr, J. A., *Ethics for Bureaucrats: An Essay on Law and Values*, revised and expanded ed, New York: Marcel Dekker, 1989.
10. Tocqueville, A. de. , *Democracy in America*, translated by: H. C. Mansfield and D. Winthrop, Chicago: University of Chicago Press, 2000.
11. Tocqueville, A. de. , *The Old Regime and the Revolution*, translated by: A. S. Kahan, edited by: F. Furet and F. Mélonio, Chicago: University of Chicago Press, 1998 [1856].
12. Waldo, D. and F. Marini. , *Bureaucracy and Democracy: A Strained Relationship*, Unpublished manuscript, 1999.
13. Waldo, D., *Bureaucracy and Democracy: Thinking about Conflict and Complementarity*, Unpublished manuscript, 1982.
14. Waldo, D., *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*, New York: Ronald Press, 1948.
15. Weber, M., *The profession and vocation of politics* In *Political Writings*, edited by; P. Lassman and R. Speirs, Cambridge: Cambridge University Press, 1994 [1919].
16. Wilson, W., *The Papers of Woodrow Wilson*, Edited by: A. S. Link, Vol. 5, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1968.

B) Article

1. Beetham, D., "Max Weber and the liberal political tradition", *Archives Européennes de Sociologie*, 1989, 30 (3): 311-323.
2. Fry, B. R., "Five great issues in the profession of public administration", In: *Handbook of Public Administration*, edited by: J. Rabin, W. B. Hildreth, and G. J. Miller, New York: Marcel Dekker, 1989, 10271064-.
3. Gulick, L., "Politics, administration, and the "New Deal" ", *Annals of the American*

Academy of Political and Social Science, 1933, No. 169, 5566-.

4. Rosenbloom, D. H., "Reconsidering the politics-administration dichotomy: The Supreme Court and public personnel management", In: Politics and Administration: Woodrow Wilson and American Public Administration, edited by: J. Rabin and J. S. Bowman, New York: Marcel Dekker, 1984, 103118-.

5. Rutgers, M. R., "Splitting the universe: On the relevance of dichotomies for the study of public administration", Administration and Society, 2001, 32 (2), 3-20.

6. Svara, J. H., "Being apart but living together: The ideal types and the reality of the politics-administration dichotomy", Paper read at the Paul van Riper symposium preceding the annual conference of the American Society for Public Administration, at Phoenix, AZ, March 23, 2002.

7. Svara, J. H., "Dichotomy and duality: Reconceptualizing the relationship between policy and administration in council-manager cities", Public Administration Review 45, 1985: 221232-.

8. Svara. J.H., "Forum: Complexity in Political-Administrative Relations and the Limits of the Dichotomy Concept", Administrative Theory & Praxis, 2006, 28:1, 121-139.

9. Waldo, D., "Public administration in a time of turbulence: Some thoughts on alternatives, dilemmas, and paradoxes", In: Public Administration in a Time of Turbulence, edited by: D. Waldo. San Francisco, CA: Chandler Publishing Company, 1971, 257285-.

تحلیل نظام حقوقی شرکت‌های دانش بنیان در پرتو مفهوم توسعه اقتصادی

جلیل ابراهیم‌زاده^۱

خیراله پروین^۲

سید جواد میر قاسمی^۳

چکیده

سیاست‌گذاری، یکی از ابزارهای مهم دخالت دولت در حوزه‌های مختلف از جمله حوزه اقتصادی است. امروزه، توسعه ابعاد مختلفی یافته است و توسعه اقتصادی یکی از مهم‌ترین ابعاد آن به شمار می‌رود. از سوی دیگر، در گفتمان‌های نوین اقتصادی، سخن از اقتصاد دانش بنیان به میان آمده است. اصطلاحی که نخستین بار، سازمان همکاری و توسعه اقتصادی آن را به کار برد و بر استفاده از دانش و فناوری در فعالیت‌های اقتصادی مبتنی است. یکی از روش‌های اعمال اقتصاد دانش بنیان، استفاده از شرکت‌های دانش بنیان در ساختار نظام اقتصادی است. در ایران نیز در یک دهه گذشته، شرکت‌های دانش بنیان رشد قابل توجهی داشته‌اند، اما این شرکت‌ها برای بهبود عملکرد خود، نیازمند حمایت‌های مختلف نهادهای حاکم هستند.

روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد اعمال و کاربرست سیاست‌های حمایتی دولت در قبال شرکت‌های دانش بنیان در بلندمدت، آثار قابل توجهی بر اقتصاد دانش بنیان دارد. هم‌چنین این شرکت‌ها در تحقق استقلال و خودکفایی اقتصادی موضوع اصل ۴۳ قانون اساسی نقش مهمی ایفا می‌کنند. با وجود پیش‌بینی برخی حمایت‌های قانونی از شرکت‌های دانش بنیان، چالش‌های قانونی و اجرایی در رسیدن به نقطه مطلوب وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: توسعه اقتصادی، دولت، شرکت دانش بنیان، سیاست‌گذاری، خودکفایی اقتصادی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، Shaheen1344@yahoo.com

۲. استاد، گروه حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، khparvin@yahoo.com

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، j.mirghasemi@outlook.com

مقدمه

موضوع نقش دولت در اقتصاد و میزان وابستگی، رشد، توسعه، رفاه و سعادت یک جامعه به رفتار، رویه‌ها و گرایش‌ها و سیاست‌های دولت، یکی از مهم‌ترین مباحث در علم اقتصاد از آغاز شکل‌گیری آن تاکنون بوده است. در میان طیف گسترده دیدگاه‌های موجود در خصوص نقش دولت در اقتصاد، دیدگاهی میانه وجود دارد که مهم‌ترین اولویت دولت در اقتصاد را ایجاد زیربنای نهادی معرفی می‌کند. این گونه ترسیم نقش مهم برای دولت در کشورهای در حال توسعه، بسیار حیاتی‌تر از کشورهای توسعه‌یافته است.^۱

اقتصاد توسعه، شاخه‌ای از علم اقتصاد است که فرآیند تخصیص منابع و تحول اقتصادی در کشورهای کم‌تر توسعه‌یافته یا مناطق کم‌رشد را تجزیه و تحلیل می‌کند و از این طریق، برای دستیابی به پیشرفت و رفاه مادی و معیشتی، توصیه‌های عملی بیان می‌دارد. توسعه اقتصادی به زبان ساده، رشد اقتصادی همراه با تغییرات و تحولات کیفی در زندگی مادی و معیشتی تعریف شده است. (ناظرمان، اسلامی فر) رشد اقتصادی پایدار در گروی پیشرفت فناورانه است و از سوی دیگر، فناوری با آموزش پیوندی نزدیک دارد. اجرای برنامه‌های توسعه، نیازمند به‌کارگیری نیروی آموزش‌دیده و افراد متخصص و تحصیل‌کرده است. دیدگاه سرمایه‌انسانی، دستیابی به میراث بالای توسعه‌یافتگی در کشورهای پیشرفته را مرهون آموزش به ویژه آموزش عالی می‌داند.^۲

ایران با داشتن نزدیک به هفتاد سال تجربه برنامه‌ریزی (۱۳۹۳)، از اولین کشورهای دارای برنامه‌ریزی توسعه در جهان است، ولی با وجود این جایگاه و سابقه، نه فقط به هدف‌های متعارف رشد و توسعه اقتصادی دست نیافته، بلکه مشکلات فراوان دیگری نیز ایجاد شده است، به گونه‌ای که گروهی، وجود برنامه‌های توسعه را به طور کلی ضروری نمی‌دانند. البته متخصصان برای به نتیجه نرسیدن برنامه‌های توسعه کشور، دلایل مختلفی ارائه کرده‌اند که یکی از آن‌ها، اشکال در تدوین اهداف یا بی‌اعتقادی به آن‌هاست. مهم‌ترین هدف اقتصادی برنامه‌های توسعه، رشد و توسعه جمهوری اسلامی ایران است.^۳

۱. التجانی، ابراهیم، «تحلیلی از اقدامات نهادی - اقتصادی دولت طی چهار دهه ۱۳۲۰ تا ۱۳۵۰ هجری شمسی»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۵، ص ۶۶.

۲. الهامی، امیرحسین و وحید ریاضی، «دولت و سیاست‌گذاری اجتماعی توسعه اقتصادی در ایران»، مطالعات بین‌رشته‌ای دانش راهبردی، دوره دهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۹، ص ۹۹.

۳. عرب مازار، عباس و خسرو نورمحمدی، «تحلیل انتقادی هدف‌های اقتصادی برنامه‌های توسعه در ایران (قبل و بعد از

امروزه، میزان بالای رشد اشتغال‌زایی، فروش، صادرات و سرمایه شرکت‌های تازه‌تأسیس فناوری محور، آن‌ها را در کانون توجه سیاست‌گذاران در بسیاری از کشورهای دنیا قرار داده است.^۱ به همین دلیل، این شرکت‌ها، یکی از بخش‌هایی هستند که در کشورهای مختلف، در راستای حمایت از فرآیند نوآوری و دستیابی و حفظ اقتصاد دانش‌بنیان از حمایت نظام مالیاتی بهره می‌شوند. نقش حمایتی نظام مالیاتی برای شرکت‌های دانش‌بنیان که به منظور هم‌افزایی علم و ثروت، توسعه اقتصاد دانش‌محور و تحقق اهداف علمی و اقتصادی تشکیل می‌شوند، اهمیت ویژه دارد.^۲

دولت حداقل از قانون برنامه سوم توسعه تاکنون به توسعه فناوریانه و رسیدن به اقتصاد دانش‌بنیان در ایران توجه نشان داده است و تدبیرهای مختلفی برای توسعه فناوریانه کشور از سطوح کلان گرفته تا اجرایی و از قوانین و مقررات گرفته تا نهادسازی تدوین و تصویب شده‌اند. برای مثال، می‌توان به ابلاغ سیاست کلی علم و فناوری کشور، تدوین سند نقشه جامع علمی کشور، قانون سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی و تأسیس پارک‌های علم و فناوری و مراکز رشد دانشگاهی در سراسر کشور اشاره کرد. در کنار لزوم تخصیص منابع مالی قابل توجه برای اجرای قانون، تدوین آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مختلف و تعامل مستقیم یا غیر مستقیم بخش‌های متعدد بدنه اداری و علمی کشور با موضوعات این قانون، حساسیت آن را دوچندان کرده و لزوم ارزیابی قانون را به خوبی آشکار ساخته است.^۳

تجربه عمده کشورها نیز نشان می‌دهد که نه بازار همیشه می‌تواند کاراً و مؤثر عمل کند و نه دولت با ایجاد محدودیت برای بازار به تخصیص بهینه منابع کمک خواهد کرد. از این رو، در کنار مداخلات مؤثر، به موقع، ضروری و به اندازه دولت می‌توان از بازار آزاد مبتنی بر رقابت‌پذیر ساختن فعالیت‌های

پیروزی انقلاب اسلامی»، مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران، دوره پنجم، شماره ۱۷، ۱۳۹۵، ص ۲۰.

۱. علی احمدی، علی‌رضا و سروش قاضی نوری، «اولویت‌بندی ابزارهای سیاستی حمایت از شرکت‌های تازه تأسیس فناوری محور در کشور با استفاده از مدل تصمیم‌گیری چندمعیاره فازی»، مجله سیاست علم و فناوری، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۷، ص ۷۲.

۲. نقی‌زاده، رضا و همکاران، «عوامل مؤثر بر الگوی سیاستی حمایت مالیاتی از فعالیت‌های دانش‌بنیان»، مجله مدیریت توسعه فناوری، شماره ۲۵، ۱۳۹۸، ص ۱۶۵.

۳. شجاعی، سید محمدحسین و همکاران، «ارزیابی اثربخشی سیاست‌های حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران»، مجله سیاست‌گذاری عمومی، دوره هفتم، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۳۲.

اقتصادی نیز بهره گرفت. در این میان، آنچه مهم است، هدایت و ترکیب این سیاست‌گذاری توسط دولت توسعه‌گرای نخبه‌سالار است که با حمایت همه‌جانبه از شرکت‌های دانش بنیان باعث رشد و توسعه در سطح کلان کشور می‌شود. یکی از مهم‌ترین مسائل پیش روی دولت، اولویت اقتصادی در سیاست خارجی کشور با هدف جذب دانش و نوآوری از کشورهای صاحب فن‌آوری و توسعه بازارهای صادراتی، اعزام نیروی کار، جذب استادان و متخصصان برای آموزش و انتقال فناوری برای نیروهای ایرانی و تلاش برای الحاق به سازمان تجارت جهانی با رعایت مصالح کشور است. به طور کلی، سهم عوامل اقتصادی در اهداف امنیت ملی جمهوری اسلامی ایران را به خوبی می‌توان در اسناد بالادستی چون قوانین برنامه پنج‌ساله توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور ملاحظه کرد.

موضوع اصلی این پژوهش، بررسی تأثیر سیاست‌های حمایتی دولت در بهبود عملکرد شرکت‌های دانش بنیان است و فرضیه پژوهش بر این مبنا استوار است که اعمال سیاست‌های حمایتی در نهایت سبب استقلال و خودکفایی اقتصادی خواهد شد.

گفتار اول. نگاهی به اسناد موجود درباره شرکت‌های دانش بنیان

در نظام حقوقی ایران، اسنادی درباره شرکت‌های دانش بنیان و نقششان در توسعه اقتصادی وجود دارد که در دو دسته قوانین مربوط به توسعه و نیز سیاست‌های کلی نظام قابل دسته‌بندی هستند.

بند اول. قوانین برنامه توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی

ایران از اولین کشورهای در حال توسعه دارای برنامه‌ریزی توسعه است. اولین برنامه توسعه ایران در سال ۱۳۲۷ تصویب شد. در ایران، تعبیرها و تعریف‌های مختلفی از اهداف اقتصادی قبل و هنگام تهیه برنامه وجود دارد، اما ارزیابی عملکرد برنامه‌ها بر اساس اهداف متغیرهای کلان اقتصادی و رشد بخش‌های اصلی اقتصادی انجام می‌شود و به دیگر اهداف، توجه محدودی وجود دارد. مهم‌ترین نتیجه این است که مهم‌ترین هدف برنامه‌های توسعه یعنی خود توسعه نادیده گرفته می‌شود یا حداقل در سطح هدف متغیرهای کلان اقتصادی و رشد بخش‌های اقتصادی متوقف می‌گردد.^۱

برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در شمار برنامه‌های

۱. عرب مازار و نورمحمدی، پیشین، ص ۴۰.

میان مدت در مسائل کلان کشور هستند. برنامه‌هایی که حسب رویه اساسی موجود، مطابق با سیاست‌های کلی ابلاغی از سوی رهبری تدوین می‌شوند. درباره قوانین برنامه باید به صورت خلاصه گفت که امروزه به منظور برنامه‌ریزی برای توسعه و پیشرفت کشورها در ابعاد مختلف اقتصادی، اجتماعی، عمرانی، فرهنگی و مانند آن، برنامه‌هایی با عنوان برنامه توسعه یا برنامه عمران چندساله تهیه می‌شود.^۱

در سند چشم‌انداز توسعه بیست‌ساله کشور تأکید شده که ایران در سال ۱۴۰۴ باید به جایگاه برتر اقتصادی، علمی و فناوری دست یابد و به صراحت به توسعه و گسترش مراکز رشد اشاره شده است. در قانون برنامه‌های چهارم و پنجم توسعه نظام جمهوری اسلامی ایران نیز دانش بنیان بودن همه حرکت‌ها به عنوان زیربنا فرض شده و توجه به دانش در تمامی جوامع، جایگاهی راهبردی یافته است. توانایی بهره‌گیری از دانش به سطح دانش کنونی در کشور و نیز ظرفیت تولید دانش توسط نهادهای اقتصادی و نهادهای پژوهشی هم‌چون دانشگاه‌ها بستگی دارد. در حقیقت، باید بستری فراهم شود تا دانش کنونی و دانش جدید به حوزه‌های تجاری و صنایع منتقل شوند و در شکل فناوری‌های نوین، در تولید محصولات و خدمات گوناگون به کار گرفته شوند.^۲ سند چشم‌انداز بیست‌ساله کشور، اهداف و راهبردهای بلندمدت کشور را برای توسعه به نمایش می‌گذارد. بند ۳ این سند به طور ضمنی، راهبرد اصلی توسعه کشور را توسعه دانش بنیان قرار داده است.^۳ یکی از راه‌های اصلی توسعه و رشد اقتصادی در ایران، گسترش مراکز رشد و دانش بنیان است. تلاش برای بومی کردن یا به تعبیری، درون‌زا شدن فناوری، نه تنها مسیری بوده که رشد و توسعه پایدار اقتصادهای دانایی محور پیشرو در این زمینه را تضمین می‌کند، بلکه تلاش برای تحقق آن در اقتصادهای در حال توسعه هم‌چون ایران می‌تواند تضمین‌کننده توسعه اقتصادی پایدار باشد.^۴

۱. رستمی، ولی، مالیه عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۰، ص ۲۵۶.

۲. سلیمانی، مجید، «بررسی پارک‌ها و مراکز رشد علم و فناوری ایران با نگاهی بر رویکرد جهانی»، فصل‌نامه تخصصی پارک‌ها و مراکز رشد، شماره ۳۲، ۱۳۹۱، ص ۶۸.

۳. انتظاری، یعقوب و حسین محبوب، «تحلیل اقتصاد دانش ایران بر اساس سند چشم‌انداز ۱۴۰۴»، راهبرد فرهنگ، دوره ششم، شماره ۲۶، ۱۳۹۲، ص ۷۱.

۴. عسکری گشت رودخانی، علی‌رضا و فرزاد هاشمی، «ارزیابی تأثیر شرکت‌های دانش بنیان، مراکز رشد و پارک‌های علم و فناوری در روند توسعه اقتصادی»، مجله تحقیقات اقتصاد کشاورزی، شماره ۴۳، ۱۳۹۸، ص ۲۴۵.

چون مهم‌ترین سیاست‌های اقتصادی دولت در قوانین توسعه نمود می‌یابد، بررسی این قوانین، خالی از فایده نیست. قانون برنامه اول توسعه در بعد از انقلاب که با جهت‌گیری کاهش حجم دولت تدوین شد، محور فعالیت خود را بر فرآیندهای بازاری قرار داد. بند ششم از فصل اول قانون برنامه دوم توسعه درصدد کاهش تصدی و انحصارات دولتی سازمان‌ها، مؤسسات وابسته به دولت و نهادهای انقلاب اسلامی بود. در برنامه سوم توسعه، خط مشی‌های مشخص‌تری برای تقویت رقابت و تنظیم انحصارات مطرح شد. فصل دوم این قانون به سازمان‌دهی شرکت‌های دولتی، انحلال ادغام، واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی اختصاص دارد. قانون برنامه چهارم توسعه با هدف کاهش حوزه تصدی‌گری دولت، تقویت تعاونی‌ها و بخش خصوصی و هم‌چنین ارتقای عدالت اجتماعی مطرح شد. در ماده ۹ این قانون، مواد مرتبط با بخش واگذاری، سیاست‌گذاری و رقابتی کردن تنظیم شد. در این قانون، بخش خصوصی در حالی محوریت یافت که وظایف جدیدی در قالب نظارت و رسیدگی برای دولت در نظر گرفته شد. قانون برنامه پنجم توسعه را می‌توان اولین برنامه مصوب پس از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و قانون اجرای این سیاست‌ها دانست. نکته قابل توجه در تدوین این قانون نیز مشارکت دادن سازمان یافته بخش غیر دولتی در قالب حضور نمایندگان اتاق‌ها در کمیسیون تلفیق مواد است. در خصوص برنامه ششم نیز یکی از مهم‌ترین مزیت‌های قانون برنامه ششم، افزایش حضور بخش خصوصی در بخش‌های اقتصادی است و رویکرد دولت این است که تصدی‌گری به بخش خصوصی واگذار شود و دولت در این بخش‌ها، نقش نظارتی ایفا کند.^۱

ب. سیاست‌های کلی نظام

اسناد بالادستی کشور از جمله سیاست‌های ابلاغی اصل ۴۴ قانون اساسی، برنامه چهارم و پنجم توسعه و هم‌چنین سند چشم‌انداز بیست‌ساله کشور، همگی حوزه اقتصاد دانش بنیان را از حوزه‌های مهم و اثرگذار در کشور دانسته و توسعه این بخش را در اولویت برنامه‌های توسعه‌ای قرار داده‌اند. تحقق این اهداف، ایجاد و تأسیس شرکت‌های دانش‌بنیانی است که به طور عمده با حضور کارآفرینان دارای ایده‌های محوری هدایت می‌شود. با توجه به اهمیت سیاست‌های حمایتی دولت

۱. کفاش، ملیکا و محمد صادقی، «بررسی تحلیلی تضمینات آزادی اقتصادی در نظام حقوق عمومی ایران (با تأکید بر برنامه‌های پنج‌ساله توسعه اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی)»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۹۳، ۱۳۹۸، ص ۲۵۵.

لازم است که سیاستمداران و تصمیم‌گیران ارشد کشور در تدوین لوایح حمایتی از تأسیس و توسعه شرکت‌های دانش بنیان، سیاست‌های حمایتی لازم را در مورد مشوق‌ها، مقررات و ایجاد فضای کسب و کار تدوین کنند. هم‌چنین دولت باید استراتژی مناسبی را برای حمایت‌های مالی از شرکت‌های دانش بنیان در پیش بگیرد. دولت باید با ایجاد و توسعه زیرساخت‌های حمایتی لازم برای این نوع شرکت‌ها از قبیل مراکز رشد و پارک‌های علم و فناوری، ریسک آن‌ها را پایین آورد.^۱

تلاش برنامه‌ریزی شده دولت در دوره جمهوری اسلامی ایران برای دخالت در اقتصاد کشور با هدف پیشبرد توسعه، مشخصاً از سال‌های بعد از پایان جنگ تحمیلی و با تدوین و اجرای برنامه توسعه پنج‌ساله اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آغاز شد. تدوین اسناد بالادستی توسعه‌ای کشور مانند سند چشم‌انداز بیست‌ساله و ابلاغ سیاست‌های اصل ۴۴ در کنار برنامه‌های توسعه پنج‌ساله، همگی نشانه اراده دولت برای گذار هدفمند به توسعه در دوره مشخص زمانی است. با این حال، آن‌چه در عمل به وقوع پیوست، توسعه اقتصادی کشور را در پی نداشت و برنامه‌های توسعه نتوانست به اهداف خود برسد که دلیل اصلی آن، اتکای بیش از حد به درآمدهای نفتی و گسترده شدن حضور ناکارآمد دولت در اقتصاد کشور است.^۲

سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، نقطه عطفی در راستای تغییر نهادی اقتصاد کشور به منظور توسعه و ارتقای نظم بازار در نظام اقتصادی کشور است. ابلاغ این سیاست‌ها برای برنامه‌ریزان اقتصادی کشور، فرصتی فراهم آورد تا از این طریق، بار سنگین فعالیت‌های تصدی‌گرایانه دولت کاهش یابد و دولت، فرصتی مناسب برای ایفای نقش سیاست‌گذاری و هدایت‌گری به دست آورد.^۳

سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران، ابلاغ شده از سوی رهبر معظم انقلاب، زیربخش‌های متعددی در حوزه‌های مختلف اقتصادی دارد. برای مثال، سیاست‌های کلی محیط زیست (ابلاغی

۱. خیاطیان یزدی، محمدصادق و همکاران، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش بنیان در ایران»، مجله سیاست علم و فناوری، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۵، ص ۷۳.

۲. موثقی، سید احمد و علی‌رضا کاهه، «دولت توسعه‌خواه و زمینه‌های توسعه در ایران»، مجله سیاست، دوره چهل و پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۴، ص ۹۷۹.

۳. عباسی، منصوره، چالش‌ها و الزامات خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸، ص ۲۳.

۱۳۹۴/۸/۲۶)، سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی (ابلاغی ۱۳۹۲/۱۱/۳۰)، سیاست‌های کلی تولید ملی حمایت از کار و سرمایه ایرانی (ابلاغی ۱۳۹۱/۱۱/۲۴)، سیاست‌های کلی اشتغال، سیاست‌های کلی اصلاح الگوی مصرف (ابلاغی ۱۳۸۹/۴/۱۴)، سیاست‌های کلی در بخش مسکن (ابلاغی ۱۳۷۷/۷/۱۱) و امنیت اقتصادی (ابلاغی ۱۳۷۷/۱۰/۲۳) از جمله مهم‌ترین زیربخش‌های اقتصادی سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران هستند.

گفتار دوم. سیاست‌های حمایتی دولت در مورد شرکت‌های دانش بنیان

سیاست‌های توسعه اقتصادی در مورد شرکت‌های دانش بنیان باید دارای جنبه حمایتی باشند تا از این طریق به بهبود وضعیت کسب و کار این شرکت‌ها کمک کنند. تعهدات مسئولانه یک حاکمیت اقتصادی تنها به تعهدات سلبی محدود نمی‌شود. حقوق معاهداتی موجود، تعهدات مثبتی را نیز بر عهده دولت‌ها نهاده است که از آن‌ها می‌توان به تعهدات ایجابی اقتصادی دولت‌ها تعبیر کرد. نمونه اعلاي این تعهدات را می‌توان در مواد ۵۵ و ۵۶ منشور ملل متحد یافت. در این مواد، دولت‌های عضو متعهد شده‌اند تا به صورت مستقل یا مشترک با همکاری با سازمان ملل متحد برای تحقق اهدافی چون ارتقای راه حل‌های ارائه شده برای مشکلات اقتصادی بین‌المللی و بهبود وضعیت اقتصادی توسعه و پیشرفت اقتصادی و اجتماعی اقدام کنند. با تصویب منشور ملل متحد، سازوکار حاکمیت اقتصادی به جای این‌که به سودبری صرف معطوف باشد، به سمت نوعی همکاری مسئولانه حرکت کرده است. با این حال، تردیدی نیست که دولت‌ها گاهی این تعهد بنیادین را نقض می‌کنند، ولی چنین مواردی نباید به معنای تضعیف این قاعده اساسی تفسیر شود.^۱

خلق دانش دو ویژگی ذاتی دارد: «وابستگی به مسیر» و «هزینه‌های ثابت اولیه سنگین». مفهوم «وابستگی به مسیر» به این معناست که وقتی در یک شاخه از دانش سرمایه‌گذاری می‌شود، بعد از مدتی نمی‌توان مسیر کسب علم را به سادگی تغییر داد، مگر با تحمل هزینه‌های گزاف و رها کردن تمام سرمایه‌گذاری‌های گذشته. «هزینه‌های ثابت اولیه سنگین»، هزینه‌ای است که با افزایش یا کاهش تعداد کالاها یا خدمات تولید شده تغییر نمی‌کند. این دو ویژگی، نقش‌آفرینی دولت و

۱. ادیبی، اکبر، «چالش اقتصادی و حاکمیت دولت‌ها: نگاهی دوباره به مسئله مشروعیت تحریم‌های اقتصادی در واقعیت نظم حقوقی بین‌المللی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۸، ص ۳۴.

برنامه‌ریزی در سطوح بالای نظام تدبیر را به امری حیاتی بدل می‌کند.^۱

بند اول. سیاست‌های مشوق مالیاتی

سیاست مشوق‌های مالیاتی در بیش‌تر کشورهای جهان با شکل و محتوای متفاوت رواج دارند. نظام مشوق‌های مالیاتی در دوره زمانی بین سال‌های ۱۹۹۶ تا ۲۰۱۲، متناسب با سطح توسعه‌یافتگی کشورها در جهت هدفمندسازی و کاهش مشوق‌های مالیاتی بوده است. افزایش مشوق‌های اعتبار سرمایه‌گذاری و اعتبار مالیاتی با افزایش سطح توسعه‌یافتگی نشان می‌دهد تعداد کشورهای دارای مشوق‌های اعتبار سرمایه‌گذاری و اعتبار مالیاتی با افزایش سطح توسعه‌یافتگی افزایش می‌یابد.^۲

حمایت‌های مالیاتی مختلفی برای حوزه دانش‌بنیان وجود دارد. از جمله مهم‌ترین این حمایت‌ها می‌توان به ارائه مشوق‌هایی به شرکت‌ها، اراده مشوق‌ها به صورت کاهش مالیات بر حقوق کارکنان تحقیق و توسعه و هزینه‌های اجتماعی، ارائه مشوق‌هایی برای مالیات اشخاص حقیقی اشاره کرد. در ایران، معافیت‌های مالیاتی در زمینه فعالیت‌های صنعتی با هدف تولید و اشتغال وضع شده، ولی هیچ شواهدی برای اثرگذاری مثبت آن در متغیرهای کلان اقتصادی مشاهده نشده و پیچیدگی‌های اجرای مقررات مالیاتی را نیز به دنبال داشته است.

بر اساس ماده ۱۱۹ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور، دولت مکلف شده است برای هدفمندسازی معافیت‌های مالیاتی و شفاف‌سازی حمایت‌های مالی دولت از بخش‌ها و فعالان اقتصادی، اقداماتی را برای جای‌گزینی سیاست اعتبار مالیاتی با نرخ صفر به جای معافیت‌های مالیاتی و ثبت معافیت‌های مالیاتی یادشده به صورت جمعی-خرجی در قوانین بودجه سنواتی انجام دهد. دو بحث اساسی در ماهیت این ماده قانونی مستتر است: شفاف‌سازی سیاست‌های مشوق مالیاتی دولت با ثبت میزان معافیت‌های اعطاشده و هدفمندسازی ساختار مشوق‌های مالیاتی کشور. مشوق‌های مالیاتی که در مورد شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران به کار می‌روند، عبارت است از: ماده ۳ بند

۱. شفیعی قاسمی، مهدی و همکاران، «ارائه الگوهای دانش‌بنیان نمودن بنگاه‌های بزرگ اقتصادی»، مجله علوم و فنون سازندگی، دوره دوم، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۴.

۲. سازمان امور مالیاتی کشور، بررسی تطبیقی نظام‌های مالیاتی برخی از کشورهای منتخب با موضوع مشوق‌های مالیاتی، تهران: معاونت پژوهش، برنامه‌ریزی و امور بین‌الملل سازمان امور مالیاتی کشور، ۱۳۹۲، ص ۲۵.

الف قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش بنیان؛ ماده ۹ قانون حمایت از شرکت‌های دانش بنیان.

در قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش بنیان و تجاری سازی، تنها به ارائه معافیت مالیاتی به شرکت‌های دانش بنیان اشاره شده است. این در حالی است که بررسی سیاست‌های مالیاتی مشوق دانش بنیان در دنیا نشان می‌دهد که با توجه به ماهیت فعالیت‌های دانش بنیان می‌توان از بسته متنوعی از سیاست‌های دیگر مانند اعتبار مالیاتی، نرخ ترجیحی یا کاهشی مالیات در راستای حمایت مالیاتی از فعالیت‌های دانش بنیان استفاده کرد.

سهولت در بهره‌مندی از حمایت‌های مالیاتی، یکی دیگر از ابعاد الگوی سیاستی حمایت مالیاتی از فعالیت‌های دانش بنیان است. استفاده از مشوق‌های مالیاتی نیازمند شرایط مناسب بهره‌برداری و همچنین سهل الوصول بودن این مشوق‌هاست.^۱ طبق ماده ۵ قانون حمایت، صندوق نوآوری و شکوفایی از سوی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری تدوین شد و در شهریور ۱۳۹۰ به تصویب هیئت دولت رسید. اولین تسهیلات مالی توسط صندوق در خرداد ۱۳۹۳ به شرکت‌های دانش بنیان پرداخت شد. همان طور که بند «ب» ماده ۳ و ماده ۵ قانون اشاره شده، ارائه تسهیلات مالی به شرکت‌ها به منظور گسترش و کاربرد اختراع و نوآوری، تجاری سازی نتایج پژوهش و توسعه شامل طراحی و تولید کالا و خدمات دانش بنیان ارائه شده است. تسهیلات مالی ارائه شده به شرکت‌ها شامل تسهیلات تولید صنعتی، قبل از تولید صنعتی، سرمایه در گردش و قرض الحسنه است.^۲

بند دوم. سیاست‌های مربوط به استقلال و خودکفایی اقتصادی

مقصود از استقلال اقتصادی این است که جامعه بتواند نیازمندی‌های خود را در حد قابل قبول از رفاه تولید کند و در اداره امور اقتصادی، نیازمند و متکی به دیگران نباشد، هر چند ترجیح دهد برخی از نیازهای اقتصادی خود را به علت هزینه‌ای پایین‌تر یا هدفی دیگر از خارج از کشور تأمین کند.

استقلال اقتصادی با مفهوم خودکفایی متفاوت است. منظور از استقلال اقتصادی این است که

۱. آیت، زائر، «جایگاه ساده سازی در برنامه‌های اصلاح مالیاتی: تجربه جهانی و چالش‌های نظام مالیاتی ایران»، پژوهش نامه مالیات، شماره ۱۷، ۱۳۸۸، ص ۱۵۸.

۲. الیاسی، مهدی و همکاران، «تحلیل فرآیند سیاستی تصویب قانون حمایت از شرکت‌های دانش بنیان بر اساس چارچوب ائتلاف مدافع»، مجله سیاست علم و فناوری، سال نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶، ص ۷۶.

جامعه در تأمین منافع اقتصادی خود به جوامع دیگر متکی نبوده، زمام امور اقتصادی‌اش در دست دیگران نباشد و سرمایه، کارشناس و امکانات دیگر جوامع، بخش اعظم منابع آن اقتصاد را تشکیل ندهد. به طور کلی، استقلال با قطع روابط اقتصادی با خارج تفاوت دارد. ممکن است کشوری با جوامع دیگر، داد و ستد بازرگانی داشته باشد، بدون این‌که استقلال اقتصادی خود را از دست بدهد. خودکفایی به این معناست که جامعه‌ای تمام نیازمندی‌های خود را تأمین کند و نیازی به وارد کردن کالا از خارج نداشته باشد.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تأکید شده است که اقتصاد ایران باید به مرحله خودبسندگی و استقلال برسد و از وابستگی‌های یابد. اصل چهل و سوم قانون اساسی در کنار تبیین اصول کشور، استقلال اقتصادی را نیز در بندهایی تبیین می‌کند. بند نهم از این اصل به وابسته بودن اقتصاد ایران اشاره و تأکید دارد که اقتصاد ایران باید به مرحله استقلال برسد و از وابستگی‌های یابد. راه حل قانون اساسی در این باره، افزایش تولیدهای کشاورزی، دامی، صنعتی مطابق با نیازهای عمومی است. از دیدگاه قانون اساسی، کشور می‌تواند استقلال اقتصادی داشته باشد و در عین حال، روابط تجاری با جهان خارج برقرار کند، ولی برای افزایش میزان رفاه افراد جامعه به این روابط نیازمند نباشد. تفسیر دیگر از این اصل این است که فراهم کردن استقلال اقتصادی به معنای اثر نپذیرفتن از نوسان‌ها و بحران‌های اقتصادی است. در حالی که این باور نیز وجود داشته است که اثرپذیری از نوسان‌های اقتصادی بین‌المللی مثبت و مطلوب است. در ایران، تک‌محصولی بودن و اتکا به درآمدهای ناشی از استخراج و صدور نفت می‌تواند به کاهش استقلال اقتصادی تعبیر شود. به این ترتیب، یکی از هدف‌های عالی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تحقق استقلال اقتصادی و برآوردن نیازهای در حال رشد انسان‌هایی است که در جامعه اسلامی زندگی می‌کنند.^۱

قانون اساسی در اصول متعددی به موضوع استقلال و نفی اتکا به بیگانگان اشاره می‌کند. برای نمونه، اصل دوم قانون اساسی، یکی از اهداف نظام اسلامی را استقلال سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌داند و اصل سوم، تأمین خودکفایی در علوم و فنون، صنعت، کشاورزی و امور نظامی و

۱. متفکر آزاد، محمدعلی و همکاران، «نقش دولت اسلامی در تحقق استقلال اقتصادی در سه دهه اخیر»، مجله اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۲، ص ۷.

مانند این‌ها را به عنوان یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران معرفی می‌کند. در کنار قانون اساسی، شریعت اسلام نیز بر موضوع استقلال اقتصادی و نفی سلطه اقتصادی اجانب از حکومت اسلامی در قالب قواعدی مانند نفی سبیل تأکید کرده است.^۱

با پیروی انقلاب اسلامی، خودکفایی از جمله مفاهیمی بود که به منظور پیشرفت کشور بر آن تکیه زیادی شد. بر همین اساس، خودکفایی از مفاهیم پرپسامد در اسناد بالادستی عرصه علم و فناوری و سیاست‌های کلان ابلاغی مجمع تشخیص مصلحت نظام است. مفهوم خودکفایی در اندیشه رهبران جمهوری اسلامی ایران نیز جایگاه خاصی دارد. دست‌یابی به توسعه اقتصادی بدون وجود قوانین و مقررات شفاف و باثبات امکان‌پذیر نیست. قوانین و مقررات، مبنای عملکرد تمامی عوامل اقتصادی است و بدون داشتن قوانینی که از ایجاد ثبات و امنیت اقتصادی در فضای کسب و کار اقتصادی حمایت کند، سطوح بالای امنیت اقتصادی نیز محقق نخواهد شد.^۲

قانون اساسی به وضعیت اقتصادی و مادی، مردم‌سالاری، تأمین حداقل رفاه و حداقل‌های معیشتی و نیازهای اساسی انسان در جریان رشد توجه شده و برای کاستن از شکاف‌ها و نابرابری‌های فاحش اقتصادی، سازوکارهای لازم پیش‌بینی گردیده است. گام بنیادی برای تأسیس نظام اقتصادی جدید یا اسلامی کردن اقتصاد با مصوبات شورای انقلاب و سپس در قالب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برداشته شد. بر اساس اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش خصوصی، تعاونی و دولتی قرار دارد، اما در عمل، بخش دولتی بر دیگر بخش‌ها سلطه یافته است.

بند سوم. سیاست‌های حمایتی مربوط به فناوری اطلاعات

شرکت‌های دانش بنیان را در ایران به سه دسته می‌توان تقسیم کرد: واحدهای فناوری زیر پوشش مراکز رشد و پارک‌های علم و فناوری مراکز رشد که مسئولیت ایجاد کسب و کارهای کوچک مبتنی بر دانش را بر عهده دارند. مراکز رشد دارای انواع مختلفی از جمله صنعتی، دانشگاهی، مجازی و

۱. احمدی بنی، رسول و همکاران، «جایگاه استقلال اقتصادی در اقتصاد مقاومتی در پرتو قوانین موضوعه»، مجله دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، سال اول، شماره ۱، ۱۴۰۱، ص ۳۹.

۲. مهدی خواه، محمد مهدی، «گونه‌شناسی ذهنیت خط‌مشی‌گذاران علم و فناوری در خصوص خودکفایی: پژوهشی مبتنی بر روش‌شناسی کیو»، مجله بهبود مدیریت، شماره ۴۰، ۱۳۹۷، ص ۱۸۶.

بین‌المللی هستند. نوع دوم، شرکت‌های تأییدشده توسط شورای عالی علوم، تحقیقات و فناوری که به موجب لایحه مصوب مجلس شورای اسلامی، مسئول سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی و پی‌گیری اجرای قانون حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان هستند. نوع سوم، شرکت‌های متعلق به دانشگاه‌ها یا شرکت‌های دانش‌بنیان دانشگاهی‌اند.^۱

امروزه شرکت‌های دانش‌بنیان و دارای فناوری پیشرفته به شبکه‌سازی داخلی و خارجی نیاز دارند تا بتوانند منابع مورد نیاز خود را از آن‌جا دریافت و محصولات تجاری‌سازی‌شده خود را به آن‌جا عرضه کنند. براساس سیاست‌های علم و فناوری ایران، نقش حمایتی دولت به این صورت‌ها نشان داده می‌شود:

یک - توسعه و تقویت شبکه‌های ارتباطات ملی و فراملی میان دانشگاه‌ها، مراکز علمی، دانشمندان و پژوهشگران و بنگاه‌های توسعه فناوری و نوآوری داخلی و خارجی و گسترش همکاری‌ها در سطوح دولتی و نهادهای مردمی با اولویت کشورهای اسلامی.

دو - گسترش همکاری و تعامل فعال، سازنده و الهام‌بخش در حوزه علم و فناوری با دیگر کشورها و مراکز علمی و فنی معتبر منطقه‌ای و جهانی به ویژه جهان اسلام.

به همین دلیل، ایجاد و حفظ شبکه‌های برتر و مؤثر، بخش جدایی‌ناپذیر سیاست حمایتی موفق دولتی به حساب می‌آید.^۲

گفتار سوم. چالش‌های حقوقی مربوط به شرکت‌های دانش‌بنیان

از دیدگاه آسیب‌شناسی، قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان از منظر سازوکارهای اجرایی با چالش‌های اجرایی متعددی نظیر ضعف سازوکارهای لازم برای جلوگیری از فساد و رانت قانون شرکت‌های دانش‌بنیان، رویکرد تصدّی‌گرایانه دولت به جای رویکرد حاکمیتی، رقابت میان دستگاه‌های دولتی به جای همکاری و ضعف در جلب مشارکت نهادهای مختلف ملی در اجرای

۱. امانی تهران، محمد و زهرا احمد امینی، «تحلیل افق چالش‌های شرکت‌های دانش‌بنیان دانشگاهی و راهکارهای پیش‌گیرانه»، مطالعات در دنیای رنگ، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۳۱.

۲. قربانی، وحید و ابوالحسن فقیهی، «انطباق راهبردهای مدیریت دانش با منابع انسانی در راستای سیاست‌های علم و فناوری نظام»، مجله سیاست‌های راهبردی و کلان، دوره نهم، شماره ۳۴، ۱۴۰۰، ص ۳۵۶.

قانون مواجه است.^۱ با وجود توجه قوانین و مقررات موجود به شرکت‌های دانش بنیان، دستیابی به اهداف مورد نظر قانون‌گذار و رسیدن به نقطه مطلوب با چالش‌های حقوقی همراه است که موضوع گفتار حاضر را تشکیل می‌دهد.

بند اول. بی‌توجهی به ظرفیت‌های بخش خصوصی

مخاطب و بهره‌بردار اصلی سیاست‌ها در برنامه‌های توسعه کشور، دولت و نهادهای حاکمیتی بوده‌اند که هر کدام سهم خود را در برنامه مطالبه کرده‌اند و به همین سبب، برنامه‌ها در راستای منافع آن‌ها تدوین می‌شدند. به صورت محدود از بخش خصوصی نیز نام برده می‌شد، اما به دلیل وجود نگاه دستوری، ابزارهای کارآمدی برای تشویق آن‌ها به خلق و بهره‌برداری از فناوری طراحی نشده است.^۲

اقتصاد ایران به طور عمده، دولتی یا شبه دولتی است و بدنه‌ای بوروکراتیک، سنگین و کم‌انعطاف دارد، در حالی که شرکت‌های دانش بنیان به دلیل ذات نوآورانه خود، نیازمند بدنه‌ای چابک، منعطف و با حداقل دیوان‌سالاری و سرعت عمل بالاینند. بنابراین، در تعریف شرکت‌های دانش بنیان بر اساس وضعیت موجود کشور باید اصولاً از مزایای بخش خصوصی در توسعه فن‌آفرینی دانش بنیان استفاده کرد. کلیدواژه بخش خصوصی به عنوان یک تخصیص هوشمندانه در تعریف شرکت‌های دانش بنیان، گویای این واقعیت است.^۳

بند دوم. بی‌توجهی به جنبه کیفی و عملکرد شرکت‌های دانش بنیان

در حوزه عمومی و نظام تصمیم‌گیری ایران، اقتصاد دانش بنیان را مترادف با تعداد شرکت‌های دانش بنیان در نظر می‌گیرند. این درک موجب شده است تا تمامی تلاش‌ها برای تحقق اقتصاد دانش بنیان در کشور به تخصیص امتیازات ویژه برای افزایش تعداد شرکت‌های فعال در این

۱. باقرنژاد، پیمان و همکاران، «مدل اجرای موفق خط‌مشی حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش بنیان در کشور»، فصل‌نامه مدیریت نوآوری در سازمان‌های دفاعی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۴، ص ۴.

۲. گودرزی، مهدی و همکاران، «آسیب شناسی سیاست‌های علم و فناوری در ایران: تحلیلی بر برنامه‌های پنج ساله توسعه»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶.

۳. فخاری، حسین، «بازخوانی تعریف شرکت‌های دانش بنیان بر اساس شرایط اقتصادی کشور»، مجله سیاست علم و فناوری، سال ششم، شماره ۴، ۱۳۹۳، ص ۷۵.

زمینه معطوف شود. در پنج سال اخیر نیز این درک مسلط و سیاست‌های برآمده از آن منجر به افزایش نود و دو برابری شرکت‌های دانش‌بنیان در کشور شده است. با وجود این افزایش انفجاری در عمل مشاهده می‌شود که اقتصاد ایران از مزایای مورد انتظار یک اقتصاد دانش‌بنیان از قبیل افزایش‌نمایی بهره‌وری و کسب ارزش افزوده بالا بی‌بهره بوده است. به عبارت دیگر، کارکرد مورد انتظار این شرکت‌ها یعنی ایجاد نوآوری، خلق و عرضه دانش محقق نشده است.^۱

از نظر ویژگی‌های پایه، مسئله اصلی در مطالعه موردی قانون دانش‌بنیان، لزوم دخالت و سیاست‌گذاری فعال دولت در حمایت از تجاری‌سازی دستاوردهای پژوهشی دانش‌آموختگان دانشگاهی است که معاونت علمی و فناوری ریاست جمهوری به صورت شفاف بر آن تأکید کرد. رویکرد حمایتی از شرکت‌های دانش‌بنیان در برنامه‌های سوم و چهارم توسعه نیز که مهم‌ترین برنامه‌های میان‌مدت توسعه کشور محسوب می‌شوند، در قالب بند «الف» ماده ۱۵۴ برنامه سوم و ماده ۵۱ قانون برنامه چهارم در قالب حمایت از تأسیس و توسعه شرکت‌های دانشگاهی مطرح شد. این شرکت‌ها که به باور سیاست‌گذاران وقت کشور، کلید توسعه فناوری محسوب می‌شدند، شرکت‌هایی با بنیان‌گذاران دانشگاهی بودند که به تدریج، از اوایل دهه ۱۳۸۰ در بین فعالان حوزه علم و فناوری، «شرکت دانش‌بنیان» نامیده شدند. سامان‌دهی نظام تأمین مالی در حوزه علم و فناوری از پیش‌تر و در قالب ماده ۱۰۰ برنامه سوم توسعه برای حمایت از صندوق‌های پژوهش و فناوری غیردولتی آغاز و در بند «ح» ماده ۴۵ قانون برنامه چهارم تداوم یافت که به نگاه مدیران وقت کشور کافی نبود. از این رو، در این قانون بر این مسئله تمرکز شد که از طریق ایجاد صندوقی با استقلال و منابع کافی بر این نقیصه غلبه شود. مناقشه مهم‌تر، حول محور نهاد مجری قانون و ناظر بر منابع صندوق شکوفایی و نوآوری بود که هیچ‌گاه به صورت پایدار حل نشد و فقط در سایه تغییرهای بیرونی و میانجی‌های سیاستی به صورت موقت حل و فصل شد و گاهی طبق اسناد سیاستی بین طرفین گردش کرد.^۲

بند سوم. اقدام ناهماهنگ سازمان‌های دولتی

اقداماتی نظیر تصویب نظام‌نامه پیوست فناوری و برخی مواد برنامه‌های پنج‌ساله توسعه کشور

۱. شفیع قاسمی و همکاران، پیشین، ص ۴.

۲. الیاسی و همکاران، پیشین، ص ۷۰.

و بودجه‌های سالانه به منظور برطرف کردن این معضل انجام شده است، ولی یکی از مهم‌ترین مشکلات کشور، درگیر نبودن وزارت‌خانه‌های صنعتی و فناوری متولی بخش‌های مختلف یا فرابخشی مانند وزارت صمت و وزارت امور اقتصادی با این حوزه است. در قوانین و مقررات، این وزارت‌خانه‌ها در توسعه فناوری و نوآوری در کشور جایگاهی مهم دارند، ولی به دلیل محدودیت‌های موجود و نداشتن دید بلندمدت نتوانستند مشارکتی صحیح در توسعه فناوری و نوآوری در کشور داشته باشند. به نظر می‌رسد در این وضعیت از طریق وضع قوانین و مقررات جدید نمی‌توان درگیر کردن واقعی این دستگاه‌ها را انتظار داشت.

شورای عالی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری هم وضعیت متفاوتی دارد. این شورا بر اساس قانون تشکیل وزارت علوم، تحقیقات و فناوری تشکیل شده و بر اساس آیین‌نامه اجرای تبصره ۱ ماده ۴ این قانون، متولی سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی کلان و هماهنگی، پایش و ارزیابی در حوزه علوم، تحقیقات و فناوری است. این سازمان، اختیارات قانونی گسترده دارد و در تخصیص بخشی از بودجه پژوهشی در کشور نقش کلیدی ایفا می‌کند و بر این جایگاه در برخی قوانین و مقررات مهم نظیر قانون دانش بنیان و آیین‌نامه‌های مرتبط تصریح شده است. با این حال، تعارض‌هایی با دیگر دستگاه‌های متولی به ویژه در امر توسعه فناوری پیدا کرده است. این امر ضمن کاستن از قدرت و اختیارات این شورا در قیاس با موارد مصرّح در قوانین و مقررات سبب شده است که نقش واسطه‌ای و برقراری ارتباط بین اجزای نظام حکمرانی را از دست دهد و جایگاه و ابزاری برای حفظ و ارتقای نقش مرکزیت واسطه‌ای در این نظام نداشته باشد.^۱

۱. کریم میان، زهره و نگار فلاحتی، «بررسی ساختار حکمرانی در سیاست‌گذاری فناوری و نوآوری کشور مبتنی بر تحلیل شبکه‌های سیاستی»، نشریه مدیریت نوآوری، سال یازدهم، شماره ۲، ۱۴۰۱، ص ۱۲.

نتیجه‌گیری

الگوی اقتصادی قانون اساسی، «الگوی تأمین نیازهای اساسی» است که در پی رفع نیازهای اساسی انسان در جریان رشد و تکامل اوست. در این الگو، اقتصاد، وسیله است و وظیفه فراهم کردن زمینه مناسب برای بروز خلاقیت‌های متفاوت انسانی را بر عهده دارد. این الگو، وظایف متعدد و وسیعی بر عهده دولت جمهوری اسلامی ایران به منظور رفع نیازهای ضروری جهت استمرار حرکت تکاملی انسان گذاشته است. اصول اقتصادی قانون اساسی با مشارکت مردم محقق می‌شود.

اصل ۲ قانون اساسی بر تعالی انسان تأکید کرده است. اصل ۴۳، مفصل‌تر از دیگر اصول است؛ چون بر استقلال کشور از طریق تأمین نیازهای اساسی انسان‌ها تأکید دارد. اصل ۴۴ هم مدل اقتصادی ایران را ترسیم می‌کند و تعریف می‌کند اقتصاد ایران، نه سرمایه‌داری است که در آن، صاحبان سرمایه، صاحب قدرت مطلق باشند و نه سوسیالیستی که در آن، دولت، صاحب اختیار مطلق است. بر اساس این اصل، دولت باید بکوشد بخش تعاونی رشد کند. بخش خصوصی هم نباید به دنبال حداکثر سود باشد و باید مکمل بخش دولتی و تعاونی باشد. اگر بخش خصوصی، اجازه فعالیت آزادانه داشته باشد و بخواهد حداکثر سود را کسب کند، روابط سرمایه‌داری در همه حوزه‌ها حاکم خواهد شد. البته دولت هم نباید کارفرمای مطلق باشد. بخش تعاونی هم مبتنی این اصل هست که یکی برای همه و همه برای یکی.

در اصل ۴۳ قانون اساسی، در درجه نخست به مسئله تأمین نیازهای حیات مادی و معنوی همه افراد جامعه اشاره می‌شود. این مسئله با نظریه توسعه درون‌زا و آرزوهای کهن مردم ایران نیز هم‌خوانی دارد. در این اصل، تأمین نیازهای حیات مادی و معنوی با تأمین استقلال اقتصادی و تأمین شرایط انسانی کار از نظر مدت زمان کار، شدت کار و میزان دست‌مزد پیوند یافته است. به عبارتی، حقوق‌بگیران افزون بر کار باید فرصت و توان جسمی و فکری لازم را نیز برای «خودسازی معنوی، سیاسی و اجتماعی و شرکت فعال در رهبری کشور و افزایش مهارت و ابتکار» داشته باشند.

با چنین اوصافی، می‌توان نتیجه گرفت که برای موفقیت بیش‌تر در عرصه اشتغال‌زایی باید اتکای صنایع به فناوری‌های روز تشدید و تقویت شود. با مطالعه تجربه‌ها و الگوهای کشورهای توسعه‌یافته نیز این واقعیت به اثبات می‌رسد که تنها راه برون‌رفت از معضلات اقتصادی، حتی در بخش‌های

دیگری هم چون صادرات نیز به اقتصاد و تولید دانش بنیان معطوف می‌شود. بنابراین، توسعه‌یافتگی و توسعه‌نیافتگی کشورها به سطح برخورداری آن‌ها از دانش ارتباط دارد و هر کشوری که تولید، توزیع و کاربرد دانش بیش‌تری داشته باشد، توسعه‌یافته محسوب می‌شود. برای توسعه اقتصاد دانش محور باید نظام اقتصادی و انگیزشی بالا و مناسب ایجاد کنیم و انگیزه لازم برای فعالیت و تولید دانش و نیز توزیع و کاربرد دانش وجود داشته باشد.

راهکارهای کسب خودکفایی و استقلال اقتصادی را در راستای موضوع این پژوهش چنین پیشنهاد می‌دهیم:

۱. ایجاد بستر رقابتی بین شرکت‌های دانش بنیان برای رسیدن به استقلال اقتصادی در کشور
۲. سیاست‌گذاری‌های مناسب دولت برای نوآوری در اقتصاد
۳. اعمال قوانین نظارتی با ضمانت اجراهای سنگین
۴. تقویت هر چه بیش‌تر بخش خصوصی
۵. ایجاد نظام نوآوری و ابداع پویا و کارآمد، متشکل از بنگاه‌ها، مراکز پژوهشی و دانشگاه‌ها برای دستیابی به دانش جهانی و تطبیق آن با نیازهای محلی و خلق فناوری‌های نوین
۶. مطالعه و بهره‌گیری از تجربه کشورهای توسعه‌یافته
۷. بهره‌گیری از الگوی مصرف مناسب و متعادل با همت مضاعف و کار مضاعف

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. رستمی، ولی، **مالیه عمومی**، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۲. سازمان امور مالیاتی کشور، **بررسی تطبیقی نظام‌های مالیاتی برخی از کشورهای منتخب با موضوع مشوق‌های مالیاتی**، تهران: معاونت پژوهش، برنامه‌ریزی و امور بین‌الملل سازمان امور مالیاتی کشور، ۱۳۹۲.
۳. عباسی، منصوره، **چالش‌ها و الزامات خصوصی‌سازی و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی**، تهران: مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، ۱۳۸۸.

۲. مقاله

۱. احمدی بنی، رسول و همکاران، «جایگاه استقلال اقتصادی در اقتصاد مقاومتی در پرتو قوانین موضوعه»، مجله دستاوردهای نوین در حقوق عمومی، سال اول، شماره ۳، ۱۴۰۱.
۲. ادیبی، اکبر، «چالش اقتصادی و حاکمیت دولت‌ها: نگاهی دوباره به مسئله مشروعیت تحریم‌های اقتصادی در واقعیت نظم حقوقی بین‌المللی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره ۲، ۱۳۹۸.
۳. امانی تهران، محمد و زهرا احمد امینی، «تحلیل افق چالش‌های شرکت‌های دانش‌بنیان دانشگاهی و راهکارهای پیش‌گیرانه»، مطالعات در دنیای رنگ، سال اول، شماره ۱، ۱۳۹۰.
۴. انتظاری، یعقوب و حسین محبوب، «تحلیل اقتصاد دانش ایران بر اساس سند چشم‌انداز ۱۴۰۴»، راهبرد فرهنگ، دوره ششم، شماره ۲۶، ۱۳۹۲.
۵. آیت، زائر، «جایگاه ساده‌سازی در برنامه‌های اصلاح مالیاتی: تجربه جهانی و چالش‌های نظام مالیاتی ایران»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۱۷، ۱۳۸۸.
۶. التجانی، ابراهیم، «تحلیلی از اقدامات نهادی. اقتصادی دولت طی چهار دهه ۱۳۲۰ تا ۱۳۵۰ هجری شمسی»، فصل‌نامه دولت‌پژوهی، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۵.
۷. الهامی، امیرحسین و وحید ریاضی، «دولت و سیاست‌گذاری اجتماعی توسعه اقتصادی در

ایران»، مطالعات بین‌رشته‌ای دانش راهبردی، دوره دهم، شماره ۴۱، ۱۳۹۹.

۸. الیاسی، مهدی و همکاران، «تحلیل فرآیند سیاستی تصویب قانون حمایت از شرکت‌های دانش بنیان بر اساس چارچوب ائتلاف مدافع»، مجله سیاست علم و فناوری، سال نهم، شماره ۲، ۱۳۹۶.

۹. باقرنژاد، پیمان و همکاران، «مدل اجرای موفق خط‌مشی حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش بنیان در کشور»، فصل‌نامه مدیریت نوآوری در سازمان‌های دفاعی، سال اول، شماره ۲، ۱۳۹۴.

۱۰. خیاطیان یزدی، محمدصادق و همکاران، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش بنیان در ایران»، مجله سیاست علم و فناوری، دوره نهم، شماره ۲، ۱۳۹۵.

۱۱. سلیمانی، مجید، «بررسی پارک‌ها و مراکز رشد علم و فناوری ایران با نگاهی بر رویکرد جهانی»، فصل‌نامه تخصصی پارک‌ها و مراکز رشد، شماره ۳۲، ۱۳۹۱.

۱۲. شجاعی، سید محمدحسین و همکاران، «ارزیابی اثربخشی سیاست‌های حمایت از شرکت‌های دانش بنیان در ایران»، مجله سیاست‌گذاری عمومی، دوره هفتم، شماره ۱، ۱۴۰۰.

۱۳. شفیعی قاسمی، مهدی و همکاران، «ارائه الگوهای دانش بنیان نمودن بنگاه‌های بزرگ اقتصادی»، مجله علوم و فنون سازندگی، دوره دوم، شماره ۳، ۱۴۰۰.

۱۴. عرب مازار، عباس و خسرو نورمحمدی، «تحلیل انتقادی هدف‌های اقتصادی برنامه‌های توسعه در ایران (قبل و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی)»، مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران، دوره پنجم، شماره ۱۷، ۱۳۹۵.

۱۵. عسکری گشت رودخانی، علی‌رضا و فرزاد هاشمی، «ارزیابی تاثیر شرکت‌های دانش بنیان، مراکز رشد و پارک‌های علم و فناوری در روند توسعه اقتصادی»، مجله تحقیقات اقتصاد کشاورزی، شماره ۴۳، ۱۳۹۸.

۱۶. علی‌احمدی، علی‌رضا و سروش قاضی نوری، «اولویت‌بندی ابزارهای سیاستی حمایت از شرکت‌های تازه تأسیس فناوری محور در کشور با استفاده از مدل تصمیم‌گیری چندمعیاره فازی»، مجله سیاست علم و فناوری، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۷.

۱۷. فخاری، حسین، «بازخوانی تعریف شرکت‌های دانش بنیان بر اساس شرایط اقتصادی کشور»، مجله سیاست علم و فناوری، سال ششم، شماره ۴، ۱۳۹۳.

۱۸. قربانی، وحید و ابوالحسن فقیهی، «انطباق راهبردهای مدیریت دانش با منابع انسانی در راستای سیاست‌های علم و فناوری نظام»، مجله سیاست‌های راهبردی و کلان، دوره نهم، شماره ۳۴، ۱۴۰۰.
۱۹. کریم میان، زهره و نگار فلاحتی، «بررسی ساختار حکمرانی در سیاست‌گذاری فناوری و نوآوری کشور مبتنی بر تحلیل شبکه‌های سیاستی»، نشریه مدیریت نوآوری، سال یازدهم، شماره ۲، ۱۴۰۱.
۲۰. کفاش، ملیکا و محمد صادقی، «بررسی تحلیلی تضمینات آزادی اقتصادی در نظام حقوق عمومی ایران (با تأکید بر برنامه‌های پنج‌ساله توسعه اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی)»، پژوهش‌نامه بازگانی، شماره ۹۳، ۱۳۹۸.
۲۱. گودرزی، مهدی و همکاران، «آسیب‌شناسی سیاست‌های علم و فناوری در ایران: تحلیلی بر برنامه‌های پنج‌ساله توسعه»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۹۳.
۲۲. متفکر آزاد، محمدعلی و همکاران، «نقش دولت اسلامی در تحقق استقلال اقتصادی در سه دهه اخیر»، مجله اقتصاد اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۲.
۲۳. موثقی، سید احمد و علی‌رضا کاهه، «دولت توسعه‌خواه و زمینه‌های توسعه در ایران»، مجله سیاست، دوره چهل و پنجم، شماره ۴، ۱۳۹۴.
۲۴. مهدی‌خواه، محمدمهدی، «گونه‌شناسی ذهنیت خط‌مشی‌گذاران علم و فناوری در خصوص خودکفایی: پژوهشی مبتنی بر روش‌شناسی کیو»، مجله بهبود مدیریت، شماره ۴۰، ۱۳۹۷.
۲۵. نقی‌زاده، رضا و همکاران، «عوامل مؤثر بر الگوی سیاستی حمایت مالیاتی از فعالیت‌های دانش‌بنیان»، مجله مدیریت توسعه فناوری، شماره ۲۵، ۱۳۹۸.

بررسی فقهی و حقوقی دعاوی ناشی از تملک اراضی با تأکید بر اختیارات شهرداری

مریم زورمند^۱

حسین احمدی^۲

رضا عباس پور^۳

چکیده

تملك اراضی شهری در حقوق عمومی از موضوعات مهم محسوب می‌شود که در تعارض با مالکیت خصوصی اشخاص است. با این وجود، نهادهایی چون شهرداری گاهی امکان سلب مالکیت خصوصی افراد را دارند. عنصر مهمی که سبب می‌شود نهادهای دولتی بتوانند با تکیه بر آن در صورت لزوم به سلب مالکیت خصوصی دست بزنند، اولویت مصالح عمومی و جامعه نسبت به مصالح فردی اشخاص است.

بر این اساس، مبانی نظری تملک نیز به عنوان یکی از مصادیق اعمال اداری دولت، مبتنی بر نظریه خدمت عمومی است؛ چون تملک در مقام رفع تراحم میان مصالح جمعی و منافع فردی و به دلیل خدمت عمومی تحقق می‌یابد و اعمال قواعد ترجیحی حقوق اداری در تملک نیز به پشتوانه همین خدمات‌رسانی صورت می‌گیرد. دعاوی ناشی از تملک اراضی عمدتاً در دو قالب حقوقی و شبه قضایی است و مراجع رسیدگی به حل و فصل اختلافات در این زمینه به دو دسته مراجع تخصصی و مراجع عمومی تقسیم می‌شود.

پرسش اساسی این پژوهش آن است که دعاوی ناشی از تملک اراضی از سوی نهادهای دولتی از منظر فقهی و حقوقی چگونه قابل ارزیابی است؟ روش تحقیق در این مقاله از نوع توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است. نتایج این مطالعه نشان می‌دهد از منظر فقهی بر اساس قاعده ید و قاعد تسلیط، مالکیت خصوصی افراد بر املاک به رسمیت شناخته شده است.

کلیدواژه‌ها: سلب مالکیت، خدمات عمومی، تملک، حقوق اداری، مراجع تخصصی، دیوان عدالت اداری.

۱. دانشجوی دکتری فقه مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران، ma290zd@gmail.com

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران، ahmari.hosein@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران، abbaspor@yahoo.com

مقدمه

دعاوی مربوط به بحث تملك اراضی و املاک شهری یکی از دعاوی پرتکرار در نظام حقوقی است. حق مالکیت به عنوان یکی از مصادیق حقوق بنیادین بشر، نهادی است برای حمایت و حفاظت از شخصیت انسانی شهروندان. این نهاد، از دست رنج شهروندان که در قالب املاک ایشان متجلی شده است، در مقابل تجاوزهای خودسرانه دیگران حمایت می‌کند. موضوع مهم در این موارد، صیانت در مقابل دست اندازی مقام‌های عمومی است؛ زیرا اقتدار ناشی از قدرت عمومی، آن‌ها را در وضعیتی نابرابر و برتر نسبت به شهروندان قرار می‌دهد و احتمال تخطی را بیش‌تر می‌کند.

زمانی که سیر امور عمومی و ضرورت عمومی که در راستای تأمین منفعت و خیر عمومی خوانده می‌شود، به اعلام تصمیم قانونی یا قضایی برای تملك املاک متعلق به شهروندان در راستای استفاده عمومی می‌انجامد، عملیات تملك صورت می‌گیرد و بحث چگونگی و میزان پرداخت به جای املاک شهروندان مطرح می‌شود. فرآیند اعمال قدرت تملك قاهرانه در نهایت به «جبران عادلانه» خواهد انجامید و این، تکلیفی است که قانون‌گذار اساسی برای حکمرانان مقرر کرده است.^۱

در کنار اصل ۲۲ قانون اساسی، اصل ۴۷ نیز از جمله اصول تضمین‌کننده حق مالکیت در قانون اساسی ایران است. شورای نگهبان تاکنون به اصل ۲۲ برای حمایت از مالکیت استناد نکرده، ولی برای تضمین حق مالکیت، هشت بار به طور خاص به اصل ۴۷ استناد کرده است. اصل سلب مالکیت تنها برای منافع عمومی در قوانین اساسی بیش‌تر کشورهای جهان آمده است.^۲

از قوانین مربوط به تملك اراضی می‌توان از قانون توسعه معابر (۱۳۲۰)، قانون نوسازی (۱۳۴۷) و اصلاحات بعدی آن، قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری، لایحه قانونی خرید اراضی مورد نیاز، لایحه قانونی نحوه خرید، قانون اراضی شهری و قانون زمین شهری نام برد. تملك در این مفهوم، جدا از تملکی است که ماده ۱۴۰ قانون مدنی به آن پرداخته است.^۳

۱. حسنوند، محمد و مهدی حسنوند، «واکاوی معیار جبران عادلانه در تملك املاک خصوصی جهت استفاده عمومی توسط دولت»، مجله رأی، دوره هفتم، ۱۳۹۷، ص ۱۳۱.

۲. امینی، منصور و سیدصادق کاشانی، «احترام به حق مالکیت در حقوق اساسی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹، ۱۳۹۶، ص ۱۷۳.

۳. واحدانی‌نیا، محمدامین، مسئولیت مدنی شهرداری در طرح تملك، تهران: مجد، ۱۳۹۴، ص ۵۶.

این تملک به معنای درآمدن ملکی به مالکیت دستگاه‌های دولتی یا مؤسسات عمومی است. شهرداری برای حفظ موجودیت خود و نیز تحقق تکالیفی که در قانون برای آن معین شده، ناگزیر است اهلیت تمتع داشته باشد و آن را از طریق نماینده قانونی خویش اعمال کند. «املاک» و «تملک» در شهرداری‌ها انواعی دارند که باید بررسی شوند.^۱

مفهوم «سلب مالکیت» به سبب منافع عمومی این است که اداره‌های دولتی یا شهرداری‌ها و مؤسسات ملی که هدفشان، رفع نیازمندی‌های عمومی است، بتوانند اموال غیر منقول خصوصی نظیر زمین و ساختمان را در مقابل پرداخت بهای عادلانه به نیازمندی‌های عمومی مثل توسعه و ایجاد معابر و بناهای عمومی اختصاص دهند. در حقوق ایران، قانون واحدی بر سلب مالکیت حکومت نمی‌کند و از این نظر بین قوانین سلب مالکیت و مراجع رسیدگی و تشریفات آن هماهنگی وجود ندارد. به عبارت دیگر، سازمان اداری ایران از نظر رسیدگی به دعاوی بین دولت و مؤسسات ملی و افراد هنوز ناقص است و رسیدگی به این اختلافات بیش‌تر در مراجع اداری صورت می‌گیرد.^۲

در قوانین مربوط به سلب مالکیت و تملک برای طرح‌های عمرانی و شهرسازی، خصوصیات مشترکی را در شیوه تملک شاهد هستیم. در لایحه قانونی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸/۱۱/۱۷ مصوب شورای انقلاب) که هم اکنون قابل اجراست، ضوابطی پنج‌گانه برای قانونی کردن سلب و تملک دستگاه‌های دولتی مقرر شده است: «دستگاه تملک‌کننده ابتدا بایستی دارای طرح مصوب باشد و سپس اعتبار خرید زمین موردنیاز تأمین شده و بالاترین مقام اجرایی دستگاه تملک‌کننده، نیاز به تملک را تأیید نماید و سپس با استعلام از وزارت مسکن و شهرسازی، عدم امکان تأمین زمین مناسب از اراضی موات و دولتی را در آن شهر مشخص نماید و سپس کاربری زمین مورد نظر با طرح‌های مصوب شهری منطبق باشد. رعایت ضوابط پنج‌گانه فوق برای دستگاه تملک‌کننده ضروری است و چنان‌چه ضوابط مربوط از طریق دستگاه‌های تملک‌کننده رعایت نگردد، اقدام به سلب مالکیت، غیر قانونی خواهد بود».^۳

۱. گرجی ازندریانی، علی اکبر، «ده فرمان حقوق عمومی: تأملی درباره اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره چهل و یکم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰.

۲. پندار، کمال، «بررسی حقوقی مالکیت خصوصی در راستای منافع عمومی»، مجله قانون‌یار، دوره دوم، ۱۳۹۷، ص ۳۸۱.

۳. همان، ص ۳۷۵.

قوانین جاری در نظام حقوقی ایران که بر پایه آن، نظام شهرسازی به تملك املاک در فرآیند اقدامات نوسازانه شهری می‌پردازد، عبارتند از: قانون نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (مصوب شورای انقلاب)، قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها (مصوب مجلس شورای اسلامی) و قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری (مصوب مجلس شورای اسلامی).^۱

پرسش اساسی این است که شهرداری تا چه حدودی می‌تواند از این اصل استفاده و قوانینی وضع و اجرا کند که ضمن رعایت اصل احترام به مالکیت، در انجام وظایفش نیز خللی به وجود نیاورد؟ آیا شهرداری می‌تواند برای وظایف خود از اصل سلب مالکیت استفاده کند؟ با توجه به این پرسش‌ها، این مقاله درصدد یافتن راه‌های عملی و در عین حال، عادلانه در مورد اصل سلب مالکیت از اموال اشخاص است تا با بهره‌گیری از منابع موجود، ارتباط یا تضاد بین حق مالکیت افراد در مایملک خویش و سلب آن برای تأمین منافع عمومی و روش‌های سلب مالکیت و مراجع مجاز انجام این کار را بررسی کند.

گفتار اول. مبانی فقهی پذیرش مالکیت خصوصی

نظام حقوقی ایران به ویژه قوانین پایه‌ای آن مثل قانون مدنی با وجود بهره‌گیری از تجربه‌های حقوقی برخی کشورهای اروپایی، از آغاز بر پایه فقه اسلامی بنا شده‌اند. این واقعیت پیوسته ملحوظ است که مطالعه و بررسی حقوق ایران بدون تسلط یا دست کم، آشنایی با مبانی حقوق اسلام و فقه امامیه امکان ندارد. دقت در نظام حقوقی اسلام روشن کرده است که این نظام به طور کامل، واجد شرایط و ارکان لازم یک نظام حقوقی^۲ است.^۳

۱. خیرالدین، رضا و همکاران، «تعادل بخشی بین حقوق مالکانه و منافع عمومی در اقدامات نوسازانه شهری (از تعارض منافع تا تعادل حقوق در قوانین سلب و تأمین حقوق مالکانه)»، پژوهش‌های معماری اسلامی، دوره چهارم، شماره ۴، ۱۳۹۵، ص ۲۷.

2. Legal system

۳. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۵.

بند اول. قاعده تسلیط

نقش و اهمیت حفظ اموال و مالکیت در مکتب‌های الهی و حتی نظام‌های غیر الهی به عنوان اصلی مسلم برای تنظیم روابط اجتماعی و اقتصادی افراد جامعه مشخص است، به گونه‌ای که به موجب حدیث نبوی «حرمة مال المسلم كحرمة دمه»، مال مسلمان مانند خورش محترم است. اهمیت قابل توجه قاعده تسلیط که عامل استقرار و قوام مالکیت است، موجب شده است تا مکتب‌های جدید حقوقی هم بدون استثنا و به شدت تحت تأثیر آن قرار گیرند. قسمت اعظم و عمده مقرراتی که به منظور تنظیم امور اقتصادی و تعیین حد و مرز روابط اقتصادی افراد جامعه در نظام‌های قانون‌گذاری جدید تدوین شده است، مایه اصلی خود را از این قاعده و فروع و شقوق گوناگون آن گرفته‌اند.

در قرآن مجید به طور صریح به این قاعده اشاره نشده است و آیاتی که مبین مالکیت هستند، به سه دسته تقسیم می‌شوند:

دسته اول - آیاتی که مبین مالکیت مطلق و انحصاری خداوندند. در این آیات، کلماتی مانند «ملک» و «ملکوت» و حروف اضافه مانند «ل» به کار رفته است، مانند آیه شریفه ۱۲۰ سوره مائده که در آن فرموده است: «لِلّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ...».

این گروه از آیات در مقام بیان مالکیت اصلی و ذاتی خداوند نسبت به همه عالم هستی است که مخلوق و مملوک انحصاری اویند و مالک حقیقی و مطلق هستی را منحصرأ خداوند دانسته است و بس.

دسته دوم - آیاتی که مبین مالکیت انسان هستند و در این آیات از کلماتی نظیر مال و اموال و مالک استفاده شده است. با اضافه شدن آن‌ها به اسامی و ضمائر عام و خاص، مالکیت اشیا در حدود و تصرف انسان به او نسبت داده شده است و انسان را مالک آن اشیا و اموال می‌شناسد.

دسته سوم - آیات مبین مالکیت استخلافی و نیابتی انسان که به طور صریح، انسان را خلیفه و جانشین خداوند در مالکیت اشیا تحت تصرف خود معرفی کرده است، مانند آیه ۷ سوره حدید: «آمَنُوا بِاللّٰهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ...». بر اساس این آیات، خداوند، مالک مطلق و انحصاری ملکوت است و مالکیت انسان نسبت به اشیا و اموال تحت تصرف خود، غیر حقیقی و غیر اصیل و در نتیجه، محدود و نیابتی است.^۱

۱. همان، ص ۱۱۵.

این قاعده در وضع مقررات خاص مربوط به اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی دولت هم اثرگذار است. از جمله این‌که باعث شده است دخل و تصرف در حقوق مالکانه اشخاص در بسیاری از موارد به پرداخت غرامت وابسته شود. درج چنین حکمی در قوانین مربوط، چیزی جز عنایت و احترام به حقوق اشخاص بر اموال خود و توجه خاص به قاعده تسلیط نیست. برای نمونه، در ماده ۳ لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت (ل.ق.ن.خ) بیان شده است: «بهای عادله اراضی، ابنیه، مستحدثات، تأسیسات و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق بین دستگاه اجرایی و مالک و یا مالکین و صاحبان حقوق تعیین می‌شود».

بند دوم. قاعده ضمان ید

مدلول قاعده ضمان ید، قبل از هر چیز مطابق بنای عقلاست؛ چون با مطالعه در زندگی اهل خرد درمی‌یابیم که آنان، شخصی را که مال دیگری را تصرف کند، در مقابل مالک، مسئول می‌دانند. علاوه بر آن‌که او را در زمان موجود بودن عین ملزم به رد آن دانسته است و اگر خسارت یا تلفی رخ دهد، مسئولیت مدنی را نیز متوجه وی می‌کند. سیره مستمر و رویه جاری مسلمانان هم در همه اعصار حکایت از آن دارد که این قاعده در حقوق اسلامی همواره پذیرفته شده است.^۱

قانون‌گذار در لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای طرح‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت و قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، دستگاه‌های اجرایی را به پیمودن مراحل قانونی برای امکان تصرف در ملک خصوصی وادار می‌کند. استثنائاً در برخی موارد که بسیار نادر است، تصرف در حقوق مالکانه قبل از تأمین این حقوق را مجاز می‌داند، از جمله ماده ۹ ل.ق.ن.خ که تصرف بدون تأمین حقوق مالکانه در این موارد، موقتی است و تشریفاتی سخت‌گیرانه برای حمایت از حقوق افراد دارد.

گفتار دوم. مبنای سلب مالکیت

تملك از دیدگاه حقوق عمومی، عملی اداری است که در آن، مقام صلاحیت‌دار در چارچوب قانون برای تأمین منافع عمومی نسبت به انتقال مالکیت اموال غیر منقول اشخاص به خود یا با پرداخت

۱. همان، ص ۶۲.

بها یا معوض آن اقدام می‌کند. تملک قهری زمین تنها با مجوز قانونی اتفاق می‌افتد و مرجع یا نهادی که به زمین نیاز دارد، باید ابتدائاً اقتدار قانونی برای اعتبار بخشیدن به تملک را دارا باشد. در واقع، به منظور کاهش فرصت سوء استفاده از قدرت تملک قهری، قوانین و مقررات مربوطه به صورت شفاف، اشخاص صالح برای اعمال تملک را شناسایی کنند و مورد و موضوع تملک را تعیین کنند. زمینی که به صورت قهری تملک می‌شود، تنها باید برای اهدافی استفاده شود که مرجع تملک، مجاز به انجام آن است و این شامل هر هدف فرعی یا ضمنی نیز می‌شود.^۱

توانایی دولت در اعمال حاکمیت و اقتدار، این اختیار را به او می‌دهد تا اشخاص را با وضع قوانین و اجرای آن‌ها وادار به تمکین و تبعیت از اراده خود کند؛ اقتداری که کم‌تر در رابطه اشخاص خصوصی با یکدیگر دیده می‌شود و به دولت اجازه می‌دهد تا بدون استفاده از راه‌های متداول میان اشخاص خصوصی به اهداف خود دست یابد و ملک دیگری را بدون رضایت و حتی قصد انتقال و گاه حتی بدون پرداخت بهای آن قهراً تملک کند. با این حال، از الزام دستگاه اجرایی به جبران خسارت وارد شده به مالک نمی‌توان نتیجه گرفت که عمل دولت از مصادیق اعمال حاکمیت نیست؛ چون صرف پذیرش این که اقدام دولت از مصادیق اعمال حاکمیت است، با ملزم نشدن او به جبران خسارت ملازمه ندارد.^۲

از نظر ملاحظات حقوق عمومی، بنیادین بودن حق مالکیت که در قانون اساسی ایران پیش‌بینی شده، بر اصل تجاوزناپذیری آن مهر تأیید نهاده است. شورای نگهبان در نظریه شماره ۳۰۶۰ مورخ ۱۳۶۷/۹/۲، مربوط به طرح لغو لایحه قانونی راجع به املاک وراثت اسماعیل قشقایی و سهراب بهادری قشقایی (مصوب ۱۵ آبان ۱۳۶۷ مجلس شورای اسلامی) بیان داشته است: «از این نظر که موجب نادیده گرفتن حقوق شرعی افراد است، خلاف موازین شرعی شناخته شد و از این جهت که اطلاقش، ناقض حقوق مکتسبه مشروع اشخاص است، با اصل ۴۷ قانون اساسی مغایر است».^۳

۱. فقیه لایرجانی، فرهنگ و همکاران، «مرجع و فرآیند تملک اراضی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸، ص ۲۰۳.

۲. حسینی، یاسر و همکاران، «واکاوی ماهیت حقوقی تملک قهری املاک واقع در طرح‌های عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۴، ۱۳۹۸، ص ۱۲۸.

۳. علی‌زاده، امیرحسین و محمدباقر پارساپور، «بررسی قضایی فرآیند تملک قهری توسط دستگاه‌های اجرایی در رویه قضایی

بند اول. نظریه خدمت عمومی، توجیه‌کننده تملك قهری

مبنای نظری تملك نه به عنوان یکی از مصادیق اعمال اداری دولت مبتنی بر نظریه خدمت عمومی است؛ چون تملك در مقام رفع تراحم میان مصالح جمعی و منافع فردی و به دلیل تأمین خدمت عمومی تحقق می‌یابد و اعمال قواعد ترجیحی حقوق اداری در تملك نیز به پشتوانه همین خدمت‌رسانی صورت می‌گیرد.^۱ تملك بدون توجه به اراده اشخاص انجام می‌شود، اما این امر به معنای سلب مالکیت بلاعوض مالکین نیست. طبق قوانین جاری تملك، نه تنها بهای عادلانه اراضی، ابنیه و تأسیسات املاک اشخاص باید محاسبه و به آن‌ها پرداخت شود، بلکه مراجع تملك‌کننده به پرداخت دیگر حقوق و نیز خسارت‌های واردشده به مالکان مکلفند.^۲ برای بررسی مبنای نظری این جبران کامل خسارت مالکان باید به نظریه «برابری همگان در تأمین هزینه‌های عمومی» تمسک جست. برخی از صاحب‌نظران از این نظریه به عنوان «جبران زیان ناشی از مسئولیت بیرون از خطا و خطر» یاد کرده‌اند.^۳

بر اساس این نظریه، «تمامی شهروندان به تساوی، عهده‌دار هزینه‌هایی هستند که دولت به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و یا استقرار نظم صرف می‌کند و بر این پایه، اگر در اثر عملکرد سازمان دولتی، زبانی به شخص یا اشخاص معین وارد آید، این برابری از هم می‌گسلد؛ زیرا در چنین فرضی، بهره خدمت عمومی نصیب همگان می‌گردد، در حالی که زیان آن را عده‌ای خاص تحمل می‌کنند و به این جهت، دولت به نمایندگی از عموم، خسارت زیان‌دیدگان را تا حدی که تساوی مذکور مجدداً برقرار شود، جبران می‌نماید تا همگان از ضرر زیان‌دیدگان جلوگیری به عمل آورند».^۴

بر اساس آنچه گفته شد، مطابق ماده ۳۰ ق.م. که به «اصل تسلیط» معروف شده است، هر مالک می‌تواند همه گونه تصرفی در مال خود بکند، هر چند اعمال او سبب ورود ضرر به دیگران باشد، ولی گاهی منافع اجتماعی اقتضا می‌کند که مالکیت فردی و سلطه مطلق مالک بر ملک خود محدود

۱. ایران و انگلیس، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰، ص ۱۰۱.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق اداری (جلد اول)، تهران: میزان، ۱۳۸۵، ص ۲۲۷.

۳. ماده ۳ و ۴ قانون نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی، مصوب ۱۳۵۸.

۴. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: توس، ۱۳۷۰، ص ۷۶۷.

۵. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (جلد اول و دوم)، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۶۹.

شود. این محدودیت‌ها که در راستای تنظیم امور جامعه و حفظ نظم و بنا به مصالح عمومی است، در قوانین متعددی آمده‌اند. مهم‌ترین قانون در این خصوص، لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸) است که به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده است برای اجرای برنامه‌های عمومی خویش با رعایت شرایط مقرر در قانون، مالکیت خصوصی فرد بر مالش را محدود یا سلب کنند.

این قوانین که برخاسته از وظایف ذاتی دولت است، امکان اعمال اقتدار ناشی از قدرت عمومی را فراهم می‌آورد تا مالکیت خصوصی افراد موجب هرج و مرج و زیان‌رسانی به مصالح و منافع عمومی نگردد. «دستگاه اداری دولت، وسایل و ابزارهای حقوقی ویژه‌ای در اختیار دارد تا بتواند مدیریت خدمات عمومی را تضمین کند».^۱ این وسایل و ابزار حقوقی ویژه، ناشی از اقتدار دولت و قدرت عمومی است و اصل اقتدار به عنوان عنصری که «استقلال حقوق عمومی را پایه‌گذاری می‌کند»، در روابط بین دولت و افراد خصوصی، «... امتیازاتی را سبب می‌شود که در حقوق به معنای عام کلمه ناشناخته است. دستگاه دیوانی قادر است بنا به اراده خود، دست به انجام اعمال یک جانبه بزند که قاعدتاً به آن، اختیار تصمیم‌گیری گویند».^۲

بند دوم. اعمال حاکمیت مبنای تملک قهری

اعمال دولت در حقوق اداری بر اساس معیار و شیوه و ماهیت وسیله مورد استفاده دولت، به دو نوع عمل تصدی و عمل حاکمیت تقسیم شده است. با این توضیح که اگر اداره در راه رسیدن به هدف خود از طرق ویژه و اقتداری بهره برده باشد، این عمل، عمل حاکمیت شناخته می‌شود. اگر اداره از همان شیوه‌های معمول در بین دیگر اشخاص حقیقی و حقوقی بهره برد، این عمل، عمل تصدی قلمداد می‌گردد.^۳

دولت‌ها برای رسیدن به اهداف خود، اختیاراتی ویژه دارند تا اشخاص را با وضع قوانین و اجرای آن‌ها به تمکین و تبعیت از خود وادار کنند. رسیدن به اهداف و تحقق آثار مورد نظر دولت در راستای اعمال حاکمیت

۱. صالحی، حسین، «الزامات قانونی دولت و شهرداری در تملک اراضی و املاک»، ماه‌نامه شهرداری‌ها، شماره ۶، ۱۳۸۶، ص ۱۲.

۲. روحیان، محمدجواد، تقابل مالکیت خصوصی اشخاص با طرح‌های عمرانی شهرداری (قسمت اول)، تهران: مؤسسه حقوقی بین‌المللی برهان سعادت، ۱۳۹۱، ص ۲۷.

۳. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۴، ص ۱۲۳.

از طریق وقایع حقوقی صورت نمی‌گیرد، بلکه با توجه به اراده دولت بر ایجاد آثار مورد نظر و یک‌جانبه بودن آن صرفاً از طریق ایقاعات قابل توجیه است. برخی نویسندگان ضمن اشاره به نقش سازنده ایقاعات در حقوق عمومی، تصمیم‌گیری‌های دادگاه‌ها و مأموران دولتی در تمییز حقوق مورد نزاع و مالیات‌ها و اداره اشخاص عمومی و تصمیم‌گیری‌های مجالس قانون‌گذاری در وضع قوانین را در زمره ایقاعات دانسته‌اند.^۱

بند سوم. اسباب و موجبات تملك

بر اساس قوانین و مقررات در خصوص سلب مالکیت توسط دولت، موجبات تملك عبارتند از:

۱. **تملك به موجب طرح مصوب:** منظور از این تملك‌ها، مواردی است که املاک خصوصی به صورت جزئی و در منطقه، خیابان یا محدوده‌ای مشخص برای استفاده در یک طرح در راستای تأمین منافع عمومی در همان محوطه یا محدوده تملك می‌شوند؛ زیرا حفظ منفعت محلی و منطقه‌ای، یکی از خصایص حقوق شهری است.

۲. **سلب مالکیت به دلیل کارهای عمرانی و شهرسازی:** با افزایش جمعیت و نیازمندی‌های عمومی، ضرورت وجود قواعد و مقررات مربوط به سلب مالکیت برای امور شهرسازی و برنامه‌ریزی و اجرای اصولی این مقررات احساس می‌شود.

مهم‌ترین مواردی که شهرداری‌ها برای اجرای آن به سلب مالکیت از اشخاص دست می‌زنند، عبارتند از:

۱. احداث بناها و ساختمان‌های مورد نیاز از قبیل میدان‌ها و ورزشگاه‌ها مطابق اصول فنی و بهداشتی؛
۲. تشریک مساعی با وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در حفظ ابنیه و آثار باستانی شهر و ساختمان‌های عمومی و مساجد؛
۳. جلوگیری از تأسیس اماکنی که موجب مزاحمت برای ساکنان شود یا مخالف اصول بهداشت در شهرها باشد؛

۴. احداث خیابان‌ها، کوچه‌ها و میدان‌ها و باغ‌های عمومی و مجاری آب و توسعه معابر در حدود قوانین وضع‌شده.

۱. حسینی و همکاران، پیشین، ص ۱۴۱.

منفعت و مصلحت عمومی، یکی از دیدگاه‌های شایع در زمینه مبنای سلب مالکیت در رویه قضایی است. در دادنامه شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهریار که به موجب دادنامه شماره ۷۲۸ مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰ شعبه ۲۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران تأیید گردیده، بیان شده است: «مالکیت خصوصی افراد بر طبق قاعده تسلیط، مصون از هر گونه تعرض است و تنها مجوز تحدید این مالکیت، مصالح اجتماعی است. تأمین مصالح اجتماعی به حکومت‌ها و نهادهای عمومی اجازه می‌دهد حقوق افراد را محدود نمایند».

مسئله سلب مالکیت به منظور حفظ منافع عمومی در متن نهایی قانون اساسی مسکوت گذارده و موجب ابهام در این زمینه شده است. حتی برخی از پژوهشگران خارجی در حوزه حقوق اساسی تطبیقی چنین تصور کرده‌اند که در قانون اساسی ایران، امکان سلب مالکیت بدون پرداخت غرامت وجود دارد که تفسیری نادرست است.^۱

شعبه هشتم دیوان عدالت در رأی شماره ۹۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۹/۱۸ به این موضوع اشاره دارد: «دستگاه‌های اجرایی مورد نظر قانون‌گذار در صورتی که در اجرای طرح‌های مصوب موجب سلب مالکیت یا مانع استفاده متعارف از املاک اشخاص، ولو در جهت منافع عمومی شوند، لازم است با اجازه قانون‌گذار و با رعایت تشریفات قانونی در مقابل پرداخت قیمت یا خسارت وارده باشد».^۲

گفتار سوم. دعاوی ناشی از تملک اراضی و نحوه شکایت از شهرداری

دعای ناشی از تملک اراضی و نحوه جبران خسارت به این صورت‌ها قابل اقامه است:

بند اول. دعاوی حقوقی

مقررات ماده ۱ قانون نحوه خرید و تملک اراضی با در نظر گرفتن شرایطی، خرید و تملک اراضی مورد نیاز دستگاه اجرایی از جمله شهرداری‌ها را مجاز دانسته است. به موجب این ماده:

۱. دستگاه اجرایی در فرضی دارای حق خرید و تملک اراضی متعلق به مردم است که دارای

۱. امینی و کاشانی، پیشین، ص ۱۹۰.

۲. علی‌زاده و پارساپور، پیشین، ص ۱۰۵.

برنامه‌هایی باشد که اجرای آن به موقع آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه ضروری باشد؛

۲. این ضرورت به تأیید و تصویب بالاترین مقام دستگاه اجرایی رسیده باشد؛

۳. بودجه آن نیز قبلاً تأمین شده باشد؛

۴. به موجب ذیل ماده ۱ قانون یادشده، اقدام به خرید و تملك وفق مقررات مندرج در این لایحه قانونی صورت گیرد.

با دقت در این ماده و مقایسه آن با قواعد عام قراردادها، تفاوت این نهاد حقوقی با دیگر نهادهای مشابه آشکار می‌شود. در بیع یا سایر عقود معوض که قواعد حقوق مدنی حاکم است، خریدار هنگام خرید می‌تواند بیع نسبه را انجام دهد، در حالی که حسب ظاهر ماده ۱ این قانون، شهرداری باید پیش از اقدام به خرید، اعتبار آن را تأمین کرده باشد.^۱

در دعاوی تصرف عدوانی در این زمین‌ها، یکی از ارکان حتمی و شرایط صحت رأی جزایی، احراز ملی یا غیر ملی بودن زمین است. در صورت غیر ملی بودن زمین، دادگاه، هرگز رأی در محکومیت متهم صادر نمی‌کند. اگر موضوع ملی بودن زمین در آن دعاوی بررسی شد و کارشناس با تعیین دادگاه، به غیر ملی بودن زمین نظر داد، اداره منابع طبیعی باید از همه روش‌های دفاعی خود استفاده کند. اگر به هر دلیل، دادگاه، ملی بودن را مردود دانست و زمین را مستثنای قانونی تلقی کرد، دیگر نمی‌توان این بخش از دعاوی جزایی و حکم دادگاه را نادیده گرفت؛ چون مطابق با قاعده اعتبار امر مختوم جزایی در دعاوی مدنی، تمام عناصر و ارکان دعوا و رأی جزایی که با صحت آن ملازمه دارند، در رابطه طرفین دارای همان اعتبار است و در دعاوی دیگر، با هر عنوان یا هر مرجع، قابل طرح و اظهار نظر مخالف نخواهد بود. اضافه بر آن، دادگاه، نفس اظهار نظرهای کارشناسی را نیز می‌پذیرد^۲ و به بازبینی کارشناسانه موضوع نیازی نمی‌بیند.

از طرفی، ورود دادگاه مدنی در دعاوی حاضر لازم است؛ چون اداره‌های منابع طبیعی تنها با رأی دادگاه مدنی، مستثنیات را می‌پذیرند و بدون این رأی، هر چند در رأی جزایی به مستثنیات اشاره

۱. طباطبایی، سید محمدصادق و احسان صافیان اصفهانی، «ماهیت توافق شهرداری با مالک ملک در راستای اجرای طرح عمرانی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۳۹۱، ۷۸، ص ۴۹.

۲. صدرزاده، افشار، سلب مالکیت به سبب منافع عمومی، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۷۶.

شده باشد، وضع خواهان به درستی روشن نخواهد شد و ممکن است در اعتبار امر مختوم جزایی مناقشه شود. با رأی فعلی، ابهامی باقی نمی‌ماند و از این رو، دعوای فعلی خواهان، تکراری نخواهد بود تا برخلاف یکی از مبانی اعتبار امر مختوم (جلوگیری از تکرار دعوای) رفتار شده باشد.

با توجه به نظر کارشناسی موجود در دعوای جزایی، از مجموع مساحت ۳۲۶۵۸۱ متر مربع، مساحت ۲۷۹۸۳۴ متر مربع زراعی و مستثنیات قانونی و مساحت ۴۶۷۴۷ متر مربع از زمره اراضی ملی است و نیز از مجموع ۶۷۳۳۳۷ متر مربع، مساحت ۶۱۰۴۵۳ متر مربع از اراضی زراعی و مستثنیات قانونی و مساحت ۲۸۸۴ متر مربع از اراضی ملی شمرده می‌شود. این محدوده‌ها به موجب نقشه پیوست که جزء لاینفک رأی است، معین شده است و در زمان اجرا با تعیین نقاط U.T.M برای بخش‌های مستثنی، این بخش‌ها اجرا می‌شود. دادگاه با مستندات قانونی به ویژه تبصره ۱ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی (۱۳۸۹)، «حکم بر اعلام غیر ملی بودن این بخش‌ها، مجموعاً به مساحت ۸۹۰۲۸۷ متر مربع (احراز مالکیت به معنای احیای زمین و نه این که این رأی به معنای قبول مالکیت برای پذیرش اسناد خواهان در محاکم و ترتب آثاری مانند قبول دعوای خلع ید یا اجرت‌المثل و مانند آن محسوب شود) و حکم بر بطلان دعوای خواهان نسبت به مازاد بر آن صادر و اعلام می‌دارد و نسبت به خسارات دادرسی، به این جهت که موجب مسئولیت محقق نمی‌باشد و اداره خواننده در مقام اعمال حاکمیت به تشخیص زمین اقدام نموده است، حکم بر بی‌حقی خواهان صادر می‌دارد».

بند دوم. تملک قهری به استناد تبصره ۶ ماده صد قانون شهرداری

مقررات خاص حاکم بر حقوق مالکانه در برابر طرح‌های عمومی شهرداری که زاییده مراجع خاصی نیز هستند، اوصافی دارند که از جمله آن‌ها می‌توان به تغییرپذیری سریع‌تر آن‌ها نسبت به مقررات عمومی اشاره کرد. در این میان، شورای عالی شهرسازی و معماری، مهم‌ترین مرجع وضع‌کننده این مقررات به شمار می‌رود. این کمیسیون باید برای تهیه و تصویب طرح‌های تفصیلی در چارچوب طرح جامع شهر اقدام کند و علاوه بر آن، از حدود قوانین مربوط خارج نشود.^۱

۱. گواهی، زهرا و مریم ثقفی، «مبانی فقهی-حقوقی سلب مالکیت توسط دولت»، مجله اقتصاد و بانک‌داری اسلامی، دوره پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۵، ص ۳۷.

از جمله مهم‌ترین چالش‌های موجود، مجاز بودن یا نبودن جهت استفاده از زمین‌هایی است که در محدوده طرح‌ها و پروژه‌های عمرانی قرار می‌گیرند. قرار گرفتن این املاک در مسیر طرح‌های شهرداری ممکن است باعث خدشه وارد شدن به کارکردهای شهرداری گردد یا خدمات‌رسانی به شهروندان را مختل کند. بر همین اساس، هم از نظر قانونی و هم از نظر توجه به مصالح اجتماعی و خدمات‌رسانی عمومی به شهروندان، حل و فصل میزان دخالت نهادهایی مانند شهرداری در املاک و اموال خصوصی، یکی از موضوعات اساسی در فقه و حقوق است.^۱

وفق ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت در جمهوری اسلامی ایران، «وزارت خانه‌ها یا مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، هم‌چنین شهرداری‌ها و بانک‌ها و دانشگاه‌های دولتی و سازمان‌هایی که شمول قانون نسبت به آن‌ها مستلزم ذکر نام باشد» و در این قانون، «دستگاه اجرایی» نامیده شده‌اند، اختیار تملك دارند. مطابق ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)، دستگاه اجرایی تعریف شده است و طبق آن، مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی نیز دستگاه اجرایی محسوب شده است که مطابق با ماده ۳ همان قانون، مؤسسه یا نهاد عمومی غیر دولتی، واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از ۵۰ درصد بودجه سالانه آن از محل منابع غیر دولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.

با توجه به ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک، دستگاه‌های اجرایی که اختیار اجرای طرح و تملك به استناد این لایحه قانونی را دارند، به صورت حصری شمرده شده‌اند و شامل مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی نمی‌شوند. البته شهرداری‌ها به طور جداگانه تصریح شده‌اند و یکی از مهم‌ترین نهادهای تملك‌کننده در ایران به شمار می‌آیند.

می‌توان نتیجه گرفت که در زمان تصویب لایحه قانونی، شهرداری‌ها، ماهیتی دولتی داشته‌اند، اما در قوانین بعدی تملك یعنی قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها (۱۳۶۷)

۱. میرشفیعی، منصوره‌سادات و همکاران، «احکام تکلیفی تصرف املاک خصوصی در طرح‌های عمرانی شهرداری از منظر فقه اسلام»، مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، ص ۷۸۰.

و قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها (۱۳۷۰) نیز به طور صریح، اختیار شهرداری‌ها در تملک به طور ضمنی، اجرا و استناد به لایحه قانونی نحوه خرید و تملک (۱۳۸۵) تنفیذ شده است. در همین زمینه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۷۶/۷ مورخ ۱۳۸۴/۱/۱۷ اعلام کرده است: «مقررات لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت، مصوب ۱۳۵۸ در مورد شهرداری‌ها نیز قابل اعمال است».^۱

تبصره شش ماده ۱۰۰، یکی از موضوعات بحث‌برانگیز در قانون شهرداری و صدور پروانه‌های ساختمانی برای شهروندان است که به استناد آن، «در مورد تجاوز به معابر شهر، مالکان وظیفه دارند هنگام نوسازی بر اساس پروانه ساختمان و طرح‌های مصوب، رعایت بره‌های اصلاحی را بنمایند. در صورتی که بر خلاف پروانه و یا بدون پروانه، تجاوزی در این مورد انجام گیرد، شهرداری مکلف می‌باشد از ادامه عملیات جلوگیری و پرونده امر را به کمیسیون ارسال نماید».

آن‌چه از ظاهر ماده استنباط می‌شود، از تجاوز به معابر شهر حکایت دارد، اما قطعاً منظور قانون‌گذار این نیست که شهروند هنگام ساخت‌وساز و احداث بنای جدید، وضع موجود را تصرف کند و شهرداری به وی اجازه دهد در زمان احداث بنای جدید که شاید بیست یا سی سال بعد اتفاق می‌افتد، قسمت تجاوزشده را آزادسازی کند. پس چگونه می‌توان این عبارت را تفسیر کرد؟

ممکن است منظور قانون‌گذار این باشد که وقتی طرح جامع یا تفصیلی، عرض‌گذاری را مشخص می‌کند، ساختمان‌ها و اراضی محصور در سطح شهر وجود دارند که بر اساس طرح‌های موصوف، قسمتی از معبر، داخل پلاک قرار می‌گیرد و در اصطلاح عامیانه، این پلاک‌ها «عقب‌نشینی» دارند. در این وضعیت، مالکان هنگام نوسازی باید عرض‌گذر و اصلاح اسناد مالکیت را رعایت کنند.

نکته مهم این است که آیا شهرداری باید غرامت اراضی را که به سبب عقب‌نشینی از ید مالک خارج می‌شود و با اصلاح سند مالکیت و به استناد تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری به مالکیت آن اداره درمی‌آید، بپردازد یا خیر؟ اولویت و ضرورت طرح و تأمین اعتبار، دو شاخص مهم در امر تملک است. هنگامی که شهروندان در نقاط گوناگون شهر دست به احداث بنا می‌زنند، برای شروع، تنها باید

۱. لعلی سهراب، مسعود و همکاران، «تأملی بر مراجع صلاحیت‌دار و آیین شکلی سلب مالکیت اراضی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰، ص ۱۷۵.

پروانه ساختمان را از شهرداری بگیرند و هماهنگی‌های لازم را در مورد نوع کاربری و تعداد طبقات انجام دهند. این بستر برای بسیاری از آنان فراهم است تا در کوچه پس‌کوچه‌های شهر، پروانه ساختمانی دریافت کنند. افرادی که قصد ساخت‌وساز بدون پروانه را دارند، عرض معابر را رعایت نمی‌کنند و بنای غیر مجاز احداث می‌کنند. در این شرایط، ضرورت و اولویت قابل احراز نیست تا شهرداری در بودجه سالانه خود، اعتبار لازم را پیش‌بینی کند و در قالب طرح تملك و خرید اراضی شهروندان با عنایت به قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، اقدام مقتضی را در دستور کار خود قرار دهد؛ چون اساساً شهرداری در بسیاری از کوچه‌ها و خیابان‌های شهر، اولویتی را پیش‌بینی نمی‌کند.

فرض کنید شهروندی در انتهای یک کوچه شش متری قصد احداث بنا دارد و مکلف به رعایت عقب‌نشینی به مساحت ده متر است. شهرداری چه راهکاری دارد تا پیش‌بینی کند چنین شهروندی در سال جاری قصد احداث بنا دارد تا غرامت وی برای رعایت عرض گذر را در بودجه تأمین اعتبار کند و بپردازد؟ حتی مالک پلاکی در تقاطع خیابان ۳۰ متری و ۴۵ متری نیز نمی‌تواند برابر اصول و مقررات جاری، مشمول پرداخت غرامت شود. پلاک مورد نظر بر اساس تبصره ۶ ماده ۱۰۰ اگر صد یا حتی دویست متر مربع از پلاک خود را نیز از دست دهد، مشمول پرداخت غرامت نیست.

در عمل، شهرداری به صورت قهری، مالک اراضی تعریض شده می‌شود و اگر شهروندی هنگام گرفتن پایان کار یا پس از رأی کمیسیون ماده صد از رعایت عرض گذر و اصلاح سند مالکیت خودداری یا استنکاف کند، شهرداری هم پایان کار صادر نمی‌کند. به این ترتیب، مالکیت شهرداری به صورت قهری حاصل می‌شود. در حال حاضر، برای حفظ حقوق شهروندان نیز راهکارهایی در دستور کار هر شهرداری قرار دارد. برای نمونه، در چنین پلاک‌هایی، تراکم بر اساس مساحت قبل از تعریض محاسبه می‌شود یا ۵ تا ۱۰ درصد کل پلاک به سبب عقب‌نشینی از ید مالک خارج می‌گردد. شهرداری، ۵ تا ۱۰ درصد سطح اشغال (حسب مورد در هر شهرداری متفاوت است) را به متقاضی صدور پروانه اعطا می‌کند.

نکته دیگری که شهرداری‌ها در راستای تبصره ۶ ماده ۱۰۰ با آن روبه‌رویند، ادعای اداره اوقاف و امور خیریه هر شهر در قبال عقب‌نشینی مستأجر اراضی موقوفه هنگام صدور پروانه برای دریافت پذیره و

انعقاد قرارداد اجاره اراضی واقع در بستر خیابان است. شهرداری به پرداخت پذیره تن در نمی‌دهد و تنها تنظیم اجاره‌نامه برای اراضی واقع در بستر خیابان را می‌پذیرد، اما شهروند که هر دو اداره را دولتی تلقی می‌کند، قسمتی از زمین را به شهرداری واگذار می‌کند و دقیقاً برای همان میزان زمین در قالب پذیره به اداره اوقاف، وجه نقد می‌پردازد که منطقی به نظر نمی‌رسد. مناسب‌تر آن بود که اداره اوقاف نیز با توجه به نوسازی مکان و ارزش افزوده حاصل از تعریض کوچه با خیابان جنب موقوفه، تحقق این امر را تسهیل کند.

اگر شهرداری بخواهد پذیره را پرداخت کند یا قیمت اراضی حاصل از رعایت تبصره شش ماده صد را در دستور کار خود قرار دهد، چه خواهد شد؟ در نظر بگیرید در طول یک سال، یک هزار پروانه ساختمانی در شهری صادر شود. در این مثال، ممکن است تنها پانصد قطعه با الزام رعایت عرض گذر به میزان ۱۰ تا ۱۰۰ متر مربع روبه‌رو شوند و در نقاط گوناگون شهر آن هم به صورت پراکنده، مکلف شوند آن را اجرا کنند. اگر میانگین قیمت کارشناسی را سه میلیون ریال در نظر بگیرید، با این فرض که میانگین مساحت تعریض شده، پنجاه متر مربع باشد، غرامت مجموع پانصد پلاک، عددی معادل حاصل ضرب پانصد پلاک در پنجاه متر مربع در سه میلیون ریال خواهد بود که به عدد هنگفت و قابل توجه هفتاد و پنج میلیارد ریال خواهد رسید.

می‌پذیرید که با توجه به افزایش قیمت خیره‌کننده اراضی شهری هم عدد کارشناسی در مثال یادشده چشم‌گیر نیست و هم به طور قطع، تعداد پلاک‌هایی که مشمول رعایت بره‌ای اصلاحی می‌شوند، به مراتب، بیش از مثال پیش‌گفته خواهد بود. پس شهرداری چگونه خواهد توانست با بودجه‌ای محدود و سرفصل‌های مشخص هم تأمین اعتبار کند و هم تمامی معابر شهری را دارای ضرورت و اولویت اجرای طرح بشمارد؟

بی‌تردید، یکی از روش‌های تملک قهری در شهرداری‌ها با صدور پروانه ساختمان محقق می‌شود.^۱ هر چند آغاز آن با درخواست مالک یا قائم مقام قانونی وی خواهد بود، اما رعایت بره‌ای اصلاحی بر روی تکلیف می‌شود و چاره‌ای جز تبعیت ندارد. در این مورد می‌توان به دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۳۰۰۰۳۷۵

۱. زرگوش، مشتاق، حقوق اداری تملک، شبه‌تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت (جلد اول)، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۹۸.

مورخ ۹۲۱/۲/۱۶ صادرشده از شعبه سی دیوان عدالت اداری مبنی بر رد خواسته شهروند در مقابل شهرداری آمل اشاره کرد که به سبب رعایت بره‌های اصلاحی، خواهان را مستحق دریافت غرامت تشخیص نداد و دعاوی مشاّر الیه را رد کرد.

بند سوم. رویه قضایی دیوان عدالت اداری

در فرض انتفای طرح مصوب مبنای تملك و نیز در صورت اعتراض نسبت به چنین تملكاتی و یا تملكات غیر توافقی، دیوان عدالت اداری، مرجع صالح برای رسیدگی به اعتراض مالک نسبت به تملك شهرداری است؛ زیرا در این فروض، شهرداری در مقام اعمال حاکمیت است.^۱

در نظام حقوقی ایران، فرآیند سلب مالکیت از یک مرحله اداری تشکیل می‌شود، به گونه‌ای که اختیارات دستگاه‌های اجرایی، وسیع و نقش دادگستری محدود است و قاضی سلب مالکیت در نظام قضایی ایران ناشناخته است.

رویه قضایی دیوان در دو بخش رویه هیئت عمومی و رویه شعب دیوان قابل بررسی است.

الف. رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با توجه به مقررات به کار رفته در ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها (۱۳۶۷) با اصلاحات بعدی و روی دادن برخی موضوعات، تعدادی رأی وحدت رویه صادر کرده است که بررسی می‌کنیم.

بر اساس دادنامه شماره ۱۲۲۲ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که در مقام ابطال مصوبه سیصد و دهمین جلسه شورای اسلامی شهر سبزوار صادر شده است: «با توجه به این که در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۶۷، در خصوص اجرای طرح‌های هادی و عمرانی تعیین تکلیف شده است و در خصوص این که چنان چه طرح اجرا نشود، از صاحبان املاک واقع در مسیر طرح، مبلغی اخذ شود، حکمی بیان نشود، بنابراین، مصوبه معترض عنه که در آن مقرر گردیده ۱۰ درصد از ارزش املاک به علت حذف طرح، اخذ شود، مغایر قانون است و ابطال می‌گردد.» در این دادنامه، هیئت عمومی دیوان با دفاع از حقوق مالی شهروندان، مصوبه

۱. طباطبایی و صافیان اصفهانی، پیشین، ص ۵۶.

معترضُ عنه را که فراتر از چارچوب قانونی صادر شده، ابطال کرده است.

در دادنامه شماره ۲۷۰ و ۲۷۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۰ که در مقام ابطال مصوبه جلسه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران صادر شده، هیئت عمومی تصریح کرده است: «تحدید دایره اعمال حقوق مالکانه اشخاص و کاهش قلمروی آن بدون تمسک به حکم قانون‌گذار جواز قانونی ندارد. بنابراین، مصوبه معترضُ عنه که استفاده از حقوق مالکانه اشخاص را در اجرای قانون تعیین تکلیف املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مقید و محدود به ۱۵۰ متر مربع کرده است، خلاف قانون و خارج از حدود صلاحیت شورای عالی است و ابطال می‌گردد.» در این دادنامه نیز هیئت عمومی با در نظر گرفتن مطلق و عام بودن حقوق مالکانه، تحدید آن و مقید کردن به ۱۵۰ متر را خلاف مَر قانون دانسته است.

هم‌چنین بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۶۷۷ مورخ ۱۳۹۵/۹/۱۶، «در صورت اجرای طرح در کم‌تر از ۵ سال بازه زمانی مصرّح در قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، اگر شهرداری، پروانه ساخت با تراکم مازاد بر پایه صادر کرده باشد، به پرداخت بهای بنای احداثی در تراکم مازاد مکلف است».

هیئت عمومی دیوان در دادنامه شماره ۱۹۷ مورخ ۱۳۸۴/۴/۳ که در مقام تعارض آرای صادرشده میان شعب دیوان صادر گردیده، اظهار داشته است: «قانون‌گذار با عنایت به اعتبار اصل تسلیط و حرمت مالکیت مشروع و این‌که محرومیت اشخاص از اعمال حقوق مالکانه به مدت نامعلوم و نامحدود به بهانه وجود طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مصوب مراجع و مقامات مختلف و در اشکال گوناگون، علی‌الاطلاق مغایر اصول فوق‌الذکر و ناقض حق اعمال مالکیت و آثار مترتب بر آن است و هم‌چنین اجبار مالک به استفاده از زمین خود یا احداث بنای متناسب با طرح‌های مصوب دولتی و شهرداری، نافی اراده آزاد اشخاص در کیفیت اعمال انحای حقوق مالکانه متناسب با نیازمندی‌های آنان با رعایت ضوابط مربوط می‌باشد، با وضع قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری، مصوب ۱۳۶۷، واحدهای دولتی و شهرداری‌های ذی‌ربط را مکلف کرده است که نسبت به انجام معامله قطعی و انتقال سند رسمی و پرداخت بها یا عوض ملک واقع در طرح و اجرای طرح مصوب در مهلت مقرر در قانون اقدام نمایند و با انقضای مدت مزبور به شرح تبصره یک ماده

واحد قانون مذکور در صورت عدم اجرای طرح‌های مصوب فوق‌الذکر در مهلت قانونی، حق اعمال انحصار حقوق مالکانه را برای مالکین به رسمیت شناخته است. بنابراین، دادنامه شماره ۱۱۳۴ مورخ ۲۴/۸/۱۳۷۷ شعبه هفدهم که عدم اجرای طرح دولتی مبتنی بر طرح هادی را در مهلت قانونی در ملک شاکی، موجب حق اعمال حقوق مالکانه دانسته و شهرداری را ملزم به صدور پروانه احداث بنا در ملک مزبور نموده است، صحیح و موافق قانون تشخیص داده می‌شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵ برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری ذی‌ربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.^۱ در این دادنامه نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تحدید حقوق مالکانه اشخاص را در فرجه قانونی مجاز دانسته است و در فرض اجرا نشدن طرح، اشخاص از همه حقوق مالکانه برخوردارند.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۲۱۳۶ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۱۴ که در مقام ابطال بند ۸ صفحه ۶۴ طرح تفصیلی شهر رباط کریم صادر شده، چنین آورده است: «بند ۸ طرح تفصیلی شهر رباط کریم از این جهت که در آن تکلیف شده چنان‌چه عقب‌نشینی املاک واقع در خارج از بافت فرسوده تا ۲۰ درصد از کل ملک باشد، باید به صورت رایگان به شهرداری واگذار شود، مغایر قانون نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی و نظامی دولت، مصوب سال ۱۳۵۸ و قانون نحوه تقویم ابنیه و املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۲۰ قانون نوسازی و عمران شهری، مصوب ۱۳۴۷ با اصلاحات بعدی است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود».

توجیه‌های اصل جبران خسارت در برابر سلب مالکیت قانونی بر مبنای مختلفی از جمله فرضیه‌های رایج در نظام مالکیت خصوصی بر حق مکتسب استوار است. به این معنی که اقدامات مربوط به سلب مالکیت نباید موجب از بین رفتن حقی شود که مالکان به واسطه مالکیتشان تحصیل کرده‌اند؛ چون سلب مالکیت موجب انتقال مالکیت است، نه زایل‌کننده حق مکتسبی که مالک داشته است. به این ترتیب، تنها با جبران خسارت می‌توان چنین حقی را پاس داشت.^۱

۱. حبیب‌نژاد، سید احمد و همکاران، «اصول حاکم بر جبران خسارت در تملك قانونی املاک از سوی دولت و شهرداری‌ها»، مجله فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸، ص ۳۰.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه دیگری به شماره ۲۵۵۰ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۳ با موضوع ابطال بند ۷-۱ و گام ۹ از شیوه‌نامه تملک املاک توسط شهرداری شهر اراک اظهار داشته است: «بر اساس ماده واحده قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها، مصوب سال ۱۳۷۰: «در کلیه قوانین و مقرراتی که شهرداری‌ها مجاز به تملک ابنیه، املاک و اراضی قانونی مردم می‌باشند، در صورت عدم توافق بین شهرداری و مالک، قیمت ابنیه، املاک و اراضی بایستی به قیمت روز تقویم و پرداخت شود» و به موجب تبصره ۱ همین ماده واحده: «قیمت روز توسط هیئتی مرکب از سه نفر کارشناس رسمی دادگستری و مورد وثوق که یک نفر به انتخاب شهرداری و یک نفر به انتخاب مالک یا صاحب حق و نفر سوم به انتخاب طرفین می‌باشد، تعیین خواهد شد. رأی اکثریت هیئت مزبور قطعی و لازم‌الاجراست.» بنا به مراتب فوق، بند ۷-۱ و گام ۹ از شیوه‌نامه تملک املاک توسط شهرداری اراک (موضوع نامه شماره ۵۲۶/۹۸/ش - ۱۳۹۸/۳/۱۹ رئیس شورای اسلامی کلان‌شهر اراک) که متضمن عدم پذیرش نظریه هیئت سه نفره کارشناسان رسمی دادگستری است، مغایر با موازین قانونی مذکور بوده و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۱۳ و ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب سال ۱۳۹۲ از تاریخ تصویب ابطال می‌شود.» بنابراین، واگذاری قیمت به مقامات شهرداری و سلب پذیرش از هیئت سه نفره کارشناسان رسمی دادگستری، مغایر با قانون دانسته شده است.

ب. رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۶۲۳ مورخ ۱۳۹۴/۴/۱۰ صادرشده از شعبه ۳۳ بدوی دیوان عدالت اداری، با درک صحیح از حق مالکیت و نیز قاعده تسلیط، چنین رأی صادر کرده است: «نظر به این که مقتضای اعمال انحای حقوق مالکانه با توجه به اصل تسلیط، مبین حق و اختیار و اراده مالک در نحوه استفاده از زمین و ملک خود همانند املاک مشابه مجاور فاقد طرح با رعایت ضوابط قانونی مربوط است و نیز قانون‌گذار به منظور رفع بلامتکلیفی مالکین اراضی و املاک واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی و تأکید بر اعتبار مالکیت مشروع و قانونی اشخاص و اصل تسلیط به شرح منصوصات متعدد قانونی، دستگاه تملک‌کننده را مکلف به خرید و تملک نموده، در صورت استنکاف از امتناع، مالک کماکان برخوردار از حقوق مالکانه بوده و امتناع شهرداری از صدور پروانه احداث بنا که به حکم بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری در زمره وظایف و تکالیف آن مؤسسه

قلمداد شده است، و جاهت قانونی ندارد و لذا بنا به جهات فوق با استناد به رأی وحدت رویه شماره ۲۳۸-۱۳۷۸/۴/۲۲ و ۴۳۷ و ۱۳۸۶/۶/۲۵.۴۳۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و ماده واحده و تبصره‌های ۱ و ۲ ذیل آن از قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۶۷/۸/۲۹ با اصلاحیه سال ۱۳۸۰، حکم به الزام شهرداری به صدور پروانه احداث بنا با کاربری مصوب صادر و اعلام می‌گردد.» بر این اساس، اگر ملک شخصی در طرح دولتی قرار گیرد و شهرداری، بهای ملک را نپردازد، اشخاص از همه حقوق مالکانه برخوردار خواهند بود و به عبارت بهتر، تعلل شهرداری نمی‌تواند حقوق اشخاص را محدود سازد.

شعبه ۲۲ بدوی دیوان عدالت اداری به موجب رأی شماره ۱۰۸۲ مورخ ۱۳۹۵/۴/۲۲ چنین تصمیم گرفته است: «نظر به این که قانون‌گذار به منظور رفع بلا تکلیفی مالکین اراضی و املاک واقع در طرح‌های عمومی و عمرانی و تأکید بر اعتبار مالکیت مشروع و قانونی اشخاص و بلا تکلیف نگذاشتن ملک و مالک و حاکمیت قاعده «لا ضرر و لا اضرار فی الاسلام»، به استناد مراتب مذکور، دستگاه تملک‌کننده را مکلف به خرید و تملک و یا ارائه معوض نموده و در صورت استنکاف و یا عدم نیاز مالک یا مالکین کماکان برخوردار از حقوق مالکانه بوده و امتناع شهرداری از صدور پروانه ساختمانی که به حکم بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها در زمره وظایف و تکالیف شهرداری مقرر شده است، و جاهت قانونی ندارد و از آن جا که شاکی دارای سند مالکیت و مطابق ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مالکیت وی بر ملک مورد ادعا دارای اعتبار و محرز است و این که ملک موصوف، مطابق سند، یک قطعه زمین است که مطابق اصل اولیه با کاربری مسکونی است، مگر حسب مصوبه کمیسیون ماده ۵ قانون تأمین جاری نهم، سازه تغییر کاربری داده شود و حسب طرح بازنگری در سال ۱۳۷۲ با کاربری آموزشی لحاظ شده است و آموزش و پرورش در مدت پنج سال مقرر در قانون اصلاح ماده واحده فوق‌الذکر، طرح مصوب را اجرا ننموده و دلیل و مستندی بر پرداخت بها و یا معوض به مالکین ارائه نکرده است. بنا به جهات فوق‌الاشعار و به استناد مواد ۱۰ و ۱۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و منطبق با آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌های ۱۳۸۶/۴/۳۰.۱۹۷، ۴۳۸ و ۱۳۸۶/۶/۲۵.۴۳۷، ۱۳۸۰/۵/۱۴. ۱۳۸۷/۲/۲۵.۴۷، ۱۳۸۶/۴/۲۳.۲۳۸، حکم به ورود شکایت و الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمانی با رعایت ضوابط و مقررات قانونی همانند مجاورین صادر و اعلام می‌نماید.»

بند چهارم. فرآیند و تشریفات تملک

الف. وجود طرح مصوب

در یک طرح اعم از عمرانی یا عمومی یا نظامی حسب مورد باید همه مراحل از شروع تا پایان مشخص و معین شده باشد. هم‌چنین این مراحل باید بر اساس مطالعات و کارهای کارشناسی برنامه‌ریزی شده باشد و با توجه به هدفی که در اجرای طرح دنبال می‌شود، توجیه‌پذیر باشد. افزون بر این، مدت‌ش، مشخص و اعتبار آن نیز باید تعیین شده و به تصویب بالاترین مقام اجرایی رسیده باشد.

ب. تأمین اعتبار

یکی از لوازم اساسی تصویب طرح، پیش‌بینی منابع مالی مورد نیاز برای اجرای طرح است. در بخش پایانی ماده ۱ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸) آمده است: «برای اجرای طرح باید اعتبار آن قبلاً به وسیله دستگاه اجرایی یا از طرف سازمان برنامه و بودجه تأمین شده باشد.» در این صورت، دستگاه اجرایی می‌تواند خریداری و تملک کند.

ج. اطلاع‌رسانی از وجود طرح

تبصره ۲ ماده ۴، تبصره ۳ ماده ۵ و ماده ۸ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸) و نیز تبصره ۴ قانون نحوه تقویم ابنیه، املاک و اراضی مورد نیاز شهرداری‌ها (۱۳۷۰) به لزوم اعلام دستگاه اجرایی اشاره کرده‌اند.

باید توجه داشت که در ایران، اعلام رسمی وجود طرح فقط دو ثمره قانونی دارد:

اول آن‌که تکلیف قانونی برای مالک ایجاد می‌کند که در فرآیند تملک با دستگاه تملک‌کننده همکاری و تعامل داشته باشد و سرانجام به انجام معامله و انتقال رسمی ملک اقدام کند. به هر حال، اقدام نکردن مالک موجب توقف عملیات تملک نمی‌شود.

دوم این‌که این تکلیف را برای دستگاه مجری طرح ایجاد می‌کند که با رعایت قواعد مقرر در قوانین، به تملک و پرداخت غرامت اقدام کند.

د. تشخیص ضرورت اجرای طرح

تشخیص این امر از سوی بالاترین مقام دستگاه اجرایی صورت می‌گیرد. ماده ۲ لایحه قانونی نحوه خرید و تملك اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸) مقرر می‌دارد: «برنامه‌های مذکور در ماده ۱ شامل برنامه‌هایی است که اجرای آن برای امور عمومی و امنیتی دستگاه اجرایی لازم و ضروری باشد. ضرورت اجرای طرح باید به تأیید و تصویب بالاترین مقام دستگاه اجرایی برسد.» هم‌چنین مطابق ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک، «کلیه وزارت خانه‌ها، مؤسسات و سازمان‌ها مکلف می‌باشند در طرح‌های عمومی و عمرانی که ضرورت اجرای آن‌ها توسط وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی با رعایت ضوابط مربوطه تصویب و اعلان شده باشد، طبق قوانین مربوطه اقدام نمایند.» مطابق قوانین یادشده، صرف وجود طرح نمی‌تواند توجیه‌کننده تملك باشد، بلکه می‌بایست ضرورت اجرای طرح نیز به تصویب وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی رسیده باشد.^۱

نتیجه‌گیری

بر اساس قواعد فقهی تسلیط و قاعده ید، مالکیت خصوصی افراد به رسمیت شناخته شده است، اما این حق، استثنائاتی نظیر مصلحت و خیر عمومی دارد. بر این اساس، اگر مصلحت و خیر عمومی اقتضا کند، مالکیت خصوصی محدود می‌شود. در قوانین ایران، معیار سلب و تحدید مالکیت پیش‌بینی نشده است و نظام حقوقی مدوّنی در این خصوص وجود ندارد. به ویژه بعد از انقلاب اسلامی، قوانینی پراکنده تصویب شده است که با هم تعارض دارند و سازمان‌های متولی اجرای این قوانین و مقررات، عملکردهای متفاوت دارند. شهرداری با استفاده از حق حاکمیتی که از سوی ملت به او تفویض می‌گردد، برای تأمین منافع عمومی، کاری انجام می‌دهد که از نظر مصالح همگانی ضرورت دارد. حفظ منابع طبیعی و ثروت‌های عمومی و جلوگیری از تخریب و نابودی ذخایر جنگلی، میّئن این ضرورت است. عمل حاکمیت در ملی کردن اموال، عمل تشریفاتی است یا به تعبیر دیگر، برای آگاهی تمامی اشخاصی که ممکن است در نتیجه انجام آن متضرر گردند، با تشریفاتی همراه است.

۱. فقیه لاریجانی و همکاران، پیشین، صص ۲۲۰-۲۱۸.

با توجه به آن چه گفته شد، در مورد شیوه مقررات‌گذاری و اجرای طرح‌های عمومی می‌توان این گونه برداشت کرد که سنگینی دیدگاه قانون‌گذار بیش‌تر به نفع حقوق عمومی است تا حقوق مالکانه افراد که با توجه به تقدم منافع عمومی و تأمین رفاه اجتماعی بر اقلیت اشخاص، چندان دور از ذهن نیست. با توجه به هدف این مطالعه، نگاهی دقیق‌تر به جایگاه حقوقی این دسته از افراد، لازم و در خور توجه است. به عبارت دیگر، چون توجه به حقوق مالکانه اشخاص و تأکید قوانین اسلامی بر آن بدیهی است، نگارنده، ضعف‌هایی را در خصوص تدوین مقررات پیش‌بینی شده برای حل اختلاف میان دستگاه اجرایی و شخص یا اشخاص مالک برمی‌شمارد، به طوری که در مورد روش غیر توافقی که به وفور شاهد آن هستیم، قانون‌گذار به صورت کامل به حقوق مالکانه اشخاص نپرداخته است و انعطاف کمی دارد. به عبارت دیگر، تمامی راه حل‌های مورد نظر در قالب قیمت‌گذاری و امور مالی خلاصه شده است.

باید گفت که سطح رعایت اصول دادرسی منصفانه در کمیسیون‌های حل اختلاف با اهداف و چشم‌اندازهای نظام حقوقی کشور متناسب نیست. از این رو، کمیسیون‌ها در مقام یک نهاد اداری اختصاصی که در سالیان دور تأسیس و تشکیل گردیده است و فرآیند و آیین رسیدگی آن امروزه پاسخ‌گوی اهمیت موضوعات مطرح در آن نیست. لازم است برای اصلاح و بازنگری در قوانین و مقررات خود با توجه به اصول دادرسی منصفانه و ایجاد عدالت اداری و تضمین حقوق شهروندان در مقابل دستگاه عمومی اقدام کرد تا از این رهگذر، حقوق و دارایی‌های عمومی جامعه نیز به عنوان یک ثروت ملی حفظ گردد.

لازم است رسیدگی در دادگاه‌های اداری، رایگان و بدون پرداخت هزینه دادرسی باشد. این موضوع از چند وجه تحلیل شدنی است:

اول- اصل بر رایگان بودن خدمات عمومی است. بنابراین، برقراری هر استثنایی بر خلاف اصل، نیازمند تصویب آن از سوی مراجع صلاحیت‌دار قانون‌گذاری است.

دوم- دادگاه‌های اداری اصولاً به تعارض میان منافع عمومی و منافع خصوصی رسیدگی می‌کنند. این تعارض نه ناشی از ذی حق نبودن اشخاص خصوصی، بلکه ناشی از الزام در اعمال قدرت عمومی در تفوق منافع عمومی بر منافع خصوصی است.

سوم - رسیدگی اداری، تکمیل فرآیند سازمانی اداره در رسیدگی به وظایف و تکلیف به پاسخ‌گویی در مقابل اشخاص ذی‌نفع است. به دیگر سخن، شأن رسیدگی دادگاه‌های اداری اختصاصی بر خلاف محاکم قضایی، خدمتی مستقل نیست تا نیازمند پرداخت هزینه‌ای مستقل باشد. این در حالی است که مطابق ماده ۱۲ آیین‌نامه اصلاحی آیین‌نامه اجرایی قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده واحده قانون جنگل‌ها و مراتع کشور (۱۳۷۳)، معترض، مکلف است به منظور تأمین بخشی از هزینه‌های رسیدگی به اعتراضات، معادل ۵ درصد ارزش معاملاتی (قیمت منطقه‌ای) اراضی اعتراض‌شده را بر اساس محاسبه اداره منابع طبیعی به حساب معرفی‌شده از سوی اداره منابع طبیعی استان واریز کند.

پیشنهاد می‌شود بر روند غیر تشریفاتی بودن کمیسیون‌های رسیدگی به حل اختلاف تأکید صورت گیرد. الزام به تقدیم اعتراض در فرم‌های مخصوص، غیر تشریفاتی بودن دادرسی را در کمیسیون ماده واحده نقض می‌کند که از جمله مراجع اداری اختصاصی است، در حالی که ضمانت اجرایی برای ارائه نکردن اعتراض در فرم‌های مخصوص در این قانون به صراحت بیان نشده است. می‌توان استنباط کرد تقدیم نکردن اعتراض در فرم‌های مخصوص اصولاً هیچ تکلیفی را برای کمیسیون ماده واحده در رسیدگی ایجاد نمی‌کند. به دیگر سخن، تکلیف این مرجع در رسیدگی به اطلاق وصف اعتراضیه بر مبنای مفهوم و منطوق مقررات و آیین‌نامه اجرایی بر اعتراض اشخاص ذی‌نفع وابسته است.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، تهران: توس، ۱۳۷۰.
۲. رضایی‌زاده، محمدجواد، **حقوق اداری (جلد اول)**، تهران: میزان، ۱۳۸۵.
۳. روحیان، محمدجواد، **تقابل مالکیت خصوصی اشخاص با طرح‌های عمرانی شهرداری (قسمت اول)**، تهران: مؤسسه حقوقی بین‌المللی برهان سعادت، ۱۳۹۱.
۴. زرگوش، مشتاق، **حقوق اداری تملک، شبه‌تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت (جلد اول)**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۵. صدرزاده، افشار، **سلب مالکیت به سبب منافع عمومی**، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۶. محقق داماد، سید مصطفی، **قواعد فقه (بخش مدنی)**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۱.
۷. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری (جلد اول و دوم)**، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۸. واحدانی‌نیا، محمدامین، **مسئولیت مدنی شهرداری در طرح تملک**، تهران: مجد، ۱۳۹۴.

۲. مقاله

۱. امینی، منصور و سید صادق کاشانی، «احترام به حق مالکیت در حقوق اساسی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹، ۱۳۹۶.
۲. پندار، کمال، «بررسی حقوقی مالکیت خصوصی در راستای منافع عمومی»، مجله قانون‌یار، دوره دوم، ۱۳۹۷.
۳. حبیب‌نژاد، سید احمد و همکاران، «اصول حاکم بر جبران خسارت در تملک قانونی املاک از سوی دولت و شهرداری‌ها»، مجله فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره ۱۸، ۱۳۹۸.
۴. حسنونند، محمد و مهدی حسنونند، «واکاوی معیار جبران عادلانه در تملک املاک خصوصی جهت استفاده عمومی توسط دولت»، مجله رأی، دوره هفتم، ۱۳۹۷.

۵. حسینی، یاسر و همکاران، «واکاوی ماهیت حقوقی تملك قهری املاک واقع در طرح‌های عمومی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۴، ۱۳۹۸.
۶. خیرالدین، رضا و همکاران، «تعادل بخشی بین حقوق مالکانه و منافع عمومی در اقدامات نوسازانه شهری (از تعارض منافع تا تعادل حقوق در قوانین سلب و تأمین حقوق مالکانه)»، پژوهش‌های معماری اسلامی، دوره چهارم، شماره ۴، ۱۳۹۵.
۷. صالحی، حسین، «الزامات قانونی دولت و شهرداری در تملك اراضی و املاک»، ماه‌نامه شهرداری‌ها، شماره ۶، ۱۳۸۶.
۸. طباطبایی، سید محمدصادق و احسان صافیان اصفهانی، «ماهیت توافق شهرداری با مالک ملک در راستای اجرای طرح عمرانی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۸، ۱۳۹۱.
۹. علی‌زاده، امیرحسین و محمدباقر پارساپور، «بررسی قضایی فرآیند تملك قهری توسط دستگاه‌های اجرایی در رویه قضایی ایران و انگلیس»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۴، ۱۴۰۰.
۱۰. فقیه لاریجانی، فرهنگ و همکاران، «مرجع و فرآیند تملك اراضی در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال هفتم، شماره ۲۰، ۱۳۹۸.
۱۱. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر، «ده فرمان حقوق عمومی: تأملی درباره اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۱۲. گواهی، زهرا و مریم ثقفی، «مبانی فقهی - حقوقی سلب مالکیت توسط دولت»، مجله اقتصاد و بانک‌داری اسلامی، دوره پنجم، شماره ۱۵، ۱۳۹۵.
۱۳. لعلی سهراب، مسعود و همکاران، «تأملی بر مراجع صلاحیت‌دار و آیین شکلی سلب مالکیت اراضی در حقوق ایران و فرانسه»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، شماره ۹، ۱۴۰۰.
۱۴. میرشفیعی، منصوره‌سادات و همکاران، «احکام تکلیفی تصرف املاک خصوصی در طرح‌های عمرانی شهرداری از منظر فقه اسلام»، مجله حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰.
۱۵. واعظی، سید مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۴.

تضمین آزادی کسب و کار در پرتورویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

علیرضا دبیرنیا^۱، آیت الله جلیلی^۲، احسان موحدی پور^۳

چکیده

آزادی کسب و کار از مصادیق آزادی اقتصادی در هر نظام اقتصادی و حقوقی است که به موجب آن، شهروندان هر جامعه، متناسب با توانایی، تخصص و خلاقیت‌های فردی خویش حق دارند هر کسب و کاری را انتخاب کنند. این حق بنیادین اقتصادی و تکلیف دولت برای تضمین و حمایت از آن در اسناد قانونی و حقوقی از جمله قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قوانین عادی داخلی و اسناد بین‌المللی شناسایی و هنجارسازی شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به منظور احقاق حقوق فردی و اجتماعی، حمایت و تضمین این حق اقتصادی و تحقق اصل حاکمیت قانون، در چارچوب کارویژه ذاتی خود و نظارت قضایی بر تصمیمات عام‌الشمول، آرای متعددی در دعاوی و قضایای مختلف صادر کرده است.

مسئله اصلی، نوع عملکرد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در انجام این وظیفه قانونی است. پرسش این پژوهش آن است که رویه قضایی هیئت عمومی دیوان چگونه اصل آزادی کسب و کار را تضمین کرده است؟ یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی و تحلیلی با نقد دعاوی و آرای قضایی صادرشده همراه است، دلالت بر آن دارد که مهم‌ترین دلایل رسیدگی به قضایا عبارتند از: رعایت اصل صلاحیت صدور مجوز، توجه به اصول حقوق رقابت در صدور مجوزها، خروج موضوعی بعضی مشاغل همانند سردفتری و وکالت از مفهوم کسب و کار که نشانه درک دقیق‌تر و حمایت ویژه دیوان عدالت اداری از این حق اقتصادی نسبت به مراجع مقررات‌گذار یا نهادهای اجرایی است. این وضعیت، راهنمای قضایی برای نهادهای تقنینی و مقررات‌گذار در اعمال و اجرای آزادی کسب و کار و تضمین و حمایت از این حق اقتصادی در معنای واقعی خود است.

کلیدواژه‌ها: آزادی کسب و کار، رویه قضایی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، نظارت.

۱. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران، (نویسنده مسئول)، dr.dabirnia.alireza@gmail.com

۲. گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران، Ayatjalili@yahoo.com

۳. پژوهشگر دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران، ehsanmovahedi1986@gmail.com

مقدمه

تحقق نظم عمومی اقتصادی در اقتصادهای آزاد و رقابتی مستلزم به کارگیری و فراهم سازی همه امکانات عمومی، دولتی و سازوکارهای حقوقی و اقتصادی به منظور به دست آوردن کسب و کار مناسب و متعارف در جامعه است. دولت نیز مکلف است سیاست های اقتصادی و حقوقی خود را برای تحقق این حق ادعای حقوق بشری به کار گیرد. یکی از مهم ترین برنامه ها و تکالیف هر دولتی، ایجاد مستقیم شغل یا فراهم سازی بسترهای لازم اداری و مالی، سیاست گذاری و برنامه ریزی برای تحقق کسب و کار و تصدی به شغل و حرفه متناسب برای شهروندان خود است. به طور کلی، آزادی اقتصادی با توانایی شهروندان یک جامعه برای انجام دادن هر نوع کنش اقتصادی از جمله پیدا کردن کسب و کار و حرفه متناسب با تخصص و خلاقیت های فردی خویش رابطه مستقیم دارد. در همین زمینه، بانک جهانی، استاندارد سهولت و آسانی انجام کسب و کار^۱ را برای ارزیابی قوانین داخلی کشورها از نظر مطلوب بودن قوانین حامی کسب و کار، سادگی قوانین کسب و کار، تضمین و حمایت از مالکیت فردی و خصوصی طراحی و ایجاد کرده است،^۲ به گونه ای که در گزارش های سالانه بانک جهانی، شاخص و رتبه سهولت انجام کسب و کار کشورهای جهان اعلام می شود.^۳ مطلوب بودن قوانین کسب و کار و حمایت از آزادی کسب و کار و حرفه، متناسب با توانایی و خلاقیت های فردی، مقدمه مشارکت بخش خصوصی و رشد و توسعه و تعالی اقتصادی است. آزادی کسب و کار، شاخصی فرعی از مفهوم کلی آزادی اقتصادی است که به موجب آن، توانایی و شایستگی شروع، استمرار و پایان کسب و کار توسط بخش خصوصی را با در نظر گرفتن محدودیت های ایجاد شده از طرف قوانین و مقررات نشان می دهد.^۴ بنابراین، دولت برای تحقق آزادی کسب و کار و در مفهوم عام تر، آزادی اقتصادی باید تمهیدات و تضمین های لازم را برای استفاده عموم مردم از این آزادی فراهم کند.^۵

1. Ease of doing business index.

2. www.worldbank.org/en/programs.

3. www.tradingeconomics.com/iran/ease-of-doing-business.

۴. احمدیان، مریم، گزارش پژوهشی بررسی و نقد شاخص های جهانی آزادی اقتصادی (بنیاد هریتیج و مؤسسه فریزر)، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱۲.

۵. کفاش، ملیکا و محمد صادقی، «بررسی تحلیلی تضمینات آزادی اقتصادی در نظام حقوقی ایران»، نشریه دانش حقوق

این مفهوم از مهم‌ترین حق ادعاهای بشری است که به موجب آن نمی‌توان حق انتخاب کسب و کار و حرفه شهروندان را محدود کرد، بلکه دولت، مکلف به احترام نسبت به این حق اقتصادی است و هر شخصی وفق خلاقیت‌ها و توانایی خود می‌تواند کسب و کاری را برگزیند. این موضوع در چارچوب یک مفهوم حقوق بشری با عنوان «حق بر آزادی کسب و کار» در اسناد بین‌المللی از جمله اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) به عنوان حق ادعای نسل دوم حقوق بشر (حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی) گنجانده شده است، به گونه‌ای که اصل آزادی کسب و کار جزء حق‌های اقتصادی است که تعهد و وظیفه حکومت‌ها برای ایجاد و تحقق آن، نوعی تعهد به وسیله است، نه تعهد به نتیجه. اهمیت و ضرورت این برنامه اقتصادی حتی در مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۸) نیز پیش‌بینی شده است.^۱ یکی از روش‌های دستیابی به عدالت در هر نظام حقوقی، تضمین و حمایت از حقوق بنیادین بشر و شهروندی در نظام قضایی هر کشوری است که در پرتو این حمایت، امنیت قضایی و نظم عمومی اقتصادی شهروندان نیز تحقق خواهد یافت. تضمین و حمایت از حق آزادی کسب و کار و حرفه متناسب مستلزم آن است که همه شهروندان، حق دادخواهی و دسترسی آسان به دادگستری مستقل و کارآمد را برای احقاق حقوق خود داشته باشند. در نظام حقوقی ایران، دیوان عدالت اداری در چارچوب کارویژه ذاتی خود (نظارت قضایی)، تکلیف خود را از طریق کنترل و نظارت بر تصمیم‌های فردی و اقدامات مأموران از طریق شعبه‌های دیوان و کنترل و نظارت بر تصمیم‌ها و مصوبات عام‌الشمول در هیئت عمومی انجام می‌دهد. نوع دوم صلاحیت دیوان که همان کنترل تصمیم‌ها و مصوبات عام‌الشمول از طریق هیئت عمومی است، موضوع این پژوهش است.

بر این اساس، سؤال اصلی پژوهش این است که دیوان عدالت اداری بر مصوبات تحدیدکننده آزادی کسب و کار نظارت قضایی دارد؟ جهات و علل رسیدگی به دعاوی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به منظور حمایت و تضمین آزادی کسب و کار شهروندان در نظام اداری ایران چیست؟ فرضیه مقاله این است که این حق اقتصادی در قانون اساسی ایران همانند و هم‌سو با تحولات اسناد

مالیه، ۱۳۹۸، شماره ۷.

۱. فراهم کردن زمینه مناسب برای بروز خلاقیت متفاوت انسانی، ایجاد کار برای همه، تأمین امکانات مساوی و متناسب، ایجاد کار برای همه و رفع نیازهای ضروری.

بین‌المللی شناسایی شده و دیوان عدالت اداری در راستای کارویژه ذاتی خود، نظارت کافی را به منظور حمایت و تضمین و شناسایی مصادیق و تبیین مفهوم کسب و کار انجام داده است.

در مورد پیشینه و سابقه مرتبط با موضوع پژوهش، مقاله مستقلی راجع به تحلیل آزادی کسب و کار در رویه قضایی و تضمین و حمایت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نقد و تحلیل قضایا و دعاوی مربوط به آن تاکنون انجام نشده است. پژوهش «بررسی اقتصاد مقاومتی در پرتو اصل آزادی کسب و کار»^۱ به رابطه و اثرگذاری سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی بر تحقق اصل آزادی کسب و کار پرداخته است، ولی وجه تمایز پژوهش حاضر با دیگر پژوهش‌ها در این است که شیوه تضمین آزادی کسب و کار و چگونگی نظارت قضایی بر مصوبات اداری در دیوان عدالت اداری بررسی می‌شود.

با توجه به مسئله اصلی، این پژوهش در دو گفتار تنظیم شده که مفهوم آزادی کسب و کار را به صورت مختصر در هنجارهای داخلی و بین‌المللی و ارتباط آن با بازار تبیین و توصیف می‌کند. در ادامه، چگونگی و کیفیت حمایت و تضمین این حق را در پرتو رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با ذکر چند نمونه از آرای هیئت عمومی دیوان نقد و واکاوی خواهیم کرد.

گفتار نخست. مبانی قانونی آزادی کسب و کار

بند نخست. حقوق ایران

حقوق اجتماعی و اقتصادی به طور عام و آزادی کسب و کار به طور خاص، ارضای نیازهای مادی و معنوی افراد را ممکن می‌سازد. در سطوح ملی، قوانین اساسی متفاوت این موضوع را از حقوق ذاتی افراد و ایجابی دولت‌ها برشمرده‌اند. آزادی کسب و کار، پایه فعالیت‌های بازرگانی و حرفه‌ای و یکی از شاخص‌های آزادی اقتصادی در هر نظام اقتصادی است که توانایی تصدی به شغل و کسب و کار دل‌خواه افراد را می‌سجد. این نوع آزادی به معنای آزادی هر شخص حقیقی و حقوقی در انجام دادن هر گونه فعالیت اقتصادی، کار و شغل دل‌خواه خود اعم از پیشه، هنر، صنعت و

۱. احمدی بنی، رسول، فرامرز عطریان و سید محمد مهدی غمامی، «بررسی اقتصاد مقاومتی در پرتو اصل آزادی کسب و کار»، مجله دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۸، شماره ۲۳.

بازرگانی بدون محدودیت است تا دولت و دیگر اشخاص، محدودیتی برای او ایجاد نکنند.^۱ این آزادی، واکنشی در برابر دوره‌ای بود که مشاغل بدون دلیل منطقی، ممنوع بود یا کار، مختص طبقات ممتاز بود و کار اجباری بدون آزادی انتخاب سبب می‌شد افرادی از انسان‌های دیگر سوء استفاده و از آن‌ها بهره‌کشی کنند.^۲ آزادی کسب و کار سه جنبه دارد که شامل آزادی انجام دادن و ایجاد یک فعالیت اقتصادی، آزادی بهره‌برداری و انتخاب شیوه اداره کسب و کار، آزادی توقف یا انجام ندادن فعالیت اقتصادی است.^۳

عده‌ای معتقدند که اصل یا اصولی از قانون اساسی مشروطیت و متمم آن به حقوق و شرایط مربوط به کار و اشتغال تخصیص نیافته است.^۴ با این حال، با دقت در اصول متمم قانون اساسی مشروطیت می‌توان گفت که آزادی کسب و کار، نخستین بار به صورت ضمنی و تلویحی در اصل ۱۸ متمم قانون اساسی مشروطیت،^۵ (مصوب ۱۲۸۵) در سپهر حقوق عمومی ایران پدیدار شد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان بالاترین هنجار حقوقی، نهادهای اقتصادی، اهداف، روش‌ها و ساختار اقتصادی کشور را در بخش مقدمه و اصول مختلف بیان کرده است. در مقدمه قانون اساسی، اقتصاد بر مفاهیم و ارزش‌های کلی و خاصی استوار است که در سیاست‌گذاری، نظام تقنین و اجرایی اثر می‌گذارد. نکته مهم در نظام اقتصادی مندرج در قانون اساسی، حاکمیت قواعد و اصول اسلامی بر اقتصاد است که علت این امر آن است که ضوابط اسلامی، بخشی از تاریخ حقوق و اقتصاد ایران است و آزادی کسب و کار و تجارت نیز از اقتصادی اثر می‌پذیرد که در حقوق اسلامی ریشه دارد.^۶

۱. عباسی، بیژن، *حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین (سه نسل حقوق بشر در اسلام، ایران و اسناد بین‌الملل و منطقه‌ای)*، چاپ دوم، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۳۰۸.

۲. ویژه، محمدرضا، *کلیات حقوق اساسی*، تهران: سمت، ۱۳۹۸، ص ۱۵۰؛ قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چاپ پنجاه و سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۱۵۶.

۳. عباسی، پیشین، ص ۳۱۳.

۴. عراقی، سید عزت‌الله، *حقوق کار (جلد یکم)*، تهران: سمت، ۱۳۹۶، ص ۸۹.

۵. «تحصیل و تعلیم علوم و معارف و صنایع آزاد است، مگر آن چه شرعاً ممنوع باشد».

۶. شیروی، عبدالحسین، *حقوق اقتصادی*، چاپ یکم، تهران: سمت، ۱۳۹۹، ص ۱۴۸.

در مقدمه قانون اساسی و ذیل بخش «اقتصاد، وسیله است، نه هدف»، وظیفه حکومت، برنامه‌ریزی برای رفع نیازهای ضروری با هدف استمرار حرکت تکاملی انسان و تحقق عدالت اقتصادی، «تأمین امکانات مساوی و متناسب و ایجاد کار برای همه افراد» دانسته شده تا «روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه» محقق شود که در صدر مقدمه قانون اساسی آمده است. اصول قانون اساسی در تمامی مواردی که به آزادی‌های فردی مانند آزادی اشتغال و کسب و کار مربوط می‌شوند، ضمن شناسایی و تأکید بر حقوق اشخاص، به ضرورت و حفظ رعایت این حقوق توسط جامعه و محدود بودن این حقوق به قوانین شرع و کشور و لزوم تأمین مصالح همگان نیز اشاره می‌کند.^۱ دولت ایران در بندهای هشتم،^۲ نهم^۳ و دوازدهم^۴ اصل سوم قانون اساسی، به تمهید همه امکانات برای رسیدن به این اهداف مهم موظف شده است.

از اهداف اقتصادی یادشده در اصل سوم قانون اساسی می‌توان استنباط کرد که حق‌های اقتصادی و به طور ویژه، حق آزادی کسب و کار جزء حق‌ادعاهای نسل دوم حقوق بشر طبقه بندی می‌شوند که تعهد و تکلیف دولت نسبت به آن از نوع تعهد به وسیله است.^۵ بنابراین، دولت با توجه به محدودیت‌های ناشی از کمبود امکانات مادی و معنوی، موظف است همه امکانات مادی و معنوی از قبیل قانون‌گذاری، سیاست‌گذاری و امور اجرایی خود را در راستای تحقق و تدارک محتوای این حق بنیادین به کار ببندد. اصل آزادی کسب و کار به صورت خاص در اصل ۲۸ قانون اساسی^۶ به عنوان اصلی مستقل نیز شناسایی و معرفی شده است. آزادی کسب و کار در اسناد داخلی و بین‌المللی پذیرفته شده است، ولی محدودیت‌ها و موانع حقوقی و اخلاقی شامل مشروعیت کسب و

۱. محقق، محمدجواد، «نظام اقتصادی از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه معرفت، سال ۱۳۸۴، شماره ۸۹، ص ۹۳.

۲. «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش».

۳. «ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی».

۴. «پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه کار».

۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر: درآمدی بر مباحث نظری (مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)، چاپ ششم، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۸، ص ۴۵.

۶. «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند».

کار، موافق بودن با ارزش‌های جامعه، اخلاق حسنه و نظم عمومی و اقتصاد سالم است.^۱ بند چهارم از اصل ۴۳ قانون اساسی، «رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری» را از ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی ایران برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه‌کن کردن فقر، محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، با حفظ آزادی او دانسته است. اصل ۴۶ قانون اساسی نیز به طور ضمنی، درآمدهای ناشی از کسب و کار مشروع را در مالکیت دارنده کسب و کار دانسته و گفته است اشخاص حق ندارند آزادی کسب و کار و اشتغال دیگران را به واسطه کسب و کار خود تحدید کنند.

به استناد ماده ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۸)، تسهیل، ساده‌سازی و حداقلی کردن شرایط و مدت زمان صدور و تمدید مجوز کسب و کار برای سرمایه‌گذاری توسط مراجع صدور مجوز کسب و کار الزامی است. برای کاهش دخالت‌های دولت از نظر وضع مقررات دست‌وپاگیر در مورد کسب و کارهای اقتصادی و تعدیل و کاهش موانع حقوقی حضور مردم در فعالیت‌های اقتصادی و تصدی به کسب و کار مورد دل‌خواه و در راستای نظارت بر مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار نیز «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار» پیش‌بینی شده است. مهم‌ترین وظایف این هیئت در ماده ۷ و تبصره‌های ذیل آن شرح داده شده است.

در بند (ث) ماده ۱ قانون بهبود مستمر فضای کسب و کار (۱۳۹۰) نیز کسب و کار را «هر نوع فعالیت تکرارشونده و مشروع اقتصادی از قبیل تولید، خرید و فروش کالا و خدمات به قصد کسب منافع اقتصادی» تعریف کرده است. این تعریف شامل بعضی از مشاغل خدمات‌دهنده مرتبط با امور حاکمیتی مانند تصدی به سردفتری یا وکالت نیز می‌شود و از این نظر که کسب و کار با توجه به مدلول و منطوق مواد نخستین قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی صرفاً مربوط به مشاغل بازار (تولید، توزیع و خدمات) است، قابل نقد است. بنابراین، می‌توان گفت که مفهوم کسب و کار شامل صنوف و مشاغلی است که در فرآیند بازار، مستقیم و غیر مستقیم نقش دارند. قانون‌گذار اساسی و عادی نسبت به آزادی کسب و کار بی‌توجه نبوده و کسب و کار مشروع و قانونی را شناسایی کرده‌اند و اشخاص حقیقی و حقوقی آزادند که کسب و کار مورد علاقه خود را برگزینند.

۱. قاضی شریعت‌پناهی، پیشین، ص ۱۵۷.

بند دوم. اسناد بین‌المللی

حق بر کار و به تبع آن، آزادی کسب و کار، یک حق اساسی بشری است که وجود آن به عنوان بخشی ذاتی از کرامت انسانی برای افراد در هر سنی و برای تحقق دیگر حق‌های بشری ضروری است.^۱ «کار» در ادبیات حقوق بشر به معنای انجام دادن فعالیت‌هایی است که نیازهایی را برطرف می‌کند و خدماتی به جامعه ارائه می‌دهد و از این نظر، معنایی فراتر از معنای انجام دادن عمل در مقابل دست‌مزد دارد.^۲ حق بر کسب و کار آزادانه از جمله حقوق اقتصادی و رفاهی است و در ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، مفهوم حق کار آزادانه و شرافت‌مندانه و متناسب با خلاقیت فردی، حمایت از شخص در برابر کاری که انجام می‌دهد، بر پایه کرامت شخص و خانواده‌اش بیان شده است.

در بند یکم از ماده اول منشور اجتماعی اروپا (۱۹۶۱) که قلمرو این سند بین‌المللی، حقوق اجتماعی شامل حقوق کار، تأمین اجتماعی و حمایت‌های اجتماعی است،^۳ با بیان این که «هر کسی باید امکان امرار معاش را به واسطه شغلی دارا باشد که آزادانه کسب می‌کند»، بر بنیادین بودن این حق تأکید کرده است. در ماده ۱۳ اعلامیه حقوق بشر اسلامی قاهره (۱۹۹۰)^۴ نیز آزادی کسب و کار و شغل در بستر جهان بینی اسلامی شناسایی شد. ماده ۸ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۶ دسامبر ۱۹۶۶) بر حقوق انسانی کار شامل ممنوعیت کار اجباری، بندگی و بردگی تصریح کرده^۵ و ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۶ دسامبر ۱۹۶۶) نیز حق کسب و کار و آزادی فرصت‌های شغلی را به رسمیت شناخته است.

ممنوعیت کار اجباری که از جلوه‌های آزادی کسب و کار است، به طور خاص‌تر در ماده‌های اول

1. Darraj, Susan Muaddi. *The Universal Declaration of Human Right*, New York: Infobase Publishing, 2010, p. 24.

۲. پروین، خیرالله، *حقوق بشر از نظر تا عمل*، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۳۵۲.

۳. مرادزاده، حسن و زهرالسادات نواب‌زاده شهریابی، «منشور اجتماعی اروپایی، بازبینی شده مصوب ۳ می ۱۹۹۶»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره بیست و ششم، شماره ۴۰، ص ۳۷۷.

۴. «کار، حقی است که باید دولت و جامعه برای هر کسی که قادر به انجام آن است، تضمین کند. هر انسانی آزادی انتخاب کار شایسته را دارد، به گونه‌ای که هم مصلحت خود و هم مصلحت جامعه برآورده شود».

۵. «۱. هیچ‌کس را نمی‌توان در بردگی نگاه داشت. بردگی و فروش برده به هر نحوی از انحاء ممنوع است. ۲. هیچ‌کس را نمی‌توان در بندگی (غلامی) نگاه داشت. ۳. هیچ‌کس به انجام اعمال شاقه یا کار اجباری وادار نخواهد شد».

تا چهارم قانون مربوط به الحاق دولت ایران به مقاوله‌نامه بین‌المللی شماره ۲۹ راجع به لغو کار اجباری^۱ (مصوب ۲۸ اسفند ۱۳۳۵) در حقوق موضوعه ایران قانون‌گذاری شده است. قانون اجازه الحاق دولت ایران به مقاوله‌نامه بین‌المللی شماره ۱۰۵ در خصوص منع کار اجباری^۲ (مصوب ۷ دی ۱۳۳۷) نیز با جزئیات و تفصیل بیش‌تر به مخالفت با کار اجباری می‌پردازد.

حق‌های نسل دوم را اگر حق ادعا تلقی کنیم، جزء حقوق مثبت و مستلزم مداخله و حمایت دولت و تعهد به انجام عملی از سوی دولت است.^۳ پس وظیفه دولت در قالب طراحی سیاست‌های اشتغال مناسب در برنامه‌های توسعه، قوانین و مقررات، با هدف مبارزه با فقر، تعادل اقتصادی و عدالت اجتماعی نمود پیدا می‌کند.^۴ به سخن دیگر، تحقق و تکلیف دولت‌ها برای اعمال این حق ادعاهای نسل دوم، مقید به امکانات موجود است (تعهد به وسیله). این تکلیف در قسمت اخیر ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به صراحت بیان شده است. حقوق مندرج در این میثاق بر ماهیت برنامه‌ای آن‌ها و وابستگی داشتن به اقدامات و منابع مثبت دولت تأکید دارد.^۵

در ادامه روند تحولات کار و مفهوم کسب و کار، در نشست هشتاد و هفتم سازمان بین‌المللی کار در ژنو سوئیس (۱۹۹۹)، دبیرکل وقت این سازمان، مفهوم «کار شایسته»^۶ را با تأکید بر حقوق اولیه بشر مطرح کرد. یکی از محورهای مهم «کار شایسته»، آزادی کار و منع کار اجباری است.^۷ آزادی کار را می‌توان رکن ماهوی کار شایسته تلقی کرد و در همین راستا، سیاست‌های استخدام و تصدی به

۱. «مقامات صلاحیت‌دار نباید اجازه بدهند کار اجباری به نفع افراد یا شرکت‌ها و شخصیت‌های حقوقی تحمیل شود یا خود چنین کاری را به نفع خود تحمیل نمایند».

۲. «هر یک از کشورهای عضو سازمان بین‌المللی کار که به این مقاوله‌نامه ملحق می‌شوند، موظفند از کار اجباری به هر صورتی که باشد، جلوگیری نموده، از مبادرت به استفاده از هر گونه کار اجباری... خودداری نمایند».

۳. قاری سیدفاطمی، پیشین، ص ۴۹.

۴. عراقی، سید عزت‌الله و امیرحسین رنجبریان، تحول حقوق بین‌المللی کار، چاپ یکم، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۹۱، ص ۲۴۴.

5. Chirwa, D. M., *The Universal Declaration of Human Rights, economic, social and cultural rights and human rights discourse. In Contemporary Human Rights Challenge*, Routledge, 2018, pp. 183-193.

6. Decent Work.

۷. هاشمی، سید محمد، حقوق کار، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۶۲.

مشاغل و کسب و کارها و بیمه بی‌کاری برای کسانی که فرصت و امکانات لازم برای به دست آوردن شغلی را ندارند، از جلوه‌های تضمین کار شایسته است. این مفهوم نخستین بار در ماده ۱۰۱ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و با تأکید بر گفتمان و راهبرد سه‌جانبه‌گرایی «عزت نفس، برابری فرصت‌ها، آزادی و امنیت نیروی کار» در حقوق موضوعه ایران پا به عرصه وجود نهاد. سند ملی «کار شایسته» در ۱۳۹۸/۲/۲۹ به تصویب هیئت وزیران رسید و در آن بر «فراهم نمودن فرصت‌های اشتغال برابر به منظور تحقق استاندارد زندگی شرافت‌مندانه و توسعه اقتصادی و اجتماعی» تأکید شد.

گفتار دوم. آزادی کسب و کار در رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

سازوکارهای متنوعی در کشورهای مختلف دنیا با هدف حمایت و تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و جمعی پیش‌بینی شده است. به همین منظور، دادرسی اداری و نظارت بر اجرای درست قانون در نظام‌های حقوقی به عنوان یکی از مهم‌ترین راه‌کارهای تحقق آزادی و حاکمیت قانون شناسایی و معرفی شده است. به استناد اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قوه قضاییه به عنوان «قوه‌ای مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت» است، وظیفه و تکلیف «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» را در سپهر حقوق عمومی ایران بر عهده دارد. به طور خاص، در نظام قضایی ایران، دیوان عدالت اداری به منظور حمایت و صیانت از حقوق شهروندی و آزادی‌های بنیادین وفق اصل ۱۷۳ قانون اساسی^۱ پیش‌بینی شده است. رویکرد نظارت قضایی و دادرسی اداری در دیوان عدالت اداری، ارتقا و تضمین آزادی‌های فردی و جمعی و صیانت از حقوق شهروندی در چارچوب قانون اساسی و قوانین موضوعه است. با تأمل در آرای قضایی صادرشده از سوی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در زمینه صیانت از آزادی اقتصادی و به صورت ویژه، آزادی کسب و کار می‌توان به حمایت مطلوب دیوان از موارد تظلم‌خواهی در زمینه آزادی کسب و کار پی برد.

۱. «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها با آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها».

بند نخست. مغایرت اشباع بازار با آزادی کسب و کار

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۵۱۰۰۹۰۹۰۵۸۰۰۸۰۷ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ مربوط به پرونده کلاسه ۹۴۰۱۰۲۳، به خواسته شکایت از بخش نامه شماره ۲۱۷۱۳۰ / ۱۳۹۳/۱۰/۲۰ معاون توسعه بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت با این استدلال که «صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل اشباع بودن بازار از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند»، این تصمیم اداری (بخش نامه) را چنین ابطال کرد: «مطابق تبصره ۲ ماده ۷ اصلاح قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۹۳/۴/۱ مقرر شده است که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار دریافت و بررسی کنند و صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند. در بخش نامه شماره ۱۳۹۳/۱۰/۲۰۶۰/۲۱۷۱۳۰ معاون توسعه بازرگانی داخلی وزارت صنعت، معدن و تجارت از صدور مجوز برای ناوایی‌های جدید خودداری شده است. این بخش نامه، مغایر صریح حکم قانونی فوق‌الذکر است... و ابطال می‌شود».

در این پرونده، شاکي، درخواست مجوز ناوایی آزادپزی بدون استفاده از آرد سهمیه‌ای را از اتحادیه صنف ناوایان کرده است. اتحادیه، مجوز لازم را صادر نمی‌کند و درخواست‌کننده از کسب و کار و شغلی که در تخصص و خلاقیت فردی اوست، محروم می‌ماند. اشباع و شلوغی صف دریافت مجوزهای کسب و کار، یکی از موانع اصلی و عمده تصدّی کسب و کارهای صنفی و تجاری در نظام حقوقی و اقتصادی ایران است، به گونه‌ای که مراجع اداری و عمومی با همین استدلال و با سوء استفاده از اختیارات اعطایی از طرف قانون و بدون توجه به بنیادهای حقوق عمومی و آزادی اقتصادی، مجوز و پروانه کسب و کار را برای درخواست‌کننده صادر نمی‌کنند. این در حالی است که طبق اصل تطبیق سلسله‌مراتب هنجاری فرودست با هنجارهای حقوقی فرادست که نتیجه اصل حاکمیت قانون است، قوانین و مقررات پایین‌دست از نظر محتوا و ماهیت نباید ناسخ و ناقض قواعد و اصول مندرج در قانون اساسی یا قانون عادی به عنوان هنجارهای برتر باشند.

بهبود و ارتقای محیط کسب و کار و به طور اخص، حذف موانع حقوقی و اداری کسب و کار، یکی از مهم‌ترین شاخص‌های توسعه اقتصادی و به طور ویژه، احترام به آزادی کسب و کار است. این حق رفاهی در اصل ۲۸، بند سوم اصل ۴۳ بیان شده است. بند ۱۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نیز یکی از ویژگی‌های مفهوم رقابت را بیان کرده است.^۱ وجود انحصار در بازار (کسب و کار)، نارضایتی اجتماعی و کاهش رفاه را به همراه دارد.^۲ به عبارت دیگر، یکی از مهم‌ترین اهداف رقابت و وجود آزادی کسب و کار، جلوگیری از انحصارگرایی در بازار، بروز خلایق‌های فردی، افزایش کمی و کیفی تولید و خدمات در بازار است که به واسطه آن، سهم کسب و کارهای خرد و کوچک در رشد و توسعه اقتصادی آشکار می‌شود.

در تأیید مقدمات و استدلال‌های اشاره‌شده و در راستای اصل تساوی حقوق قانونی زن و مرد و آزادی کسب و کار مندرج در اصول قانون اساسی ایران، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۶۹/۱۲۱ پرونده کلاسه ۶۹۰۰۰۳۵ مورخ ۱۳۶۹/۰۴/۱۴، بند ۸ مصوبه (صورت جلسه) شماره ۱۰۹۱۲ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۳ «کمیته نظارت بر امور صنفی شهرستان ملایر» مبنی بر ابطال جواز کسب بانوان را به علت این‌که همسرانشان، شاغلند، مغایر با اصل ۳، ۲۲ و ۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی و خارج از اختیارات و صلاحیت قوه مجریه دانسته و حکم به ابطال مصوبه صادر کرده است. بنابراین، به استناد آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری که به درستی نیز صادر شده‌اند، مراجع صالح صدور مجوز کسب و کار در بازار نمی‌توانند به عذر و بهانه شلوغی صنف مورد نظر، اشباع بازار و صف زیاد درخواست‌کنندگان پروانه و مجوز، شاغل بودن همسران، مانع کسب و کارهای صنفی و تجاری شوند؛ چون آزادی کسب و کارهای یادشده منجر به رقابت در خدمات‌رسانی، تولید، بهبود کیفیت و حفظ حقوق مصرف‌کننده می‌شود.

بند دوم. مغایرت داشتن صادر نکردن مجوز کسب و کار با حقوق رقابت

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۰۵۲ مورخ ۱۳۹۸/۶/۵ به خواسته شکایت از جدول (الف) ماده چهارم شاخص جمعیت آیین‌نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها با این

۱. «هیچ یک از تولیدکنندگان، خریداران و فروشندگان... برای ورود بنگاه‌ها به بازار یا خروج از آن، محدودیتی وجود نداشته باشد».

۲. حسنوند، محسن، «حقوق عمومی اقتصادی: انحصارات دولتی در ایران»، مجله راهبرد، سال ۱۳۸۸، شماره ۵۰، ص ۲۸.

استدلال که «مجوز کسب و کار، شامل پروانه تأسیس داروخانه‌ها نیز می‌شود و امتناع از صدور مجوز کسب و کار به دلیل اشباع بودن بازار مغایر با رویه‌های ضد رقابتی مورد نظر مقنن است»، این تصمیم اداری را چنین ابطال کرده است: «با عنایت به مفاد دادنامه شماره ۲۰۴۷.۲۰۴۹ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۳ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، از آن‌جا که عموم و اطلاق تعریف مندرج در ماده ۱ قانون اصلاح مواد ۱، ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۹۳، لفظ «مجوز کسب و کار»، شامل پروانه‌های تأسیس داروخانه‌ها می‌شود، طبق تبصره ۲ ذیل ماده ۷ قانون اخیرالذکر، صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند. بنابراین، جدول (الف) ماده ۴ آیین‌نامه مورد اعتراض به لحاظ تحمیل شرایطی مغایر با رویه‌های ضد رقابتی مورد نظر مقنن، خلاف قانون است».

آزادی کسب و کار باعث ایجاد رقابت در بازار می‌شود و رقابت، حق انتخاب در خرید را در پی خواهد داشت که در نهایت، باعث تعادل در بازار خواهد شد.^۱ در تحلیل رأی صادرشده می‌توان گفت که مفهوم کسب و کار در بند (ث) ماده ۱ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار تعریف شده است.^۲ به موجب ماده ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی^۳ نیز افراد حقیقی و حقوقی می‌توانند از مراجع مربوط به صنف و شغل خودشان، با رعایت شرایط قانون، صدور مجوز را درخواست کنند. مراجع صدور مجوز نیز حق ندارند بدون دلیل قانونی از صدور مجوز خودداری کنند. ممنوعیت صدور مجوز کسب و کار طبق اصل ۲۸ قانون اساسی مقید به این است که شغل درخواستی با «اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران»، مخالف باشد. این در حالی است که نظام بوروکراسی به آسانی و بدون دغدغه پاسخ‌گویی، احکام قانونی و مصوبات نهادهای مربوط را نادیده می‌گیرد و رویه‌ای را ملاک عمل قرار می‌دهد که خود آن را صحیح، قانونی و در حوزه اختیاراتش می‌پندارد.^۴

۱. احمدی بنی، عطریان و غمامی، صص ۱۱۳، ۱۱۲.

۲. «به هر نوع فعالیت تکرارشونده و مشروع اقتصادی از قبیل تولید، خرید و فروش کالا و خدمات به قصد کسب منافع اقتصادی».

۳. «به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب و کار موظفند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب و کار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب و کار در صورت ارائه مدارک مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند».

۴. مرکزالمیری، احمد، «مجوززدایی به مثابه مقررات‌زدایی: تحلیل مفهومی مقررات‌زدایی در ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹، دوره بیست و هفتم، شماره ۱۰۴، ص ۲۰۶.

حسب سیاست‌های کلی سلامت (۱۳۹۳/۱/۱۸)، مصوب مقام رهبری) و بند (الف) ماده ۷۲ قانون برنامه ششم توسعه، تولید نظام سلامت شامل سیاست‌گذاری‌های اجرایی، برنامه‌ریزی‌های راهبردی، ارزش‌یابی و نظارت بر عهده وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی قرار دارد. در این میان، تعیین شرایط تأسیس داروخانه‌ها به عنوان یکی از مراکز ارائه‌دهنده خدمات و فروش دارو و ملزومات درمان نمی‌تواند در تضاد با اصول حاکم بر بازار، حقوق رقابت و آزادی کسب و کار باشد. بنابراین، برای نظارت و کنترل مطلوب و تضمین این حق بنیادین که مقدمه توسعه اقتصادی است، «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار» در تبصره ۳ ماده ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی به منظور تسهیل مراحل صدور مجوز کسب و کار و تقلیل هزینه‌ها در ایران پیش‌بینی شده است. با این وجود، هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۱۴۰۰/۰۶/۳۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۹/۰۶، سامان‌دهی تعداد نانوائی‌ها به نسبت جمعیت هر منطقه را بر اساس نظریه شماره ۱۰۲۶۷۸۴ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۲۰ فقهای شورای نگهبان^۱، نوعی تنظیم‌گری امور صنف نانوائی، جلوگیری از تأمین نشدن مایحتاج روزمره مردم و نظارت بر حسن اجرای قانون در تخصیص کالای یارانه‌ای دانسته است.

بند سوم. رعایت اصل صلاحیت صدور مجوز در پایگاه اطلاع‌رسانی کسب و کار

دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۸۶۱ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با این موضوع که شعب دیوان عدالت اداری در خواسته الزام به صدور مجوز تاکسی‌رانی، آرای متفاوتی صادر کرده‌اند، تعارض در آرای صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری را محرز دانسته است. سپس استدلال کرده است که «صدور مجوز تاکسی‌رانی با شهرداری است و این امر، منصرف از صلاحیت سایر مراجع من جمله شورای اسلامی شهر است. شهرداری نمی‌تواند به بهانه اشباع بودن بازار از صدور پروانه خودداری کند. بنابراین، دادنامه شماره ۷۶ - ۱۳۹۶/۱۱/۱۴ شعبه ۶ بدوی که به موجب دادنامه شماره ۱۳۹۷/۳/۱۱۳۰۰ شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری تأیید شده، از جهت تعیین شهرداری و الزام این مرجع به صدور پروانه تاکسی‌رانی، مطابق قانون صحیح و موافق مقررات است».

۱. «ایجاد محدودیت‌های شغلی بر اساس مصالح ملزمه توسط مصادر صالح فی نفسه خلاف شرع نمی‌باشد و تشخیص قانونی بودن بخش‌نامه بر عهده مراجع صالح است».

در رأی وحدت رویه یادشده چنین آمده است:

«**اول:** مطابق قانون الحاق یک تبصره به ماده واحده قانون راجع به تمرکز امور مربوط به تاکسی‌رانی شهر تهران زیر نظر شهرداری تهران، مصوب ۱۳۵۹/۳/۲۸ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران، امور تاکسی‌رانی سایر شهرهای کشور ناظر به انواع سرویس‌های تاکسی شهری توسط شهرداری‌های مربوط اداره خواهد شد. مطابق ماده ۹ قانون توسعه حمل و نقل عمومی و مدیریت مصرف سوخت، مصوب ۱۳۸۶/۹/۱۸ با آخرین اصلاحات تا تاریخ ۱۳۹۶/۲/۲۰، مدیریت حمل و نقل بار و مسافر در محدوده شهر و حومه آن به عهده شهرداری است.

دوم: مطابق ماده ۴ آیین‌نامه قانون الحاق یک تبصره به ماده واحده قانون راجع به تمرکز امور مربوط به تاکسی‌رانی شهر تهران زیر نظر شهرداری تهران، مصوب ۱۳۵۹/۳/۲۸ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران (مصوب سال ۱۳۷۴)، پروانه اشتغال به حمل و نقل عمومی مسافر درون‌شهری با تاکسی توسط شهرداری صادر می‌شود.

سوم: مطابق تبصره ۲ ماده ۵ آیین‌نامه پیش‌گفته، تعداد پروانه تاکسی‌رانی و پروانه بهره‌برداری از امتیاز سرویس‌های تاکسی شهری در هر شهر با رعایت ضوابط مصوب شورای عالی ترافیک توسط شهرداری تعیین می‌شود.

چهارم: مطابق ماده ۳ قانون اصلاح مواد ۱، ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب سال ۱۳۹۳، به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب و کار موظفند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب و کار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب و کار در صورت ارائه مدارک مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب و کار، توسط «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار» تعیین و در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور اعلام می‌شود. هم‌چنین مطابق تبصره ۲ ماده ۳ قانون یادشده، هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظفند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور دریافت و بررسی کنند. صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار»، از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند.

با عنایت به مراتب مذکور، نظر به این که صدور مجوز تاکسی رانی با شهرداری است و این امر، منصرف از صلاحیت سایر مراجع از جمله شورای اسلامی شهر است و هم چنین شهرداری نمی تواند به بهانه اشباع بودن بازار از صدور پروانه خودداری کند، بنابراین، دادنامه شماره ۱۳۹۶/۱۱/۱۴۰۳۸۷۶ شعبه ۶ بدوی که به موجب دادنامه شماره ۱۳۹۷/۳/۱۰۱۳۰۰ شعبه ۳ تجدیدنظر دیوان عدالت اداری تأیید شده، از جهت تعیین شهرداری و الزام این مرجع به صدور پروانه تاکسی رانی، مطابق قانون صحیح و موافق مقررات است».

اصل صلاحیت^۱، یکی از اصول مهم حقوق عمومی است که به موجب آن، هر سازمان یا مقام اداری و عمومی باید در چارچوب صلاحیتی اقدام و فعالیت کند که قانون گذار مشخص کرده است.^۲ به عبارت دیگر، در راستای کنترل و مهار قدرت و با توجه به این که صلاحیت سازمان و مقام اداری، نامحدود و مطلق نیست، هر گونه تصمیم یا اقدام مقامات عمومی و دولتی باید در چارچوب صلاحیت و اختیارات تفویضی قانون باشد. بنابراین، اصل بر نداشتن صلاحیت و اختیار مقام اداری در تصمیم گیری ها و اقدامات اداری است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۲۲۰ مورخ ۱۳۹۷/۰۴/۱۹ به استناد بند (۱) ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲) و اصل صلاحیت، شکایت شاکی با خواسته الزام مرکز امور مشاوران حقوقی قوه قضاییه را به ثبت نام در سامانه کسب و کار وزارت امور اقتصادی و دارایی و الزام وزارت امور اقتصادی و دارایی به ثبت اصل پروانه وکالت مرکز امور مشاوران حقوقی در سامانه کسب و کار را قابل رسیدگی و تصمیم گیری در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ندانسته و آن را برای رسیدگی به شعبه دیوان عدالت اداری ارسال کرده است.

با حاکمیت اصل مستند و مستدل بودن تصمیمات قضایی و اداری، در فرآیند تصمیم گیری اداری به ویژه در مراجع اختصاصی اداری، احراز و شناسایی صلاحیت و اختیار برخاسته از قانون و مقررات موضوعه الزام آور است. کسب و کارها و صدور مجوزهای شغلی و صنفی نیز برای شروع و ادامه

1. Competence.

۲. مشهدی، علی، فرهنگ اصطلاحات حقوق اداری، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۸۹؛ پتفت، آرین و احمد مرکزمالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی های قضایی، چاپ دوم، تهران: قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۸۲.

حیات اقتصادی خود به مقدماتی ضروری مثل حاکمیت قانون نیازمندند. مفهوم مجوز کسب و کار طبق بند ۲۱ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، هر نوع اجازه کتبی برای «شروع، ادامه، توسعه یا بهره‌برداری فعالیت اقتصادی» است که دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون محاسبات عمومی و نظیر آن به صورت مستقیم یا غیر مستقیم صادر می‌کنند. صلاحیت‌ها و اختیارات شوراهای شهر و روستا نیز در قانون پیش‌بینی شده است. شوراهای اسلامی شهر و روستا نمی‌توانند به بهانه نظارت مالی و اداری بر شهرداری‌ها، برای خودشان صلاحیت‌سازی کنند و اختیار صدور مجوز را برای کسب و کارهای مردم به صورت غیر قانونی و بر خلاف اصل آزادی و کسب و کار وضع کنند.

بند چهارم. خروج موضوعی برخی مشاغل از مفهوم کسب و کار

الف) تصدی به سردفتری

دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۷۶۸ مورخ ۱۳۹۹/۱۱/۲۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد شکایت از بندهای ۱ و ۲ مصوبه جلسه سی و سوم مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۲ هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار، با این استدلال^۱ بر خروج موضوعی شغل سردفتری از شمول قوانین کسب و کار تأکید کرده است:

«نخست این‌که غرض قانون‌گذار از تصویب قانون اصلاح مواد یک، شش و هفت قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب ۱۳۹۳/۴/۱ تسهیل سرمایه‌گذاری از طریق ساده کردن و تسهیل شرایط و فرآیندهای صدور یا تمدید مجوزهای کسب و کار است.

دوم این‌که اگرچه فعالیت در کسب و کارهای موضوع این قانون، مستلزم صدور مجوز، موافقت‌نامه، پروانه یا عناوین مشابه است، اما هر شغل و فعالیتی که به مجوز نیاز داشته باشد، لزوماً از قبیل کسب و کارهای موضوع ماده سه قانون مذکور نیست. به کارگیری عبارت «بنگاه‌های اقتصادی» و

۱. «تکلیف سازمان ثبت اسناد و املاک به تعیین شرایط احراز صلاحیت سردفتری و بارگذاری اطلاعات صدور مجوز سردفتری در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار به دلیل خروج عنوان سردفتری از کسب و کار، هم‌چنین غیر نافذ اعلام کردن (حکم) ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی به ادعای نسخ به این دلیل که احراز و یا اعمال نسخ قانون صرفاً در صلاحیت مرجع قضایی و یا قانون‌گذار است، مغایر با قانون و خارج از حدود اختیارات هیئت مقررات‌زدایی است».

«بازار» و استفاده از کلماتی هم چون احتکار، قیمت‌های تهاجمی، تبعیض در شرایط برابر، محدود کردن یا تحت کنترل درآوردن قیمت، مشخص کردن قیمت‌های خرید و... در بسیاری از مواد قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و قانون اصلاح مواد یک، شش و هفت قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، دلالت بر خروج موضوعی مقوله سردفتری از شمول قوانین مورد اشاره دارد.

سوم این که هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۲۷۵۰ الی ۲۷۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱۹ با موضوع ابطال بند ۳ مصوبه ۱۳۹۷/۲/۱۵.۸۰/۴۳۲ هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوز کسب و کار (از جمله در خصوص پروانه وکالت) تصریح کرده است: «در مواردی که مقنن در قوانین عادی، شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب و کار را تعیین کرده، هیئت مذکور صلاحیت اقدام ندارد...» و بر همین اساس، امور مربوط به وکالت و مشاوره حقوقی را از مصادیق تسهیل سرمایه‌گذاری به شمار نیاورده و وظیفه این هیئت را صرفاً تسهیل صدور مجوز کسب و کار در مقررات مادون قانون اعلام کرده و بر همین اساس، مقرر متضمن لزوم بارگذاری اطلاعات صدور پروانه وکالت در سامانه اطلاع‌رسانی را ابطال کرده است.

از سوی دیگر، ماهیت و نوع خدمات ارائه‌شده از قبیل مصادیق تسهیل سرمایه‌گذاری نیست، بلکه از جنس خدمات حاکمیتی و مرتبط با امر قضا شمرده می‌شود. مخصوصاً این که مطابق ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی، اقدام به افزایش این دفاتر با پیشنهاد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و تصویب وزارت دادگستری (در حال حاضر، رییس قوه قضاییه) امکان‌پذیر است. بنابراین، بند یک مصوبه مورد اعتراض مبنی بر تکلیف سازمان ثبت اسناد و املاک به تعیین شرایط احراز صلاحیت برای دریافت مجوز و بارگذاری اطلاعات صدور این مجوز به دلیل خروج عنوان سردفتری از کسب و کارهای قانون یادشده برخلاف قوانین یادشده و خارج از حدود اختیارات این هیئت است و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

ب. در مورد بند دوم مصوبه مورد شکایت، مطابق بند ۴-۱ و ۵-۱ ماده ۳ قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، مصوب سال ۱۳۸۹، تهیه پیشنهاد جهت نسخ قوانینی که نسخ ضمنی شده و

شناسایی موارد نسخ صریح از جمله وظایف معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی است. از این رو، غیر نافذ اعلام کردن (حکم) ماده ۵ قانون دفاتر اسناد رسمی با ادعای نسخ به این دلیل که احراز و یا اعمال نسخ قانون صرفاً در صلاحیت مرجع قضایی و یا قانون‌گذار است (اعلام نسخ صریح و یا ضمنی)، مخالف قانون و خارج از حدود اختیارات هیئت مقررات‌زدایی است. بنابراین، بند دوم مصوبه مورد شکایت ابطال می‌شود».

در تحلیل و نقد این دادنامه، آنچه از مواد قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (۱۳۸۶) قابل استنباط است، این است که در این قانون با توجه به وجود اصطلاحاتی هم‌چون بازار، بنگاه اقتصادی، احتکار و قیمت، صلاحیت هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار به فعالیت‌های اقتصادی رقابت‌پذیر، امور تجاری، تولیدی، سرمایه‌گذاری و فعالیت‌های بورسی منحصر است. سردفتری و وکالت هم نوعی خدمت هستند، ولی با توجه به انتساب این مشاغل به امر حاکمیتی قضاوت، پس از کسب مجوزهای قانونی، با سنجش نیازهای جامعه و وضعیت موجود و تحت نظارت مستقیم قوه قضاییه، ظرفیت‌ها تعیین و آزمون می‌شود که افراد پذیرفته‌شده به شغل سردفتری یا وکالت منصوب می‌شوند. بنابراین، هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار، صلاحیت ذاتی وضع قاعده در این حرفه را ندارد که منجر به الزام و التزام برای شاغلان این حرفه می‌شود؛ چون مراجع قانون‌گذاری و مقررات‌گذار و نهادهای ناظر با عذر اشتغال‌زایی، تسهیل کسب و کار، معانی و مفاهیم مشابه را در هم خلط می‌کنند و مشاغل حاکمیتی یا وابسته به آن را که نیازمند احراز تخصص و صلاحیت علمی، اجتماعی و اخلاقی است، درون دایره شمول مفهوم کسب و کار می‌آورند.

ب) تصدی به وکالت

در دادنامه شماره ۲۷۵۰ الی ۲۷۵۳ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع اعمال مقررات بند (ب) ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نسبت به دادنامه شماره ۱۳۹۸/۵/۱۴۰۲۱۸ هیئت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری، جمعی از وکلای دادگستری، دادخواست‌هایی به خواسته ابطال مصوبه شماره ۴۳۲ / ۱۳۹۷/۲/۱۵ هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوز کسب و کار به دیوان عدالت اداری تقدیم کردند. در اجرای

ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، پرونده به هیئت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری ارجاع شده و این هیئت در خصوص بند ۳ این مصوبه به موجب دادنامه شماره ۱۳۹۸/۵/۱۴۰۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۲۱۸ به رد شکایت رأی داده است. در ادامه، بیش از ده نفر از قضات دیوان عدالت اداری در مدت مقرر در ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۲)، رأی شماره ۱۳۹۸/۵/۱۴۰۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۲۱۸ هیئت تخصصی اداری و امور عمومی را واجد ایرادهای قانونی دانستند و خواستار رسیدگی به اعتراض در هیئت عمومی شدند. رأی به این شرح صادر شد: «مطابق ماده ۷ قانون اصلاح مواد ۷ و ۶ و ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مصوب سال ۱۳۹۳ مقرر شده است: «به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب و کار موظفند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب و کار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب و کار در صورت ارائه مدارک مصرّح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب و کار، توسط «هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار»، تعیین و در پایگاه اطلاع‌رسانی مذکور اعلام می‌شود.» به موجب تبصره ۳ ماده ۳ قانون اصلاح مواد ۱۶۰۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، موضوع ماده ۵۷ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور، مصوب سال ۱۳۹۴، هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار موظف است شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب و کار در مقررات، بخش‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها و مانند این‌ها را تسهیل و تسریع کند تا اهداف مورد نظر مقنن حاصل شود. بر اساس احکام مذکور، هیئت مقررات‌زدایی و تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار اولاً موظف شده است به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب و کار را ساده کند و ثانیاً در مواردی که مقنن در قوانین عادی، شرایط و مراحل صدور مجوزهای کسب و کار را تعیین کرده است، هیئت مذکور صلاحیت اقدام ندارد.

نظر به این که امور مربوط به وکالت و مشاوره حقوقی از مصادیق تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران (موضوع ماده ۷ قانون فوق‌الذکر) محسوب نمی‌شود و از طرفی در رابطه با وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی و نحوه صدور پروانه فعالیت در این حوزه‌ها در قانون وکالت، لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت دادگستری و نیز ماده ۱۸۷ قانون برنامه

سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران تعیین تکلیف شده است، بنابراین، هیئت مزبور که وظیفه تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار در مقررات مادون قانون را دارد، صلاحیت اتخاذ تصمیم در خصوص تصویب بند ۳ مصوبه مورد اعتراض را ندارد و بنا بر مراتب رأی شماره ۱۰۲۱۸/۹۰۶۰۹۹۷۰۹۸۰/۱۴۰۵/۱۳۹۸ هیئت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری به نحو صحیح صادر نشده و مستند به ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، رأی مذکور نقض می‌شود و در نهایت، با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون اخیرالذکر، حکم بر ابطال بند ۳ مصوبه ۱۳۹۷/۲/۱۵.۸۰/۴۳۲ هیئت مقررات‌زدایی مجوزهای کسب و کار صادر و اعلام می‌شود».

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مجدداً در دادنامه شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۳۲۷۲ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۱۴ و با استدلال‌های سابق و تأکید بیش‌تر، بند (ج) مصوبه چهل و هشتمین نشست هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار مبنی بر الزام کانون‌های وکلای دادگستری مرکز و مرکز کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضاییه به بارگذاری و تکمیل اطلاعات مربوط به عنوان مجوزهای صادرشده در درگاه ملی مجوزهای کشور را از تاریخ تصویب ابطال کرده است. اصل ۴۴ قانون اساسی، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و قانون نظام صنفی، منحصر و محدود به «شروع، ادامه، توسعه یا بهره‌برداری فعالیت‌های اقتصادی و تجاری توسط دستگاه‌های اجرایی، مجامع و نظام‌های صنفی» است. کانون‌های وکلای دادگستری از شمول نهادهای یادشده خارجند و مجوزی برای فعالیت‌های اقتصادی و تجاری صادر نمی‌کنند تا طبق بند ۲۱ ماده یک قانون اصلاحی اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، ملزم به اطلاع‌رسانی در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار باشند.

استدلال هیئت تخصصی که پروانه وکالت را از مصادیق «سایر امور راجع به کسب و کار» دانسته است، مبنای حقوقی و قانونی ندارد؛ زیرا در ماده یک قانون نظام صنفی (۱۳۸۲/۱۲/۲۴)، تعریف واحد و فرد صنفی (حقیقی و حقوقی) بیان شده است و در تبصره ذیل ماده ۱ همین قانون، صنفی که قانون خاص دارند، از شمول این قانون مستثنایند. قوانین خاص شامل قانون وکالت (۱۳۱۵)، لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری (۱۳۳۳) و قانون کیفیت اخذ پروانه وکالت (۱۳۷۶) و دیگر مقررات حقوقی بر تصدی به امر وکالت حاکم است. شرایط قانونی پذیرش و صدور پروانه برای متقاضیان اشتغال به وکالت، تنظیم و تنسيق امور اداره کانون‌ها، نظارت و بازرسی بر اعمال وکلا و

رسیدگی به تخلفات وکلا در دادسرا و دادگاه انتظامی کانون‌ها پیش‌بینی شده و دادگاه عالی انتظامی قضات نیز به عنوان مرجع انحصاری رسیدگی به شکایت از تصمیم‌ها و آرای ارگان‌های کانون‌های وکلا تعیین گردیده است. می‌توان استنباط کرد که نهادهای تقنینی و مقررات‌گذار حوزه کسب و کار مانند «هیئت مقررات‌زدایی»، از مفهوم کسب و کار و نسبت آن با تصدّی به وکالت، برداشتی نادرست داشته و وکالت را فعالیت اقتصادی تلقی کرده‌اند. مقایسه تصدّی به وکالت با صنوف بازار نشان‌دهنده درک حقوقی و اقتصادی نادقیق از مفهوم کسب و کار است. وکالت همانند دیگر مشاغل، صنف به معنای عام است، ولی به دلیل تبعیت از قوانین خاص و نوع ارتباط با تصدّی به قضاوت که از مشاغل حاکمیتی است و با توجه به ماهیت درونی وکالت، به عنوان فرد اصلی و اعلاّی قانون خاص، از شمول قانون نظام صنفی و فعالیت‌های اقتصادی و تجاری خارج است.

نتیجه‌گیری

آزادی کسب و کار، یکی از مصادیق اصل آزادی اقتصادی در هنجارهای داخلی شامل (اصل ۱۸ متمم قانون اساسی مشروطیت (۱۲۸۵) به صورت ضمنی، در بند هشتم، نهم و دوازدهم از اصل سوم و به صورت خاص در اصل ۲۸ و اصل ۴۳ قانون اساسی) و در اسناد بین‌المللی (اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی) به عنوان یکی از حق‌ادعاهای نسل دوم حقوق بشر شناسایی شده است. بر اساس همه این اسناد، دولت‌ها مکلفند در چارچوب امکانات موجود و آتی شامل سیاست‌گذاری‌ها، قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مرتبط به تضمین و حمایت از این حق برای اشخاص (حقیقی و حقوقی) اهتمام ورزند. دیوان عدالت اداری در آرای متعددی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، تصمیم‌گیری‌های اداری را نقض کرده و به ابطال آن‌ها حکم داده است تا تضمین آزادی کسب و کار، امنیت اقتصادی، حاکمیت قانون و حمایت دولت (به مفهوم عام) از اصل آزادی کسب و کار، تبیین و نظارت قضایی بر مفهوم کسب و کار محقق گردد.

مهم‌ترین جهات رسیدگی به تصمیم‌های عام‌الشمول در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، مغایرت اشباع بازار با آزادی کسب و کار، مغایرت صادر نشدن مجوز کسب و کار با حقوق رقابت، رعایت اصل صلاحیت صدور مجوز در پایگاه اطلاع‌رسانی کسب و کار، خروج موضوعی بعضی مشاغل مانند سردفتری و وکالت از مفهوم کسب و کار است که در چالش‌های تقنینی و اجرایی در نظام

قضایی و حقوقی نیز با آن روبه‌رویییم. مفاهیمی هم‌چون بازار، بنگاه اقتصادی، احتکار و قیمت، بر انحصار مفهوم کسب و کار به فعالیت‌های اقتصادی رقابت‌پذیر، امور تجاری، تولیدی، سرمایه‌گذاری و فعالیت‌های بورسی دلالت دارند و مشاغلی مانند وکالت، سردفتری و مشاغل وابسته به امور حاکمیتی نمی‌توانند مصداق و در راستای مفهوم کسب و کار باشند که می‌تواند راهنمایی قضایی برای نهادهای تقنینی در اصلاح و تغییر رویکرد آنان در تصمیم‌گیری‌های تقنینی و اجرایی آتی‌شان باشد. پیشنهاد می‌گردد که مراجع سیاست‌گذار کلان اقتصادی و تقنینی به صراحت و در چارچوب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و مقررات مرتبط و با عنایت به جهات رسیدگی به ابطال تصمیم‌های عام‌الشمول، مفهوم و مصادیق کسب و کار و آزادی اقتصادی اشخاص را به صورت صریح و شفاف تبیین و اجرا کنند.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف) کتاب

۱. احمدیان، مریم، گزارش پژوهشی بررسی و نقد شاخص‌های جهانی آزادی اقتصادی (بنیاد هریتیج و مؤسسه فریزر)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۲. پتفت، آراین و احمد مرکزالمیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، چاپ دوم، تهران: قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۳. پروین، خیرالله، حقوق بشر از نظر تا عمل، چاپ دوم، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۴. شیروی، عبدالحسین، حقوق اقتصادی، چاپ یکم، تهران: سمت، ۱۳۹۹.
۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (درآمدی بر مباحث نظری: مفاهیم، مبانی، قلمرو و منابع)، چاپ ششم، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۸.
۶. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ پنجاه و سوم، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۷. عباسی، بیژن، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین (سه نسل حقوق بشر در اسلام، ایران و اسناد بین‌الملل و منطقه‌ای)، چاپ دوم، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵.
۸. عراقی، سید عزت‌الله، حقوق کار (جلد یکم)، چاپ هجدهم، تهران: سمت، ۱۳۹۶.
۹. عراقی، سید عزت‌الله و امیرحسین رنجبریان، تحول حقوق بین‌المللی کار، چاپ یکم، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۹۱.
۱۰. مشهدی، علی، فرهنگ اصطلاحات حقوق اداری، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۱۱. ویژه، محمدرضا، کلیات حقوق اساسی، چاپ ششم، تهران: سمت، ۱۳۹۸.
۱۲. هاشمی، سید محمد، حقوق کار، تهران: میزان، ۱۳۹۶.

۱. احمدی بنی، رسول، فرامرز عطریان و سید محمد مهدی غمامی، «بررسی اقتصاد مقاومتی در پرتو اصل آزادی کسب و کار»، مجله دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۸، شماره ۲۳.
۲. حسنونند، محسن، «حقوق عمومی اقتصادی: انحصارات دولتی در ایران»، مجله راهبرد، ۱۳۸۸، شماره ۵۰.
۳. کفاش، ملیکا و محمد صادقی، «بررسی تحلیلی تضمینات آزادی اقتصادی در نظام حقوقی ایران»، نشریه دانش حقوق مالیه، ۱۳۹۸، شماره ۷.
۴. محقق، محمدجواد، «مقاله نظام اقتصادی از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نشریه معرفت، ۱۳۸۴، شماره ۸۹.
۵. مرادزاده، حسن و زهرالسادات نوابزاده شهرابکی، «منشور اجتماعی اروپایی، بازبینی شده مصوب ۳ می ۱۹۹۶»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره بیست و ششم، شماره ۴۰.
۶. مرکزالمیری، احمد، «مجوززدایی به مثابه مقررات‌زدایی: تحلیل مفهومی مقررات‌زدایی در ایران»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹، دوره بیست و هفتم، شماره ۱۰۴.

2. Latin Source

1. Chirwa, D. M., The Universal Declaration of Human Rights, economic, social and cultural rights and human rights discourse, In Contemporary Human Rights Challenges, Routledge, 2018, pp. 183193.
2. Darraj, Susan Muaddi, The Universal Declaration of Human Right, New York: Infobase Publishing, 2010.

3. Website

1. www.divanedalat.ir.
2. www.tradingeconomics.com/iran/ease.of.doing.business.
3. www.worldbank.org/en/programs/business.enabling.environment/doing.business.legacy.

نقد معیارهای ورود به خدمت و گزینش در حقوق اداری در پرتو موازین حقوق بشری

حسن حقیقی^۱

منوچهر توسلی نائینی^۲

سید محمدصادق احمدی^۳

چکیده

امروزه، حقوق بشر به گفتمانی جهانی تبدیل شده است، به گونه‌ای که رشته‌های مختلف حقوقی تحت تأثیر حقوق بشر قرار دارند. در این میان، حقوق اداری نیز از این تأثیر بی‌بهره نمانده و در دنیای امروز از حقوق بشر اداری سخن به میان آمده است. منظور از حقوق بشر اداری، حقوقی اداری است که به موازین و معیارهای حقوق بشری پای‌بند و ملزم باشد. یکی از مراحل نمود حقوق بشر در حقوق اداری، استخدام و ورود به خدمت دولت است. در ورود به خدمت و استخدام، رعایت اصولی مانند برابری، عدالت و کرامت انسانی ضروری است. قوانین اساسی و نیز قوانین عادی، شرایط عمومی و اختصاصی را برای ورود به خدمت در نظر گرفته‌اند. تا وقتی این شرایط با اصول حقوق بشری منطبق باشند، مسئله‌ای نیست، اما گاهی مشاهده می‌شود که قانون‌گذاران در مرحله جذب و گزینش، معیارها و شرایطی را در نظر می‌گیرند که با اصول برابری، عدالت و شایستگی در تعارض قرار می‌گیرد.

در نظام حقوقی ایران، مقررات مربوط به استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری و نیز قانون گزینش کشور احصا شده است. مطالعه این قوانین نشان می‌دهد قانون‌گذار تلاش کرده است در قانون مدیریت خدمات کشوری به معیارهای حقوق بشری نزدیک شود، اما در قانون گزینش، درج برخی معیارها با این اصول هم‌خوانی ندارد و شایسته نقد است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: حقوق بشر، حقوق اداری، ورود به خدمت، استخدام، برابری، کرامت انسانی، قانون گزینش.

۱. دانشجوی رشته حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران، Haghghi.h1330@yahoo.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)، tavassoli@ase.ui.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران، ahmadi.sadegh@yahoo.com

مقدمه

حقوق بشر، نظام برتر و ارزشمندی است که برای استحکام آن، نه تنها در مقابل اشخاص خصوصی، بلکه در مقابل قدرت عمومی باید تدبیرهای حمایتی لازم‌الاجرا و شایسته در نظر گرفت.^۱ حقوق بشر، مهم‌ترین حقوق بنیادین برای انسان است که ناظر به روابط بین اشخاص و قدرت حکومت به ویژه دولت است. حقوق بشر، صلاحیت دولت‌ها را تعیین و به طور هم‌زمان، نیازشان را برای اقدام‌های مثبت تضمین می‌کند. تا ۲۵۰ سال پیش، تاریخ به شکل مبارزاتی در راستای تصاحب و زورگویی بر مردم بود؛ اما هنگامی که حقوق بشر با انقلاب‌های فرانسه و آمریکا در قرن هجدهم میلادی آغاز شد، این دو حرکت، ایده بسیاری از جنبش‌های مردمی برای نظارت و مهار قدرت لجام‌گسیخته دولت‌های خودکامه قرار گرفت. بیش از یک قرن بعد، حقوق بشر به عنوان یک اصل در سطح جهان پذیرفته شد.^۲ امروزه دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی به احترام و حمایت و اجرای حقوق بشر تعهد دارند. این حقوق، مبنایی برای تعیین حقوق قانونی و چاره‌ای برای موارد ناقض و ناکارآمد است. در واقع، امکان جمع و مطالبه خواسته‌ها و نیازهای متفاوت با توجه به ارزش‌های متفاوت مذهبی و اخلاقی در نظام حقوق بشر وجود دارد.^۳

حقوق بشر، مفهومی تفسیربردار است و شاید به همین دلیل باشد که معمولاً آن را با بیان ویژگی‌هایش تعریف کرده‌اند. بعضی، پنج ویژگی برای حقوق بشر نام برده‌اند: پاسخ‌گویی به مطالبات فردی و اجتماعی، بنیادین بودن، تشکیل شدن از دامنه متنوعی از قواعد اخلاقی و حقوقی، قابل تحدید در صورت تعارض با امنیت یا منافع دیگران و جهانی بودن. در نهایت، مجموعه حقوق بشر بر اساس ضرورت‌های پس از جنگ جهانی دوم به یک دسته قواعد در اعلامیه جهانی حقوق بشر تبدیل شد و برای امضا در برابر دولت‌ها قرار گرفت.^۴

از سوی دیگر، امروزه کارویژه حقوق اداری، کنترل و محدود کردن قدرت دولت و تنظیم روابط میان

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های عمومی، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۰.

۲. نقیب‌زاده، احمد، سیاست و حکومت در اروپا (انگلستان، فرانسه، آلمان و ایتالیا)، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۳، ص ۱۳.

۳. زولر، الیزابت، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۶۷.

۴. طلاکی طرقي، اکبر و محمد صالح عطار، «الزامات و راهکارهای ایجاد نهاد ملی حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران در پرتو قانون اساسی، حقوق بشر اسلامی، اعلامیه پاریس و رویه کشورها»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، شماره ۱۷، ۱۳۹۶، ص ۲۶.

اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان در جهت تعالی حقوق ابنای انسانی و رعایت کامل حقوق شهروندی در جامعه دموکراتیک و شهروندمحور است. از همین زاویه، این رشته از حقوق، در دولت‌های مدرن، دیگر محدود به موازین کهن نیست، بلکه حقوق اداری نوین ملزم به رعایت هنجارها و قواعدی جدید است که از لازم‌الرعایه بودن حقوق شهروندان ریشه گرفته و مطالعه حقوق اداری را دارای ابعاد جدیدی کرده است. در دوران معاصر، نظاره‌گر ظهور مفاهیمی تازه‌رسته هستیم که حقوق اداری، ملزم به تطبیق داده‌های خود با این قواعد جدید به ویژه مفاهیم مورد بحث در حقوق بشر و حقوق شهروندی است.^۱

حقوق اداری جدید سعی کرده است با طرح این سؤال که آیا راه حل مسئله خاص کاربردی است، تمرکز نظری را از اشکال حقوقی و نظارت قضایی به رویکردی مشکل‌محور و عملی‌محور تبدیل کند. بر این اساس، از یک رویکرد صرف حقوقی فراتر رفته و ملاحظات غیر حقوقی به ویژه حقوق بشری و اقتصادی را در فرآیند تصمیم‌گیری دخیل می‌کند.^۲

در عصر حاضر، رعایت حقوق شهروندان در همه تصمیمات و اقدامات دولتی به عنوان پدیده‌ای اصلی و ضروری پذیرفته شده است. شهروندان با سلیقه‌ها و انگیزه‌های مختلف در جامعه به فعالیت می‌پردازند و دولت با مدیریت صحیح وضعیت‌ها، حقوق شهروندان را به طور مطلق حمایت و رعایت می‌کند. مهم‌ترین اصل در صیانت از حقوق شهروندان، التزام و پای‌بندی دولت به حاکمیت قانون است.^۳

بنابراین، امروزه صحبت از حقوق بشر اداری به میان آمده است. حقوق بشر اداری، مفهومی تازه‌تأسیس در سلسله مباحث حقوق بشر است که از نظرگاه حقوق بشر به کارویژه‌های قواعد حاکم بر آن می‌نگرد. حقوق بشر اداری و قواعد آن از مفاهیم مدرن حقوق اداری است که در آن، برخی از اصول حقوق اداری نیز در این فضا مطرح شده و توسعه یافته‌اند، از قبیل اصل حق بر دفاع،

۱. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹، ص ۱۶.

۲. بکر، فلورین، «تحولات حقوق اداری آلمان»، ترجمه و تحقیق: خدیجه شجاعیان، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹، ص ۹۰.

۳. عباسی، محمود و آرین پتفت، حقوق شهروندی از حمایت تا نظارت بر اجرای آن، تهران: حقوقی، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۱۶۰.

دسترسی به اطلاعات، اصل برابری، اصل استماع، اصل شفافیت، اصل تناسب، انتظارات مشروع و حق بر حریم خصوصی.^۱

حقوق اداری در سال‌های اخیر با مفاهیمی بدیع پیوند خورده است. این شاخه از حقوق دیگر مانند گذشته تنها نقش بازدارنده و محدودکننده ندارد، بلکه با موضوعات جدیدی هم‌چون حکمرانی خوب، اثربخشی، کارآمدی، نتیجه‌گرایی، هدفمندی و نظایر آن ارتباط می‌یابد که برای دستیابی به اداره‌ای مطلوب و خوب، اثربخش، کارآمد، نتیجه‌گرا و هدفمند تلاش می‌کند.

هدف حقوق بشر اداری علاوه بر مرزبندی رفتار اداره و رعایت حقوق شهروندان، تحقق حاکمیت قانون، مشارکت و دموکراسی اداری و در نهایت رعایت موازین حقوق بشری در اداره است. اداره هم در مورد شهروندان و هم در برابر کارکنان خود، ملزم به رعایت آزادی افراد و احترام به آن در وجوه مختلف است. پس در استخدام و جذب نیرو باید شرایط عمومی مانند تحصیلات دانشگاهی، دانش و تخصص را ملاک استخدام قرار دهد و شرایطی مانند اعتقادات مذهبی، سیاسی و اجتماعی افراد نباید ملاک قبول یا رد آنان باشد. افراد بر اساس موازین حقوق بشر دارای آزادی عقیده و بیان آن هستند و این آزادی هنگام ورود به اداره باید محترم شمرده شود و ملاک ارزیابی افراد برای استخدام نباشد تا آزادی عقیده و وجدان افراد محفوظ بماند.^۲

حقوق بشر اداری، سلسله هنجارهای حاکم بر اداره و جاری در میان اداره‌کنندگان و اداره‌شوندگان است که در حقوق بنیادین انبای انسانی ریشه دارد و اداره را به رعایت این حق‌های بشری در رابطه خود با شهروندان و محدود نساختن آن‌ها هنگام خدمات‌رسانی عمومی یا برقراری نظم عمومی ملزم می‌کند. این قواعد، جنبه تنظیم‌کنندگی و تضمین‌شوندگی را به صورت هم‌زمان داراست و دامنه اختیارات و حدود و صلاحیت‌های اداره در رابطه خود با شهروندان را از منظر حقوق بشر تنظیم و رعایت این حقوق را برای شهروندان تضمین می‌کند. این امر، زاده‌گسترش و نفوذ حقوق بشر در تمامی ارکان و لایه‌های حکومت است؛ چون حقوق بشر و قواعد آن، تمامی دستگاه‌های اداری

۱. هداوند، مهدی و داوود کاظمی، «تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری»، فصل‌نامه راهبرد، شماره ۶۷، ۱۳۹۲، ص ۶۶.

۲. خسروی و حسینی، پیشین، ص ۲۰.

و اجرایی یک حکومت را نیز به رعایت این قواعد ملزم می‌کند. علاوه بر محدود نکردن حق‌های بنیادی شهروندان توسط اداره باید تدبیرهای لازم برای بهره‌مندی از این حقوق از رهگذر قوانین و دستورالعمل‌های اداری نیز ایجاد شود.^۱

از جمله اصول اساسی حقوق بشر، کرامت انسانی و اصل برابری است که این اصول باید در مرحله ورود به خدمت دولتی و استخدام رعایت گردد. این نگرش بر احترام به کرامت انسانی و اصول عدالت و برابری استوار است و پیوندی ناگسستنی با آموزه‌های حقوق بشری دارد.^۲ در این میان، توجه خاص به اشخاص آسیب‌پذیر اهمیتی دوچندان می‌یابد. افرادی که به لحاظ موقعیتشان همواره در معرض آسیب‌ها و تهدیدهای جدی در خصوص پای مال شدن حیثیت و کرامت انسانی‌شان هستند، عبارتند از کودکان، سالمندان، معلولان و زنان که همواره به حمایت مؤثر از حقوقشان نیاز دارند.

برابری در عرصه فرآیندهای اداری و سازمانی چون عینیت یافته و به مرحله اجرا و تصمیم‌گیری رسیده است، بغرنج‌تر از دیگر حوزه‌هاست. برابری در این عرصه به معنای برخورداری یکسان شهروندان از حقوق و تکالیف خود بدون تفاوت‌های گفته شده است. بر این اساس، فرض بر این است که در فرآیند تصمیم‌گیری باید تصمیمی یکسان برای اشخاصی گرفت که در وضعیتی یکسان به سر می‌برند. برابری با مفاهیمی چون یکسانی و همانندی فرق دارد. در واقع، هدف از رعایت اصل برابری، ایجاد شرایط حقوقی است که در آن، شهروندان بتوانند از زندگی باارزش و رضایت‌مندانه بهره‌مند شوند.

طبق اصل برابری، همه افراد جامعه باید به طور یکسان و مساوی از خدمات عمومی بهره‌مند گردند و نباید معیارهای سیاسی، عقیدتی، نژادی یا قومی، مبنای برخورداری یا اولویت افراد در استفاده از این خدمات باشد. دولت نمی‌تواند به این بهانه‌ها میان شهروندان تبعیض قائل شود و افرادی را از خدمات عمومی محروم کند یا برای برخی از آنان در استفاده از خدمات عمومی، امتیازات خاص در نظر بگیرد.^۳

۱. تاموشات، کریستیان، حقوق بشر، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۷۰.

۲. سعیدی روشن، حمیده، نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی در گستره مقررات دولتی، تهران: جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۹.

۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۸، ص ۳۶.

این اصل در قوانین اساسی و اعلامیه‌های حقوق بشر بروز یافته است، ولی این اصل امروزه در کنار نفی جانب‌داری و ممنوعیت تبعیض که در واقع، برخاسته از اصل برابری هستند، در فرآیند تصمیم‌های اداری اهمیت بسیار یافته است، به گونه‌ای که نمود عینی آن را در رویه‌های قضایی اداری می‌توان یافت. بنابراین، در رابطه بین شهروند و اداره، اصل برابری در جلوه‌های گوناگونی در حقوق اداری کشورها متبلور شده است. اصل برابری در مقابل قانون، اصل برابری در پرداخت هزینه‌های عمومی و اصل برابری در برخورداری از خدمات عمومی، عدالت قضایی در شهر و اصل برابری در استخدام یا همان ورود به خدمت عمومی به عنوان مهم‌ترین مبنای حقوق اداری است.^۱

در خصوص موضوع این پژوهش، مقالاتی نوشته شده است که هر یک، از ابعادی به موضوع گزینش پرداخته‌اند. بروز فرهی بوزنجانی و همکاران در مقاله «آسیب‌شناسی نظام گزینش دستگاه‌های دولتی جمهوری اسلامی ایران»، آسیب‌های موجود در نظام گزینش را از نگاه مدیریتی بررسی و مدلی برای اصلاح فرآیندهای کارمندیابی و نظام بهینه جذب و گزینش ترسیم کرده‌اند.

حمید قهوه‌چیان در مقاله «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، ورود به خدمت را در دو بخش بررسی کرده است. وی شرایط ورود به خدمت در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون گزینش و ورود به خدمت را با دیدی انتقادی تحلیل کرده و در پایان، از تحول در نظام استخدامی با محوریت توجه به اقتضائات مدیریت دولتی نوین سخن گفته است.

اسدالله یآوری و مصطفی رضایی نیز در مقاله خود با عنوان «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، مؤلفه‌های استخدامی در نظام اداری و اصول حاکمیت قانون، برابری فرصت در دسترسی به مشاغل عمومی و شایسته‌سالاری را در حقوق اداری ایران بررسی کرده‌اند.

سید احمد حبیب‌نژاد و زهرا دانش ناری در مقاله «ماهیت مراجع‌گزینشی کشور و نظارت قضایی بر تصمیمات آن‌ها با تأکید بر رویه قضایی دیوان عدالت اداری» به تبیین ماهیت مراجع‌گزینشی پرداخته و این مراجع را از نوع تشخیصی دانسته‌اند. هم‌چنین آرای صادرشده از شعب دیوان عدالت

۱. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۴۲.

اداری و معیارهای نظارت قضایی بر تصمیم‌گیری‌های هیئت‌های گزینش را تحلیل کرده‌اند.

سید محمد مهدی غمامی و سید حسن حسینی در مقاله «شایسته‌گزینی در نظام حقوق استخدامی ایران و امریکا» به تحلیل قرائت‌های مختلف از شایسته‌گزینی پرداخته و آن را در مراحل مختلف خدمت دولتی اعم از ورود و ارتقای شغلی بررسی و به قانون‌گزینش کشور نیز نگاهی داشته‌اند. در آثاری که از نظر گذشت، به جنبه حقوق بشری ورود به خدمت توجه نشده است. بنابراین، نوآوری اثر حاضر در مقایسه با آن‌ها، تحلیل موضع نظام‌گزینش کشور از دیدگاه موازین حقوق بشری و نیز نگاه نقادانه به موضوع است.

در حقوق اداری ایران، مقررات مربوط به ورود به خدمت دولت و استخدام در مواد ۴۱ تا ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری به عنوان قانون مادر حقوق اداری شناسایی شده است. علاوه بر شرایط مقرر در قانون مدیریت، قانون‌گزینش کشور نیز به برخی شرایط دیگر در خصوص پذیرش به خدمت دولتی پرداخته است. در فصل مربوط به حقوق ملت از قانون اساسی ایران نیز حقوق بنیادین و بشری به صراحت به رسمیت شناخته شده که حق برابری و کرامت انسانی از آن جمله است. پرسش اصلی در این پژوهش، بررسی وضعیت معیارهای حقوق بشری در مرحله استخدام با تأکید بر دو قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون‌گزینش کشور است. بر این اساس، فرضیه تحقیق نیز بر این مبنا استوار است که هر چند در قانون مدیریت، به اصولی مانند برابری فرصت‌ها توجه شده، اما با قید برخی شرایط در همین قانون و نیز قید برخی معیارهای اخلاقی و عقیدتی در قانون‌گزینش که احرازشان اساساً دشوار است، اطلاق اصول حقوق بشری با تقیید مواجه شده است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است که در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. نقد ورود به خدمت در حقوق اداری ایران (بر مبنای قانون مدیریت خدمات کشوری)

در نظام حقوقی ایران، حکم قانون اساسی به «ایجاد نظام اداری صحیح و عادلانه» و نیز صراحت قانون مدیریت خدمات کشوری در «به‌کارگیری اخلاق اسلامی و اداری برای خدمت‌گزاری به مردم و حفظ حقوق شهروندی» می‌تواند مبنای خوبی برای نهضت اداره مطلوب تلقی گردد. تدوین‌کنندگان قانون مدیریت تحت تأثیر ارزش‌های اداره مطلوب و اصول مدرن حقوق اداری بوده و به بسیاری از

اصول مهم و جدید حقوق اداری هم چون اصل برابری، شفافیت و پاسخ‌گویی در این قانون توجه کرده‌اند.^۱ اهمیت مشاغل عمومی که هدف از آن‌ها، تأمین خدمات عمومی و حفظ نظم عمومی است، ایجاب می‌کند که قانون‌گذار به منظور انتخاب افراد اصلح و شایسته‌گزینی، شرایط و تشریفات الزام‌آوری برای ورود به خدمت در این مشاغل را وضع کند که رعایت آن‌ها از سوی اداره و افراد داوطلب استخدام ضروری است، به گونه‌ای که امکان تراضی و توافق و تبادل اراده میان آن‌ها در این خصوص وجود ندارد.^۲

قوم‌گرایی، خویش‌پرستی، فامیل‌بازی یا خویش‌استخدامی و موروثیت یا میراث‌بری در استخدام و گرفتن مناصب دولتی ممنوع است. در جوامع صنعتی، رشد نظام‌های تحصیلی، یکی از باشکوه‌ترین پدیده‌ها بوده است، اما در مرحله انتخاب و گزینش افراد برای مشاغل و مناصب ممکن است موقعیت و دارایی فرد در تحصیلات آن‌ها دخالت کند. بنابراین، ملاک شایستگی، تلاشی است که از طریق آزمون و امتحان و رقابت قابل سنجش بررسی می‌شود.^۳ بر این اساس، مقررات مربوط به ورود به خدمت در ماده ۴۱ قانون مدیریت خدمات کشوری احصا و از آن جمله به اصل برابری فرصت‌ها اشاره شده است.

بند اول. برابری فرصت‌ها

اصل برابری در احراز مشاغل عمومی یا برابری فرصت‌ها را می‌توان یکی از اساسی‌ترین اصول حاکم بر استخدام در مشاغل عمومی دانست. برابری فرصت‌ها به معنای بهره‌مندی برابر شهروندان از فرصت‌ها و موقعیت‌های موجود در جامعه به صورت رقابتی و برجستگی مؤلفه رقابت در آن است. برابری در احراز مشاغل عمومی، یکی از مهم‌ترین مصادیق اصل برابری در حقوق اداری بوده^۴ که مطابق آن، همه افراد جامعه باید از فرصت برابر برای دستیابی به مشاغل عمومی برخوردار باشند.

۱. پتفت، آرین و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمروی اصول کلی حقوق اداری؛ امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، تهران: قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۲۰.

۲. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران: توس، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۱۵۲.

۳. ابطحی، سید حسین و فریدون عبد صبور، شایسته‌سالاری، تهران: آزاد مهر، ۱۳۸۹، ص ۸.

۴. زارعی، محمدحسین و خدیجه شجاعیان، «اصل غیرعقلایی بودن در حقوق اداری و انعکاس آن در آرای دیوان عدالت اداری»، مجله پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۵، ۱۳۹۳، ص ۱۲۰.

بنابراین، فرض بر این است که در ورود به خدمت دولتی، هر گونه تبعیض یا سهم ویژه ممنوع است، مگر این که توجیه قانونی وجود داشته باشد. هم چنین هر گونه استثنا بر برابری در ورود به خدمت دولتی باید تفسیر مضیق گردد و استثنائات وارد بر برابری در ورود به خدمات دولتی در صورت منتفی شدن ضرورت باید از بین برود.^۱

برخی از حقوق دانان، اصل برابری فرصت شغلی را از اولویت‌های اصلی حاکمیت قانون دانسته‌اند. این اصل در دو سطح قانون‌گذاری و اجرای قانون باید محل توجه باشد. به عبارت دیگر، برابری میان نامزدهای تصدی هر پست و اعمال این برابری در مراحل مختلف آزمون و گزینش به صورت هم‌زمان، مایه تضمین احترام به این اصل خواهد بود.^۲ در نظام حقوقی ایران نیز اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی، به مفهوم برابری به صورت کلی اشاره کرده‌اند و اصل ۲۸ بر لزوم شرایط مساوی در احراز مشاغل به صورت عام صراحت دارد.^۳

اصل برابری سبب تحقق شایسته‌سالاری می‌شود که یکی از استلزامات عدالت اداری در نظام اداری است. این اصل ناظر به ابتدای ورود به استخدام کشوری بر پایه شاخص‌هایی هم‌چون استحقاق، توانایی، مهارت‌های لازم برای شغل مورد نظر و هم‌چنین اتکای ارتقای شغلی و تصدی مناصب اداری بر اساس سنجش شایستگی و استحقاق و پرهیز از توسل به معیارهای نامرتبب است. ورود به خدمت از طریق برگزاری آزمون‌های عمومی و مسابقات تخصصی تحقق می‌یابد و اداره باید بر اساس معیارهایی مانند تخصص، عدالت، خلاقیت و اخلاق حسنه، افراد لایق را جذب کند.^۴

قوانین ایران نسبت به اصل برابری در ورود به خدمت عمومی، رویکردی دوگانه داشته‌اند، به این معنا که نظام حقوقی ایران گاه با وضع مقرره‌ای در راستای تضمین اصل برابری گام برداشته و گاه

۱. رضایی‌زاده، محمد جواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.

۲. ویژه، محمد رضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص ۲۳.

۳. عمران‌سلیمان و همکاران، «تبعیض مثبت» یا «تبعیض روا»؟ تأملی بر مفهوم شناسی تبعیض در نظام حقوقی ایران، مطالعه موردی «بومی‌گزینی‌های استخدامی» فصلنامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶.

۴. شهابی، محمد رضا و همکاران، «منابع حقوقی و اصول حاکم بر مقررات استخدامی در ورود به خدمت در پرتو اداره خوب»، مجله جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۱۱، ۱۳۹۹، ص ۱۴۵.

در مقررهای دیگر، موجبات نابرابری در ورود به خدمت عمومی را فراهم کرده است. برای مثال، برای رفع تبعیض ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در قانون اساسی ایران (بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی) و به رسمیت شناختن اصل برابری شهروندان در استفاده از خدمات عمومی در ماده ۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری که ورود به خدمت عمومی نیز یکی از مصادیق استفاده از خدمات عمومی محسوب می‌شود، گامی مثبت در راستای حمایت از اصل برابری برداشته است. با این حال، با درج شرط اعتقاد به دین اسلام یا یکی از ادیان شناخته‌شده در قانون اساسی به عنوان یکی از شرایط استخدام در ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری موجب نقض اصل برابری شهروندان در ورود به خدمت عمومی می‌شود.^۱

بند دوم. نقد برابری فرصت‌ها در ورود به خدمت

تأکید بر حق برابری فرصت شغلی به عنوان یکی از اصول ورود به خدمت در قانون مدیریت خدمات کشوری (ماده ۴۱)، به ویژه در جهت آشکار کردن تعهد دولت به رعایت آن در استخدام کشوری از نکات مثبت این قانون است، اما سازوکارهای دقیق رعایت آن پیش‌بینی نشده است که جای ایراد دارد.^۲

دو گروه از ارزش‌ها منشأ سیاست‌های برابری فرصت شغلی است. اول، تقاضا برای برابری است که هم جبران ناعدالتی‌های گذشته و هم تقسیم مزایای اجتماعی حاضر را دربرمی‌گیرد. دوم، استدلال‌های حامی نمایندگی در مورد شرکت تمامی گروه‌ها در خدمات دولتی و پاسخ‌گویی اداره به گروه‌های مختلف است. دو تلقی از برابری فرصت وجود دارد: در تلقی نخست که از آن با عنوان «اصل عدم تبعیض» یاد می‌شود، در رقابت برای موقعیت‌های اجتماعی، افراد را فقط باید بر اساس صفات مرتبط با انجام وظایف آن موقعیت‌ها قضاوت کرد و صفاتی چون نژاد یا جنسیت را نباید به حساب آورد. در تلقی دوم از برابری فرصت که از آن با عنوان «هم‌سطح کردن عرصه بازی» یاد می‌کنند، جامعه باید هر آن‌چه در توان دارد، در راستای هم‌سطح کردن عرصه بازی انجام دهد تا افرادی که

۱. جلالی و حیدری، پیشین، ص ۴۲.

۲. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری»، مجله پژوهش انتقادی متون و برنامه‌های انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹، ص ۲۵.

درجات یکسانی از تلاش را اعمال می‌کنند، به دستاوردی برابر صرف نظر از شرایطشان برسند. بر این اساس، قبل از این که بازی و رقابت شروع شود، باید فرصت‌ها را برای همه بازیگران برابر کرد. بعد از آن که رقابت شروع شد، افراد را باید با انتخاب‌های مستقلشان به حال خود وا گذاشت.^۱

بندهای «ح» و «ط» ماده ۴۲ قانون مدیریت، اعتقاد به دین اسلام یا یکی از ادیان شناخته شده در قانون اساسی و التزام به قانون اساسی را از شرایط مستخدمان می‌دانند. در این مورد باید دانست که مطابق اصل ۱۴ قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظفند نسبت به افراد غیر مسلمان با اخلاق حسنه و عدل اسلامی، عمل و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. هم چنین مطابق اصل ۲۸ قانون اساسی، افراد در انتخاب شغل آزادند و دولت موظف است امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی برای احراز مشاغل را فراهم کند. در مقام جمع این دو اصل باید گفت که عبارت «افراد غیر مسلمان» در اصل ۱۴، ناظر به پیروان دیگر ادیان آسمانی و غیر آسمانی است. افزون بر آن، حق آزادی و دسترسی به شغل، حقی همگانی است به ویژه شناسایی و تضمین این حق برابر در دسترسی به مشاغل عمومی نسبت به مشاغل خصوصی مهم تر است؛ چون ایجاد مشاغل در حوزه عمومی با استفاده از امکانات و امتیازات و هزینه‌های عمومی صورت می‌گیرد و نمی‌توان آن‌ها را در انحصار گروهی خاص قرار داد.^۲

بنابراین، شرایط پیش‌بینی شده در قانون مدیریت در خصوص امور اعتقادی می‌تواند منجر به نقض اصل برابری دسترسی افراد به مشاغل عمومی شود. از سوی دیگر، با شرط اعتقاد به مبانی نظام و التزام به قانون اساسی و به دلیل عینیت نداشتن این معیارها و برخوردهای چندگانه، دایره شمول دسترسی افراد به استخدام در بخش عمومی به طور مضاعف کاهش می‌یابد. ضمن این که شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۴۲ قانون مدیریت با اصول مورد شناسایی در ماده ۴۱ این قانون تعارض دارد.^۳

منظور از التزام عملی به اعتقادات اسلامی، انجام رفتار تشریفاتی و آشکار در ملاء عام یا خلوت است که

۱. یآوری، اسدالله، «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۱۴۰۱، ص ۲۱۰.

۲. همان، ص ۲۰۶.

۳. یآوری، اسدالله، جزوه حقوق اداری (۲)، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، بی تا، ص ۱۸.

به بیان دیگر، همان بعد مناسکی و آیین دینی نامیده می‌شود.^۱ اعتقادات دینی به عنوان مجموعه‌ای از اعتقادات، بایدها و نبایدها و نیز ارزش‌های اختصاصی تعمیم یافته از مؤثرترین تکیه‌گاه‌های روانی به شمار می‌رود که معنای زندگی را در لحظه لحظه‌های عمر فراهم می‌سازد.^۲ اعتقادات دینی، باورهایی را دربرمی‌گیرد که انتظار می‌رود پیروان آن دین به آن‌ها اعتقاد داشته باشند.

بند سوم. کرامت انسانی؛ استخدام زنان و اقلیت‌ها

در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل دوم قانون اساسی در بیان مبانی و زیرساخت‌های نظام حکومتی جدید جمهوری اسلامی، شش مبنا را بیان داشته و در مبنای ششم به صراحت بر کرامت انسانی تأکید ورزیده است. در نتیجه، این اصل هم‌چون شرطی لازم برای تکوین نظام جمهوری اسلامی و مبنای حاکمیت در نظر گرفته شده است.^۳ با توجه به مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی می‌توان این گونه عنوان کرد که ذکر کرامت انسانی در میان مبانی نظام جمهوری اسلامی، تنها متأثر از مباحث بین‌المللی موجود در زمینه حقوق بشر و در منشور ملل متحد، اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاق‌های بین‌المللی حقوق مدنی، سیاسی و حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیست. در واقع، با این دیدگاه که نگاه قوه مؤسس به لزوم احترام به حقوق ملت، در نظر گرفتن اهمیت رعایت کرامت انسانی بوده، قانون‌گذار اساسی به حقوق مهمی در فصل حقوق ملت تصریح کرده است.^۴

حفظ کرامت انسانی در گرو احترام و تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین است. از این رو، این مسئله به عنوان اصل بنیادین در قضایای مختلف مورد توجه دادگاه‌ها قرار گرفت و آزادی‌های عمومی مقرر در قانون اساسی صیانت شود. بر پایه این اصل کلی، اصول متضمن حقوق بنیادین در رویه قضایی مطرح شده است و از حقوق اساسی افراد صیانت می‌شود.^۵

۱. آذربایجانی، محمد و محمد موسوی اصل، درآمدی بر روان‌شناسی دینی، تهران: سمت، ۱۳۸۵، ص ۱۳۲.

۲. بهرامی، احسان، «بررسی مؤلفه‌های بنیادین سازش‌یافتگی در آزادگان ایرانی»، رساله دکتری رشته روان‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۸۷، ص ۲۱۴.

۳. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۲، ص ۱۰۳.

۴. مهرپور، حسین، «کرامت انسانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و پی‌آمدهای آن»، مجله حقوق عمومی، شماره ۱، ۱۳۸۵، ص ۲۸.

۵. پتفت، آراین و علی‌رضا جمشیدی، «حقوق شهروندی در پرتو آیین‌های نوین اداری»، فصل‌نامه اخلاق زیستی، دوره ششم،

طبق قانون اساسی، تنها اقلیت‌های دینی در ایران، زرتشتیان، کلیمیان و مسیحیان هستند. با این بیان، نگرش نظام سیاسی ایران از این جهت که همه اقلیت‌های موجود در جامعه را به عنوان اقلیت به رسمیت نمی‌شناسد، با نظام بین‌الملل متفاوت است. قانون اساسی به حقوق اجتماعی اقلیت‌های دینی تصریحی ندارد، ولی بر اساس اصل تساوی عمومی در مقابل قانون و برخورداری همه افراد ملت از حقوق مساوی در تمام زمینه‌ها، از جمله احراز مشاغل عمومی، اقلیت‌های دینی نیز از این حقوق بهره‌مند خواهند شد و از این جهت در قوانین عادی استخدامی و اداری بیش‌تر وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات دولتی، منعی برای ورود اقلیت‌های دینی وجود ندارد.^۱

روح کلی قانون اساسی بر این نکته دلالت دارد که حقوق و آزادی‌های اساسی برای همه شهروندان و اتباع ایرانی در نظر گرفته شده است و آنان بدون توجه به وابستگی قومی، نژادی، زبانی و حتی مذهبی، در برخورداری از حقوق و آزادی‌های اساسی با هم برابرند. وجود کلماتی نظیر «همه»، «هر کس»، «هر ایرانی» و مثل آن بر این نکته تأکید دارد و اصول مختلف قانون اساسی، یک سلسله حقوق اساسی از قبیل تساوی در برابر قانون، محفوظ بودن جان و مال و مسکن و شغل، آزادی عقیده، انتخاب شغل، برخورداری از تأمین اجتماعی، دادخواهی، مشارکت در اداره کشور و امثال آن را برای همه افراد کشور صرف نظر از نوع وابستگی قومی، زبانی و مذهبی به رسمیت می‌شناسد.^۲ البته در خصوص اقلیت‌های دینی که در قانون اساسی به رسمیت شناخته نشده‌اند، با توجه به عبارات به کار رفته در قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون گزینش، امکان ورود آن‌ها به خدمت دولتی وجود ندارد و این امر به دلیل مبانی ارزشی نظام حقوقی ایران است.

در مورد زنان نیز در قانون اساسی ایران بر اصل تساوی زن و مرد در برخورداری از حقوق متنوع انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی تأکید شده است. در قوانین و مقررات عمومی استخدام مانند قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون گزینش، محدودیتی در استخدام زنان وجود ندارد و بین زن و مرد تفکیکی صورت نگرفته است و الفاظ به کار رفته در عبارات

شماره ۲۱، ۱۳۹۵، ص ۱۱۰.

۱. هاشمی، پیشین، ص ۱۵۹.

۲. غمامی، سید محمد مهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰.

عام هستند و زن و مرد هر دو را شامل می‌شوند.^۱

با وجود اطلاق مورد نظر در قانون مدیریت خدمات کشوری به عنوان قانون مادر اداری، در برخی قوانین خاص، محدودیت‌هایی برای زنان در نظر گرفته شده است. در قانون اساسی، شرایطی برای عضویت در ارتش یا سپاه پاسداران پیش‌بینی نشده است، اما قوانین مربوط به استخدام در نیروهای مسلح به گونه‌ای است که استخدام زنان را در برخی رشته‌ها و رشته‌های شغلی ممنوع کرده و اشتغال آن‌ها را در برخی مشاغل به طور محدود پذیرفته است. به موجب ماده ۳۲ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۶)، زنان از استخدام شدن در رشته‌های خاص نظامی محرومند و فقط در مشاغل پزشکی، پرستاری و اداری می‌توانند به کار اشتغال داشته باشند. در قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی (مصوب ۱۳۷۰/۷/۲۱) نیز از شدت ممنوعیت اشتغال زنان کاسته شده است. در این قانون، ممنوعیتی برای استخدام زنان در مشاغل نظامی ملاحظه نمی‌شود. در عین حال، اشتغال آن‌ها با محدودیت مواجه است. به موجب ماده ۲۰ قانون یادشده: «سپاه برای مشاغلی که مستلزم به‌کارگیری زنان باشد، آنان را استخدام می‌نماید. تغییر محل خدمت زنان باید حتی‌الامکان تابع شرایط خدمتی همسران آنان باشد».

بر طبق قانون اساسی، ارتش، «پاسداری از استقلال و تمامیت ارضی و نظام جمهوری اسلامی را به عهده دارد».^۲ این قانون بدون آن‌که شرایط استخدامی ارتش را بیان کند، صرفاً اعلام کرده است که ارتش باید «افراد شایسته را به خدمت بپذیرد که به اهداف انقلاب اسلامی، مؤمن و در راه تحقق آن، فداکار باشند».^۳ قانون استخدامی ارتش نیز در بیان شرایط عمومی استخدام در کادر ثابت و پیمانی، هیچ محدودیتی برای اشتغال زنان قائل نشده است.^۴ با این وجود، در ماده ۳۲ قانون

۱. همان، ص ۱۰۸.

۲. اصل ۱۴۳ قانون اساسی.

۳. اصل ۱۴۴ قانون اساسی.

۴. مطابق ماده ۲۹ قانون ارتش (مصوب ۱۳۶۶/۷/۷) شرایط عمومی استخدامی عبارت است از:

الف) متدین بودن به اسلام، ب) تابعیت جمهوری اسلامی ایران، ج) ایمان به انقلاب و جمهوری اسلامی، د) عدم محکومیت به محرومیت از خدمات دولتی و عدم سابقه عضویت یا وابستگی به احزاب و گروه‌های سیاسی غیر قانونی یا الحادی، ز) عدم عضویت یا وابستگی به احزاب و گروه‌های سیاسی، ح) داشتن شرایط تحصیلی و یا تخصصی لازم برای خدمت مورد نیاز، ط) داشتن حداقل ۱۶ و حداکثر ۴۰ سال سن، ی) عدم معروفیت در فساد اخلاقی و عدم اعتیاد به مواد

استخدامی ارتش (مصوب ۱۳۶۶/۷/۷) بیان شده است که «ارتش فقط می‌تواند برای مشاغل درمانی و بهداشتی، زنان را استخدام نماید.» بر این اساس، زنان به جز مشاغل (درمانی و بهداشتی)، از استخدام در انواع مشاغل ارتش حتی مشاغل کارمندی و مشترک،^۱ محروم هستند. این ممنوعیت به ویژه در مشاغل کارمندی جای تعجب دارد؛ زیرا زنان در دیگر بخش‌های عمومی برای تصدی مشاغل کارمندی با هیچ ممنوعیتی مواجه نیستند. این استثنا بر خلاف اصل عدم تبعیض و حق اشتغال است که در برخی اصول قانون اساسی بر آن‌ها تأکید شده است.

گفتار دوم. نقد ورود به خدمت بر اساس معیارهای مقرر در قانون گزینش

ماهیت حقوقی استخدام در نظام حقوقی ایران، مبتنی بر قانون است. بنابراین، دولت در زمان استخدام نیروهای خود، شرایط سخت و انعطاف‌ناپذیری را در نظر می‌گیرد. با توجه به اعتقادی بودن نظام جمهوری اسلامی و اتبنای همه قوانین و مقررات اداری، مالی، اقتصادی و فرهنگی بر مبنای موازین اسلامی (اصل ۴ قانون اساسی)، در این قانون به برخی معیارهای عقیدتی و دینی توجه شده است.

بند اول. تشکیلات گزینش در کشور

گزینش، فرآیندی است که یک سازمان به موجب آن با توجه به فضای کنونی، شخص یا اشخاصی را که به بهترین وجه با معیارهای گزینش شغل مورد نظر، هماهنگ و متناسب باشند، انتخاب می‌کند. در سطح پایه، همه برنامه‌های گزینشی تلاش دارند تا متقاضیانی را شناسایی کنند که بیش‌ترین معیارهای عملکردی سازمان را برآورده کنند. گزینش و استخدام اثربخش برای سازمان‌ها، موضوعی حیاتی و راهبردی است و ممکن است گزینش و استخدام اشتباه، هزینه‌های فراوانی بر

مخدر، ک) داشتن سلامت جسمی و روانی متناسب با خدمت.

۱. طبق ماده ۱۹ قانون ارتش جمهوری اسلامی (مصوب ۱۳۶۶/۷/۷)، مشاغل ارتش به ۳ گروه زیر تقسیم می‌شوند:
الف) شغل نظامی: عبارت است از مجموعه وظایف و اختیارات مشخصی که در جداول سازمان برای نظامیان پیش‌بینی می‌شود.
ب) شغل کارمندی: عبارت است از مجموعه وظایف و اختیارات مشخصی که در جداول سازمان برای کارمندان پیش‌بینی می‌شود.
ج) شغل مشترک: عبارت است از مجموعه وظایف مشخصی که در جداول سازمان با این عنوان تعیین شده و منحصر به نظامیان و کارمندان نبوده و قابل تشخیص به هر دو می‌باشد.

سازمان تحمیل کند، در حالی که گزینش صحیح موجب کاهش هزینه‌ها و افزایش بهره‌وری می‌گردد.^۱ گزینش بر اساس قانون گزینش کشور در سه سطح قابل بررسی است:

سطح اول - هیئت عالی گزینش که پس از رییس جمهوری به عنوان یکی از ارکان اصلی گزینش به شمار می‌رود و اعضای آن عبارتند از: نماینده قوه قضاییه، دبیرکل سازمان امور اداری و استخدامی کشور، وزیر یا بالاترین مقام دستگاه اجرایی حسب مورد، دو نماینده از کمیسیون‌های امور اداری و استخدامی وزارت خانه مورد نظر.

سطح دوم - هیئت‌های مرکزی گزینش که به عنوان مرجع گزینش در وزارت خانه یا سازمان مورد نظر است و توسط هیئت عالی گزینش تشکیل می‌گردد.

سطح سوم - هسته‌های گزینش نیز یکی از واحدهای دستگاه است که مرکب از سه تا پنج نفر است و در امتداد پست‌های سازمانی و توسط هیئت مرکزی تشکیل می‌گردد.^۲

قراین و شواهد موجود، بیانگر وجود مشکلات سازمانی متعدد در سازمان‌ها و مؤسسات است. بی‌شک، وجود این مشکلات سبب کاهش اثربخشی، کارایی و بهره‌وری سازمانی می‌شود و بخش قابل توجهی از این مشکلات متوجه ضعف نظام‌های جذب و استخدام کارکنان می‌گردد. ناتوانی مراکز و هسته‌های گزینش در شناسایی و ارزیابی صحیح و دقیق توانایی‌ها، شایستگی‌ها و استعداد‌های داوطلبان استخدام و نیز وجود نواقص و اشکال‌ها در مراحل گزینش و فرآیند جذب موجب می‌شود تا افرادی با بیماری روحی و جسمی وارد سازمان شوند.^۳

بند دوم. نقد شرایط مقرر در قانون گزینش کشور

در نظام اداری ایران، فرآیند استخدام دارای سیاستی جامع و هدفمند نیست و گاه ایجاد فرصت شغلی بر جذب نیروی کارآمد، مقدّم شمرده می‌شود. در فرآیند استخدام به صلاحیت علمی،

۱. فرهی بوزنجانی، برزو و همکاران، «آسیب‌شناسی نظام گزینش دستگاه‌های دولتی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌های مدیریت منابع انسانی، سال چهارم، شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵.

۲. ابن علی، علی اکبر، مجموعه قوانین و مقررات استخدامی، تهران: مؤسسه معین اداره، ۱۳۸۷، ص ۵۸.

۳. فرهی بوزنجانی و همکاران، پیشین، ص ۱۱۰.

تجربی، توان‌مندی و علاقه‌مندی افراد توجه کافی نمی‌شود. قانون‌گزینش، آیین‌نامه‌های اجرایی و دستورالعمل‌های مربوط در شرایط فعلی، ناکارآمد هستند. تعاریف یکسان و واحدی از واژه‌های اساسی در نظام‌گزینش افراد در دست نیست و مسئولان جذب و گزینش به جای متابعت از قانون بر اساس سلیقه شخصی عمل می‌کنند؛ چون آموزش مناسب و کافی مرتبط با این فرایندها را ندیده‌اند.^۱

یکی از نقطه‌های هدف و انگیزه تحقیق در موضوع برابری، به ویژه برابری در ورود به مشاغل عمومی، بررسی شیوه صلاحیت متقاضیان ورود به بخش عمومی، گروه‌هایی است که به نام «هسته گزینش» شناسایی کرده‌اند. شیوه بررسی این هسته‌ها عمدتاً از دو طریق به دست می‌آید:

نخست. بررسی احوال و گذشته و ویژگی‌ها و سلیقه متقاضی از طریق تحقیقات محلی؛

دوم. مصاحبه با متقاضی و طرح سؤالات گوناگون از وضعیت باورها و اعتقادات وی به ویژه در زمینه مسائل سیاسی، مذهبی و فرهنگی.

پرس‌وجو درباره عقاید دینی و سیاسی مردم برای شناسایی مخالفان و تعقیب آن‌ها را «تفتیش عقاید» می‌گویند. عقیده ممکن است مذهبی، اجتماعی، سیاسی یا به طور کلی، اندیشگی باشد. از این نظر، به سیاق اصل ۲۳ قانون اساسی که در آن، واژه «عقاید» به کار رفته، پرس‌وجو درباره هر نوع اندیشه و در هر زمینه‌ای ممنوع است. از سوی دیگر، نقض آزادی فردی و حق امتیاز عقیده توسط مقامات و مأموران دولتی موجب کیفر است (مواد ۵۷۰ و ۵۷۱ قانون مجازات اسلامی). با این حال، در عمل به موجب قوانین عادی، آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌ها و دستورالعمل‌ها، افراد برای استخدام در مراکز دولتی همواره به طور کتبی و شفاهی، بازپرسی می‌شوند. سرانجام نیز افرادی که تخصص لازم برای احراز مرتبه شغلی منظور را دارند، به شرطی از این حق اساسی خود بهره‌مند خواهند شد که دارای عقاید خاصی باشند. این نوع بررسی و تحقیق و صدور رأی در مورد متقاضی با حقوقی از قبیل آزادی بیان و ممنوعیت تجسس هم در تقابل است. در قانون اساسی ایران، اصلی وجود ندارد که آزادی بیان را به طور کلی و با صراحت به رسمیت شناخته باشد، اما آزادی بیان و عقیده را می‌توان به طور ضمنی از اصل ۲۳ قانون اساسی استنباط کرد.

۱. میرمحمدی، سیدمحمد و اکبر حسن‌پور، «نظام اداری ایران: تحلیلی بر مشکلات و چالش‌ها»، مجله چشم‌انداز مدیریت دولتی، شماره ۸، ۱۳۹۰، ص ۱۵.

تحلیل ضوابط و معیارهای اخلاقی در ایران با توجه به جمهوریت و اسلامیت کشور خواهد بود. طبق اصول متعدد قانون اساسی، به موازین اسلامی و مذهب شیعه باید در امور مختلف حقوقی، قضایی، سیاسی و اجتماعی توجه صورت گیرد. از همین رو، مطابق ماده ۴۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، شرایط لازم استخدام در دستگاه‌های اجرایی را می‌توان به دو دسته شرایط عمومی استخدام و ضوابط عمومی گزینش، موضوع ماده ۲ قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش تقسیم کرد. معمولاً ضوابط و معیارهای اخلاقی بر خلاف ضوابط و معیارهای فنی و تخصصی به طور دقیق قابل اندازه‌گیری و سنجش نیست و به همین دلیل، ممکن است دستگاه‌های اجرایی به حقوق، آزادی‌ها و برابری افراد آسیب بزنند.^۱

در بند ۲ ماده ۲ قانون گزینش، اصطلاح «التزام عملی به احکام اسلام»، یکی از شروط استخدام ذکر شده است. التزام بر دو نوع است: عملی و قلبی. التزام عملی عبارت است از این که فردی، خود را به فعل یا ترک فعلی ملزم کند که پیش از آن بر او لازم نبوده و التزام قلبی، اعتقاد درونی به چیزی است. در این میان، هیئت گزینش باید اولاً مصادیق احکام اسلام را برای احراز صلاحیت تصدی شغل تشخیص دهد. ثانیاً مصداق التزام عملی را بیابد و بر اساس گزینش خود، به این نکته دست یابد که شخص مورد نظر به حکم اسلام التزام عملی دارد یا خیر.^۲

انتقاد دیگری که در منطق گزینش‌ها ایجاد می‌شود، این است که گاهی صلاحیت‌های مندرج برای داوطلبان ورود به خدمت عمومی مثل اعتقاد و التزام عملی به اسلام و نظام جمهوری اسلامی ایران قابل اثبات نیستند. پس در این خصوص باید تأمل بیش‌تری کرد و روش اثبات این امور باید تحلیل شود. اصل بیست و سوم قانون اساسی در این زمینه اذعان دارد: «تفتیش عقاید ممنوع است و هیچ کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و مؤاخذه قرار داد».

برقراری گزینش‌های عقیدتی باعث ایجاد ارائه شخصیتی غیر واقعی از بسیاری از افراد به منظور جلب توجه دغدغه‌های فکری و سیاسی گزینشگران بر اساس باورهای سیاسی، اعتقادی و فرهنگی آن‌ها

۱. قهوه چیان، حمید، «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۲، ص ۱۴۵.

۲. افشاری، فاطمه، «شرط التزام عملی به احکام اسلام حجاب در استخدام دولتی: نقد و بررسی رأی دیوان عدالت اداری»، مجله اندیشه‌های حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۲، ۱۴۰۰، ص ۸.

شده است. حتی این دوگانگی شخصیتی به لحاظ ترس از دست دادن شغل و به تبع آن، بسیاری از برخورد‌های عمومی اجتماع، در طول حیات کاری وی ادامه می‌یابد. فرد در این وضعیت به جای به فعلیت رساندن گوهری‌ترین منش‌های انسانی خویش و باور و کرامت شرافت ذاتی خویش همواره با دورویی، به سمت ناخودباوری، دون‌پایگی و سفلگی سوق داده می‌شود.

گفتار سوم. رویه قضایی دیوان عدالت اداری در خصوص ورود به خدمت و گزینش بر اساس اصول حقوق بشری

یکی از معضلات موجود در نظام حقوقی ایران که سبب پررنگ شدن نقش رویه قضایی می‌گردد، آن است که در این نظام، وضوح قانون که یکی از اوصاف اصلی آن و پیش‌شرط تحقق حاکمیت قانون محسوب می‌شود، رعایت نمی‌شود و اداره‌ها و دادگاه‌ها را در تعیین تکلیف امور دچار سردرگمی می‌کند. در شرایط پراکندگی قوانین، نقش قاعده‌گذاری قضایی از طریق رویه قضایی اهمیت بسیار بیش‌تری می‌یابد. رویه قضایی از یک سو، نقص ناشی از انعطاف‌ناپذیری قانون اساسی نسبت به مسائل اجتماعی جدید را برطرف می‌کند که شاید مبانی کلی نظام حقوقی را دربرگیرد و قانون اساسی به آن‌ها اشاره نکرده است. از سوی دیگر، پراکندگی قوانین عادی و نیز تورم مقررات‌گذاری گاه متعارض دولت را جبران می‌کند. در این خصوص، دیوان عدالت اداری با رویه قضایی پویا و متحول در نبود قانون عام اداری و اشاره نکردن قانون اساسی به اصول جدید، راه‌گشا خواهد بود و می‌تواند اصول و حقوق جدید را پایه بگذارد.^۱

شعب دیوان عدالت اداری در رسیدگی تحت صلاحیت خود ممکن است در یکی از سطوح بدوی یا تجدید نظر منشأ صدور رأی قرار گیرند، اما آن‌چه در خصوص آرای صادرشده از شعب اهمیت دارد، تأثیر عملکرد مطلوب شعب در هر یک از این سطوح و اهتمام آن‌ها در صدور آرای پویا و علمی است. این امر علاوه بر ارتقای جایگاه دیوان عدالت به عنوان تنها مرجع قضایی اداری کشور، بر پرورش مفاهیم و اصول نوین حقوق عمومی، تأثیری شگرف می‌گذارد و زمینه شکل‌گیری رویه در میان شعب دیوان عدالت اداری را فراهم خواهد کرد. به عبارتی، نظریه‌های آن‌ها می‌تواند منجر

۱. حسنوند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹، ص ۹۲.

به بهبود کیفیت آرای محاکم و ارتقای رویه قضایی و در نهایت، توسعه حقوق اداری شود. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز در پاسداری از حریم قانون و حاکمیت آن در نظام اداری و تقویت بنیان‌های حقوق عمومی، نقش مهمی بر عهده دارد. هیئت عمومی به عنوان مهم‌ترین رکن قضایی دیوان و به عنوان نهاد متناظر هیئت عمومی دیوان عالی کشور علاوه بر صدور رأی وحدت رویه و ایجاد رویه، دارای اختیار ابطال مصوبات و مقررات است.^۱

بند اول. رویه قضایی دیوان عدالت اداری در برابری فرصت‌ها در مرحله استخدام

در این خصوص، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و نیز در برخی موارد، شعب دیوان، آرای در خور توجهی صادر کرده‌اند. برای نمونه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بر اساس دادنامه شماره ۹۲۱۰۰۹۰۹۵۸۰۰۹۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۸ که در مقام اعلام تعارض آرای شعب دیوان صادر کرده، گفته است: «نظر به این که مطابق مواد ۵ و ۲ آیین‌نامه سامان‌دهی اشتغال فرزندان شاهد و جانبازان بالای بیست و پنج درصد و بالاتر، استخدام فرزندان شاهد و جانبازان به رعایت قانون و در چهارچوب سهمیه‌های استخدامی موکول شده است و به موجب قانون اصلاح بند «و» ماده ۴۴ قانون برنامه پنجم توسعه، استخدام فرزندان جانباز در چهارچوب سهمیه استخدامی امکان‌پذیر اعلام شده است و بدون مجوز استخدام، امکان استخدام، ولو برای فرزندان شاهد و ایثارگر پیش‌بینی نشده است، بنابراین، رأی شعبه ۲۴ که به علت عدم مجوز استخدامی به رد شکایت صادر شده است، صحیح و موافق مقررات تشخیص داده می‌شود.» در این رأی وحدت رویه، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با درک صحیح از اصل حاکمیت قانون بر فرآیند جذب و استخدام و با در نظر گرفتن اصل برابری فرصت‌ها، حتی برای فرزندان شاهد و جانباز، ورود به خدمت را به شرط وجود مجوز وابسته دانسته است.

هم‌چنین در دادنامه دیگری، هیئت عمومی دیوان بر اساس رأی شماره ۷۱۹ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۸ که در مقام تعارض آرای میان شعب دیوان اصدار یافته است، مقرر می‌کند: «حکم مقرر در بند «ج» ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه که در آن مقرر شده است: «دولت مکلف است علاوه بر اجرای

۱. فلاح‌زاده، علی محمد و صادق تازی وردی، «نقش رویه قضایی محاکم در توسعه حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۸، ۱۳۹۸، ص ۵۴.

ماده ۲۱ قانون جامع خدمات‌رسانی به ایثارگران و تبصره‌های آن و اصلاحات بعدی، تمامی فرزندان شهدا و فرزندان جانبازان بالای ۷۰ درصد و بالاتر را در طول اجرای قانون برنامه، استخدام نماید، تکلیف برنامه‌ای و کلی برای دولت است که لازم است دولت شرایط لازم را در این خصوص از جمله تأمین اعتبار، تعیین سهمیه استخدامی برای دستگاه‌های اجرایی و... را فراهم نماید و نمی‌توان به استناد این حکم قانونی، یک دستگاه اجرایی خاص را بدون توجه به ملزومات مقرر برای استخدام ایثارگران از جمله وجود سهمیه استخدامی برای آن دستگاه، برگزاری آزمون بین ایثارگران و رعایت سایر ضوابط مربوطه ملزم به استخدام فرد مستثنا کرد.» در دادنامه مورد نظر نیز هیئت عمومی دیوان بر وجود مجوز قانونی برای استخدام و نیز برگزاری آزمون میان فرزندان شهدا و جانبازان برای رعایت برابری فرصت‌ها تأکید کرده است.

هم‌چنین بر اساس دادنامه شماره ۹۶۱۰۰۹۰۵۸۰۰۷۴۳ مورخ ۱۳۹۶/۸/۹ که در مقام ابطال ماده ۲۸ بخش‌نامه شماره ۲۰۰/۹۳/۹۷۵۷ مورخ ۱۳۹۳/۷/۱۹ صادر شده، هیئت عمومی صریحاً اظهار داشته است: «از آن جایی که کارکنان قراردادی بدون رقابت و شرکت در آزمون استخدامی در دستگاه‌های اجرایی به کارگیری می‌شوند و اعطای امتیاز فوق‌العاده به آنان در هر یک از حیطه‌های امتحان مشترک و مصاحبه استخدامی با اصول رقابت‌پذیری، برابری فرصت‌ها و شایسته‌گزینی مصرّح در مواد ۴۱ و ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مغایر است و مبنا و توجیه قانونی ندارد، بنابراین، بخش‌نامه مورد نظر به لحاظ مغایرت با مواد مورد نظر ابطال می‌شود».

در خصوص استخدام اقلیت‌ها و برابری فرصت‌های شغلی برای این گروه، هیئت عمومی دیوان، رویه‌ای غنی نداشته و تنها یک مورد دادنامه صادرشده در قالب قرار دستور موقت توسط یکی از شعب دیوان قابل توجه است. «قضیه به این شرح است که یکی از اعضای علی‌البدل شورای شهر یزد، شکایتی را در دیوان عدالت اداری به خواسته دستور موقت مبنی بر توقف و جلوگیری از فعالیت‌های سپنتا نیک‌نام در شورای اسلامی شهر یزد، به طرفیت هیئت نظارت بر انتخابات استان یزد و فرمانداری یزد طرح کرده است. در نهایت، در خصوص دستور موقت، شعبه ۴۵ بدوی دیوان چنین تصمیم گرفت: «با بررسی، تدقیق و مذاقه در جمیع اوراق و محتویات پرونده، مفاد درخواست تقدیمی و التفات به نظریه شماره ۹۵/۱۰۰/۲۴۰ مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۶ فقهای محترم شورای نگهبان مبنی بر خلاف شرع بودن تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شورای اسلامی کشور و

انتخابات شورای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، دستور موقت به شرح خواسته صادر و اعلام می‌گردد.» مبنای صدور این دستور نیز زرتشتی بودن عضو مزبور بوده است.

توضیح این‌که قانون تشکیلات و وظایف و انتخابات شورای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران در تاریخ ۱۳۷۵/۳/۱ به تصویب رسید و در سال‌های بعد نیز اصلاحات و الحاقاتی داشت که همگی به تأیید شورای نگهبان رسیده‌اند. ماده ۲۶ این قانون در تعیین شرایط انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت نام می‌باشد که عبارتند از:

(الف) تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران؛

(ب) حداقل ۲۵ سال تمام؛

(د) اعتقاد و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه فقیه؛

(ه) ابراز وفاداری به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

این ماده در مورخ ۱۳۸۲/۵/۶ اصلاحیه‌ای داشته که بعد از تصویب مجلس به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است و مقرر می‌دارد: «اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی به جای اسلام باید به اصول دین خود، اعتقاد و التزام عملی داشته باشند». بنابراین، در گذشته نیز افراد اقلیت‌های رسمی و قانونی وارد شوراها شده‌اند.^۱

اگرچه عضویت در شوراها اساساً شغل محسوب نمی‌شود، اما در هر صورت، صدور دادنامه دستور موقت در موضوع مورد نظر تا حدودی نشان‌دهنده موضع نظام حقوقی موجود در خصوص رفتار با اقلیت‌هاست. این دادنامه از این نظر قابل نقد است که نام‌برده در دوره‌های قبل عضو شورا بوده و اقدام مورد نظر به نوعی با حقوق شهروندی در تعارض است.

در خصوص وضعیت استخدام زنان نیز هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۴۴۵ مورخ ۱۳۹۸/۷/۱۶ که در مقام اعلام تعارض آرای میان شعب دیوان به خواسته «الزام به تبدیل وضعیت استخدامی بر اساس مصوبه شماره ۴۳۳۴۶/۱۳۱۰۰ مورخ ۱۳۸۸/۷/۱ هیئت

۱. آزادی، مجید و ایرج حسینی صدرآبادی، «تحلیل و ارزیابی نظر شرعی فقهای شورای نگهبان و رأی دیوان عدالت اداری در خصوص عدم فعالیت آقای سپین‌نیک‌نام در شورای اسلامی شهر یزد»، چهارمین همایش ملی حقوق ارزیابی کارآمدی قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۶، ص ۱۰.

وزیران» صادر گردیده، به این شرح اظهار نظر کرده است: «با توجه به این که مصوبه مورد نظر شاکیان، به موجب مصوبه دیگر هیئت وزیران اصلاح شده و عبارت «با رعایت قانون مدیریت خدمات کشوری» به آن اضافه شده است و بر اساس مواد ۴۱، ۴۴، ۴۵ و ۵۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، ورود به خدمت بر اساس مجوزهای صادره و رعایت مراتب و شایستگی و برابری فرصت‌ها پس از پذیرفته شدن در امتحان عمومی که به طور عمومی نشر آگهی می‌گردد و نیز امتحان یا مسابقه تخصصی امکان‌پذیر است و در قانون مذکور، حکمی راجع به تبدیل وضعیت کارمندان قراردادی و زنان سرپرست خانوار به طور رسمی بیان نشده، آرای صادره مبنی بر رد شکایت، صحیح و موافق مقررات است».

بنابراین، در این دادنامه، هیئت عمومی دیوان، تبدیل وضعیت زنان سرپرست خانوار را بر مبنای اصل برابری فرصت‌ها نپذیرفته است، در حالی که به نظر می‌رسد با توجه به اصل تبعیض مثبت، در نظر گرفتن این امتیاز برای زنان سرپرست خانوار اشکالی ندارد.

بند دوم. رویه قضایی دیوان عدالت اداری در مورد هیئت‌های گزینش

در خصوص تصمیم‌های صادرشده از هیئت‌ها و هسته‌های گزینش و اثری که بر حقوق استخدامی مستخدمان می‌گذارند، هیئت عمومی و نیز شعب دیوان، آرای مختلفی صادر کرده‌اند که به مواردی از آن‌ها می‌پردازیم. به موجب رأی وحدت رویه شماره ۱۰۴۳ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۲ که در مقام تعارض آرای میان شعب دیوان صادر شده، هیئت عمومی به این شرح تصمیم گرفته است: «بر اساس بند ۲ ماده ۱۰ قانون گزینش، بررسی و تعیین صلاحیت اخلاقی، اعتقادی، سیاسی متقاضیان مشمول این قانون قبل از ورود تا مرحله قطعیت اشتغال، یکی از وظایفی است که هسته‌های گزینش زیر نظر هیئت مرکزی گزینش بر عهده دارند. هم‌چنین به موجب ماده ۱۶ همین قانون، هیئت مرکزی موظف است حداکثر ظرف مدت ۳ ماه از زمان دریافت مدارک و امکانات لازم از مراجع مربوط، امور گزینش افراد موضوع این قانون را به انجام رسانده و نتایج را اعلام نماید. نظر به این که اولاً مستنبط از موازین حقوقی مذکور این است که اعلام نظر گزینش مربوط به قبل از ورود به خدمت و تمديد و تبدیل وضعیت استخدامی است. ثانیاً هر چند بر اساس ماده ۲۳ آیین‌نامه اجرایی قانون گزینش کشور مقرر شده است که «واحد کارگزینی یا عناوین مشابه اداری در دستگاه مکلف است به

محض دریافت نظر گزینش مبنی بر عدم موافقت با ادامه خدمت داوطلب، نسبت به قطع رابطه استخدامی اقدام نماید، بنابراین، حکم مقرر در ماده ۲۳ آیین نامه مذکور، ناظر به موارد مربوط به تمدید قرارداد و تبدیل وضعیت استخدامی تا قطعی رسمی است. ثالثاً پس از انعقاد قرارداد پیمانی، ادامه خدمت فرد، تابع قرارداد پیمانی و نیاز دستگاه اجرایی بوده و در صورت ارتکاب تخلف نیز هیئت های رسیدگی به تخلفات اداری و نه هسته های گزینش مرجع رسیدگی به تخلف مزبور هستند. بنا به مراتب فوق، قطع رابطه استخدامی با کارمند پیمانی در اثنای خدمت و قبل از اتمام مهلت قرارداد به جهت تغییر در نظر گزینش فاقد وجهت قانونی بوده و دادنامه صادره مبنی بر ورود شکایت، صحیح و مطابق مقررات است.»

در این رأی، قضات دیوان عدالت اداری با درک صحیح از جایگاه هسته های گزینش و تفکیک میان مراجع گزینشی و مراجع تخلفاتی، تغییر نظر گزینش قبل از اتمام دوره خدمت کارمندان پیمانی را مطابق با قانون ندانسته و با تفسیر صحیح از ماده ۲۳ آیین نامه اجرایی قانون گزینش کشور، نظر اولیه هسته گزینش را تا پایان دوره خدمتی مستخدم پیمانی معتبر دانسته است.

هم چنین هیئت عمومی در دادنامه شماره ۲۲۱ مورخ ۱۳۸۵/۴/۱۸ در مقام تعارض آرای میان شعب دیوان، تصمیم گرفته و اظهار نظر نکردن هسته های گزینش را پس از پایان مدت خدمت آزمایشی، ناظر بر موافقت هسته ها دانسته و به عبارتی، موافقت قبلی را استصحاب کرده است.

در رویه شعب دیوان نیز آرای قابل ملاحظه ای قابل بررسی است. بر اساس دادنامه شماره ۸۳۰ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۲۱ صادرشده از شعبه ۲۱ بدوی دیوان عدالت اداری که بر مبنای شکایت از رأی هیئت مرکزی گزینش وزارت آموزش و پرورش صادر گردیده، تصریح شده است که «رد صلاحیت حسب ماده ۱۵ قانون گزینش می بایست از طریق بیّنه و اقرار و شهادت شهود و شایع مفید اطمینان که معارض نباشد، حاصل می شود و اظهارات منابع متضاد و مغایر هم می باشد و نیاز به تحقیقات بیش تری دارد و هیئت مکلف به بررسی و تحقیقات بیش تری بوده، لذا با وارد دانستن شکایت، رأی صادره از هیئت گزینش نقض شده است.»

در دادنامه مورد نظر نیز شعبه دیوان با درک صحیح از شرایط مقرر در ماده ۱۵ قانون گزینش کشور، تحقیقات را در حدّی تجویز کرده که رفع تعارض و تغایر کند. از مفهوم مخالف آن برداشت

می‌شود که در انجام تحقیقات باید به ظواهر امر اکتفا کرد و از تفحص بیش از اندازه در امور شخصی افراد پرهیز شود.

هم‌چنین شعبه ۳۸ بدوی در دعوای شاکی به طرفیت هیئت مرکزی گزینش وزارت بهداشت، به موجب دادنامه شماره ۹۶۳۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۱۰ با در نظر گرفتن محتویات پرونده گزینش شاکی و توجه به این‌که منابع تحقیق، داوطلب را به اتفاق، تأیید و ایشان را فردی مسلمان و شیعه و عامل به فرایض دینی معرفی کرده‌اند و صرف برخی اظهارات بدون وجود دلایل متقن و محکمه‌پسند نمی‌تواند از موارد منجر به رد صلاحیت به موجب بند ۲ ماده ۲ قانون گزینش گردد، حکم به ورود شکایت شاکی صادر می‌کند.

نتیجه‌گیری

با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶، افق جدیدی در حوزه حقوق اداری ایران پدید آمد. قانون مدیریت در فصل مربوط به ورود به خدمت و استخدام، مقررات قابل توجهی در مورد حاکمیت اصل قانون در فرآیند جذب و استخدام نیز رعایت برابری و عدالت استخدامی مشاهده می‌شود. با توجه به این‌که استخدام دولتی، مزیتی قابل توجه به شمار می‌رود، همه افراد جامعه در شرایط مساوی باید از برابری فرصت‌ها برخوردار باشند و درج شروط غیر منطقی در فرآیند استخدام سبب تضییع حق برابری فرصت‌های شغلی می‌گردد.

در نظام حقوقی ایران، علاوه بر قانون مدیریت خدمات کشوری، قانون گزینش نیز در خصوص مسائل مربوط به جذب و استخدام، شرایط و مقرراتی در نظر گرفته است که برخی از این شرایط، جنبه درونی و اعتقادی دارند و به سختی قابل احرازند. در خصوص این‌گونه شرایط شایسته است در خصوص داوطلبان ورود به خدمت به ظن غالب اطمینان کرد و از تحقیق و تفحص بی‌مورد باید پرهیز شود.

ساختار هسته‌ها و هیئت‌های گزینش نیز قابل نقد است. در تبصره ۲ از ماده ۲ از قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش، مواردی از قبیل فعالیت در نهادهای انقلابی، شرکت در نماز جمعه و جماعات، پوشش چادر برای خواهران به عنوان ملاک‌های تقدم در استخدام تعیین شده است. ماده ۱۰ این قانون، وظیفه بررسی و تعیین صلاحیت اخلاقی، اعتقادی و سیاسی متقاضیان

مشمول این قانون قبل از ورود تا مرحله قطعیت استخدام را به عهده هسته‌های گزینش زیر نظر هیئت مرکزی گزینش قرار داده است. ماده ۱۳ شرایط اعضای هسته‌ها که برگرفته از فرمان ۱۳۶۱/۱۰/۱۵ است، اعلام می‌دارد که به جز شرایط بند «الف» از قبیل صالح، متعهد عامل و...، در بند «ب»، ۲۳ سال سن و تأهل تنها شرایط اعضای هسته‌هاست. پس هیچ‌گونه صلاحیت علمی و تخصصی در زمینه‌های حقوقی و قضایی را بر خلاف ماهیت ترافعی بودن و حساسیت پیچیدگی اظهار نظر و تعهد حکومت در رعایت برابری شهروندان در استفاده از فرصت‌های عمومی به عنوان شرایط عضویت قلمداد نکرده است. بنابراین، آنچه تحقق اصول برابری و کرامت انسانی را در مرحله ورود به خدمت تضمین خواهد کرد، اصلاح رویه موجود فعلی در نظام اداری و استخدامی کشور است.

با توجه به این‌که هسته‌ها و هیئت‌های گزینش و نیز مقررات مربوط به ورود به خدمت، از اعمال اداری محسوب می‌شوند، امکان نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر اقدامات مراجع یادشده وجود دارد. نظارت قضایی دیوان از طریق شعب و هیئت عمومی صورت می‌گیرد. مذاقه در آرای صادرشده از شعب و هیئت عمومی نشان می‌دهد قضات دیوان عدالت اداری، درک صحیحی از اصول حقوق بشر حاکم بر استخدام مانند برابری فرصت‌های شغلی و نیز توجه به کرامت انسانی دارند و این امر، نویدبخش تحول در نظام گزینش و ورود به خدمت و حاکمیت هر چه بیش‌تر قانون بر این فرآیند است.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. ابطحی، سید حسین و فریدون عبد صبور، **شایسته‌سالاری**، تهران: آزادمهر، ۱۳۸۹.
۲. ابن علی، علی‌اکبر، **مجموعه قوانین و مقررات استخدامی**، تهران: مؤسسه معین اداره، ۱۳۸۷.
۳. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، تهران: توس، چاپ دوم، ۱۳۷۶.
۴. آذربایجانی، محمد و محمد موسوی اصل، **درآمدی بر روان‌شناسی دینی**، تهران: سمت، ۱۳۸۵.
۵. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۶. پتفت، آرین و احمد مرکز المیری، **مفهوم و قلمروی اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی**، تهران: قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۷. تاموشات، کریستیان، **حقوق بشر**، ترجمه: حسین شریفی طرازکوهی، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۸. زولر، الیزابت، **درآمدی بر حقوق عمومی**، ترجمه: سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۹. سعیدی روشن، حمیده، **نقش دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی در گستره مقررات دولتی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۴.
۱۰. عباسی، محمود و آرین پتفت، **حقوق شهروندی از حمایت تا نظارت بر اجرای آن**، تهران: حقوقی، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۱۱. نقیب‌زاده، احمد، **سیاست و حکومت در اروپا (انگلستان، فرانسه، آلمان و ایتالیا)**، تهران: سمت، چاپ دوازدهم، ۱۳۹۳.
۱۲. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱)**، تهران: میزان، چاپ پنجم، ۱۳۸۲.
۱۳. هاشمی، سید محمد، **حقوق بشر و آزادی‌های عمومی**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.

۲. مقاله

۱. آزادی، مجید و ایرج حسینی صدآبادی، «تحلیل و ارزیابی نظر شرعی فقهای شورای نگهبان و رأی دیوان عدالت اداری در خصوص عدم فعالیت آقای سپنتا نیکنام در شورای اسلامی شهر یزد»، چهارمین همایش ملی حقوق ارزیابی کارآمدی قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۶.
۲. افشاری، فاطمه، «شرط التزام عملی به احکام اسلام حجاب در استخدام دولتی: نقد و بررسی رأی دیوان عدالت اداری»، مجله اندیشه‌های حقوق عمومی، سال دهم، شماره ۲، ۱۴۰۰.
۳. بکر، فلورین، «تحولات حقوق اداری آلمان»، ترجمه و تحقیق: خدیجه شجاعیان، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۳، ۱۳۹۹.
۴. پتفت، آرین و علی‌رضا جمشیدی، «حقوق شهروندی در پرتو آیین‌های نوین اداری»، فصل‌نامه اخلاق زیستی، دوره ششم، شماره ۲۱، ۱۳۹۵.
۵. جلالی، محمد و فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳.
۶. حسنونند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، شماره ۱۱۲، ۱۳۹۹.
۷. خسروی، حسن و محمدجواد حسینی، «سرآغازی بر حقوق بشر اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۹۹.
۸. رستمی، ولی، «نقد و بررسی حقوقی ورود به خدمت و استخدام در قانون مدیریت خدمات کشوری»، مجله پژوهش انتقادی متون و برنامه‌های انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال دهم، شماره ۲، ۱۳۸۹.
۹. رضایی‌زاده، محمدجواد و منصور پرکاله، «بررسی حقوقی ضوابط و معیارهای استخدام عمومی در ایران و کانادا»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهل و یکم، شماره ۲، ۱۳۹۰.
۱۰. زارعی، محمدحسین و خدیجه شجاعیان، «اصل غیرعقلایی بودن در حقوق اداری و انعکاس آن در آرای دیوان عدالت اداری»، مجله پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۵، ۱۳۹۳.

۱۱. شهابی، محمدرضا و همکاران، «منابع حقوقی و اصول حاکم بر مقررات استخدامی در ورود به خدمت در پرتو اداره خوب»، مجله جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال سوم، شماره ۱۱، ۱۳۹۹.
۱۲. طلابکی طرقي، اکبر و محمد صالح عطار، «الزامات و راهکارهای ایجاد نهاد ملی حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران در پرتو قانون اساسی، حقوق بشر اسلامی، اعلامیه پاریس و رویه کشورها»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال ششم، شماره ۱۷، ۱۳۹۶.
۱۳. عمرانی سلمان و همکاران، «تبعض مثبت» یا «تبعض روا»؟ تأملی بر مفهوم شناسی تبعض در نظام حقوقی ایران، مطالعه موردی «بومی‌گزینی‌های استخدامی» فصلنامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۰، ص ۱۱۶.
۱۴. غمامی، سید محمدمهدی و حسین عزیزی، «مبانی و اصول عدالت استخدامی در نظام حقوقی اسلام»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۱۵. فرهی بوزنجانی، برزو و همکاران، «آسیب‌شناسی نظام‌گزینش دستگاه‌های دولتی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌های مدیریت منابع انسانی، سال چهارم، شماره ۲، ۱۳۹۱.
۱۶. فلاح‌زاده، علی محمد و صادق تاری وردی، «نقش رویه قضایی محاکم در توسعه حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، شماره ۸۸، ۱۳۹۸.
۱۷. قهوه‌چیان، حمید، «نظام حقوقی ورود به خدمت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۲.
۱۸. مهرپور، حسین، «کرامت انسانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و پی‌آمدهای آن»، مجله حقوق عمومی، شماره ۱، ۱۳۸۵.
۱۹. میرمحمدی، سیدمحمد و اکبر حسن‌پور، «نظام اداری ایران: تحلیلی بر مشکلات و چالش‌ها»، مجله چشم‌انداز مدیریت دولتی، شماره ۸، ۱۳۹۰.
۲۰. ویژه، محمد رضا، «مفهوم اصل برابری در حقوق عمومی نوین»، فصلنامه حقوق اساسی، شماره ۲، ۱۳۸۳، ص ۲۳.
۲۱. هداوند، مهدی و داوود کاظمی، «تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری»، فصل‌نامه راهبرد، شماره ۶۷، ۱۳۹۲.

۲۲. یاوری، اسدالله، و مصطفی رضائی «ارزیابی مؤلفه‌های عدالت استخدامی در ورود به خدمت در ایران و انگلستان»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال نهم، شماره ۳۰، ۱۴۰۱.

۳. دیگر منابع

۱. بهرامی، احسان، «بررسی مؤلفه‌های بنیادین سازش‌یافتگی در آزادگان ایرانی»، رساله دکتری رشته روان‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی، ۱۳۸۷.
۲. یاوری، اسدالله، **جزوه حقوق اداری (۲)**، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، بی‌تا.

۴. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۹ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۲. رأی وحدت رویه شماره ۱۰۴۳ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۳. رأی وحدت رویه شماره ۲۲۱ مورخ ۱۳۸۵/۴/۱۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۴. رأی وحدت رویه شماره ۹۲۱۰۰۹۰۹۵۸۰۰۹۱۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۵. رأی وحدت رویه شماره ۹۶۱۰۰۹۰۹۰۵۸۰۰۷۴۳ مورخ ۱۳۹۶/۸/۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۶. رأی وحدت رویه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۴۴۵ مورخ ۱۳۹۸/۷/۱۶ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

نقش سازمان بهزیستی در کاهش سوء استفاده جنسی از کودکان در پرتو مفهوم پلیس اداری

وحید قاسمی^۱

سید عسگری حسینی مقدم^۲

جواد حبیبی^۳

چکیده

سازمان بهزیستی کشور، یکی از سازمان‌های حمایتی مهم در میان سازمان‌های اداری کشور است که با انجام وظایف حاکمیتی، تحقق اصول ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را بر عهده دارد. سند تأسیس این سازمان، لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور، مصوب شورای انقلاب است. علاوه بر این قانون که اصلی‌ترین مبنای تشکیل سازمان است و اساساً قانون‌گذار در آن بر وظایف سازمان تصریح کرده است، در برخی دیگر از قوانین مانند قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (مصوب ۱۳۹۹) نیز تکالیفی بر عهده سازمان بهزیستی قرار گرفته است.

یکی از حوزه‌های مهم در حیطه خدمات‌رسانی سازمان بهزیستی، «کودکان» هستند که با توجه به الحاق جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی حقوق کودک، حمایت از این قشر آسیب‌پذیر، از مهم‌ترین وظایف سازمان بهزیستی است. اقدامات سازمان بهزیستی به ویژه در حوزه بزه‌دیدگی کودکان در قالب اقدامات پیش‌گیرانه و در مقام پلیس اداری صورت می‌گیرد.

نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که در فرض اقدام سازمان بهزیستی در مقام پلیس اداری، سوء استفاده جنسی از کودکان و آسیب‌های مربوط به آن کاهش خواهد یافت. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی-تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: پلیس اداری، سوء استفاده جنسی کودکان، سازمان بهزیستی کشور، کنوانسیون حقوق کودک.

۱. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران، Vahidqassemi@gmail.com

۲. دانشیار، گروه الهیات، دانشکده حقوق، واحد ساری، دانشگاه آزاد اسلامی، ساری، ایران، (نویسنده مسئول)، dhoseini@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران، j.habibi.vakil@gmail.com

مقدمه

کودکان، یکی از اقشار آسیب‌پذیر و در معرض خطرند و به همین دلیل، نیازمند حمایت‌های ویژه از جانب نظام حقوقی هستند. احتمال این‌که کودکان، مورد بزه‌دیدگی قرار گیرند، احتمال بالایی است و در این فرض، انجام اقدامات پیش‌گیرانه اهمیت زیادی دارد. به همین دلیل، یکی از موضوعاتی که حقوق‌دانان از دیرباز به آن توجه کرده‌اند، مسئله حقوق کودکان است. کودکان، جزء آسیب‌پذیرترین اقشار اجتماع هستند که در برابر آسیب‌ها نمی‌توانند از خود دفاع کنند. بنا بر این، در اولویت قرار دادن حقوق اولیه و طبیعی کودکان ضروری است.^۱

تحولات سریع برای جلب توجه بیش‌تر جامعه بین‌المللی به حقوق کودک و تصویب اسناد و سازوکارهای مؤثرتر برای حمایت و ارتقای حقوق کودک چشم‌گیر است. نکته در خور تأمل در مورد حقوق کودک، نبود توانایی مساوی کودکان در احقاق حقوق خود در مقایسه با بزرگ‌سالان است.^۲

در سطح بین‌المللی، اعلامیه حقوق کودک در سال ۱۹۵۹ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسید که بنیان کنوانسیون حقوق کودک را پی‌ریزی کرد. هم‌چنین در کنوانسیون بین‌المللی رفع هر نوع تبعیض نژادی، میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و کنوانسیون حداقل سن اشتغال کودکان، مباحثی در مورد حقوق کودکان بیان شده است. دو پروتکل اختیاری بر کنوانسیون حقوق کودک در مورد شرکت کودکان در جنگ و دیگری پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک در مورد فروش، فاحشگی و پورنوگرافی کودکان بر معرفی معیارهای بین‌المللی در زمینه حمایت از اطفال و در پیش گرفتن یک سیاست کیفری افتراقی در خصوص آنان تأکید ورزیده‌اند.^۳ کنوانسیون حقوق کودک، تنها معاهده الزام‌آوری است که دولت‌های عضو را به انطباق قوانین داخلی با مقررات این معاهده متعهد می‌کند. کنوانسیون حقوق کودک در ماده ۱، کودک را چنین تعریف می‌کند: «منظور

۱. فلکمن، سالازار، «خسونت علیه کودکان، مروری بر اندیشه جهانی و اقدام ملی برای حمایت از کودکان در برابر آسیب»، ترجمه: علی نورمحمدی، فصل‌نامه حقوق بشر، ۱۳۹۰، شماره ۲، ص ۲۷.

۲. میلان، علی‌رضا و الهام عبدی، «تأثیر کار کودک در بزهکاری اطفال»، فصل‌نامه مطالعات علوم اجتماعی، ۱۳۹۵، دوره دوم، شماره ۱، ص ۲۴.

۳. کوشا، جعفر و یاسمن خواجه نوری، «جهانی شدن مفهوم طفل در بستر حقوق کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۲، ۱۳۹۱، ص ۲۵.

از کودک، افراد انسانی زیر ۱۸ سال است، مگر آن که طبق قوانین قابل اجرا در مورد کودک، سن بلوغ کم‌تر تشخیص داده شود»^۱.

دولت ایران در تاریخ ۱۴ شهریور ۱۳۶۹، کنوانسیون حقوق کودک را امضا و مجلس شورای اسلامی در اسفند ۱۳۷۳، در ماده واحده‌ای، آن را تصویب کرد.^۲ از جمله اقدامات موجود در حقوق داخلی می‌توان به تصویب قانون حمایت از کودکان و نوجوانان (۱۳۹۹) و تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان اشاره کرد. با این وجود، می‌توان گفت که قوانین ایران از نظر یافته‌های جرم‌شناختی، بزه‌دیده‌شناختی و جرم‌انگاری در مقایسه با اسناد بین‌المللی، خلأهایی دارند که تنها با مطالعه تطبیقی اسناد اخیر و مقررات داخلی می‌توان آن‌ها را روشن ساخت و در نتیجه، راهکارهای اصلاحی بهتری برای حمایت از کودکان ارائه داد. در حقوق ایران، برخی سازمان‌های دولتی، سازمان‌های حمایتی هستند که از آن جمله، سازمان بهزیستی، وظیفه حمایت از اقشار خاص از جمله زنان و کودکان را بر عهده دارد.

امروزه سازمان‌های بخش عمومی از تدارکات اجتماعی برای دستیابی به اهداف اجتماعی نظیر به حداقل رساندن بی‌کاری در بلندمدت، بهبود شرایط کار، تشویق به نوآوری، ارائه فرصت‌هایی برای توسعه کسب و کارهای کوچک و متوسط یا محلی و ایجاد بازار پایدار برای کالاها و خدمات بهره می‌برند. سازمان‌های عمومی از تدارکات اجتماعی برای دستیابی به اهداف و سیاست‌های اجتماعی دولت نظیر کاهش فقر، ایجاد اشتغال برای زنان و معلولان، توسعه محلی، کمک به کسب و کارهای کوچک، برقراری عدالت، حفظ محیط زیست و حمایت از گروه‌های خاص استفاده می‌کنند.^۳

بر اساس قوانین و مقرراتی که در دوره‌های مختلف زمانی به تصویب رسیده، وظایف متفاوتی برای سازمان بهزیستی در نظر گرفته شده است. این وظایف هم دارای سویه‌های حمایتی اعم از اقتصادی همانند کمک معیشت و مستمری، کمک مالی، فرهنگی، آموزشی و هم دارای سویه‌های توان‌بخشی

۱. سیفی، آناهیتا، «کودکان و خشونت خانگی با تأکید بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، مصوب ۱۳۹۹ و اسناد بین‌المللی»، فصل‌نامه مطالعات جنسیت و خانواده، ۱۳۹۹، سال هشتم، شماره ۲، ص ۱۵۶.

۲. حسینی اکبرنژاد، حوریه، تضمینات دادرسی عادلانه کودکان، تحت نظر: توکل حبیب‌زاده، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۵، ص ۲۵.

۳. صفری دشتکی، محمد و رضا زارع، «طراحی و تبیین مدل تدارکات اجتماعی با هدف کاهش فقر در سازمان‌های حمایتی: مفهوم‌پردازی، عوامل مؤثر و پی‌آمدها»، مجله مدیریت دولتی، ۱۳۹۹، دوره دوازدهم، شماره ۲، ص ۲۹۳.

اعم از روانی، پزشکی و اجتماعی است. با این وجود، همه حمایت‌های یادشده، معطوف به چند گروه هدف است که عبارتند از: معلولان، زنان، کودکان، آسیب‌دیدگان روانی و اجتماعی و سالمندان.^۱ بر این اساس، با توجه به سند تأسیس سازمان بهزیستی با عنوان «لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی» و نیز «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان»، وظایف و تکالیفی بر عهده سازمان بهزیستی قرار گرفته است که نشان می‌دهد این سازمان در مقام پلیس اداری، حق ورود در موضوعات مربوط به کودکان را دارد. پرسش اصلی که این پژوهش به دنبال پاسخ به آن است، بررسی نقش سازمان بهزیستی به عنوان یک سازمان دولتی در کاهش سوء استفاده جنسی از کودکان است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که اگر این سازمان در مقام پلیس اداری، وظایف خود را به درستی انجام دهد، بزه‌دیدگی اطفال به ویژه در حوزه جرایم جنسی، کاهش محسوس خواهد یافت. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. مبانی قانونی ایجاد سازمان بهزیستی کشور

سازمان بهزیستی کشور به عنوان سازمانی تخصصی و حرفه‌ای در حوزه ارائه خدمات اجتماعی، نیازمند توجه مستمر به عوامل محیطی مؤثر است. بنا بر این، مدیران ارشد سازمان از سال ۱۳۸۸، برنامه استراتژیک پنج‌ساله اول را به صورت دستوری تهیه و ابلاغ کردند. در سال ۱۳۹۲ نیز برنامه دوم استراتژیک سازمان تهیه و تصویب شد. این برنامه استراتژیک شامل مأموریت، دورنما، ارزش‌ها، نقاط قوت و ضعف، تهدیدها و فرصت‌ها، اهداف، شاخص‌های تحقق اهداف، استراتژی‌های رسیدن به اهداف و برنامه‌های عملیاتی تحقق اهداف بیان شده است.^۲ سند تأسیس و ایجاد سازمان بهزیستی کشور، «لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور» (۱۳۵۹/۳/۲۴)، مصوب شورای انقلاب است. بنا بر این، با توجه به تصویب قانون مربوط به تشکیل سازمان بهزیستی توسط شورای انقلاب، موضوع بهزیستی از موارد بسیار مهم و مورد توجه پس از وقوع انقلاب اسلامی بوده است.

۱. گزارش عملکرد بهزیستی در دولت نهم، ۱۳۸۷، قابل مشاهده در: سایت سازمان بهزیستی کشور، ص ۵.

۲. مصدق راد، علی محمد و همکاران، «چالش‌های تدوین برنامه استراتژیک در سازمان بهزیستی کشور»، مجله دانشکده پیراپزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران، ۱۳۹۶، دوره یازدهم، شماره ۵، ص ۵۱۹.

در خصوص ماهیت حقوقی سازمان بهزیستی با توجه به ماده ۱ لایحه قانونی یادشده باید گفت که سازمان بهزیستی جزء نهادهای حاکمیتی است و از مهم‌ترین سازمان‌های اداری در نظام حقوقی کشور به شمار می‌رود. سازمان بهزیستی، عهده‌دار انجام اعمال حاکمیتی است. تقسیم اعمال دولت به حاکمیتی و تصدی به معیار «نوع عمل و ماهیت وسیله مورد استفاده» صورت گرفته است.^۱ هر گاه دولت برای رسیدن به هدفش از اقتدار خود بهره برده باشد و به وسیله آن، به مردم فرمان دهد و تحکیم کند، آن عمل، حاکمیتی محسوب می‌شود.^۲

تاریخچه سازمان بهزیستی کشور، آکنده است از تجربه انواع ماهیت‌های حقوقی و از مدل اداره به صورت یک وزارت خانه گرفته تا شیوه مدیریت نامتمرکز که رییس آن را وزیر مشاور تعیین می‌کرد، در سابقه این سازمان مشاهده می‌شود. اکنون، در قالب یک مؤسسه دولتی تحت مدیریت وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی فعالیت می‌کند و از نظر ساختاری در چارچوب قوه مجریه قرار دارد.^۳

در صدر ماده واحده لایحه قانونی درباره تشکیل سازمان بهزیستی کشور (۱۳۵۹/۳/۲۴)، مصوب شورای انقلاب، هدف از تأسیس سازمان بهزیستی کشور، تحقق مفاد اصول ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی ذکر شده است؛ اصولی که نمایانگر وجهی از دولت هستند که به آن، «دولت رفاه» می‌گویند. دولت رفاه در تقابل با نتایج اندیشه‌های لیبرالیسم کلاسیک، حامی اقتصادی طبقات پایین جامعه است تا مانع از گسترش شکاف بین طبقات شود. ویژگی اصلی این دولت‌ها، ارائه گسترده خدمات عمومی به مردم و تکلیف به بهبود تأمین امکانات اولیه رفاهی برای همگان است که از طریق پرداخت مستمری یا دیگر کمک‌های مالی انجام می‌شود.^۴

دولت رفاه به معنی وجود سیاست‌هایی سنجیده و هوشمندانه در زمینه تأمین دست کم حداقل استاندارد زندگی برای همه و ارتقای برابری در فرصت‌های زندگی است و در آن، هیچ تردیدی در زمینه

۱. واعظی، مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره ۲، ص ۲۰۰.

۲. غمامی، مجید، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶، ص ۱۱۵.

۳. آگاه، وحید و مهدی مشک‌فروش، «ارزیابی ادغام نهادهای حمایتی از منظر حقوق موضوعه: سازمان بهزیستی، بنیاد مستضعفان و کمیته امداد امام خمینی (ره)»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱، ص ۱۱.

۴. پتفت، آرین و احمد مؤمنی‌راد، «سیر تحول نحوه مداخله دولت در اقتصاد از منظر حقوق عمومی، از دولت رفاه تا دولت فراتنظیمی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۴، شماره ۴۷، ص ۱۸۸.

ضرورت تمرکز تمام توجه همه نهادهای رسمی به تأمین خدمات همگانی وجود ندارد. حمایت‌های مالی از قبیل تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بی‌کاری، پیری، از کارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح، درمانی و مراقبت‌های پزشکی به صورت بیمه و غیر بیمه در اصل ۲۱ و ۲۹ همگی تجلیاتی از دولت رفاه و حمایت‌گرند. البته با توجه به لایحه قانونی پیش‌گفته، سازمان بهزیستی، متولی همه موارد مندرج در اصول ۲۱ و ۲۹ قانون اساسی نیست، اما هدف از تشکیل و فعالیت آن، تحقق مفاد اصول تجلی دولت رفاه در قانون اساسی ایران است و گفته شد که محور اصلی دولت رفاه، حمایت است.^۱

کودکان، یکی از گروه‌های مورد حمایت سازمان بهزیستی هستند. سازمان بهزیستی، کودک را فردی می‌داند که سن وی کم‌تر از ۱۸ سال تمام است. به کارگیری این تعریف مطابق با معیارهای پذیرفته بین‌المللی نیز هست که در کنوانسیون ۱۹۸۹ حقوق کودک به روشنی منعکس شده و ایران در تاریخ ۱۳۷۲/۱۲/۱ با تصویب در مجلس به این کنوانسیون پیوسته است. برابر ماده ۱ این کنوانسیون، منظور از کودک، افراد انسانی زیر ۱۸ سال است.

یکی از وظایف بهزیستی که در صدر ماده واحده تشکیل آن سازمان ذکر شده، تجدید تربیت منحرفان اجتماعی است. تعریف «منحرف اجتماعی»، پاسخ روشنی در قوانین و مقررات ندارد. از این اصطلاح برمی‌آید که اولاً مجرم نیست و ثانیاً تحت تأثیر شرایط اجتماع و محیط پیرامونی به انحراف کشیده شده است. در حال حاضر، در بهزیستی، این عنوان، واژه‌ای بیگانه است، به طوری که در تشکیلات سازمان و در عنوان معاونت‌ها و شرح وظایف، ردی از این مهم نیست. علت این امر، سهل‌انگاری یا نادیده گرفتن این طیف از جامعه نیست، بلکه سازمان، آگاهانه و عامدانه به چنین اقدامی دست زده و برای دوری از برچسب‌زنی به این طیف، از عنوان «آسیب‌دیده اجتماعی» استفاده می‌کند. آسیب‌دیده اجتماعی، فردی است که به تشخیص مراجع صلاحیت‌دار، به دلیل فشارهای شدید اقتصادی و اجتماعی و معضلات روانی یا فقدان مهارت‌های زندگی، ضعف در به کارگیری شیوه‌های مقابله‌ای و مانند آن، رفتارش با هنجارهای اجتماعی مغایرت دارد و از مسیر زندگی مناسب خارج شده است.^۲

۱. آگاه و مشک‌فروش، پیشین، ص ۱۱.

۲. فرهنگ تعاریف و مفاهیم استاندارد سازمان بهزیستی، تهران: سازمان بهزیستی، بی تا، ص ۱۴.

در سال ۱۳۸۳، بر اساس قانون ساختار وزارت رفاه و تأمین اجتماعی، این سازمان به همراه سازمان تأمین اجتماعی و سازمان بیمه خدمات درمانی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی منفک و به زیرمجموعه وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی ملحق شد.^۱

گفتار دوم. سازمان بهزیستی کشور به مثابه پلیس اداری

با توجه به تکالیف مقرر برای سازمان بهزیستی کشور، در لایحه قانونی تشکیل این سازمان (مصوب شورای انقلاب) و نیز قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹/۳/۲۲)، سازمان بهزیستی به عنوان پلیس اداری عام قابل شناسایی است.

مبحث نخست. مفهوم‌شناسی پلیس اداری

واژه «پلیس» و «ضابط» در فرهنگ‌های واژگان فارسی به معنی فراهم‌آورنده و نگاه‌دارنده آمده است. هم‌چنین واژگان «بایگان، پاسبان، آژان، شرطه، محتسب، شهربان، شهربانی، نظمیه، پلیس، افسر، صاحب‌منصب، مأمور و متصدی» به عنوان برابر آن آمده‌اند. در فرهنگ‌های واژگان نافرستی به معنی مجموعه اقدامات تضمین‌کننده نظم عمومی، مأموران مسئول نظارت بر این اقدامات، مجموعه نیروهای حافظ نظم و هم‌چنین به معنای نیروهای مسئول پیش‌گیری، کشف جرم، حفظ نظم عمومی و سازمان مجری مقررات در یک زمینه خاص آمده است. ضابط یا پلیس در معنای گسترده شامل مجموعه اقداماتی است که مقامات عمومی بر شهروندان تحمیل می‌کنند و در معنای محدود، ضابط یا پلیس شامل عملیاتی است که هدف آن، تأمین آرامش، امنیت و سلامت عمومی به وسیله بعضی اقدامات مناسب است.^۲

پلیس اداری، مربوط به دوره پیش از ارتکاب جرم است. در این راستا، وظیفه پلیس اداری بر پیش‌گیری از بی‌نظمی و نقض مقررات متمرکز است و با اهمیت روزافزون پیش‌گیری، نقش این پلیس نیز در این زمینه افزایش یافته است. وقتی وظیفه پیش‌گفته به صورت مناسب و کامل صورت

۱. گزارش عملکرد بهزیستی در دولت نهم، ص ۸.

۲. استفانی، گاستون و همکاران، آیین دادرسی کیفری (جلد ۱)، ترجمه: حسن دادبان، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷، ص ۴۹۳.

نگیرد و در پی آن نقض گردد، اگر نقض مقررات به معنای نقض مقررات مدوّن قانون کیفری باشد، پلیس قضایی، جست و جوی مرتکبان و جمع‌آوری ادله را بر عهده خواهد داشت. جداسازی پلیس اداری و قضایی را می‌توان با اشاره به این موارد به گونه روشن‌تری بیان کرد:

۱. صلاحیت پلیس اداری، ناظر به رسیدگی اداری است، ولی صلاحیت پلیس قضایی ناظر به امور قضایی است.
۲. پلیس اداری تحت نظارت اداری است، ولی پلیس قضایی تحت نظارت قضایی است.
۳. وظیفه پلیس اداری، ناظر به پیش‌گیری از نقض و تعرض به قانون است، ولی وظیفه پلیس قضایی تنها ناظر به مداخله پس از نقض قانون است.
۴. پلیس اداری، کارکردی پیش‌گیرانه دارد، ولی پلیس قضایی، کارکردی سرکوب‌گرانه دارد.
۵. معیار اصلی تفکیک، ارتکاب جرم است. اگر جرمی ارتکاب نیافته باشد، موضوعی ارتباطی به پلیس قضایی ندارد. اگر جرمی رخ داده باشد، موضوع ارتباطی به پلیس اداری ندارد. از این رو، تفکیک بین این دو گونه، نهادی ارگانیک نیست، بلکه غایی است.
۶. در موضوع کنترل هویت افراد، هر دو می‌توانند مداخله داشته باشد. اگر این امر، مربوط به حفظ نظم باشد، مربوط به پلیس اداری است و اگر ناظر به جست و جوی مرتکب یک جرم باشد، مربوط به پلیس قضایی خواهد بود.^۱

مبحث دوم. اقدامات سازمان بهزیستی در مقام پلیس اداری در حوزه مربوط به کودکان

بند اول. انجام اقدامات پیش‌گیرانه

اساس و پایه نظریه پلیس اداری مبتنی بر این اندیشه است که فعالیت‌های افراد به خوبی قادر به تأمین نیازها و منافع عمومی است و دولت نباید در این امور مداخله کند، مگر این که فعالیت شهروندان به تعدی و تجاوز به نظم عمومی یا حقوق دیگران منجر شود.^۲ از این رو، دولت در کار

۱. مؤذن‌زادگان، حسن‌علی و محمد فرجی، «پیشینه و مبانی تشکیل پلیس قضایی در حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۹۵، دوره هشتم، شماره ۲، ص ۴۵.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ هفدهم، ۱۳۹۰، ص ۲۲۴.

افراد دخالت مستقیم ندارد و در صورت لزوم، نظامات و مقرراتی را به صورت عام و عینی و یا به صورت انفرادی و موضوعی وضع می‌کند تا فعالیت‌های شهروندان در چارچوب آن انجام پذیرد. به دیگر سخن، دولت یا با مداخله غیر مستقیم، تنها نظاماتی را وضع و بر آن نظارت می‌کند تا شهروندان در چارچوب آن به فعالیت خود ادامه دهند. فعالیت پلیس اداری در پرتوی یک ساختار دولتی و محلی، جنبه پیش‌گیرانه دارد که معمولاً پیش از وقوع جرم و تخلف و در قالب نظامات یا عملیات اداری متجلی می‌گردد.^۱

در این راستا، مقامات پلیس اداری دارای اختیارات و صلاحیت‌های وسیعی همانند اعمال نظارت بر فعالیت‌های شهروندان و گروه‌ها، اعطای انواع مجوزها، حفاظت و حراست از اماکن و شخصیت‌های مهم، انجام امور خدماتی دیگر نظیر صدور گواهی‌نامه و گذرنامه هستند. از این منظر، پلیس اداری، فعالیت امر و نهی و تنظیم مقررات را نشان می‌دهد و هدف آن، هدایت سیاست عمومی دولت برای برقراری تعادل میان نظم عمومی و آزادی‌های شهروندان است.^۲

پلیس اداری عمومی به مجموعه اعمال و اقداماتی اطلاق می‌گردد که برای تأمین اهداف سنتی دولت در پاسداشت نظم عمومی در چارچوب قوانین و مقررات، وظایفی را بر عهده دارند. از این منظر، مقامات پلیس اداری عام نیز به همه مقامات دولتی و محلی تحت سرپرستی قوه مجریه از کارمند ساده گرفته تا رییس جمهوری اطلاق می‌گردد که برای پاسداری از نظم عمومی، فعالیت پلیسی انجام می‌دهند.^۳

پلیس اداری اختصاصی به مجموعه اعمال و اقدامات مقاماتی اطلاق می‌گردد که به موجب قوانین و مقررات خاص به منظور تأمین بخشی از اهداف سنتی دولت در پاسداشت نظم عمومی، عهده‌دار وظایفی هستند. به دیگر سخن، پلیس اداری اختصاصی، تأمین‌کننده نظم و ویژه و انحصاری است، مانند پلیس صید و شکار (وابسته به سازمان حفاظت محیط زیست)، پلیس ساختمان (وابسته به شهرداری)، پلیس اماکن آلوده و غیر بهداشتی (وابسته به وزارت کشور و وزارت بهداشت)، پلیس

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۲۲.

۲. رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰، ص ۲۱۷.

۳. انصاری، باقر، حقوق رسانه، تهران: سمت، ۱۳۸۵، ص ۲۵.

حفظ آثار باستانی (وابسته به وزارت کشور و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی)، پلیس گمرک (وابسته به وزارت اقتصاد و دارایی)، پلیس راه آهن، پلیس فرودگاه، پلیس مبارزه با مواد مخدر، قاچاق کالا و پلیس راهنمایی و رانندگی که هدف آن، برقراری نظم در رفت و آمد وسایل نقلیه است.^۱

بر اساس ماده ۶ قانون حمایت از اطفال (۱۳۹۹)، یکی از تکالیف سازمان بهزیستی، «اخذ و جمع‌آوری اطلاعات مربوط به وضعیت‌های مخاطره‌آمیز برای اطفال و نوجوانان و انجام اقدامات لازم برای افزایش آگاهی‌های مردم در این زمینه» است. در این راستا، استفاده از امکانات رسانه‌ای نقشی بسزا دارد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر تکلیف دولت برای رسیدن به اهداف والای انسانی و اسلامی و استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی تأکید شده است.

در بند ۲ اصل سوم قانون اساسی بر «بالا بردن سطح آگاهی‌های عمومی در همه زمینه‌ها با استفاده صحیح از مطبوعات و رسانه‌های گروهی و وسایل دیگر در همه زمینه‌ها» تأکید شده است. ماده ۴۴ قانون خط‌مشی، اصول و برنامه‌های سازمان صدا و سیما، جمهوری اسلامی ایران (۱۷ شهریور ۱۳۶۱) نیز یکی از رسالت‌های صدا و سیما را «آموزش عمومی جهت آشنایی مردم با حقوق فردی و اجتماعی، قانون اساسی و قوانین مدنی و جزایی کشور» اعلام کرده است. بنا بر این، قوه قضاییه که مطابق بند اصل ۱۵۶ قانون اساسی به «اقدام مناسب برای پیش‌گیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین» موظف شده است، هم‌سو با سیاست‌های ایجابی صدا و سیما و نیز مطبوعات و دیگر رسانه‌ها باید از این ظرفیت‌های قانونی استفاده کند.^۲

بند دوم. اقدامات سازمان بهزیستی به عنوان تأمین امنیت عمومی

مفهوم «امنیت عمومی» در مرکز مفهوم «نظم عمومی» قرار دارد و بیانگر نیازهای امنیتی اعضای جامعه است. حتی لیبرال‌های افراطی نیز دولت را «نگهبان شب» به حساب آورده‌اند. کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، تأمین امنیت عمومی را وظیفه مقام عمومی می‌داند. در یک

۱. بیاتی، علی، «نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات (با تأکید بر رویکرد دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۲، ص ۷۲.

۲. سرداری، داور و عوض سرداری، «تأثیر رسانه‌ها در پیش‌گیری از وقوع جرم با تأکید بر پیش‌گیری از جرایم کودکان بزهکار»، همایش پژوهش‌های نوین ایران و جهان در روان‌شناسی و علوم تربیتی، حقوق و علوم اجتماعی، ۱۳۹۵، ص ۲۵.

جامعه دموکراتیک، محدودیت‌هایی که زیر لوای تأمین امنیت عمومی اعمال می‌شود، در حقیقت، در راستای تضمین اجرای حقوق و آزادی‌هاست. بسیاری از قوانین جزایی که خشونت‌هایی علیه تمامیت جسمانی یا اموال را جرم‌انگاری می‌کنند، در حقیقت، به عنصر امنیت عمومی از میان کارکردهای نظم عمومی نظر داشته‌اند. نظم عمومی، وجود این قوانین را ورای نافع بودن برای فرد زیان‌دیده از جرم توجیه می‌کند.^۱

یکی از جلوه‌های تأمین امنیت توسط سازمان بهزیستی، حق اعلان جرم است. در ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان به این امر اشاره شده است. بر این اساس، سازمان بهزیستی باید «با استفاده از مددکاران اجتماعی در قالب فوریت‌های خدمات اجتماعی با همکاری شهرداری یا دهیاری و نیروی انتظامی نسبت به شناسایی، پذیرش، حمایت، نگهداری و توانمندسازی اطفال و نوجوانان موضوع این قانون و اعلام موضوعات به مراجع صالح اقدام کند». در متن ماده، عبارت «اعلام موضوعات به مراجع صالح» به کار رفته است، اما اعلان جرم نیز در این حوزه قرار می‌گیرد. اعلام موضوعات مربوط به کودکان توسط سازمان‌های مردم‌نهاد نیز امکان‌پذیر است. اقدامات سازمان بهزیستی در این خصوص را می‌توان در مفهوم «دوست دادگاه» پذیرفت.

نهاد «دوست دادگاه» در مفهوم نوین، به سازمان‌هایی اطلاق می‌شود که یکی از طرفین دعوا محسوب نمی‌شوند، ولی در نتایج و پی‌آمدهای ناشی از دعوا منفعتی قابل ملاحظه دارند. در مفهوم جدید، «دوست دادگاه»، شخصی است که نماینده نفع گروه‌ها یا سازمان‌هایی است که اهداف و دامنه فعالیت سیاسی و اجتماعی دارند. «دوست دادگاه» سبب گشایش راه ارتباطی میان مردم و نهادهای قانونی می‌شود و این امکان را برای شهروندان فراهم می‌کند تا وارد موضوعات حقوق اساسی شوند.^۲

۱. سرحدی، کاظم و محسن طاهری، «جستاری در اعمال نظارت مطلوب بر انتشار صوت و تصویر در فضای مجازی از منظر حقوقی»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، شماره ۲۵، ص ۱۴۹.

۲. ابهری، حمید و مهدی فلاح خاریکی، «مطالعه تطبیقی مفهوم و کارکرد دوست دادگاه در حقوق ایران و کامن‌لا»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، شماره ۸۳، ص ۲۸۷.

بند سوم. مشارکت با سازمان‌های دیگر در حوزه حمایت از کودکان

تعریف‌های متعددی از «مشارکت» ارائه شده است. برای نمونه، مشارکت، سهمی در چیزی یافتن و از آن، سود بردن یا در گروهی، شرکت جستن و با آن همکاری داشتن تعریف شده است.^۱ مشارکت، درگیری ذهنی و عاطفی اشخاص در موقعیت‌های گروهی است که آنان را برمی‌انگیزاند تا برای دستیابی به اهداف گروهی، یکدیگر را یاری دهند و در مسئولیت کار شریک شوند. این مفهوم، دربرگیرنده سه جزء یاری دادن، درگیر شدن و مسئولیت است.^۲ بنیادی‌ترین اندیشه که زیربنای مشارکت است، پذیرش اصل برابری مردم است که هدف از آن، هم‌فکری، همکاری و تشریک مساعی افراد برای بهبود کمیت و کیفیت زندگی در تمام زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی و سیاسی است.^۳ بر اساس ماده ۱ لایحه قانونی راجع به تشکیل سازمان بهزیستی کشور، یکی از وظایف این سازمان، جلب مشارکت و فعالیت گروه‌های داوطلب و مؤسسات غیر دولتی است. بر اساس ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، سازمان بهزیستی کشور مکلف است «در راستای وظایف قانونی و وظایف مقرر در این قانون از همکاری و مشارکت تمامی دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری استفاده کند».

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های مشارکت سازمان بهزیستی در خصوص اطفال، مشارکت با سازمان‌های مردم‌نهاد است. در سطح بین‌المللی، این اصطلاح برای نخستین بار در قطع‌نامه شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد در فوریه ۱۹۵۰ به عنوان هر نوع سازمان بین‌المللی به کار رفت که با موافقت دولتی ایجاد نشده باشد. این تعریف نشان می‌دهد که سازمان‌های یادشده، رسالتی فراتر از محدوده محلی، ملی و منطقه‌ای پیدا کرده و جنبه بین‌المللی نیز به خود گرفته‌اند و شاید در آینده‌ای نه چندان دور، شاهد سمن‌هایی با کارکرد جهانی نیز باشیم.^۴

۱. غفاری، غلام‌رضا و محسن نیازی، جامعه‌شناسی مشارکت، تهران: نزدیک، ۱۳۸۶، ص ۲۵.

۲. علوی تبار، محمد، الگوی مشارکت شهروندان در اداره امور شهرها، تهران: سازمان شهرداری‌های کشور، ۱۳۸۰، ص ۲۵.

۳. محمدی شاه‌بلاغی، فرحناز و همکاران، «عوامل مرتبط با مشارکت اجتماعی در ارتقای سلامت»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، سال سیزدهم، شماره ۴۸، ص ۴۸.

۴. سعیدی، محمد رضا، درآمدی بر مشارکت مردمی و سازمان‌های غیر دولتی، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۳۹.

برخی دیگر نیز این سازمان‌ها را به گروهی مستقل، غیر دولتی، غیر انتفاعی و داوطلبانه از مردم تعریف کرده‌اند که با اهداف مشخص و آشکار پیرامون یک نیاز اجتماعی مشترک گرد هم آمده‌اند.^۱ مطابق ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی تأسیس و فعالیت سازمان‌های مردم‌نهاد، مصوب هیئت دولت، سازمان غیر دولتی به تشکل‌هایی اطلاق می‌شود که گروهی از اشخاص حقیقی یا حقوقی غیر حکومتی به صورت داوطلبانه با رعایت مقررات مربوط تأسیس کرده‌اند و دارای اهداف غیر انتفاعی و غیر سیاسی باشد. در کنار این تعریف، ماده ۲ آیین‌نامه تشکل‌های مردم‌نهاد نیز در مقام تعریف تشکل‌های مردم‌نهاد برآمده و این تشکل‌ها را نهاد غیر سیاسی و غیر انتفاعی تعریف کرده است که با رویکردی اجتماعی توسط جمعی از اشخاص حقیقی به شکل داوطلبانه و با رعایت مفاد این آیین‌نامه در موضوع مشخص، پروانه فعالیت دریافت می‌کنند و به ثبت می‌رسند.^۲

در وهله نخست، سازمان‌های مردم‌نهاد می‌توانند به عنوان شاکی یا اعلام‌کننده جرم در فرآیند کیفری مشارکت کنند و در این مسیر به عنوان نمایندگان جامعه در برابر جرایم و ناهنجاری‌ها از خود واکنش نشان دهند و با پی‌گیری‌های خود در برقراری امنیت گامی مهم بردارند. افزون بر این، با امکاناتی که در اختیار دارند، می‌توانند نقشی چشم‌گیر در انتشار و پخش اخبار مناسب مربوط به روال رسیدگی و دادگاه‌ها به افکار عمومی و رسانه‌ها داشته باشند. سازمان‌های مردم‌نهاد می‌توانند به عنوان حلقه واسط میان شهود و بزه‌دیدگان فعالیت کنند. در این راستا می‌توانند کمک‌هایی به این اشخاص ارائه کنند از جمله این کمک‌ها، انتقال اطلاعات لازم میان بزه‌دیده و شاهد یا آموزش‌های مناسب برای برگزاری جلسات دادگاه‌ها یا دادن اطلاعات در یافتن مشاور حقوقی است.^۳

۱. صادقی، مریم، «سازمان‌های غیر دولتی در نگاه تطبیقی»، مجله ندای صادق، ۱۳۸۴، شماره ۴۰، ص ۹۰.

۲. رمضان‌قوام‌آبادی، محمدحسین، «مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی سازمان‌های مردم‌نهاد در ایران و فرانسه: از تأسیس تا فعالیت»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲، ص ۵۵۴.

۳. گلشن، مهدی، «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در دادرسی کیفری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه کاشان، ۱۳۹۲، ص ۱۷.

گفتار سوم. مصادیق جرایم صورت گرفته نسبت به اطفال و نقش سازمان بهزیستی در اقدامات حمایتی

مبحث نخست. قاچاق جنسی کودکان

قاچاق انسان، پدیده گسترده جهانی است و شاید اساسی ترین گام برای شناخت و جمع آوری اطلاعات در این خصوص، تعریف قاچاق انسان باشد. در بند ۳ ماده ۱ کنوانسیون اتحادیه آسیای شرقی برای همکاری منطقه ای (سارس) راجع به «پیش گیری و مبارزه با قاچاق زنان و کودکان به قصد روسپی گری» (۲۰۰۲)، تعریفی ارائه شده است که با ماهیت قاچاق جنسی کودکان انطباق بیش تری دارد: «انتقال و خرید و فروش زنان و کودکان در درون و بیرون کشورها برای بهره کشی با استفاده از پول یا دیگر مزایا، اعم از این که با رضایت یا بدون رضایت شخص باشد». کنوانسیون سارس، انتقال و خرید و فروش زنان و کودکان در داخل کشورها را نیز از مصادیق قاچاق انسان می داند. بنا بر این، قاچاق کودکان به قصد بهره کشی جنسی از آنان را می توان به این شرح تعریف کرد: «خارج یا وارد ساختن یا ترانزیت مجاز یا غیر مجاز افراد در سطح بین المللی با توسل به هر شیوه ممکن از قبیل اکراه، تهدید، اجبار، تطمیع یا سوء استفاده از اضطرار اقتصادی قربانی و... بی آن که میزان سوء استفاده یا رضایت بزه دیده، تأثیری در صدق عنوان مجرم بر مرتکب یا مرتکبین آن داشته باشد».^۱

از این تعریف، ویژگی های جرم قاچاق کودکان استخراج می شود که عبارتند از:

۱. بین المللی بودن جرم؛
۲. سازمان یافته بودن جرم؛
۳. بی اثر بودن رضایت بزه دیده در تحقق عنوان مجرمانه؛
۴. بی اثر بودن میزان سوء استفاده در تحقق عنوان مجرمانه.

در ایران تا قبل از تصویب قانون مبارزه با قاچاق انسان، نظام عدالت کیفری در مورد مبارزه با قاچاق

۱. میریان، سیده سارا، «بردگی جنسی کودکان و سازوکارهای مقابله با آن در نظام بین المللی حقوق بشر با مطالعه موردی حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۳۴.

اشخاص کاستی داشت. به دنبال تحولات بین‌المللی و ارائه گزارش‌هایی مبنی بر قاچاق زنان و کودکان از ایران به کشورهای همسایه، قانون مبارزه با قاچاق انسان در سال ۱۳۸۳ به تصویب رسید. این اقدام، خلأ قانونی در این زمینه را رفع کرد، اما تعجیل در تصویب آن موجب شد تا بسیاری از موضوعات مربوط به این جرم مسکوت بماند.^۱

در حال حاضر، در حوزه قاچاق کودکان، دو مقرر قانونی وجود دارد و قانون‌گذار مقرر کرده است با تصویب قانون حمایت از کودکان، تبصره ۲ ماده ۳ قانون مبارزه با قاچاق نسخ شود. به نظر عده‌ای از صاحب‌نظران، این دو مقرر قانونی با هم تعارض ندارند و هر دو مقرر لازم‌الاجراست؛ زیرا قانون حمایت از کودکان و نوجوانان - همان طور که گفته شد - به قاچاق کودکان در داخل ایران اختصاص دارد و قانون مبارزه با قاچاق انسان ناظر به قاچاق بین‌المللی است. با این وجود، چون قانون حمایت از کودکان و نوجوانان صرفاً از عنوان «قاچاق کودکان» استفاده کرده است، بدون تعریف قاچاق و چگونگی آن باید برای تعیین و بررسی ارکان جرم قاچاق به قانون مبارزه با قاچاق مراجعه کرد. با توجه به کلی بودن مواد قانون حمایت از کودکان و نوجوانان (۱۳۹۹) نمی‌توان آن را به قاچاق داخلی محدود کرد.

حمایت از قربانیان لزوماً به تلاش برای بازگرداندن حقوق و توان بخشی دوباره روانی، اجتماعی و اقتصادی ایشان محدود نمی‌گردد، بلکه در مرحله قبل از فراهم شدن زمینه‌های قاچاق می‌توان با راهکارهای دقیق و استفاده از تجربه‌های موجود، به بهترین چهره حمایتی یعنی پیش‌گیری تمسک جست. بهره‌گیری از همکاری سازمان‌های حمایتی دولتی و غیر دولتی داخلی و بین‌المللی را نیز باید در هر گونه برنامه‌ریزی گنجانند. ویژگی‌های جسمی، روانی و آسیب‌های وارد شده به کودکان به لحاظ ضعف جسمی آن‌ها، دوری از خانواده و آموزش در جریان قاچاق و سوء استفاده ایجاب می‌کند تا به طور جداگانه، از نظر حقوق، سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، مداخله و آموزش و پرورش بررسی شوند. تمام اقدامات اجرایی و عملی مؤسسات رفاهی، دادگاه‌ها، مراجع اداری و تقنینی و نیز اقدامات سازمان‌های دولتی و غیر دولتی باید متناسب با شخصیت و درجه آسیب با آن‌ها برخورد شود.^۲

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر و حامد رحمانیان، «هرزه‌نگاری در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۷۶، ص ۱۰۰.

۲. السان، مصطفی، «قاچاق زنان و کودکان برای بهره‌کشی جنسی (از منع جهانی تا حمایت از بزه‌دیدگان)»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۸، سال چهارم، شماره ۱۶، ص ۳۴۵.

در این میان، اقدامات سازمان بهزیستی در خصوص قاچاق جنسی کودکان شامل اقدامات پیشینی و پسینی می‌شود. اقدامات پیشینی شامل رویکردهای آموزش محور و پیش گیرانه در قالب پلیس اداری است و اقدامات پسینی شامل اقدامات حمایتی در راستای کاهش آثار سوء بزه ارتكابی بر روی کودکان می‌گردد. بر اساس بند «ب» ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، «نیروی انتظامی از طریق پلیس ویژه اطفال و نوجوانان مکلف است: نسبت به شناسایی اطفال و نوجوانان در وضعیت مخاطره آمیز در موارد مراجعه یا معرفی آنان به نیروی انتظامی یا مواجه شدن با آنان در حین اجرای وظیفه و یا شکایت از آنان، حسب مورد برای معرفی به سازمان بهزیستی کشور و یا مراجع قضایی و انجام حمایت‌های مورد نیاز بر اساس این قانون یا سایر قوانین مرتبط اقدام کند» و نیز «وضعیت‌های مخاطره آمیز و جرایم علیه اطفال و نوجوانان بزه دیده را حسب مورد به مراجع ذی صلاح و سازمان بهزیستی کشور گزارش نماید.» بنا بر این، نقش سازمان بهزیستی، حمایت از کودکانی است که در وضعیت مخاطره آمیز قرار دارند تا اقدامات پیش گیرانه لازم را در پیش گیرد.

مبحث دوم. گردشگری جنسی

ارتباط بین گردشگری و آزار جنسی کودکان نیز مدت هاست که به اثبات رسیده است. در همین خصوص، سازمان گردشگری جهانی در سال ۱۹۹۵، بیانیه‌ای در ممنوعیت برگزار کردن تورهای گردشگری جنسی صادر کرد که در آن، چنین عملی این گونه تعریف شده است: «سفری که با استفاده از ساختار شبکه‌ای و به قصد ایجاد رابطه جنسی تجاری توسط گردشگرانی است که در کشور مقصد مقیم می‌شوند». در واقع، گردشگری جنسی، جریانی است خلاف قاچاق انسان. در قاچاق انسان، فرد را به منظور سوء استفاده و بهره‌کشی، از کشور خودش به کشور دیگر منتقل می‌کنند، در حالی که در گردشگری جنسی، شخص مشتری، خودش به کشور مورد نظر می‌آید و به اصطلاح، با بلبیتی که می‌خرد، اضافه نرخی را برای استفاده از این خدمات هنگام اقامت می‌پردازد.^۱ به این صورت، گردشگری جنسی منجر به گسترش گونه‌ای از قاچاق انسان می‌شود.^۲

۱. رنجبریان، امیرحسین، «اشکال معاصر بردگی، استثمار زنان و کودکان»، گزارش «سمینار ارائه یافته‌های چهار مطالعه»، تهران: مرکز مطالعات حقوق بشر، ۱۳۹۲، ص ۲۰.

۲. علیایی زند، شهین دخت، «ازدواج نامناسب؛ بستری زمینه ساز برای روسپی‌گری»، مجله رفاه اجتماعی، دانشگاه علوم بهزیستی و توان بخشی، ۱۳۹۱، شماره ۵، ص ۱۲۲.

بررسی قوانین کیفری ایران نشان می‌دهد که رفتاری با عنوان گردشگری جنسی کودکان به صورت خاص جرم‌انگاری نشده است. حتی در قانون جدید حمایت از کودکان و نوجوانان به مانند جرم قاچاق، اسمی از گردشگری جنسی نیامده، ولی از مواد مختلف این قانون در بیان مصادیق سوء استفاده جنسی نظیر بند ۵ ماده ۱۰ و ماده ۱۱ می‌توان گردشگری جنسی را استنباط کرد. البته بهتر بود با توجه به اهمیت موضوع و تغییرات قانون جدید، جرم‌انگاری به طور صریح صورت می‌گرفت؛ چون در حقوق کیفری، امکان تفسیر موسّع نیست.

به نظر می‌رسد بر اساس عمل به تعهدات بین‌المللی ایران به ویژه مواد ۳ و ۴ پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق کودک در خصوص فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودکان، قانون‌گذار ایرانی باید به جرم‌انگاری رفتارهای گردشگران جنسی کودکان دست بزند. افزون بر این، جرم‌انگاری گردشگری جنسی کودک نه تنها یک تعهد بین‌المللی حقوق بشری محسوب می‌شود، بلکه به لحاظ ویژگی‌های آرمان‌گرایانه و اخلاقی و اسلامی نظام جمهوری اسلامی ایران، از اهمیت اساسی برخوردار است.^۱

یکی از جنبه‌های مهم دخالت سازمان بهزیستی در مقام پلیس اداری در خصوص موضوع گردشگری جنسی، رعایت و حفظ اخلاق عمومی است. اخلاق عمومی به عنوان یکی از مؤلفه‌های غیر مادی نظم عمومی، مجموعه اصول و ارزش‌های اخلاقی را شامل می‌شود که مورد پذیرش اکثریت افراد یک جامعه است و با اعتقادات و ایدئولوژی حاکم در یک نظام اجتماعی ارتباط تنگاتنگ دارد.^۲ بر این اساس، رفتارهای برهم‌زننده اخلاق عمومی، رفتارهایی را دربرمی‌گیرد که ارزش‌های اخلاقی نهادینه‌شده جامعه را به مخاطره می‌افکند. اخلاق عمومی و عفت عمومی گاهی در یک معنا در نظر گرفته می‌شود، اما باید توجه داشت که عفت عمومی دارای قلمروی محدودتری نسبت به اخلاق عمومی است و بیش‌تر شامل موضوعات مربوط به مسائل جنسی و هتک ناموس می‌شود که وجدان عمومی را جریحه‌دار می‌کند. این در حالی است که اخلاق عمومی، قلمرویی بسیار وسیع‌تر دارد و موضوعاتی مانند اجرای تعهدات، عدالت و انصاف را دربرمی‌گیرد.^۳

۱. نجفی ابرندآبادی، علی حسین و همکاران، «حمایت کیفری از کودکان در برابر توریزم جنسی از منع جهانی تا واکنش نظام‌های کیفری داخلی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۵۰، ص ۱۱۶.

۲. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۷، ص ۱۲۵.

۳. بیاتی، پیشین، ص ۷۳.

مبحث سوم. ازدواج‌های اجباری

ازدواج‌های اجباری، در بیش‌تر موارد، بدون رضایت کودک و نوجوان صورت می‌گیرد و حتی اجازه اظهار نظر را ندارند. در مواردی نیز که کودک به ظاهر، رضایت خود را اعلام می‌کند، در بیش‌تر موارد بر اساس خواست دیگران، چه از طریق خشونت‌های جسمی و روحی و چه با فریب دادن کودک صورت می‌گیرد. حتی در مواردی که کودک بر اساس رضایت شخصی، این عمل را انجام می‌دهد، به آن درجه از رشد و بلوغ نرسیده است که بتواند ماهیت ازدواج و شریک زندگی خود را بر اساس تعقل و دوراندیشی انتخاب کند و بیش‌تر تابع احساسات است. در نتیجه، این رضایت نیز نمی‌تواند کامل باشد. ازدواج زودرس، آسیب‌های جسمانی، روانی و ذهنی عمیق به فرد وارد می‌کند و باعث انزوای شخص می‌شود.

در کنوانسیون حقوق کودک، ماده‌ای برای ازدواج‌های زودرس پیش‌بینی نشده است، ولی ازدواج‌های زودرس با مواد زیادی از کنوانسیون مغایرت دارد، از جمله مواد ۳۶-۳۵-۳۴-۲۹-۲۸-۲۴-۱۹-۱۲-۶-۳-۲-۱. ازدواج کودکان در سنین مختلف در ایران به وفور دیده می‌شود و این در حالی است که به دلیل آسیب‌پذیر بودن کودکان و نوجوانان در ازدواج‌های زود هنگام، اسناد بین‌المللی مختلفی بر ممنوعیت این ازدواج‌ها تأکید و دولت‌ها را موظف کرده‌اند که قوانین خود را مطابق با تعهدات بین‌المللی خویش اصلاح کنند یا تغییر دهند.

بنا بر ماده ۱ کنوانسیون تکمیلی «الغای بردگی، تجارت برده و نهادها و اعمال مشابه برده‌برداری» (۱۹۶۵) که ایران هم پذیرفته است، اجبار زن به ازدواج بدون موافقت خود او، بردگی تلقی می‌شود. این ممنوعیت شامل هر نوع نهاد یا اقدامی می‌شود که به واسطه آن، کودک یا نوجوان زیر ۱۸ سال به وسیله یک یا هر دو والدین یا قیم خود، چه در برابر پاداش و چه بدون آن و به منظور بهره‌کشی یا کار، مجبور به ازدواج می‌شود. دولت ایران با قبول و تصویب این پیمان در مجلس پذیرفته است:

۱. کنوانسیون را به عنوان بخشی از قوانین داخلی خود به رسمیت بشناسد و عمل به مندرجات آن را الزامی کند؛

۲. قوانین جاری خود را مطابق این پیمان اصلاح کند؛

۳. حداقل سن مناسب را برای ازدواج تعیین کند.

در کنوانسیون رفع همه تبعیض‌ها علیه زنان آمده است: «نامزدی و تزویج فرزند از نظر قانون قدرت اجرایی ندارد و همه اقدامات ضروری از جمله وضع قانون برای تعیین حداقل سن مناسب برای ازدواج باید به عمل آید و ازدواج در دفاتر رسمی باید ثبت گردد». در این سند، دو نکته اساسی تصریح شده است:

الف) منع تزویج فرزندان: ازدواج، پیوندی است که اراده طرفین در آن دخیل است و ازدواج کودکان به معنای نادیده گرفتن اراده و قصد اوست.

ب) حداقل سن مناسب برای ازدواج: امروزه اکثریت قریب به اتفاق کشورهای جهان، حداقل سن ازدواج را به طور طبیعی، سن بلوغ تعیین می‌کنند. آن چه مورد اختلاف است، خود سن بلوغ است که در کشورهای متفاوت متغیر است. بهتر بود که در این کنوانسیون، حداقل سن مناسب برای ازدواج نیز قید شود تا کشورها نتوانند به صورت سلیقه‌ای برای تعیین سن بلوغ عمل کنند.

قانون‌گذار ایران در صدد حمایت از کودکان در برابر ازدواج غیر قانونی با آنان برآمده و البته این جرم‌انگاری فقط برای کودکان مؤنث پیش‌بینی شده است. ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی به عنوان عنصر قانونی این جرم مقرر می‌دارد: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی یا قیم ممنوع است. چنان چه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده است، برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج نماید، به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد».

مبحث چهارم. هرزه‌نگاری کودکان

هرزه‌نگاری کودکان، شکل جدیدی از بردگی جنسی و یکی از آثار جهانی شدن نیز محسوب می‌شود. استفاده روزافزون از فناوری‌های پیشرفته مانند رایانه، دوربین‌های ویدیویی دستی، ویدیوهای ضابط، ادیت‌های خانگی، سیستم‌های گرافیکی کامپیوتری و اینترنت موجب تسهیل ایجاد و توزیع هرزه‌نگاری کودکان شده و حتی عرضه آن‌ها را نیز ارزان‌تر و در بسیاری از موارد، کشفشان را ناممکن کرده است.

فضای سایبری به ویژه اینترنت نیز تأثیر نامطلوبی بر زندگی کودکان گذاشته و آن‌ها را در معرض تصاویر غیر قانونی هرزه‌نگاری کودکان قرار داده است. امروزه استفاده‌کنندگان از اینترنت، تنها

بزرگ سالان نیستند، بلکه اینترنت نقش عمده‌ای در پر کردن اوقات فراغت کودکان دارد. بنا بر این، باید با مسدود کردن این قبیل سایت‌ها، دستیابی کودکان را به آن‌ها محدود کرد.

کمیسیون حقوق بشر نیز در گزارشی در سال ۱۹۹۸، نگرانی خود را از استفاده از تصاویر کودکان به عنوان موضوعات جنسی در تبلیغات برای فروش اجناس ابراز کرده است. عکس‌های کودکان با پوشش‌های نامناسب در کاتالوگ‌های جنسی، منبع بسیار آسانی برای دسترسی سودجویان به مقاصدشان است. گروه متخصصان اینترپل معتقد است: «هرزه‌نگاری کودک، پی‌آمد بهره‌کشی یا سوء استفاده جنسی از کودک است که می‌تواند به عنوان ابزار تشویق سوء استفاده جنسی از کودک از جمله پرینت یا صوت تمرکز یافته بر عمل جنسی یا اندام جنسی کودکان تعریف شود».

پروتکل اختیاری کنوانسیون حقوق کودک برای فروش، فحشا و هرزه‌نگاری کودک، هرزه‌نگاری را چنین تعریف می‌کند: «هرزه‌نگاری کودکان به معنی نمایش از هر طریق می‌باشد که در آن کودکان یا به صورت واقعی و یا مجازی مشغول فعالیت‌های بارز جنسی باشند و یا آلات تناسلی کودک برای مقاصد جنسی به نمایش گذاشته شود».

ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق کودک ۱۹۸۹ به حمایت از کودکان در برابر همه شکل‌های بد رفتاری با بهره‌کشی از جمله سوء استفاده جنسی اختصاص یافته است. این موضوع در ماده ۳۴ این کنوانسیون به تفصیل شرح داده شد و دولت‌های عضو متعهد شدند که از کودکان در برابر همه شکل‌های بهره‌کشی جنسی و سوء استفاده جنسی محافظت کنند. این ماده ضمن تأکید بر جنبه‌های جهانی انواع بهره‌کشی جنسی کودکان، دولت‌ها را مکلف می‌کند که با در پیش گرفتن تدبیرهای مناسب، به اقدامات ملی دوجانبه و چندجانبه دست بزنند تا از سوء استفاده استثمارگرانه از کودکان در نمایش‌ها و تصاویر قبیحه (پورنو) جلوگیری شود.^۱

یکی از مهم‌ترین کنوانسیون‌هایی که در سال‌های اخیر به تصویب رسیده، کنوانسیون بین‌المللی جرایم سایبر (بوداپست، ۲۳ نوامبر ۲۰۰۱) است. کنوانسیون جرایم سایبر، اولین معاهده بین‌المللی در زمینه جرایم ارتکاب یافته از طریق اینترنت و دیگر شبکه‌های رایانه‌ای است که به طور خاص به موضوعاتی نظیر نقض کپی‌رایت، کلاه برداری کامپیوتری، جعل کامپیوتری، پورنوگرافی کودکان و

۱. بیگی، جمال، بزه‌دیدگی کودکان در حقوق ایران، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۴، ص ۲۲۳.

امنیت شبکه‌ای می‌پردازد. هدف اصلی این کنوانسیون، دنبال کردن یک سیاست جنایی مشترک با هدف محافظت از جامعه در برابر جرایم سایبر، به طور ویژه از طریق تصویب قوانین مناسب و تحکیم همکاری‌های بین‌المللی است.^۱

تا پیش از قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (۱۳۹۹)، اصطلاح «هرزه‌نگاری» در قوانین ایران به کار نرفته بود. فقط در چند متن قانونی با عبارت‌هایی مانند «منافی عفت عمومی»، «جریحه‌دار کردن عفت و اخلاق عمومی»، «مبتذل» یا «مستهجن» به آن‌ها اشاره شده بود.^۲ بر اساس ماده ۱۰ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، آثار سمعی و بصری مبتذل، مستهجن و غیر مجاز می‌تواند به صورت نوار، لوح‌های فشرده صوتی و تصویری و دیسکت تهیه شود. انتشار این آثار به وسیله ارتباط‌های الکترونیکی و سایت‌های کامپیوتری یا وسایل و تکنیک‌های مشابه دیگر از مصادیق تکثیر و انتشار است و مرتکب به مجازات مقرر در قانون محکوم خواهد شد.

این قانون، هم‌راستا با تعهدات ایران به کنوانسیون حقوق کودک و پروتکل اختیاری آن در زمینه فروش، فحشا و هرزه‌نگاری به حمایت افتراقی کیفری از کودکان پرداخته است که در حال حاضر، مقرر اصلی در حمایت از اطفال و نوجوانان است. بر اساس بند (خ) ماده ۱ قانون یادشده، موضوعات و مضامین مستهجن، هر گونه محتوا اعم از صوتی و تصویری است که به صورت مجازی یا حقیقی، بیانگر برهنگی کامل یا آمیزش، عمل یا اندام جنسی باشد. در بند (د) نیز هرزه‌نگاری کودکان، تهیه و تولید هر اثری است که محتوای آن، بیانگر جذابیت جنسی طفل یا نوجوان مانند برهنگی، آمیزش، عمل جنسی یا اندام جنسی باشد. در بند (ج)، هر گونه محتوا یا تصویری که دارای صحنه یا صور قبیحه باشد، مبتذل شمرده شده است.

قانون‌گذار در بندهای ۶ تا ۹ ماده ۱۰ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان به جرم‌انگاری هرزه‌نگاری پرداخته و در بند ۶ مقرر داشته است که مرتکبین از طریق در دسترس قرار دادن یا ارائه محتوا یا اثر مستهجن یا مبتذل به میانگین حداقل و حداکثر مجازات مقرر در قانون مربوط محکوم می‌شوند، هر چند مشخص نکرده که منظور از قانون مربوط چیست.

۱. زینالی، امیرحمزه، «جهانی شدن حقوق کیفری در قلمرو حمایت از کودکان در برابر بزه‌دیدگی و موانع و مقتضیات حقوق ایران»، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۸، ص ۴۳۹.

۲. حبیب‌زاده و رحمانیان، پیشین، ص ۹۲.

چون هدف قانون‌گذار از پیش‌بینی این معافیت در دو متن قانونی دیگر، تفکیک میان مرتکب با حسن نیت و بدون حسن نیت و نیز فراهم آوردن امکان برخورداری جامعه از مصالح علمی و عقلایی احتمالی موجود در هرزه‌نگاری است، باید این معافیت را به قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری، فعالیت‌های غیر مجاز می‌کنند، تسری داد. در غیر این صورت، کسانی که در امور سمعی و بصری فعالیت می‌کنند، نمی‌توانند برای مصارف علمی، چنین آثاری را تهیه کنند. این در حالی است که بسیاری از این آثار که ممکن است دارای مصرف علمی یا عقلایی دیگر باشند، سمعی و بصری هستند.

با توجه به این که بخش مهمی از جرایم مربوط به هرزه‌نگاری از طریق فضای مجازی و سایبری رخ می‌دهد، انجام اقدامات آموزشی از سوی سازمان بهزیستی خطاب به کودکان، نوجوانان و نیز والدین آن‌هاست.

نتیجه‌گیری

با نگاهی اجمالی به اسناد حقوق بشری مربوط به کودک درمی‌یابیم که اسناد بین‌المللی با واژه‌ها و عبارت‌های بسیار زیبا و آرمانی، حقوق کودک را احصا و تضمین کرده‌اند. اگر نتوان گفت که از تمامی حقوق کودک حمایت کرده‌اند، می‌توان اذعان داشت که این گونه اسناد و در رأس آن، کنوانسیون حقوق کودک، شرایطی را به وجود آورده‌اند که دیگر کودک، نه تنها به صورت یک بزرگ‌سال کوچک قلمداد نمی‌شود، بلکه هر کودک از حقوق انکارناپذیری برخوردار است. تحت تأثیر چنین اسنادی، شمار روزافزونی از دولت‌ها، قوانین کیفری خود را درباره مرتکبان جرایم جنسی علیه کودکان اصلاح می‌کنند، اما گستره این اصلاح از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. این امر باعث تأسیس چارچوب‌های قانونی گوناگون در سطح بین‌المللی شده که افزایش نگرانی در خصوص نقض حقوق بشر و حمایت از کودک در معرض خطر سوء استفاده جنسی را به بار آورده است. در نتیجه، با وجود اسناد بین‌المللی متعدد و متنوع برای مقابله با سوء استفاده جنسی کودکان، نبود تعقیب جزایی و ناکافی بودن همکاری‌های بین‌المللی باعث ایجاد شکافی شده است که کودک را هر چه بیش‌تر در معرض خطر بهره‌کشی قرار می‌دهد.

اعمال تدبیرهای مقرر در حقوق کیفری، در مرحله دوم قرار دارد و در مرحله اول باید به اقدامات پیش‌گیرانه و تدبیرهای اخلاقی توجه کرد که مقامات پلیس اداری انجام می‌دهند. سازمان بهزیستی

کشور به عنوان یک سازمان دولتی حمایتی، متولی حمایت از گروه‌های خاص و آسیب‌پذیر است و یکی از گروه‌های هدف، کودکان و نوجوانانی هستند که در معرض آسیب قرار دارند. بنا بر این، اقدامات سازمان بهزیستی در طیف وسیعی از آموزش گرفته تا پیش‌گیری و نیز رویکردهای حمایتی قابل اعمال است.

اطلاع‌رسانی درباره پدیده سوء استفاده جنسی در ایران بسیار ضعیف است. در حقیقت، در جامعه ما با قبیح شمردن این گونه اعمال، فضایی ایجاد شده است که قوانین به صورت جدی به این موضوع توجه نکنند. در حقیقت، جرایم جدید علیه کودکان و نوجوانان و عناوین مجرمانه مربوط شناسایی نشده است. در قانون مجازات و قانون مدنی، عنوان مجرمانه صریحی درباره سوء استفاده جنسی وجود ندارد و تاکنون در برخورد با چنین مواردی، تنها به عناوین مجرمانه کلی مانند رابطه نامشروع، قوادی و آدم‌ربایی بسنده شده بود. پیشرفت‌های جدید جهانی، زمینه ظهور جرایم جدیدی را به وجود می‌آورد که ناچار از پیش‌بینی آن‌ها در قوانین هستیم. اگر بخواهیم با تکیه بر قوانین موجود و تغییر آن‌ها و ارتباط آن با قوانین و جرایم جدید پیش برویم، شاید شرایط مجازات و پی‌گیری این گونه جرایم فراهم نشود.

پس از جرم‌انگاری رفتارهای آسیب‌زا نسبت به کودک و نوجوان، اعمال ضمانت و اجراهای کیفری شدید، از نظر نوع و میزان در چارچوب سیاست کیفری، برای مرتکبان جرایم علیه کودکان، از مؤثرترین اقدام‌ها به شمار می‌آید. در کنار جرم‌انگاری و کیفرگذاری، پیش‌بینی سازوکار جبران آثار بزه‌دیدگی نیز به عنوان یکی از مؤلفه‌های حقوقی در راستای حمایت از کودک و جبران آسیب‌های وارد شده به او ضروری است. هر چه گستره سازوکار جبران، فراگیر و متنوع باشد، از آسیب وارد شده در بردگی جنسی کودک کاسته و تا حدی از آسیب‌ها جبران خواهد شد.

بنا بر این، ضروری است که قانون‌گذار از طریق وضع سازوکارهایی در مرحله اول، فرآیند کشف جرم و مطلع شدن دستگاه عدالت کیفری از وقوع جرم علیه کودکان را تسهیل کند تا کودکان بزه‌دیده بتوانند وارد فرآیند دادرسی شوند. در گام‌های بعدی باید با پیش‌بینی قوانینی خاص، نه تنها از آسیب‌پذیری بیش‌تر کودکان در درون فرآیند کیفری پیش‌گیری کند، بلکه با تسریع رسیدگی‌ها و حمایت‌های افتراقی، در راستای پیش‌گیری و کاهش بهره‌کشی از کودکان و ترمیم خسارت‌های وارد شده به این بزه‌دیدگان خاص حرکت کند.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. استفانی، گاستون و همکاران، **آیین دادرسی کیفری (جلد ۱)**، ترجمه: حسن دادبان، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۷۷.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۳. انصاری، باقر، **حقوق رسانه**، تهران: سمت، ۱۳۸۵.
۴. بیگی، جمال، **بزه‌دیدگی کودکان در حقوق ایران**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۵. حسینی اکبرنژاد، حوریه، **تضمینات دادرسی عادلانه کودکان**، تحت نظر: توکل حبیب‌زاده، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۵.
۶. رضایی‌زاده، محمدجواد، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۰.
۷. سعیدی، محمدرضا، **درآمدی بر مشارکت مردمی و سازمان‌های غیر دولتی**، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۸. علوی‌تبار، محمد، **الگوی مشارکت شهروندان در اداره امور شهرها**، تهران: سازمان شهرداری‌های کشور، ۱۳۸۰.
۹. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۷.
۱۰. غفاری، غلام‌رضا و محسن نیازی، **جامعه‌شناسی مشارکت**، تهران: نزدیک، ۱۳۸۶.
۱۱. غمامی، مجید، **مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود**، تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
۱۲. **فرهنگ تعاریف و مفاهیم استاندارد سازمان بهزیستی**، تهران: سازمان بهزیستی، بی تا.
۱۳. **گزارش عملکرد بهزیستی در دولت نهم**، ۱۳۸۷، قابل مشاهده در: سایت سازمان بهزیستی کشور.
۱۴. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ هفدهم، ۱۳۹۰.

۲. مقاله

۱. ابهری، حمید و مهدی فلاح خاریکی، «مطالعه تطبیقی مفهوم و کارکرد دوست دادگاه در حقوق ایران و کامن‌لا»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۶، شماره ۸۳.
۲. آگاه، وحید و مهدی مشک‌فروش، «ارزیابی ادغام نهادهای حمایتی از منظر حقوق موضوعه: سازمان بهزیستی، بنیاد مستضعفان و کمیته امداد امام خمینی (ره)»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱.
۳. بیاتی، علی، «نظام حقوقی حاکم بر پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی اجتماعات (با تأکید بر رویکرد دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۲.
۴. پتفت، آرین و احمد مؤمنی‌راد، «سیر تحول نحوه مداخله دولت در اقتصاد از منظر حقوق عمومی، از دولت رفاه تا دولت فراتنظیمی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۴، شماره ۴۷.
۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر و حامد رحمانیان، «هرزه‌نگاری در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۷۶.
۶. رضانی قوام‌آبادی، محمدحسین، «مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی سازمان‌های مردم‌نهاد در ایران و فرانسه: از تأسیس تا فعالیت»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲.
۷. رنجبریان، امیرحسین، «اشکال معاصر بردگی، استثمار زنان و کودکان»، گزارش «سمینار ارائه یافته‌های چهار مطالعه»، تهران: مرکز مطالعات حقوق بشر، ۱۳۹۲.
۸. السان، مصطفی، «قاچاق زنان و کودکان برای بهره‌کشی جنسی (از منع جهانی تا حمایت از بزه‌دیدگان)»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، ۱۳۸۸، سال چهارم، شماره ۱۶.
۹. سرحدی، کاظم و محسن طاهری، «جستاری در اعمال نظارت مطلوب بر انتشار صوت و تصویر در فضای مجازی از منظر حقوقی»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۹، شماره ۲۵.
۱۰. سرداری، داور و عوض سرداری، «تأثیر رسانه‌ها در پیش‌گیری از وقوع جرم با تأکید بر

پیش‌گیری از جرایم کودکان بزهکار»، همایش پژوهش‌های نوین ایران و جهان در روان‌شناسی و علوم تربیتی، حقوق و علوم اجتماعی، ۱۳۹۵.

۱۱. سیفی، آناهیتا، «کودکان و خشونت خانگی با تأکید بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، مصوب ۱۳۹۹ و اسناد بین‌المللی»، فصل‌نامه مطالعات جنسیت و خانواده، ۱۳۹۹، سال هشتم، شماره ۲.

۱۲. صادقی، مریم، «سازمان‌های غیر دولتی در نگاه تطبیقی»، مجله ندای صادق، ۱۳۸۴، شماره ۴۰.

۱۳. صفری دشتکی، محمد و رضا زارع، «طراحی و تبیین مدل تدارکات اجتماعی با هدف کاهش فقر در سازمان‌های حمایتی؛ مفهوم‌پردازی، عوامل مؤثر و پی‌آمدها»، مجله مدیریت دولتی، ۱۳۹۹، دوره دوازدهم، شماره ۲.

۱۴. علیایی زند، شهین‌دخت، «ازدواج نامناسب؛ بستری زمینه‌ساز برای روسپی‌گری»، مجله رفاه اجتماعی، دانشگاه علوم بهزیستی و توان‌بخشی، ۱۳۹۱، شماره ۵، صص ۱۴۲-۱۱۷.

۱۵. فلکمن، سالازار، «خشونت علیه کودکان، مروری بر اندیشه جهانی و اقدام ملی برای حمایت از کودکان در برابر آسیب»، ترجمه: علی نورمحمدی، فصل‌نامه حقوق بشر، ۱۳۹۰، شماره ۲.

۱۶. کوشا، جعفر و یاسمن خواجه نوری، «جهانی شدن مفهوم طفل در بستر حقوق کیفری»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۲، ۱۳۹۱.

۱۷. محمدی شاه‌بلاغی، فرحناز و همکاران، «عوامل مرتبط با مشارکت اجتماعی در ارتقای سلامت»، فصل‌نامه رفاه اجتماعی، سال سیزدهم، شماره ۴۸.

۱۸. مصدق‌راد، علی‌محمد و همکاران، «چالش‌های تدوین برنامه استراتژیک در سازمان بهزیستی کشور»، مجله دانشکده پیراپزشکی دانشگاه علوم پزشکی تهران، ۱۳۹۶، دوره یازدهم، شماره ۵.

۱۹. مؤذن‌زادگان، حسن‌علی و محمد فرجی، «پیشینه و مبانی تشکیل پلیس قضایی در حقوق ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۳۹۵، دوره هشتم، شماره ۲.

۲۰. میلان، علی‌رضا و الهام عبدی، «تأثیر کار کودک در بزهکاری اطفال»، فصل‌نامه مطالعات علوم اجتماعی، ۱۳۹۵، دوره دوم، شماره ۱.

۲۱. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و همکاران، «حمایت کیفری از کودکان در برابر توريسم جنسی از منع جهانی تا واکنش نظام‌های کیفری داخلی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۵۰.

۲۲. نصرتی‌نژاد، فرهاد و حجت شریفی، «اظهار نظر کارشناسی درباره طرح واگذاری خدمات حمایتی به کمیته امداد امام خمینی (ره) و خدمات توان بخشی به سازمان بهزیستی»، دفتر مطالعات اجتماعی، شماره مسلسل: ۱۵۱۵۵، ۱۳۹۵.
۲۳. واعظی، مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره ۲.

۳. پایان نامه

۱. زینالی، امیرحمزه، «جهانی شدن حقوق کیفری در قلمرو حمایت از کودکان در برابر بزه‌دیدگی و موانع و مقتضیات حقوق ایران»، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۹۸.
۲. گلشن، مهدی، «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در دادرسی کیفری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه کاشان، ۱۳۹۲.
۳. میریان، سیده سارا، «بردگی جنسی کودکان و سازوکارهای مقابله با آن در نظام بین‌المللی حقوق بشر با مطالعه موردی حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.

توسعه سوت زنی بر مبنای توسعه مدیریت مشارکتی در سازمان های اداری ایران (رویکرد حقوقی)

زهرا هادی زاده اصفهانی^۱

محمدوزین کریمیان^۲

چکیده

سبک مدیریتی که بر مبنای مشارکت آگاه و ارادی کارکنان در راستای تحقق اهداف سازمان شکل می گیرد، مدیریت مشارکتی نام دارد. وقوع اقدامات خلاف قانون و فسادآلود در درون مجموعه، یکی از مهم ترین موانع در راه رسیدن به اهداف سازمان به شمار می رود. در چنین وضعیتی، آگاهی از وقوع جرم یا تخلف و شناسایی مجرم یا متخلف ضروری است. کارکنان به عنوان یکی از مهم ترین ذی نفعان سازمان، بیش از دیگران از اتفاقات سازمان آگاهند. بنابراین، بسترسازی قانونی برای مشارکت کارکنان می تواند موجب گزارش دهی کارکنان از اقدامات خلاف قانون شود. چنین فرآیندی را «سوت زنی» می نامند.

تحقیق حاضر به شیوه توصیفی و تحلیلی، با مطالعه منابع کتاب خانه ای و قوانین و مقررات مرتبط در جمهوری اسلامی ایران و با هدف بررسی تأثیر مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت زنی در سازمان های اداری انجام شده است. بر اساس نتایج این تحقیق، مدیریت مشارکتی با راه آوردهایی نظیر: توسعه دانش و اطلاعات، تسهیل ارتباطات درون سازمانی، افزایش تعهد و مسئولیت پذیری، ارتقای فرهنگ مشارکت، افزایش انگیزه و فعال کردن کارکنان در حاشیه و توان مندسازی آنان می تواند بر توسعه سوت زنی اثر بگذارد. با این وجود، بررسی قوانین و مقررات ایران در این زمینه، ضرورت تکمیل و توسعه این قوانین و مقررات را مطرح ساخته است.

کلیدواژه ها: سازمان اداری، سوت زنی، گزارش فساد، مدیریت مشارکتی، نظام پیشنهادها.

۱. دانشجوی دکتری تصمیم گیری و خط مشی گذاری عمومی، گروه رهبری و فرماندهی، دانشکده مدیریت و اقتصاد، دانشگاه جامع امام حسین (ع)، تهران، ایران، zahrahadizadeh313@yahoo.com

۲. دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده ثبت و مدیریت قضائی، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران، karimianmo1@yahoo.com

مقدمه

با وجود تلاش‌هایی که برای مهار فساد در ایران انجام شده است، وضعیت نظام اداری کشور از نظر شاخص کنترل فساد قابل قبول نیست. جمهوری اسلامی ایران هم‌چون بسیاری از کشورها در زمینه پیش‌گیری از فساد و مبارزه با آن، جایگاه مناسبی ندارد که همین مسئله، ضرورت انجام اقدامات موثر برای مبارزه با فساد را بیش از پیش مطرح می‌کند. امروزه یکی از مباحث مطرح در سطح جهانی برای جلوگیری از فساد در اداره‌ها، بهره‌برداری از ظرفیت‌های افرادی است که بنا بر وظیفه و مسئولیت، با مسائل و موضوعات سازمان درگیرند. مشارکت این افراد برای ارائه اطلاعاتی که منجر به کشف جرم و تخلف اداری شود، فرآیندی است که از آن با عنوان «سوت‌زنی»^۱ نام برده می‌شود.^۲ این مشارکت، نیازمند ساختار حقوقی مناسب است.

به طور کلی، مشارکت کارکنان در تصمیم‌ها و فرآیندهای سازمان‌های اداری موجب شکل‌گیری نظام اداری مطلوب می‌شود. مفاهیم مشورت، جماعت و مشارکت در تصمیم‌گیری در ارزش‌های اسلامی و ملی ریشه دارد، اما موضوع مشارکت تازگی دارد و به طور جدی‌تر، پس از آشنایی با تحولات غرب در سال‌های اخیر مطرح شده است.^۳ اگر سبک مدیریت سازمان موجب افزایش تعامل و ارتباط‌گیری با کارکنان و استفاده از اطلاعات، نظرها و ایده‌های آنان شود، این رویکرد در تغییر وضعیت سازمان اثری بسزا خواهد داشت. این حالت به صورت کلی به فرآیند و سازوکار اجرایی پذیرش، بررسی، ارزیابی (و در صورت لزوم، اجرای) نظرها و پیشنهادهای کارکنان، ضمن ارائه بازخورد و پاداش‌دهی به آنان دلالت دارد.^۴

در علم مدیریت، سبک مدیریتی که بر مبنای مشارکت افراد در کارهای مربوط به سازمان به طور ارادی و آگاهانه انجام شود و دو هدف ارج نهادن به ارزش‌های انسانی و رسیدن به اهداف سازمان با کمک همین افراد

1. Whistle blowing

۲. توانگر رنجبر، محمد، سید مهدی الوانی و حسن مهرمنش، «فهم پدیده سوت‌زنی با رویکرد فراترکیب»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی، ۱۴۰۰، شماره ۹۷، صص ۱۵۶ و ۱۵۷.

۳. رضایی، حسین، حق بر مشارکت و استماع در تصمیم‌های اداری (حقوق عمومی)، تهران: جنگل، ۱۳۹۶، ص ۳۳۳.

۴. رضاییگی، داریوش، «نظام پیشنهادها؛ بستری برای نهادینه‌سازی فرهنگ مشارکت کارکنان در سازمان‌های دولتی»، فصل‌نامه تخصصی مطالعات و پژوهش‌های اداری، ۱۳۹۹، شماره ۸، ص ۲۰.

را دربرگیرد، مدیریت مشارکتی^۱ نامیده می‌شود.^۲ دیگر نکته مهم در مورد مدیریت مشارکتی که به موضوع مقاله حاضر مرتبط می‌شود، آن است که مدل مشارکتی، فرآیندهای نظارت بر سازمان و کارکنان را نیز دربرمی‌گیرد.^۳

در زمینه عام موضوعی مشارکت در مجموعه قوانین ایران - اصول قانون اساسی و قوانین عادی و مقررات مصوب مراجع صلاحیت دار قوه مجریه - احکامی یافت می‌شود، اما در نظم حقوقی کنونی نظام اداری کشور، مبنای «قانون»ی مشارکت کارکنان در مدیریت دستگاه‌های اجرایی، ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) است. به موجب این ماده، «دستگاه‌های اجرایی مکلفند به منظور ایجاد انگیزه و افزایش کارآیی و بهره‌مندی از فکر و اندیشه و خلاقیت کارمندان ذی ربط خود، سازوکار مناسب برای جلب مشارکت کارمندان و دریافت پیشنهادهای و اثرگذاری آن در تصمیم‌گیری‌ها را فراهم آورند. نظام پیشنهادهای و نحوه پرداخت پاداش بر اساس آیین‌نامه‌ای خواهد بود که با پیشنهاد سازمان به تصویب هیئت وزیران می‌رسد».

آیین‌نامه مورد نظر در ماده منقول، بنا به پیشنهاد معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رییس جمهوری وقت در جلسه ۱۳۸۸/۱۰/۱۳ با رعایت جزء (ط) بند (۱) تصویب‌نامه شماره ۱۵۸۷۲۹۵/ت ۳۸۸۵۶ هـ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱، مورد «موافقت» وزیران عضو کمیسیون امور اجتماعی و دولت الکترونیک قرار گرفت و در تاریخ ۱۳۸۹/۱/۹ به تأیید رییس جمهوری رسید.^۴ به موجب ماده ۱ این آیین‌نامه، نظام پیشنهادهای در دستگاه‌های اجرایی در قالب وظایف شورا و کمیسیون‌های تحول اداری دستگاه‌های اجرایی یا واحدهای تابعه فعالیت می‌کنند. مسئله مورد نظر در پژوهش حاضر این است که این مراجع و «پیشنهادهای» مورد نظر در «نظام پیشنهادهای» تا چه اندازه باید برای پیش‌گیری از فساد اداری و مقابله با آن جهت‌گیری کنند؟

دستورالعمل نحوه استقرار و تداوم نظام پذیرش و بررسی پیشنهادهای در دستگاه‌های اجرایی که در اجرای ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری ابلاغ شده، «پیشنهاد» را چنین تعریف کرده است: «۱. پیشنهاد: هر نوع نظر، فکر و راهکاری که بتواند وضعیت موجود را آسان‌تر، سریع‌تر،

1. Participative management

۲. عباسی، رضا، سید محمود موسوی، یاسر توحیدیان، ادریس شبانی و عبدالرزاق اسدی، «بررسی مدیریت مشارکتی با تأکید بر نظام پذیرش و بررسی پیشنهادهای در سازمان اداری ایران»، فصل‌نامه رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، ۱۳۹۹، سال چهارم، شماره ۴۵، ص ۲.

۳. رضایی، پیشین، ص ۲۳۳.

4. [www.qavanin.ir/Law/TreeText\(8/1/1402\)](http://www.qavanin.ir/Law/TreeText(8/1/1402)).

صحیح‌تر، ارزان‌تر، ایمن‌تر و مطلوب‌تر کند»^۱. چنان‌که ملاحظه می‌شود، شاخص سلامت اداری، انعکاس صریحی در این تعریف ندارد. البته می‌توان آن را در شاخص صحت در نظر داشت، هر چند از نظر علم ارتباطات، آن چه موثر است، درک مخاطبان این تعریف از واژه «صحیح» (در تعریف) است.

یکی از اقدامات لازم برای دستیابی به هدف سازمان، جلوگیری از انحراف و کاستن از موانع پیش روی حرکت سازمان در مسیر رسیدن به هدف است؛ فرآیندی که نظارت و کنترل نامیده می‌شود.^۲ یکی از انواع نظارت که در مبنای اسلامی نیز پیشینه دارد، نظارت همگانی است.^۳ کارکنان، بهترین ناظر بر رفتار و اعمال همکاران، مدیران و عملکرد سازمان هستند. یکی از شرایط لازم برای تحقق چنین نظارتی در سازمان، به وجود آمدن شرایطی است که اعضای سازمان نسبت به مجموعه خود و عملکرد آن احساس مسئولیت کنند و برای اصلاح نواقص گام بردارند و افزایش کارایی و اثربخشی سازمان، دغدغه آن‌ها باشد.^۴ عمل کارمندان در آگاه‌سازی عمومی از رفتارهای غیر اخلاقی، غیر قانونی، فساد، سوء رفتار، خطر، توهین و از این دست موارد، سوت‌زنی نامیده می‌شود.^۵

تا کنون، قانونی به طور خاص با موضوع صریح سوت‌زنی در مجلس شورای اسلامی به تصویب نرسیده است. با این حال، در این زمینه موضوعی، بر مبنای فقه (وجوب امر به معروف و نهی از منکر) و قانون اساسی (به ویژه اصل هشتم) و قوانین عادی، از جمله قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر (۱۳۹۴)، قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (۱۳۹۰)، قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) و قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده (۱۳۷۵)، به طور پراکنده، احکامی یافت می‌شود. یک دستورالعمل دولتی نیز با عنوان حمایت از گزارش‌گری فساد (سوت‌زنی) در ۱۴۰۱/۶/۱۴ در وزارت امور اقتصادی و دارایی تصویب شده است.

۱. www.shenasname.ir/egovernment/439 (8/1/1402).

۲. الوانی، سید مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۸۶، ص ۱۳۳.

۳. تصدیقی، محمدعلی و فروغ تصدیقی، «الگوی درباره نظارت و کنترل در مدیریت اسلامی»، دومین کنگره ملی علوم انسانی، ۱۳۹۰، ص ۳۲۲.

۴. خدمتی، ابوطالب، «انواع کنترل و نظارت در مدیریت اسلامی»، حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۹، دوره چهارم، شماره ۲۳، ص ۱۱۳.

۵. نوروزی‌وند، طاهره و حسن‌رضا زین‌آبادی، «پدیده افشاگری سازمانی معلم در مدرسه (یافته‌های یک پژوهش پدیدارشناسی)»، مدیریت و برنامه‌ریزی در نظام‌های آموزشی، ۱۳۹۷، دوره یازدهم، شماره ۱، ص ۱۰.

بر اساس گزارش‌های انجمن بازرسان تقلب و سوء استفاده شغلی^۱ (۲۰۱۰)، درست است که برای پیش‌گیری و کشف تقلب، سازوکارهایی گوناگون مثل حسابرسی داخلی و مستقل و کنترل داخلی وجود دارد، ولی سوت‌زنی هم‌چنان متداول‌ترین روش کشف تقلب در سازمان‌هاست. نزدیک به نیمی از موارد تقلبی که کشف می‌شوند، از راه افشاگری یک کارمند صورت گرفته است.^۲ به نظر می‌رسد با توجه به ره‌آورد‌هایی که سبک مدیریت مشارکتی در اداره‌ها به دنبال دارد، به کارگیری این نظام می‌تواند تأثیری بسزا در توسعه سوت‌زنی داشته باشد. به همین دلیل، تحقیق حاضر با هدف بررسی تأثیر مدیریت مشارکتی در سازمان‌های اداری ایران صورت پذیرفته است.

این پژوهش که از نوع توصیفی و تحلیلی بوده، با جمع‌آوری مطالب از طریق مطالعه منابع کتاب‌خانه‌ای و قوانین و مقررات جاری و با تحلیل این اطلاعات به دنبال پاسخ به این سؤال است که مدیریت مشارکتی مقرر برای سازمان‌های اداری ایران تا چه اندازه و چگونه زمینه توسعه سوت‌زنی را فراهم می‌کند؟ به دلیل سؤال محور بودن پژوهش و منجر نشدن متدولوژی پژوهش به آزمون فرض آماری، «فرضیه» طراحی نشده است.

قلمرو موضوعی پژوهش، مدیریت مشارکتی و سوت‌زنی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و قلمرو مکانی تحقیق، گستره دستگاه‌های اجرایی^۳ است. به همین منظور، پس از ادبیات نظری مدیریت مشارکتی و سوت‌زنی، اندازه و چگونگی تأثیر قابل انتظار مدیریت مشارکتی به عنوان متغیر مستقل بر توسعه سوت‌زنی به عنوان متغیر وابسته، با رویکرد حقوقی، تجزیه و تحلیل می‌شود. با بررسی قوانین و مقررات توسعه مدیریت مشارکتی، از نظرگاه توسعه سوت‌زنی، ضمن ارائه یک الگوی مفهومی، پیشنهادهایی کاربردی بیان می‌کنیم.

1. Association of Certified Fraud Examiners

۲. ایزدیناه، نوروز، علی رزمان و بهروز صبحی لک، «بررسی پدیده سوت‌زنی (افشاگری) در سازمان‌ها با تأکید بر آموزه‌های دینی»، اولین کنفرانس ملی مدیریت و اقتصاد جهانی، دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۵، ص ۳.

۳. به موجب ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)، «کلیه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیر دولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است، از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی، دستگاه اجرایی نامیده می‌شوند».

گفتار اول. مبانی نظری

بند اول. مدیریت مشارکتی

در دهه‌های اخیر با توجه به تغییرات به وجود آمده در نظریه‌ها و عملکرد مدیریت، اندیشه‌های جدیدی برای رهبری اثربخش سازمان‌ها ارائه شده و بر این مبنا، سبک مدیریتی جدیدی با عنوان مدیریت مشارکتی، معنایی تازه یافته است.^۱ نظر به ضرورت ایجاد تغییر و تحول در نظام اداری کشور و بهره‌برداری هر چه بیش‌تر از سرمایه‌های انسانی و مدیریت بر مبنای الگوهای اسلامی،^۲ اجرای یک سبک مدیریتی مبتنی بر مشارکت کارکنان بسیار اهمیت دارد.^۳ مدیریت مشارکتی «به معنای مشارکت افراد مناسب در زمان مناسب و برای انجام کار مناسب است».^۴

مدیریت مشارکتی، یک سبک مدیریتی است که با سطح بالایی از رضایت شغلی همراه است و مبتنی بر مشارکت کارکنان در تصمیم‌گیری، حل مشکلات سازمان، توان‌مندسازی کارکنان و حمایت از استقلال آن‌ها به همراه تقویت ابتکار عمل و خلاقیت است.^۵ به عبارت دیگر، مدلی از تصمیم‌گیری سازمان با چهار ویژگی اصلی است: ایجاد همدلی و هم‌سویی بین مدیریت و کارکنان، مداخله مشترک مدیریت و کارکنان در امور سازمان، شفاف‌سازی هدف و توسعه فرهنگ تصمیم‌گیری یا مسئولیت‌پذیری مشترک.^۶ افخمی اردکانی و همکاران (۱۴۰۰) معتقدند بسترسازی برای پیشنهاددهی کارکنان، یکی از ساده‌ترین، کارآمدترین، قابل‌اجراترین و نیرومندترین الگوهای مدیریت مشارکتی است. به عبارت دیگر، طراحی یک نظام مدوّن برای فعال کردن ذهن کارکنان و به‌کارگیری ایده‌ها و نظرهای آنان برای حل مشکلات و نارسایی‌های

۱. فراهانی، مجید، «بسترسازی و استقرار نظام مدیریت مشارکتی در سازمان»، دهمین کنفرانس ملی نظام پیشنهادها، ۱۳۸۹، ص ۱.

۲. در آیه ۱۵۹ سوره آل عمران، آیه ۳۸ سوره شورا و نهج‌البلاغه بر لزوم مشورت تأکید شده است.

۳. حشمتی، محمدرسول، علی‌رضا خوراکیان و یعقوب مهرتی، «بهبود مدیریت مشارکتی در دانشگاه از طریق نظام پیشنهادها و عدالت‌محوری با در نظر گرفتن جایگاه مدیریت مشارکتی و عدالت در آموزه‌های اسلامی»، مدیریت در دانشگاه اسلامی، ۱۳۹۳، سال سوم، شماره ۱، ص ۷۳.

۴. عباسی و همکاران، پیشین، ص ۲.

5. Rolková, Monika & Farkašová, Viera, "The Features of Participative Management Style", Procedia Economics and Finance, 2015, 23, 1383.

۶. کرد رستمی، مجید، «مدیریت مشارکتی»، فصل‌نامه تخصصی مطالعات و پژوهش‌های اداری، ۱۳۹۹، شماره ۸، ص ۸.

موجود، نه تنها موجب هم‌سوسازی اهداف فردی با اهداف سازمان و در نتیجه، افزایش انگیزه و تعهد و تعلق سازمانی کارکنان می‌شود، بلکه سبب بهبود عملکرد و فعالیت‌های سازمان نیز می‌گردد.^۱

یزدان‌پناه و همکاران (۱۴۰۰) در پژوهش خود اظهار داشته‌اند که مشارکت در بحث‌ها، یکی از رویکردهای مهم توزیع دانش است. بنابراین، هر چه تعداد کارکنان ساکت در سازمان بیش‌تر باشد، انتظار می‌رود زمینه خلاقیت، نوآوری و بهره‌وری سازمان کاهش یابد. پس می‌توان گفت موضوع سکوت سازمانی و فراهم‌سازی فضایی مناسب برای انعکاس آوای سازمانی و یافتن راه‌های سکوت‌زدایی در مباحث سازمانی معاصر بسیار اهمیت دارد و توجه جدی مدیران سازمان را می‌طلبد.^۲

سبحانی‌پور و همکاران (۱۳۹۸) به این نتیجه دست یافته‌اند که با وجود مواد قانونی در بخش دولتی، در خصوص اجرای استراتژی متعهدانه در فرهنگ سازمانی مشارکتی در شاخص‌های توان‌مندسازی، کار تیمی و توسعه قابلیت‌ها می‌بایست بستر قانونی مناسب‌تری تدوین و تصویب گردد تا بتوان در این نوع فرهنگ به اثربخشی مدیریت منابع انسانی و در نهایت، اثربخشی سازمانی دست پیدا کرد.^۳

نتایج مطالعه وزیر و علی‌خان (۲۰۱۸) نشان داد که رهبری مشارکتی بر آوای کارکنان تأثیر مثبت و معناداری دارد. پیش از این، مطالعات مختلف نشان داده بود که آوای کارکنان در قالب بیان پیشنهادها، ایده‌ها و نظرها در مورد مسائل سازمانی موجب افزایش اثربخشی سازمان می‌شود. پژوهش حاضر در عمل ثابت کرد که آوای سازمانی علاوه بر تمامی اثرهای مثبت سازمانی، روی اثربخشی سازمان نیز مؤثر است.^۴

۱. افخمی اردکانی، مهدی، ابراهیم رجب‌پور و مجید علی‌محمدی اردکانی، «نظام پیشنهادها و برون‌رفت از سکوت سازمانی»، فصل‌نامه مدیریت منابع انسانی در صنعت نفت، ۱۴۰۰، سال دوازدهم، شماره ۴۷، صص ۱۹۱-۱۷۰.

۲. یزدان‌پناه، احمدعلی، امیر احسانی و عین‌الله خاقانی، «طراحی مدل آوای سازمانی در سازمان‌های دولتی»، مطالعات مدیریت راهبردی، ۱۴۰۰، شماره ۴۶، صص ۸۵-۷۱.

۳. سبحانی‌پور، سید محمدرضا، حسن زارعی متین، سید مهدی الوانی و غلام‌رضا جندقی، «طراحی مدل مدیریت منابع انسانی اثربخش مبتنی بر فرهنگ سازمانی مشارکتی در بخش دولتی ایران»، پژوهش‌های مدیریت عمومی، ۱۳۹۸، دوره نوزدهم، شماره ۱، صص ۸۳-۵۹.

4. Wazir, Alamgir khan & Ali khan, Hafiz ghufuran, "Impact of Participative Leadership and Employee Voice Through Conscientiousness on Organizational Effectiveness: 3-Time Lagged Study on Banking Sector of Pakistan", Journal of Internet Banking and Commerce, 2018, 23(3), 1-23.

در پژوهش عباسی و همکاران (۱۳۹۹) پس از تبیین مفهوم مدیریت مشارکتی با عنوان یک نظام مدیریتی پویا که نقش جدی در توسعه سرمایه انسانی و در نهایت، بهبود عملکرد سازمان دارد، نظام پذیرش و بررسی پیشنهادهای به عنوان ساده‌ترین، رایج‌ترین و گسترده‌ترین ابزار مدیریت مشارکتی معرفی می‌شود که موجب تحقق هر چه بیش‌تر این سبک مدیریتی با ایجاد انگیزه در افراد و تقویت خلاقیت و نوآوری در آنان می‌گردد.^۱

در نظام حقوق اداری، به بحث استماع اظهار نظر کارکنان در مقام ذی‌نفعان سازمان و مشارکت آنان در سه سطح قانون اساسی، سیاست‌های کلی نظام و قوانین عادی اشاره شده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۵۸) اصولاً مشارکت بنیاد است، به گونه‌ای که در قالب چند اصل مختلف به صورت آشکارا و ضمنی به مشارکت شهروندان در تصمیم‌گیری و تعیین سرنوشت در عرصه‌های مختلف اشاره کرده است^۲ که از آن جمله می‌توان به این موارد اشاره کرد: بند هشتم اصل سوم،^۳ اصل ششم،^۴ اصل هفتم،^۵ اصل پنجاه و ششم،^۶ اصل پنجاه و نهم^۷ و اصل صد و چهارم.^۸

۱. عباسی و همکاران، پیشین، صص ۲۱۳-۱۹۳.

۲. رضایی، پیشین، ص ۳۴۶.

۳. «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: ... ۸- مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش...».

۴. «در جمهوری اسلامی ایران، امور کشور باید به اتکای آرای عمومی اداره شود از راه انتخابات: انتخاب رئیس جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای شوراها و نمایران این‌ها یا از راه همه‌پرسی در مواردی که در اصول دیگر این قانون معین می‌گردد».

۵. «طبق دستور قرآن کریم: «وامرهم شوری بینهم» و «شاوهم فی الامر»، شوراها: مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر این‌ها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند. موارد، طرز تشکیل و حدود اختیارات و وظایف شوراها را این قانون و قوانین ناشی از آن معین می‌کند».

۶. «حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست و هم او، انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است. هیچ کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد و ملت، این حق خداداد را از طرقی که در اصول بعد می‌آید، اعمال می‌کند».

۷. «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آرای مردم صورت گیرد. درخواست مراجعه به آرای عمومی باید به تصویب دوسوم مجموع نمایندگان مجلس برسد».

۸. «به منظور تأمین قسط اسلامی و همکاری در تهیه برنامه‌ها و ایجاد هماهنگی در پیشرفت امور در واحدهای تولیدی، صنعتی و کشاورزی، شوراهایی مرکب از نمایندگان کارگران و دهقانان و دیگر کارکنان و مدیران و در واحدهای آموزشی، اداری، خدماتی و مانند این‌ها، شوراهایی مرکب از نمایندگان اعضای این واحدها تشکیل می‌شود. چگونگی تشکیل این

در این میان، ملاحظه می‌شود که در اصل یک‌صد و چهارم قانون اساسی مقرر شده است که «... در واحدهای آموزشی، اداری، خدماتی و مانند این‌ها، شوراهایی مرکب از نمایندگان اعضای این واحدها تشکیل می‌شود». جای چنین شوراهایی در واحدهای اداری ایران خالی است، هر چند به شیوه‌های گوناگون، مشارکت کارکنان سازمان‌های اداری کشور در اداره امور سازمان‌ها تا حدودی مقرر شده است. این مقررات را نه در صورت و نه در محتوا می‌توان اجرای حکم منقول از اصل یک‌صد و چهارم قانون اساسی دانست. در محتوا باید توجه داشت که منظور از تشکیل این شوراهای، در صدر همین اصل ذکر شده است: «به منظور تأمین قسط اسلامی و همکاری در تهیه برنامه‌ها و ایجاد هماهنگی در پیشرفت امور...». به علاوه، بعضی از این مشارکت‌ها پس از گذشت چندین سال از زمان تصویب قانون اساسی مقرر شده‌اند و بعضی از این مقررات منسوخ گشته یا تغییر یافته‌اند. شورای عالی اداری در جلسه ۱۳۷۷/۵/۲۸ تصویب کرد:

۱. «نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها» در کلیه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و بانک‌ها و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است، بر اساس مراحل مذکور در این مصوبه مطابق برنامه و زمان‌بندی و آیین‌نامه‌ای که توسط سازمان امور اداری و استخدامی کشور تنظیم و ارائه می‌گردد، استقرار می‌یابد.

۴... نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها در مرحله نخست در چند وزارت‌خانه و چند استان داوطلب اجرا می‌شود و نتیجه بررسی و ارزش‌یابی حاصله از آن به شورای عالی اداری ارائه می‌گردد تا با انجام اصلاحات لازم در کلیه سازمان‌های یادشده در بند «یک» اجرا شود.

۵. ... وزرا و رؤسای دستگاه‌های اجرایی، مسئول اجرای این مصوبه خواهند بود.^۱

طرح استقرار نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها در دستگاه‌های دولتی در ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ با «در نظر گرفتن نتایج حاصل از ارزش‌یابی اجرای آزمایشی» نظام یادشده به تصویب شورای عالی اداری رسید. در این طرح، چنین مقرر شد: «۱. استقرار نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها به عنوان اولین مرحله در استقرار مدیریت مشارکتی تلقی می‌شود و کلیه دستگاه‌های اجرایی که شرایط لازم برای استقرار

شوراها و حدود وظایف و اختیارات آن‌ها را قانون معین می‌کند».

1. [www.rc.majlis.ir/fa/law/show/129732\(8/1/1402\)](http://www.rc.majlis.ir/fa/law/show/129732(8/1/1402)).

سایر نظام‌های مدیریت مشارکتی را داشته باشند، می‌توانند با توجه به اهمیت و ضرورت مشارکت کارکنان در بالا بردن کارایی و اثربخشی دستگاه‌های اجرایی و افزایش رضایت و توان کاری آنان نسبت به شروع استقرار روش‌ها و سازوکارهای مربوط اقدام نمایند. سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور موظف است زمینه‌آشنایی مدیران دستگاه‌های اجرایی را با نظام‌های مختلف مدیریت مشارکتی فراهم نموده و پشتیبانی کارشناسی لازم را از استقرار این نظام‌ها به عمل آورد.^۱

به این ترتیب، درمی‌یابیم که مشارکت کارکنان واحدهای اداری بر اصل یک‌صد و چهارم قانون اساسی بنا نشده است. زمان تصویب نهایی طرح استقرار نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها در دستگاه‌های دولتی نیز که بیش از دو دهه پس از زمان تصویب قانون اساسی است و استقرار این نظام به عنوان اولین مرحله در استقرار مدیریت مشارکتی تلقی شد. پس از آن، چنان‌که در مقدمه این مقاله آمد، ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) صراحتاً به مشارکت کارمندان دستگاه‌های اجرایی در تصمیم‌گیری و برپایی نظام پیشنهادها پرداخته است.

به این ترتیب، این پرسش مطرح است که «نظام پیشنهادها»ی مطرح در ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری را نیز باید به عنوان اولین مرحله در استقرار مدیریت مشارکتی تلقی کرد یا چون ماده ۱۲۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مقرر داشته است که «کلیه قوانین و مقررات عام و خاص ... مغایر با این قانون از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون لغو می‌گردد»، تصمیم به استقرار مدیریت مشارکتی را باید لغوشده دانست؟

در این مورد می‌توان بیان داشت که «جلب مشارکت کارمندان» در ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) نیز مورد نظر است. آیا می‌توان گفت که عنوان «مدیریت مشارکتی» در مصوبه ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ شورای عالی اداری، مغایر نیست تا لغو شده باشد؟ در پاسخ، باید توجه داشت که «مدیریت مشارکتی»، یک اصطلاح علمی و دارای سیستم‌ها، فرایندها و روش‌های ویژه خود است و عبارت «جلب مشارکت کارمندان» را نمی‌توان حکم قانون‌گذار به استقرای این نظام‌ها، فرایندها و روش‌ها دانست.

آن‌چه از بررسی سیر مقررات طراحی و استقرار نظام پیشنهادها و مدیریت مشارکتی به نظر می‌رسد،

1. www.rc.majlis.ir/fa/law/show/129870 (8/1/1402).

نوعی سرگردانی تئوریک است که منجر به سرگردانی در وضع مقررات نیز شده است و به ویژه، رابطه این نظام‌ها با سلامت اداری وضوح کافی ندارد.

بند دوم. سوت‌زنی

اقدامات غیر اخلاقی و غیر قانونی در همه سازمان‌ها وجود دارد، اما تفاوت در شدت، بعد و نتایج تأسف بار آن‌هاست. به همین دلیل، وجود عوامل نظارتی بر عملکرد سازمان که از نزدیک به همه کاستی‌ها اشراف داشته باشند و در نهایت آن را گزارش کنند، ضروری است.^۱ تاریخچه به‌کارگیری اصطلاح «سوت‌زنی» از آن‌جا می‌آید که افسران پلیس انگلیسی زمانی که متوجه وقوع خلاف یا جرمی می‌شدند، برای باخبر کردن همکاران خود در سوت می‌دمیدند.^۲ به اعتقاد نیر^۳ و میسلی^۴ (۱۹۸۶)، سوت‌زنی، فرآیند افشای اطلاعات است که کارکنان سازمان از طریق کانال‌های مختلف (سازمانی یا خارجی)، اقدامات غیر قانونی، غیر اخلاقی یا نامشروع در سازمان را گزارش می‌کنند. جانسون^۵ (۲۰۰۳)، سوت‌زنی را با چهار ویژگی توصیف می‌کند:

یک. عملی که فرد در آن، اطلاعات را به صورت عمومی افشا می‌کند.

دو. گاهی این اطلاعات برای افشا در دسترس افرادی خارج از سازمان قرار می‌گیرد.

سه. اطلاعات افشاشده مربوط به اقدامات نادرست و خلاف قانون در سازمان است.

چهار. شخصی که اطلاعات سازمان را افشا می‌کند، متعلق به آن سازمان است (البته گاهی این افشاگری را کسانی انجام می‌دهند که با آن سازمان در تعامل هستند).

۱. صفری، محمد و فتاح زیارانی، «شناسایی، مفهوم‌سازی و تبیین فرآیند سوت‌زنی در سازمان (مطالعه موردی: شرکت سنگ آهن گهرزمین)»، مدیریت فرهنگ سازمانی، ۱۳۹۷، دوره شانزدهم، شماره ۳، ص ۶۲۰.

۲. نوروزی‌وند و زین‌آبادی، پیشین، ص ۱۰.

3. Near

4. Miceli

5. Johnson

سینگ^۱ و رامدئو^۲ (۲۰۲۰) در این باره اظهار داشتند که سوت‌زنی، عملی است که منجر به افشای اطلاعات مربوط به فعالیت‌های غیر قانونی و غیر اخلاقی نزد مقام‌های بالاتر می‌شود. به فرد افشاگر نیز «سوت‌زن» می‌گویند.^۳

مطالعه و تحقیق در این زمینه نشان می‌دهد: سه دسته متغیر با فرآیند سوت‌زنی ارتباط دارند و در تحقق آن مؤثرند. بی‌شک، شناسایی موانعی که سبب می‌شود کارکنان به سوت‌زنی تمایل نشان ندهد، به شناخت دقیق این سه عامل بستگی دارد:

اول- ویژگی‌های فردی: ویژگی‌های دموگرافیک (سن، جنسیت، تحصیلات، موقعیت شغلی)، متغیرهای شخصیتی، منبع کنترل، برون‌گرایی، اخلاق و قضاوت اخلاقی؛

دوم- ویژگی‌های محیطی: ساختار و فرهنگ سازمانی، حمایت مدیر، ترس از تبعات افشاگری، قوانین حمایتی، نحوه تشویق؛

سوم- ویژگی‌های جرم یا خطای صورت گرفته و فرد خطاکار: میزان شدت ادراک شده از خطا، تعداد شواهد و مدارک تأییدکننده.^۴

فرهادی‌نژاد و جعفری (۱۳۹۸)، علل تمایل نداشتن به سوت‌زنی در سازمان‌های دولتی را چنین برشمرده‌اند:

یک- عوامل مربوط به سازمان: کمبود شدید نیروی انسانی (که با اخراج یا تعلیق متخلف شدیدتر می‌شود)، حمایت نشدن لازم از سوت‌زنان، استقبال نکردن مدیران از گزارش‌های سوت‌زنان، فراگیر شدن تخلف در فرهنگ سازمان، نبود سازوکار مناسب برای سوت‌زنی، ناامیدی از ضمانت اجرا در صورت افشای تخلف، نبود سازوکار مطمئن برای سوت‌زنی؛

1. Singh

2. Ramdeo

3. Hadizadeh Esfahani, Zahra, *Comparative Study of the Laws Support Whistleblowers in the Legal System of United States of America and Islamic Republic of Iran*, Fifth International Conference on Social Studies, Law and Popular Culture, Tehran, 1400, 2: www.civilica.com/doc/1369946.

۴. عریضی، حمیدرضا و نرجس منجوقی، «رابطه برون‌گرایی و نورزگرایی با افشاگری تخلف سازمانی»، روان‌شناسی معاصر، ۱۳۹۲، دوره هشتم، شماره ۷۲، ص ۶۲.

دو- عوامل مربوط به افشاکننده: ناامیدی از ضمانت اجرا در صورت افشای تخلفات، نبود وجدان کاری، بی‌توجهی به ضررهای مالی و اعتباری سازمانی، پای‌بند نبودن به آموزه‌های دینی و اخلاقی، بی‌حوصلگی برای پی‌گیری موضوع، داشتن تجربه‌های نامطلوب گذشته از سوت‌زنی، ترس، حفظ منفعت شخصی، پرهیز از خبرچینی، نارضایتی و انتقام‌گیری از سازمان، داشتن شخصیت ناپه‌نجار، خجالتی و کم‌رو بودن؛

سه- عوامل مربوط به افشاشونده: اجتناب از اخراج و بی‌کار شدن متخلف، اجتناب از بی‌اعتبار شدن متخلف، نفوذ بالای متخلف در سازمان، دوستی و روابط فامیلی با متخلف؛

چهار- عوامل مربوط به موضوع تخلف: نداشتن مدارک کافی برای اثبات تخلف، ابهام در ماهیت تخلف، نگاه منفی جامعه نسبت به سوت‌زنی.^۱

نکته مهم در بحث سوت‌زنی آن است که سازوکارها و فرآیندهایی که نظام حقوقی در خود تعبیه می‌کند، در تحلیل هزینه - فرصت کارمندی که برای اطلاعات‌دهی همکاری می‌کند، اثرگذار است. کارکنان پیش از آن که اطلاعات مفید خود را با سازمان شریک کنند، معادله هزینه - فرصت گزارش‌دهی را برای خود تحلیل می‌کنند؛ یعنی با فرض این که اقدامات حمایتی سازمان را کافی بدانند، اما تشویق‌های پیش‌بینی‌شده در قانون را نامتناسب ارزیابی کنند، معمولاً از این عمل می‌پرهیزند و ترجیح می‌دهند که زندگی عادی و امن خود را به خطر نیاندازند.^۲

بنا بر جست‌وجوی صورت‌گرفته در این پژوهش، در نظام حقوقی ایران، مجلس شورای اسلامی، قانون عادی وضع نکرده است که به صورت اختصاصی و صریح، مقرراتی کامل برای تشویق و حمایت از کارمندان سوت‌زن در مورد مصداق‌های فساد در سازمان محل اشتغال داشته باشد. البته با جست‌وجو در قوانین مختلف می‌توان موارد مرتبط و قابل‌تسری به این موضوع را یافت. اگر سوت‌زنی به عنوان یکی از مصادیق امر به معروف و نهی از منکر تلقی گردد، در این صورت می‌توان

۱. فرهادی‌نژاد، محسن و سکینه جعفری، «شناسایی علل سوت‌زنی سازمانی و دلایل عدم تمایل به سوت‌زنی در سازمان‌های دولتی»، فصل‌نامه مدیریت سازمان‌های دولتی، ۱۳۹۸، دوره هفتم، شماره ۳، ص ۷۷.

۲. قاسمی، محمدرضا و سید محمد مهدی غمامی، «مطالعه تطبیقی قاعده ایجاد انگیزه برای گزارش‌دهی فساد و سازوکارهای حقوقی برای تحقق آن»، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۶، دوره جدید، شماره ۲۸، صص ۲۸-۷.

اصل ۸ قانون اساسی^۱ و قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر (۱۳۹۴) را نمونه‌ای از قوانین مرتبط دانست.

در تبصره ماده ۱۳ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد^۲ (۱۳۹۰)، مفهوم سوت‌زنی (بدون ذکر این عنوان) به صورت یک تکلیف برای کارکنان مطرح شده است. رویکرد قانون‌گذار در این مورد به گونه‌ای است که حتی در مورد بعضی از جرم‌ها، اقدام نکردن مدیران سازمان‌های عمومی به سوت‌زنی را جرم‌انگاری کرده است، مانند: ماده ۶۰۶ قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده^۳ (۱۳۷۵).

بند ۱۵ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۲) که تخلفات اداری را تعیین کرده است، «سهل‌انگاری رؤسا و مدیران در ندادن گزارش تخلفات کارمندان تحت امر» را نیز تخلف اداری دانسته است. قانون محاسبات عمومی کشور (۱۳۶۶) نیز مقرر داشته است: «در صورتی که ذی حساب، انجام خرجی را بر خلاف قانون و مقررات تشخیص دهد، مراتب را با ذکر مستند قانونی مربوط به صورت کتبی به مقام صادرکننده دستور خرج اعلام می‌کند. مقام صادرکننده دستور پس از وصول گزارش ذی حساب، چنان‌چه دستور خود را مطابق قوانین و مقررات تشخیص داده و مسئولیت قانونی بودن دستور خود را کتباً با ذکر مستند قانونی به عهده بگیرد و مراتب را به ذی حساب اعلام کند، ذی حساب مکلف است وجه سند هزینه مربوط را پس از ضمیمه کردن دستور کتبی متضمن قبول مسئولیت مذکور، پرداخت و مراتب را با ذکر مستندات قانونی مربوط به وزارت امور اقتصادی و دارایی

۱. «در جمهوری اسلامی ایران، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر، وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند. «و المؤمنون و المؤمنات بعضهم اولیاء بعض یا مرون بالمعروف و ینهون عن المنکر»».

۲. «هر یک از کارکنان دستگاه‌های موضوع این قانون که در حیطه وظایف خود از وقوع جرایم مذکور در دستگاه متبوع خود مطلع شود، مکلف است بدون اطلاع سایرین، مراتب را به صورت مکتوب و فوری به مسئول بالاتر خود و یا واحد نظارتی گزارش نماید».

۳. «هر یک از رؤسا یا مدیران یا مسئولین سازمان‌ها و مؤسسات مذکور در ماده ۵۹۸ که از وقوع جرم ارتشا یا اختلاس یا تصرف غیر قانونی یا کلاه‌برداری یا جرایم موضوع مواد ۵۹۹ و ۶۰۳ در سازمان یا مؤسسات تحت اداره یا نظارت خود مطلع شده و مراتب را حسب مورد به مراجع صلاحیت‌دار قضایی یا اداری اعلام ننماید، علاوه بر حبس از شش ماه تا دو سال به انفصال موقت از شش ماه تا دو سال محکوم خواهد شد».

و رونوشت آن را جهت اطلاع به دیوان محاسبات کشور گزارش نماید. وزارت امور اقتصادی و دارایی در صورتی که مورد را خلاف تشخیص داد، مراتب را برای اقدامات قانونی لازم به دیوان محاسبات کشور اعلام خواهد داشت».

با نگاهی به این مقررات که تنها بخشی از مقررات ایران در زمینه ضرورت قانونی گزارش یا اعلام تخلف اداری یا جرم اداری است، روشن می‌شود که در حقوق سازمان‌های اداری ایران، وجود مفهوم «سوت‌زنی»، بسیار قدیمی‌تر از رواج واژه «سوت‌زنی» است.

حفظ محرمانگی هویت گزارش‌دهندگان، پیش‌گیری از اقدامات تلافی‌جویانه، جبران خسارت و تشویق و پاداش‌دهی از جمله تمهیدات قانون‌گذار برای حمایت از گزارش‌دهندگان فساد در قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد است. به تازگی نیز وزارت امور اقتصادی و دارایی، دستورالعمل «حمایت از گزارش‌گری فساد (سوت‌زنی)» را در تاریخ ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ تصویب کرده است.^۱ این دستورالعمل که در ۱۳ ماده و ۱۵ تبصره تدوین شده است، پس از ارائه تعاریف از مفاهیم و اصطلاحات، اقدامات لازم برای حمایت، جبران خسارت و تشویق سوت‌زنان را ذکر می‌کند. بر اساس بند ۲ ماده ۱ این دستورالعمل، گزارش‌گر چنین تعریف شده است: «هر شخص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی، اعم از کارکنان وزارت امور اقتصادی و دارایی و دستگاه‌های تابعه یا عموم مردم و تشکل‌های مردمی که به صورت داوطلبانه و با رعایت شرایط این دستورالعمل، اطلاعات مربوط به فساد... را گزارش کند».

دو راه برای گزارش‌دهی به گزارش‌گران پیشنهاد می‌شود: سامانه سوت‌زنی وزارت امور اقتصادی و دارایی^۲ و صندوق دریافت گزارش به صورت فیزیکی (بند ۴ ماده ۱). در ادامه، پس از تعریف مرجع تحقیق و رسیدگی، کارگروه احراز، دستگاه‌های مشمول و نحوه حمایت از آنان تحت عنوان امنیت شغلی و اقدامات تلافی‌جویانه (ماده ۴)، تشویق و پاداش نقدی و غیر نقدی (ماده ۵) و همچنین دیگر نکات نظیر آموزش و ترویج (ماده ۸)، نحوه دریافت، بررسی و رسیدگی (ماده‌های ۹-۱۳) به تفصیل تبیین شده است.

1. www.ekhtebare.com (12/01/1402).

2. www.Mefa.ir.

گفتار دوم. اثرگذاری مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی

در این گفتار، ناظر بر مطالبی که درباره دو مفهوم مدیریت مشارکتی و سوت‌زنی ارائه شد، چگونگی تأثیر مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی با معرفی مؤلفه‌هایی که در طول تحقیق شناسایی کردیم، در سطح نظری تبیین شده است. پس از طراحی و معرفی الگوی مفهومی تأثیر مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی، این الگو را تحلیل حقوقی می‌کنیم.

بند اول. در جست‌وجوی الگوی مفهومی اثرگذاری مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی

۱. توسعه دانش و اطلاعات کارمندان

بی‌شک، یکی از مهم‌ترین پیش‌نیازهای بنیادین و اساسی در راستای تحقق مدیریت مشارکتی، سهیم شدن در اطلاعات است. بنابراین، شیوه دسترسی کارکنان به اطلاعات سازمان باید تسهیل گردد.^۱ البته این کار فقط پاسخ‌گوی بخشی از نیاز کارکنان به اطلاعات است. در واقع، اطلاعات و آگاهی‌های دیگری در زمینه شیوه مشارکت باید به آن‌ها داد.^۲ از طرفی، به‌کارگیری سبک مدیریتی مشارکتی موجب تسهیم دانش سازمانی می‌شود، به‌گونه‌ای که دانش و اطلاعات فردی را به دانش گروهی تبدیل می‌کند.^۳ بی‌شک، یکی از ابزارهای لازم برای سوت‌زنی، دسترسی به اطلاعات است. بنابراین، قرار گرفتن در وضعیتی مثل مدیریت مشارکتی که سبب توسعه دانش و اطلاعات مورد نیاز برای سوت‌زنی می‌گردد، توسعه آن را به دنبال دارد.

۲. تسهیل ارتباطات درون‌سازمانی

یکی از عوامل کاهش مشارکت کارکنان در امور مربوط به سازمان آن است که کارکنان بین خود و مدیریت، فاصله زیادی حس می‌کنند. این مسئله بر ارزیابی آنان از رفتار مدیران اثر می‌گذارد و باعث می‌شود نگاه بدبینانه به آنان داشته باشند. استقرار مدیریت مشارکتی در سازمان موجب تسهیل

۱. عباسی و همکاران، پیشین، ص ۷.

۲. تاکي، بهروز، «فرآیند ارزیابی مدیریت مشارکتی»، پنجمین کنفرانس ملی نظام پیشنهادها، ۱۳۸۵، ص ۱۲.

۳. مهدی‌زاده، مهران، ناهید درست‌کار احمدی و محمدرحیم رمضان، «طراحی مدل مفهومی تصمیم‌گیری مشارکتی به عنوان راهبردی جهت بهبود نگرش، احساسات و عملکرد کارکنان در زندگی کاری (مورد مطالعه: کلیه شعب بانک مسکن شهرستان رشت)»، پژوهش‌نامه مدیریت تحول، ۱۳۹۲، سال پنجم، شماره ۹، ص ۱۰۹.

ارتباطات می‌شود، به گونه‌ای که در سایه تعامل و ارتباط شکل گرفته، کارکنان به مدیران اعتماد کنند و نظرهای خود را راحت‌تر مطرح کنند.^۱ فعالیت‌های گروهی در سازمان نیز مستلزم رعایت اصل برابری در سازمان است و سبب می‌شود تا شکاف طبقاتی موجود از بین برود.^۲ اطلاعات دهی که جنبه پیشنهادی ندارد، بلکه به کشف یک جرم در سازمان و معرفی یک کارمند به عنوان مجرم می‌انجامد، قطعاً ریسک بزرگی به دنبال دارد. تسهیل ارتباطات درون سازمانی و به تبع آن، ایجاد حس اعتماد سبب مشارکت بیش‌تر کارکنان در سوت‌زنی می‌شود. البته اگر خطا کار، شخص مدیر باشد، ارتباط قوی کارمند با او ممکن است نتیجه دیگری داشته باشد.

۳. افزایش تعهد و مسئولیت‌پذیری

عموماً افراد مشارکت‌جو در تأمین اهداف سازمان، احساس مسئولیت و تعهد می‌کنند.^۳ به عبارت دیگر، ترسیم فضایی که در آن، همه کارکنان، شریکند، موجب می‌شود در قبال کار و وظیفه‌ای که به عهده دارند، مسئول باشند.^۴ مشارکت سبب می‌شود افراد نه تنها از نظر جسمی، بلکه از نظر فکری و روحی، درگیر سازمان باشند. در چنین وضعیتی، فرد در برابر وجدان و شخصیت خود احساس مسئولیت دارد و مشارکت را باور می‌کند.^۵ اگر حس مسئولیت‌پذیری در افراد تقویت شود، ممکن است تمایل آن‌ها به گزارش دهی فساد حتی بیش از پیشنهاددهی در راستای بهبود وضعیت سازمان باشد؛ چون پیشنهاد ندادن در نهایت ممکن است تغییر چندانی در وضعیت سازمان ایجاد نکند، اما گزارش ندادن فساد ممکن است پی‌آمدهایی جدی‌تر برای مجموعه داشته باشد.

۴. ارتقای فرهنگ مشارکت

مدیریت مشارکتی، روشی است که بر مبنای آن می‌توان همه افراد سازمان را به صورت واحدهای

۱. حشمتی، خوراکیان و مهارتی، پیشین، ص ۷۳.

۲. شفیع‌زاده، حمید و سعید گیلوری، «بررسی رابطه مشارکت در تصمیم‌گیری و رفتار مدنی سازمانی با هویت سازمانی در مربیان ورزش شهرستان گرمسار»، مطالعات مدیریت رفتار سازمانی در ورزش، ۱۳۹۷، دوره پنجم، شماره ۲، ص ۲۲.

۳. عباسی و همکاران، پیشین، ص ۱۵.

۴. تاکی، پیشین، ص ۹.

۵. شفیع‌زاده و گیلوری، پیشین، ص ۲۲.

زنده و متأثر از یکدیگر در کنار هم نگه داشت.^۱ این مسئله به خودی خود موجب افزایش حس تعلق و هم‌بستگی میان افراد می‌شود. به‌کارگیری سبک مدیریت مشارکتی سبب می‌گردد تا افراد به مرور به میزان بالایی از انعطاف‌پذیری دست یابند. به همین دلیل، پس از گذشت اندک زمانی، مشارکت در تصمیم‌گیری و فرآیندهای سازمانی به یک فرهنگ درون‌سازمانی تبدیل می‌شود.^۲ این مورد می‌تواند دو وجه داشته باشد؛ گاهی شکل‌گیری فضای تعامل و همکاری موجب صمیمیت بیش‌تر میان افراد می‌گردد، اما اگر این فضای تعاملی و فرهنگ مشارکتی دغدغه‌مندانه و در راستای پیش‌برد اهداف سازمان شکل بگیرد، می‌توان امیدوار بود که سوت‌زنی در سایه آن توسعه یابد.

۵. افزایش انگیزه

امروزه عناصر سنتی انگیزش‌چندان مؤثر نیستند، بلکه در شرایط حال حاضر، هیچ چیز به اندازه احترام به شخصیت افراد و اعتباربخشی در قالب شرکت دادن آن‌ها در تصمیم‌های سازمان موجب افزایش انگیزه آنان نمی‌شود.^۳ انگیزه یک نیرو در درون افراد است که بر جهت، شدت و تداوم یک رفتار داوطلبانه اثرگذار است، به طوری که موجب شروع و ادامه حرکت می‌شود و به رفتار کلی فرد جهت می‌دهد و باعث می‌شود به گونه‌ای خاص رفتار کند.^۴ هم‌چنین حشمتی و همکاران (۱۳۹۳) در پژوهش خود به بررسی این موضوع پرداختند که بهبود مدیریت مشارکتی از طریق نظام پیشنهادها موجب برقراری عدالت در سطح سازمان می‌شود که این مسئله به خودی خود، انگیزه افراد را تقویت می‌کند. اگر در پرتو نظام پیشنهادها، کارمند، بازخوردی بجا و درست از مدیریت ببیند، اطمینان نسبی خواهد یافت که در صورت گزارش‌دهی فساد، نه تنها از دغدغه‌مندی و مسئولیت‌پذیری او قدردانی خواهد شد، بلکه از خطرهای احتمالی در آینده در امان خواهد ماند.^۵

۱. سکاکی، منیرسادات، «مدیریت مشارکتی»، فصل‌نامه پیک نور (علوم انسانی)، ۱۳۸۷، دوره ششم، شماره ۱، ص ۱۶۰.

۲. سبحانی‌پور، زارعی‌متین، الوانی و جندقی، پیشین، ص ۶۸.

۳. تاکی، پیشین، ص ۶.

۴. حشمتی و همکاران، پیشین، ص ۷۷.

۵. همان، ص ۷۱.

۶. فعال کردن کارکنان در حاشیه و توان‌مندسازی آنان

مشارکت نکردن کارکنان گاهی ناشی از مدل شخصیتی آنان است. اجرای سبک مدیریتی مشارکتی سبب تقویت توانایی کارکنان برای مشارکت بیش‌تر در امور سازمان می‌گردد.^۱ به عبارت دیگر، سبک مدیریت مشارکتی و نظام پیشنهادها، یکی از مؤثرترین راه‌ها برای خروج کارکنان از حاشیه‌نشینی و سکون به فعال و مؤثر بودن است. در ادامه این روند خودباوری که کارکنان نسبت به خودشان پیدا می‌کنند، سبب می‌شود مشارکت آنان شکل تداومی به خود بگیرد.^۲ ادامه روند فعال‌سازی کارکنان می‌تواند منتهی به حالتی شود که آنان برای گزارش‌دهی موارد خلاف قانون، جسارت بیش‌تری از خود نشان دهند.

بر اساس مطالب یادشده، الگوی مفهومی تأثیر مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی در شکل ۱ نمایش داده شده است.



شکل ۱. الگوی مفهومی تأثیر مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی

بند دوم. تحلیل حقوقی الگوی مفهومی تأثیر مدیریت مشارکتی بر توسعه سوت‌زنی

در پژوهش منتج به مقاله حاضر، این پیش‌فرض، مورد نظر بود که با توسعه سوت‌زنی در سازمان‌های اداری ایران، پیش‌گیری از فساد اداری و مبارزه با فساد اداری توسعه خواهد یافت. این در حالی

۱. تاکی، پیشین، ص ۸.

۲. حشمتی و همکاران، پیشین، ص ۷۳.

است که فساد اداری، پدیده‌ای است پیچیده، چندبعدی و چندسطحی.^۱ به این ترتیب، هر چند با به‌کارگیری الگوی مفهومی یادشده انتظار می‌رود که سوت‌زنی توسعه یابد، ولی باید توجه داشت که سوت‌زنی در سازمان، مفهومی است رفتاری و برای پیش‌گیری از فساد و مبارزه با فساد و در نهایت، ارتقای سلامت اداری باید رویکردهای ساختاری به ویژه ساختار حقوقی سازمان و ساختار حقوقی تعاملات محیطی آن را هم در نظر گرفت.

در ابعاد رفتاری موضوع نیز باید به تمایز سازمان‌های اداری که از سازمان‌های بخش عمومی هستند، با سازمان‌های بخش خصوصی توجه داشت. رفتار سازمانی متصدیان امور سازمان‌های اداری، مشمول حجم و تنوع بالایی از قوانین و مقررات اداری و کاری است. اختیار تصمیم‌گیری مدیران در سازمان‌های اداری بسیار کم‌تر از مدیران سازمان‌های بخش خصوصی است. اصل، عدم صلاحیت است.

برای اجرای مدل مفهومی بالا در ایران، قبل از هر اقدامی باید زیرساخت حقوقی آن فراهم باشد. این زیرساخت چه بخش‌هایی دارد و تا چه اندازه فراهم است؟

۷. امنیت شغلی کارمندان

دستگاه‌های اجرایی (قلمرو موضوعی پژوهش حاضر) به موجب ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مشمول مقررات قانون مدیریت خدمات کشوری هستند، به استثنای دستگاه‌های مستثناشده در همین ماده.

به موجب ماده ۴۵ این قانون، از تاریخ تصویب این قانون، استخدام در دستگاه‌های اجرایی به دو روش انجام می‌پذیرد:

(الف) استخدام رسمی برای تصدی پست‌های ثابت در مشاغل حاکمیتی؛

(ب) استخدام پیمانی برای تصدی پست‌های سازمانی و برای مدت معین.

این ماده دارای چهار تبصره است. به موجب تبصره ۴، تعیین محل خدمت و شغل مورد تصدی

۱. کریمیان، محمدوزین، «چالش رویکرد و سطح تحلیل در طرح‌های مبارزه با فساد اداری در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۱، سال نهم، شماره ۳۰، ص ۱۴۱.

کارمندان پیمانی در پیمان نامه مشخص می‌گردد و در مورد کارمندان رسمی به عهده دستگاه اجرایی مربوط است. به این ترتیب، آیا کارمندان پیمانی دارای آن چنان امنیت شغلی هستند که بتوان از آن‌ها انتظار داشت سوت‌زنی کنند؟ آیا کارمند پیمانی، نگران نخواهد بود که در صورت سوت‌زنی ممکن است قراردادش تمدید نشود یا حتی پست سازمانی او برای بعد از «مدت معین» حذف گردد؟ باید توجه داشت که «استمرار پست سازمانی کارمند» و «رضایت از خدمات کارمند» از شرایطی است که به موجب ماده ۴۹ قانون مدیریت خدمات کشوری، تمدید قرارداد کارمندان پیمانی به تحقق آن‌ها بستگی دارد.

آیا حمایت‌های قانونی مقرر برای گزارش‌گران فساد و سوت‌زنان به اندازه‌ای هست که کارمند پیمانی که همه شرایط لازم قانونی برای تمدید قراردادش فراهم باشد، بتواند مطمئن باشد که قرارداد او تمدید خواهد شد؟ در مورد کارمندان رسمی، آیا حمایت‌های قانونی مقرر برای گزارش‌گران فساد و سوت‌زنان آن قدر هست که کارمند رسمی، مطمئن باشد در صورت گزارش فساد یا سوت‌زنی به گاه «تعیین محل خدمت و شغل مورد تصدی» به او ستم نخواهد شد؟

کاوش برای پاسخ به پرسش‌های یادشده از قلمرو موضوعی پژوهش حاضر خارج است و طرح آن‌ها در این جا تنها برای تبیین ضرورت و اهمیت ساختار حقوقی استخدام دستگاه اجرایی و تبیین آسیب‌پذیری کارمندان و ابعاد، لایه‌ها و سطوح حمایتی است که باید از گزارش‌گران فساد و سوت‌زنان صورت پذیرد.

حساسیت امنیت شغلی در مورد دسته‌های دیگر از کارمندان شاید به مراتب افزون‌تر باشد. ممکن است حصر تعیین‌شده در ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری - استخدام رسمی، استخدام پیمانی - این تصوّر را به وجود آورد که مسئله رابطه امنیت شغلی با سوت‌زنی، محدود به همین دو دسته مستخدم است. در هر صورت باید توجه داشت که:

یک - به موجب ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، «کسانی که شرایط ورود به استخدام رسمی را کسب می‌نمایند، قبل از ورود به خدمت رسمی، یک دوره آزمایشی را که مدت آن سه سال می‌باشد، طی خواهند نمود...»؛

دو - به موجب تبصره ماده ۳۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، دستگاه‌های اجرایی می‌توانند در

شرایط خاص با تأیید سازمان تا ده درصد پست‌های سازمانی مصوب، بدون تعهد استخدامی و در سقف اعتبارات مصوب، افرادی را به صورت ساعتی یا کار معین برای حداکثر یک سال به کار گیرند.

۸. آسیب‌پذیری کارمندان به علت نقص اساسی قانون رسیدگی به تخلفات اداری

دو سرچشمه مهم این آسیب‌پذیری عبارتند از:

نخست - ابهام در چیستی تخلف اداری کارمند: در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، تعریف و ضوابط رفتار صحیح کارمند ارائه نشده است و معلوم نیست که تنظیم فهرست تخلفات اداری کارمندان (ماده ۸) بر کدام نظام نظری مبتنی است.^۱

دوم - ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری (تصویب‌نامه ۱۳۷۳/۷/۲۷)، شروع به رسیدگی در صورت «شکایات یا اعلام اشخاص» را نیز مقرر کرده است. در این‌که اشخاص باید بتوانند از کارمند شکایت کنند یا تخلف او را اعلام کنند، بحثی نیست. این‌که با وصول چنین شکایت یا اعلامی، بلافاصله و قبل از بررسی مقدماتی، فرآیند رسیدگی با ابلاغ اتهام شروع شود، مستعد ستم به کارمندان است؛ زیرا پرونده‌دار کردن افراد سهل خواهد بود. بنا بر قاعده علمی، دادستان باید بررسی مقدماتی مورد نظر را انجام دهد، در حالی که در قانون رسیدگی به تخلفات اداری، نهاد دادستانی اداری وجود ندارد. نکته‌ای که مطرح می‌شود، این است که ممکن است امکان تشکیل پرونده قبل از بررسی مقدماتی، زمینه‌ساز انتقام‌جویی از گزارش‌گر فساد یا سوت‌زن شود، حتی بدون این‌که شکایتی قابل رسیدگی واصل شده باشد.

۹. وضعیت حقوق و مزایای کارمندان دستگاه‌های اجرایی

به موجب ماده ۶۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، «نظام پرداخت کارمندان دستگاه‌های اجرایی بر اساس ارزش‌یابی عوامل شغل و شاغل و سایر ویژگی‌های مذکور در مواد آتی خواهد بود. امتیاز حاصل از نتایج ارزش‌یابی عوامل مذکور در این فصل، ضرب در ضریب ریالی مبنای تعیین حقوق و مزایای کارمندان قرار می‌گیرد....»

۱. کریمیان، محمدوزین، «ابهام‌تئوریک در چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران»، پذیرفته‌شده در دی ۱۴۰۱، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ص ۱.

تبصره - ضریب ریالی مذکور در این ماده با توجه به شاخص هزینه زندگی در لایحه بودجه سالانه پیش‌بینی و به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد».

به این ترتیب، اگر توژم از حدّ برآورد شاخص هزینه زندگی بگذرد، کارمندان، نگران این خواهند بود که آیا قدرت خرید مبلغی که در آینده به عنوان حقوق و مزایا دریافت خواهند کرد، قدرت خرید حقوق و مزایای کنونی آن‌ها را خواهد داشت؟

این نگرانی به ویژه، اگر تجربه کارمند نشان دهد که بی‌جا نبوده، ممکن است کم و بیش، چنین پی‌آمدهایی داشته باشد:

یک - کم شدن قدرت مقاومت در مقابل پیشنهادهای مادی خلاف قانون: اگر چنین شود و به ویژه، اگر کارمند، مرتکب رفتار فسادآلود شود، دیگر نمی‌توان انتظار گزارش‌گری فساد یا سوت‌زنی از او داشت.

دو - پرهیز کارمند از رفتارهایی که همین دریافتی ماهیانه ولو کم را به خطر اندازد، مثل گزارش‌گری فساد یا سوت‌زنی.

سه - تلاش ناروای کارمند برای جلب رضایت و کسب حمایت مدیران برای برخورداری از بعضی از فوق‌العاده‌های مقرر در ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری؛ فوق‌العاده‌هایی که پرداخت آن‌ها به نظر مدیران موکول شده است. روشن است که چنین تلاشی الزاماً به نتیجه نخواهد رسید، ولی دست کم ممکن است این اثر را داشته باشد که این کارمند از گزارش‌دهی فساد یا سوت‌زنی دست بردارد.

نتیجه‌گیری

نظام حقوق اداری ایران به مشارکت کارکنان سازمان در اداره امور آن، در سه سطح قانون اساسی، سیاست‌های کلی نظام و قوانین عادی توجه نشان داده است. یکی از مرتبط‌ترین قوانین در این حوزه، ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) است که به مشارکت کارمندان دستگاه‌های اجرایی در تصمیم‌گیری‌ها و برپایی نظام پیشنهادها می‌پردازد.

یکی از جلوه‌های مشارکت کارکنان در امور سازمان، همکاری آنان در گزارش کردن فساد و اقدامات خلاف قانون است. ظاهراً در نظام حقوقی ایران، قانون عادی که اختصاصاً و به طور جامع و مانع به

تشویق و حمایت از سوت‌زنان بپردازد، تصویب نشده است. با این حال، از دیرباز، در قوانین پراکنده، احکامی راجع به گزارش جرم یا تخلف وجود داشته است. به تازگی هم وزارت امور اقتصادی و دارایی، دستورالعمل «حمایت از گزارش‌گری فساد (سوت‌زنی)» را در ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ تصویب کرده است.

توسعه سوت‌زنی علاوه بر فراهم شدن بسترهای قانونی لازم، نیازمند اقداماتی در حوزه مدیریت است. مدیریت مشارکتی و نظام پیشنهادها می‌تواند یکی از مناسب‌ترین سبک‌های مدیریتی برای توسعه سوت‌زنی در سازمان‌های اداری باشد. با این وجود، وضعیت مقررات مدیریت مشارکتی و نظام پیشنهادها، از نظر محتوا، دچار سرگردانی تئوریک و از نظر صورت با کمبود در ثبات و وحدت رویه روبه‌روست. به این مسئله تا اندازه‌ای که قلمرو موضوعی مقاله نیز رعایت شود، پرداخته شده است. یکی از مسائل مطرح در این مقاله آن است که آیا فکر «استقرار سایر نظام‌های مدیریت مشارکتی» (علاوه بر نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها) که در مصوبه ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ شورای عالی اداری مطرح بوده، با توجه به تصویب ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶) و «تصمیم‌نامه» مورد تأیید ۱۳۸۹/۱/۹ رییس جمهوری وقت هم چنان برقرار است؟ (از نظر منطق حقوقی).

از رویکرد حقوق اساسی، مسئله اساسی، نادیده انگاشتن اصل یک‌صد و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در وضع مقررات (در «قانون» و در مقررات مصوب قوه مجریه) مشارکت کارمندان در اداره امور سازمان اداری محل خدمت آنان است. مسئله ماهیتی حقوقی دیگر، بی‌جواب ماندن چگونگی هماهنگی بین اعمال رویکرد مدیریت مشارکتی (مقررات بسیار ناقص مشارکت کارمندان در تصمیم‌گیری‌های اداری) با ساختار معمولاً فردمحور وظایف، اختیارات و مسئولیت‌ها در سازمان‌های اداری ایران است.

از رویکرد حقوقی، مسئله اساسی در فرآیند تحقق و توسعه سوت‌زنی، نبود زیرساخت حقوقی کافی برای امنیت شغلی کارمندان است که بدون حل آن نمی‌توان انتظار تحقق سوت‌زنی به صورت یک هنجار تا حدودی فراگیر را داشت، تا چه رسد به توسعه آن. نقص اساسی در قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز امکان پرونده‌سازی برای کارمندان اداری را تسهیل کرده و فرصتی فراهم شده است تا گزارش‌گران فساد و سوت‌زنان ایمن نباشند که به ناحق، پرونده تخلفات اداری برایشان گشوده شود.

باتوجه به نتایج پژوهش و الگوی ارائه‌شده در راستای توسعه پدیده سوت‌زنی و نتایج تحلیل حقوقی

این الگو، پیشنهادهای کاربردی مبتنی بر نتایج پژوهش و به همان ترتیب، ارائه نتایج عبارت است از:

۱. تنقیح و ادغام قوانین و مقررات مشارکت کارمندان و نظام پیشنهادها و اصلاح و تکمیل مجموعه‌ای که به دست خواهد آمد، در راستای تحقق اصل یک‌صد و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. ایجاد هماهنگی محتوایی بین ساختار قانونی فعلی وظایف، اختیارات و مسئولیت‌ها در سازمان‌های اداری ایران. که نوعاً و معمولاً فردمحور است. با نظام مشارکتی که در صورت اجرای پیشنهاد مطرح‌شده، طراحی و تصویب خواهد شد.

۳. تکمیل و توسعه زیرساخت‌های قانونی امنیت شغلی کارمندان.

۴. برای حمایت از سوت‌زنان باید دو اقدام صورت پذیرد:

اقدام اول - تمامی مصادیقی که ممکن است پس از افشای تخلف اداری یا جرم اداری برای گزارش‌گران فساد یا سوت‌زنان مشکل‌ساز باشد، شناسایی و از وقوع آنان جلوگیری شود.

اقدام دوم - تکمیل ساختار قانونی حمایت از گزارش‌گران فساد و سوت‌زنان و تشویق آنان.

در نهایت، این راهکارها نیز پیشنهاد می‌شود:

۱. افزایش آگاهی کارکنان از جرایم و اقدامات خلاف قانون که ممکن است در سازمان رخ دهد؛

۲. آموزش فرآیندهای لازم برای تحقق مدیریت مشارکتی به کارکنان؛

۳. تسهیل دسترسی کارکنان به اطلاعات؛

۴. ایجاد حس اعتماد و برقراری فضای صمیمی میان کارکنان؛

۵. انتخاب شیوه‌های مشارکت، متناسب با فرهنگ سازمان؛

۶. معرفی کانال‌های گزارش‌دهی فساد؛

۷. تقویت نقش ناظران داخلی سازمان به عنوان مرجع کشف و پی‌گیری فساد؛

۸. طراحی و مستقر ساختن نظام گزارش‌دهی، متناسب با دغدغه گزارش‌گران با حفظ محرمانگی

اسناد و اطلاعات؛

۹. پرهیز جدی مدیریت از سبک مدیریت آمرانه، واکنش بازدارنده و نگاه مبالغه‌آمیز به مدیریت مشارکتی. در این مقاله، بعضی از احکام قوانین مرتبط با هر یک از دو حوزه مدیریت مشارکتی و سوت‌زنی مطرح گردید و به طور اجمالی روشن شد که به ویژه در موضوع سوت‌زنی و اثربخشی مدیریت مشارکتی در توسعه سوت‌زنی، قوانین و مقررات کشور باید اصلاح و تکمیل شوند و توسعه یابند. این توسعه باید بر نتایج پژوهشی جامع در وضعیت قوانین و مقررات موضوعات مدیریت مشارکتی، سوت‌زنی و رابطه این دو مبتنی باشد.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف) کتاب

۱. الوانی، سید مهدی، مدیریت عمومی، تهران: نی، ۱۳۸۶.
۲. رضایی، حسین، حق بر مشارکت و استماع در تصمیم‌های اداری (حقوق عمومی)، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. افخمی اردکانی، مهدی، ابراهیم رجب‌پور و مجید علی محمدی اردکانی، «نظام پیشنهادها و برون‌رفت از سکوت سازمانی»، فصل‌نامه مدیریت منابع انسانی در صنعت نفت، ۱۴۰۰، سال دوازدهم، شماره ۴۷، صص ۱۹۱-۱۷۰.
۲. ایزدپناه، نوروز، علی رزمان و بهروز صبوحی لک، «بررسی پدیده سوت‌زنی (افشاگری) در سازمان‌ها با تأکید بر آموزه‌های دینی»، اولین کنفرانس ملی مدیریت و اقتصاد جهانی، دانشگاه علم و فرهنگ، ۱۳۹۵.
۳. تاکی، بهروز، «فرآیند ارزیابی مدیریت مشارکتی»، پنجمین کنفرانس ملی نظام پیشنهادها، ۱۳۸۵، صص ۱-۳۰.
۴. تصدیقی، محمدعلی و فروغ تصدیقی، «الگویی درباره نظارت و کنترل در مدیریت اسلامی»، دومین کنگره ملی علوم انسانی، ۱۳۹۰، صص ۲۵-۱.
۵. توانگر رنجبر، محمد، سید مهدی الوانی و حسن مهرمنش، «فهم پدیده سوت‌زنی با رویکرد فراترکیب»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی، ۱۴۰۰، شماره ۹۷، صص ۱۵۶ و ۱۵۷.
۶. حشمتی، محمدرسلول، علی‌رضا خوراکیان و یعقوب مهارتی، «بهبود مدیریت مشارکتی در دانشگاه از طریق نظام پیشنهادها و عدالت‌محوری با در نظر گرفتن جایگاه مدیریت مشارکتی و عدالت در آموزه‌های اسلامی»، مدیریت در دانشگاه اسلامی، ۱۳۹۳، سال سوم، شماره ۱، صص ۹۴-۷۱.
۷. خدمتی، ابوطالب، «انواع کنترل و نظارت در مدیریت اسلامی»، حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۹، دوره

چهارم، شماره ۲۳، صص ۱۷۰-۱۲۰.

۸. رضاییگی، داریوش، «نظام پیشنهادها؛ بستری برای نهادینه‌سازی فرهنگ مشارکت کارکنان در سازمان‌های دولتی»، فصل‌نامه تخصصی مطالعات و پژوهش‌های اداری، ۱۳۹۹، شماره ۸.

۹. سبحانی‌پور، سید محمدرضا، حسن زارعی متین، سید مهدی الوانی و غلام‌رضا جندقی، «طراحی مدل مدیریت منابع انسانی اثربخش مبتنی بر فرهنگ سازمانی مشارکتی در بخش دولتی ایران»، پژوهش‌های مدیریت عمومی، ۱۳۹۸، دوره نوزدهم، شماره ۱، صص ۸۳-۵۹.

۱۰. سکاکی، منیرسادات، «مدیریت مشارکتی»، فصل‌نامه پیک نور (علوم انسانی)، ۱۳۸۷، دوره ششم، شماره ۱، صص ۱۶۲-۱۶۰.

۱۱. شفیع‌زاده، حمید و سعید گیلوری، «بررسی رابطه مشارکت در تصمیم‌گیری و رفتار مدنی سازمانی با هویت سازمانی در مربیان ورزش شهرستان گرمسار»، مطالعات مدیریت رفتار سازمانی در ورزش، ۱۳۹۷، دوره پنجم، شماره ۲، صص ۳۰-۲۱.

۱۲. صفری، محمد وفتاح زیارانی، «شناسایی، مفهوم‌سازی و تبیین فرآیند سوت‌زنی در سازمان (مطالعه موردی: شرکت سنگ آهن گهرزمین)»، مدیریت فرهنگ سازمانی، ۱۳۹۷، دوره شانزدهم، شماره ۳، صص ۶۴۳-۶۱۷.

۱۳. عباسی، رضا، سید محمود موسوی، یاسر توحیدیان، ادریس شبانی و عبدالرزاق اسدی، «بررسی مدیریت مشارکتی با تأکید بر نظام پذیرش و بررسی پیشنهادها در سازمان اداری ایران»، فصل‌نامه رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، ۱۳۹۹، سال چهارم، شماره ۴۵، صص ۲۱-۱.

۱۴. عریضی، حمیدرضا و نرجس منجوقی، «رابطه برون‌گرایی و نورزگرایی با افشاگری تخلف سازمانی»، روان‌شناسی معاصر، ۱۳۹۲، دوره هشتم، شماره ۷۲، صص ۶۱-۱.

۱۵. فراهانی، مجید، «بسترسازی و استقرار نظام مدیریت مشارکتی در سازمان»، دهمین کنفرانس ملی نظام پیشنهادها، ۱۳۸۹.

۱۶. فراهانی‌نژاد، محسن و سکینه جعفری، «شناسایی علل سوت‌زنی سازمانی و دلایل عدم تمایل به سوت‌زنی در سازمان‌های دولتی»، فصل‌نامه مدیریت سازمان‌های دولتی، ۱۳۹۸، دوره هفتم، شماره ۳، صص ۸۴-۷۰.

۱۷. قاسمی، محمدرضا و سید محمد مهدی غمامی، «مطالعه تطبیقی قاعده ایجاد انگیزه برای گزارش دهی فساد و سازوکارهای حقوقی برای تحقق آن»، فصل نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۶، دوره جدید، شماره ۲۸، صص ۲۱-۷.
۱۸. کرد رستمی، مجید، «مدیریت مشارکتی»، فصل نامه تخصصی مطالعات و پژوهش‌های اداری، ۱۳۹۹، شماره ۸.
۱۹. کریمیان، محمدوزین، «ابهام تئوریک در چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران»، پذیرفته شده در دی ۱۴۰۱، فصل نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری.
۲۰. کریمیان، محمدوزین، «چالش رویکرد و سطح تحلیل در طرح‌های مبارزه با فساد اداری در ایران»، فصل نامه حقوق اداری، ۱۴۰۱، سال نهم، شماره ۳۰، صص ۱۵۶-۱۴۱.
۲۱. مهدی زاده، مهران، ناهید درست کار احمدی و محمدرحیم رضانیان، «طراحی مدل مفهومی تصمیم‌گیری مشارکتی به عنوان راهبردی جهت بهبود نگرش، احساسات و عملکرد کارکنان در زندگی کاری (مورد مطالعه: کلیه شعب بانک مسکن شهرستان رشت)»، پژوهش نامه مدیریت تحول، ۱۳۹۲، سال پنجم، شماره ۹، صص ۱۳۳-۱۰۴.
۲۲. نوروزی‌وند، طاهره و حسن‌رضا وزین‌آبادی، «پدیده افشاگری سازمانی معلم در مدرسه (یافته‌های یک پژوهش پدیدارشناسی)»، مدیریت و برنامه‌ریزی در نظام‌های آموزشی، ۱۳۹۷، دوره یازدهم، شماره ۱، صص ۳۰-۹.
۲۳. یزدان‌پناه، احمدعلی، امیر احسانی و عین‌الله خاقانی، «طراحی مدل آوای سازمانی در سازمان‌های دولتی»، مطالعات مدیریت راهبردی، ۱۴۰۰، شماره ۴۶، صص ۸۵-۷۱.

ج) قوانین و مقررات

۱. آیین نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری (تصویب نامه ۱۳۷۳/۷/۲۷).
۲. تصمیم نامه به استناد ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری / نظام پیشنهادها، تأیید شده در ۱۳۸۹/۱/۹ به دست رئیس جمهوری: www.qavanin.ir/Law/TreeText/
۳. دستورالعمل حمایت از گزارش‌گری فساد (سوت زنی)، مصوب ۱۴۰۱/۶/۱۴ وزارت امور اقتصادی و دارایی: www.ekhtebare.com

۴. دستورالعمل نحوه استقرار و تداوم نظام پذیرش و بررسی پیشنهادهای در دستگاه‌های اجرایی در اجرای ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، ابلاغی معاون توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور: www.shenasname.ir/egovernment439.
۵. طرح استقرار نظام پذیرش و بررسی پیشنهادهای در دستگاه‌های دولتی، مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ شورای عالی اداری: www.rc.majlis.ir/fa/law/show/129870.
۶. قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد، ۱۳۹۰.
۷. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۵۸، با اصلاحات ۱۳۶۸.
۸. قانون رسیدگی به تخلفات اداری، ۱۳۷۲.
۹. قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم: تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، ۱۳۷۵.
۱۰. قانون محاسبات عمومی کشور، ۱۳۶۶.
۱۱. قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶.
۱۲. قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، ۱۳۹۴.
۱۳. مصوبه جلسه ۱۳۷۷/۵/۲۸ شورای عالی اداری: نظام پذیرش و بررسی پیشنهادهای: www...rc.majlis.ir/fa/law/show/1297322.

2. Latin Source

1. Hadizadeh Esfahani, Zahra, Comparative Study of the Laws Support Whistleblowers in the Legal System of United States of America and Islamic Republic of Iran, Fifth International Conference on Social Studies, Law and Popular Culture, Tehran, 1400, www.civilica.com/doc/1369946.
2. Johnson, R., Whistle-blowing: when it works and why, Boulder, CO: Lynne Rienner, 2003.
3. Near, J. P. & Miceli, M. P., "Retaliation against whistle blowers: Predictors and effects", Journal of Applied Psychology, 1986, 71 (1), 137-45.



4. Rolková, Monika & Farkašová, Viera, “The Features of Participative Management Style”, *Procedia Economics and Finance*, 2015, 23, 1383 -1387.
5. Singh, Riann & Ramdeo, Shalini, “The Management of Whistleblowing”, *Encyclopaedia of Criminal Activities and Dark Web*, 2020, 20, 304-317.
6. Wazir, Alamgir khan & Ali khan, Hafiz ghufraan, “Impact of Participative Leadership and Employee Voice Through Conscientiousness on Organizational Effectiveness: 3-Time Lagged Study on Banking Sector of Pakistan”, *Journal of Internet Banking and Commerce*, 2018, 23(3).

مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در اعمال اداری (مطالعه تطبیقی حقوق ایران و انگلیس)

نرگس اسکافی^۱

اسماعیل شاهسوندی^۲

امیرعباس بزرگمهر^۳

چکیده

امروزه به دلیل تحولات اجتماعی و عوض شدن چهره تمدن بشری، جایگاهی ویژه برای مسئولیت مدنی منظور شده است. «اصل ضرر نزدن به دیگری و لزوم جبران ضرر ناروا» که یکی از سه اصل موضوعه اخلاق و حقوق را تشکیل می‌دهد، اهمیت مسئولیت مدنی را دو چندان کرده است. پیشنهاددهی بهترین و کارآمدترین راه برای جبران خسارت زیان‌دیدگان و کاستن از تعداد و شدت آن‌ها و کاهش هزینه‌های اجتماعی، کم‌ترین کاری است که مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه می‌تواند انجام دهد.

مفهوم مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با تحلیلی اقتصادی نسبت به مسئولیت ظهور پیدا کرده است. مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت در اعمال اداری نیز یکی از مسائل اساسی است که با توجه به حیطه فعالیت‌های دولت در اموری مانند محیط زیست و محصولات تراریخته قابل طرح است. از این رو در این مقاله سعی می‌شود با استفاده از روش تحلیلی و توصیفی و با در نظر گرفتن اصل شخصی بودن مسئولیت و لزوم دقت در تفسیر و تحلیل‌ها، شرایط و احکام خاص حاکم بر این مسئولیت در حقوق ایران به صورت تطبیقی با حقوق انگلستان نقد و بررسی شود. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که با وجود شباهت‌های موجود در حقوق این دو کشور، تفاوت‌های خاصی نیز از نظر کارکرد و شیوه اجرا در این حوزه وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه، حقوق ایران، حقوق انگلستان، جبران خسارت، حقوق اداری.

۱. گروه حقوق و علوم سیاسی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، narges.eskafi@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، Es.shahsavandi@ymail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، Drabozorgmehr@gmail.com

مقدمه

امروزه پاسخ به این پرسش‌ها که چرا واردکننده زیان باید در مقابل زیان دیده، مسئول شناخته شود و چنین مسئولیتی در عمل چه هدفی را دنبال می‌کند و به طور کلی چگونه می‌توان به گونه‌ای عادلانه و با کم‌ترین هزینه، ضرر را جبران و اداره کرد، از طرف هر کسی و در هر جای دنیا که داده شده باشد، به عنوان یکی از موضوعات مهم مسئولیت مدنی، در ایران نیز قابل طرح است. به ویژه این که به نظر می‌رسد مسئولیت مدنی در نظام‌های مختلف حقوقی (در مقایسه با بسیاری از شاخه‌های حقوق خصوصی)، بیش‌ترین همسانی را با یکدیگر داشته باشد و با توجه به روند جهانی شدن حقوق و اقتصاد و راه یافتن علوم و فنون غربی به کشورهای دیگر، این همسانی روز به روز در حال افزایش است.

بر اساس رویکرد مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه، ابتدا باید ضرری وارد شده باشد و اصولاً به صرف احتمال ورود ضرر نمی‌توان از مسئولیت سخن گفت. بنابراین، همه تلاش‌ها بعد از وقوع حادثه و ورود زیان است و وظیفه مسئولیت مدنی، محدود به جبران خسارت است. مدت‌های مدیدی است که همگان دریافته‌اند رویکرد مسئولیت مدنی جبران‌گرایانه که لزوماً بعد از ورود ضرر باید در پی جبران آن برآمد، وافی به مقصود نیست. پس باید تدبیری اندیشید. در حقیقت، در بسیاری از موارد، ضرری که وارد شده است، اساساً یا جبران‌ناپذیر است یا جبران آن بسیار دشوار می‌نماید. از جمله آن‌که در مقوله‌های زیست محیطی، بسیاری از خسارت‌های وارد شده قابلیت جبران ندارند یا جبران آن‌ها بسیار دشوار است.^۱ بنابراین، لازم است در این رویکرد تجدید نظر صورت گیرد و بسیاری از نظریه‌پردازان اخیر به رویکرد پیش‌گیرانه مسئولیت مدنی توجه جدی نشان داده‌اند.

انتظار چنین کارکردی از مسئولیت مدنی مستلزم آن است که از کارکرد سنتی مسئولیت مدنی عدول کنیم که فقط دغدغه جبران خسارت وارد شده را داشت و قدری بر توسعه موضوعی آن بیافزاییم. به این صورت که در مسئولیت پیش‌گیرانه، ایجاد کردن خطر بروز خسارت سنگین و جبران‌ناپذیر مانند خسارت وارد شده در مسئولیت مدنی سنتی انگاشته شود.^۲ در شکل جدید مسئولیت مدنی،

۱. ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه: مجید ادیب، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۵۳.

۲. حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی ۴: مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۲، ص ۹۲.

به خلاف شکل مرسوم آن، شخص حتی ممکن است بدون این‌که خسارتی به بار آورده باشد، مسئولیت داشته باشد. بنابراین، می‌توان گفت مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه یعنی تکلیف اشخاص به دفع مخاطرات منتسب به آنان که زیانی حتمی یا احتمالی در پی دارد.

نظریه مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با برخی انتقادات هم روبه‌روست. از منظر تطبیقی، برخی از نویسندگان گفته‌اند «در مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه، بسیاری از مفاهیم، احتمالی و غیر قطعی هستند. پس در صورت پذیرش این نوع از مسئولیت، در بسیاری از موارد، به بهانه احتمال ورود ضرر، دعاوی گوناگون و بی‌شماری اقامه می‌شود و دستگاه قضایی را با حجم انبوهی از دعاوی و در نتیجه، سردرگمی مواجه خواهد کرد. از طرف دیگر، بسیاری از تولیدکنندگان و فعالان عرصه اقتصادی همواره بیم آن را دارند که با مسئولیت روبه‌رو شوند. از این رو، در فعالیت‌های خود بسیار محتاطانه عمل کرده، در نتیجه، جلوی نبوغ و خلاقیت‌ها و به تبع آن، تولید، رشد و شکوفایی اقتصادی گرفته می‌شود.»^۱ برخی از نویسندگان نیز ضررهای پذیرش مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه را بسیار بیش‌تر از منافع آن دانسته‌اند.

در انگلستان، بر خلاف آنچه ممکن است به نظر آید، با پذیرش برابری حقوقی افراد در برابر قانون، معضل نداشتن مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی حقوق عمومی به طور کامل مرتفع نگردید. اگرچه در قرن ۱۸، مسئولیت دولت به رسمیت شناخته شده بود، اما به دلایلی چون مصونیت دولت در قبال اعمال حاکمیتی، شناخت مسئولیت کامل برای شخصیت‌های حقوقی حقوق عمومی به طور عام با مانع مواجه بود.^۲ به تعبیر دیگر، می‌توان گفت که تمسک به «نابرابری حقوقی خصوصی و عمومی»، جای خود را به توسل به دلایلی چون انجام وظایف حاکمیتی، حسن نیت مقامات یا خطیر بودن وظیفه آن‌ها داد. این استدلال‌ها در مجموع بیان می‌کند که اشخاص حقوقی حقوق عمومی در فرآیند حکمرانی باید میان طیف وسیع، متنوع و گاه جمع‌ناشدنی از منافع و امور دست به انتخاب و تصمیم‌گیری ضروری بزنند و ضرری که حاصل از صلاحیت تصمیم‌گیری است، نمی‌تواند به خود این نهادها و افراد منتسب شود؛ زیرا امکان عمل بدون ورود ضرر متصور نبوده است.

1. Cooke, J., *law of tort, financial times pitman publishing*, fourth edition, 1999, p. 41.

۲. بافهم، محمد، *مسئولیت مدنی دولت و شهرداری‌ها*، تهران: مجد، ۱۳۹۵، ص ۴۶.

مسئله اصلی در این مقاله، بررسی امکان‌سنجی مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در اعمال اداری با رویکرد تطبیقی در حقوق ایران و انگلیس است. در مورد پیشینه تحقیق نیز باید گفت در مقاله‌ها و کتاب‌های موجود در خصوص مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در فضای حقوق خصوصی طرح بحث شده است. عیسی‌ایمی و الیاس نوعی در مقاله «قواعد عام مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان با نگاهی به حقوق ایران» به بررسی مبانی مسئولیت مدنی در حقوق دو کشور پرداخته و نتیجه گرفته‌اند که هر چند حقوق انگلستان تابع نظام کامن‌لا و ایران تابع نظام رومی-ژرمنی است، مفهوم عدالت و جبران زیان‌های ناروا در دو نظام مشابه است. سعید فرزانه و علی عباس حیاتی در مقاله «ماهیت فقهی و حقوقی دعاوی پیش‌گیرانه»، بر اساس اصول فقهی، بنای عقلا، اباحه، لزوم و لاضرر را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه در نظر گرفته و پیشنهاد کرده‌اند قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی به بحث دعاوی پیش‌گیرانه توجه کند. حسن بادینی و سمیه عباسی نیز در مقاله «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیش‌گیری از فعالیت‌های خطرآفرین» معتقدند اقدامات پیش‌گیرانه از طریق تدبیرهای حقوق عمومی و وضع مقررات ایمنی و نظارتی برای تحقق ایمنی شهروندان به ابزاری اثربخش در کنترل فعالیت‌های خطرآفرین بدل شده است.

مقامات و اشخاص حقوقی حقوق عمومی و مدیران بخش عمومی که کارگزاران حقوق اداری نیز به شمار می‌روند، در انجام اقدامات و تصمیم‌های خود باید به مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه توجه کنند و در واقع، در مرحله مقررات‌گذاری، در نظر گرفتن اصول احتیاطی و ایمنی اهمیت دارد.

گفتار اول. مفاهیم و مبانی نظری

در گفتار اول، به بررسی مفاهیم و مبانی نظری مورد نظر در مقاله می‌پردازیم.

بند اول. مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه

مفهوم پیش‌گیری به عنوان اولین هدف حقوق مسئولیت، دارای بازدارندگی است که مانع از ورود ضرر و زیان در آینده می‌گردد. چون این موضوع در کامن‌لا بسیار اهمیت دارد و متنبه شدن و بیداری واردکننده زیان در درجه اول اهمیت قرار می‌گیرد، علاوه بر جبران خسارات در درجه اول به این

موضوع خواهند پرداخت.^۱ بنابراین، جبران خسارت تنها هدف مسئولیت مدنی نیست و به غیر از آن، جلوگیری از ورود زیان و ضرر در آینده و جلوگیری از تجاوز به منافع دیگران نیز دارای ارزش بالایی است. پس همیشه نمی‌توان با جریمه‌های مالی از حقوق زیان دیده حمایت کرد؛ زیرا ممکن است این امر در پیش‌گیری از تکرار و ارتکاب ورود ضرر مجدد مؤثر نگردد.^۲

مشابه چنین مباحثی در مسئولیت قراردادی در حقوق ایران نیز وجود دارد. گاهی برای طرفین قرارداد، حفظ ثبات قرارداد ارزش فراوانی دارد، هر چند ممکن است فسخ و جبران خسارت، نیازهای طرف زیان دیده را جبران نکند که در این موارد، مفهوم مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه قابل طرح است.

بند دوم. اهداف مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه

از نظر هدف مسئولیت مدنی، بین رویکرد حقوق دانان سنتی و طرفداران نگرش اقتصادی به حقوق، تفاوت وجود دارد. در حالی که حقوق دانان سنتی بر جبران زیان‌های وارد شده در گذشته تأکید می‌کنند، طرفداران نگرش اقتصادی به حقوق بر پیش‌گیری از وارد آمدن زیان در آینده اصرار می‌ورزند و مسئولیت مدنی را به عنوان ابزاری در نظر می‌گیرند که از انجام فعالیت‌هایی پیش‌گیری می‌کند که اجتناب از آن‌ها از طریق قواعد مسئولیت ممکن است. در نتیجه، از منظر طرفداران نگرش اقتصادی به حقوق، مسئولیت مدنی اصولاً به عنوان یک نظام تغییر رفتار در نظر گرفته می‌شود و بر اساس آن، پیش‌بینی مسئولیت مدنی برای یک حادثه، اشخاص را به تغییر رفتار از طریق در پیش گرفتن تمهیدات پیش‌گیرانه قبل از تحقق حوادث تشویق می‌کند. با این تحلیل، این که ضرر زیان دیده پس از تحقق حادثه جبران می‌شود، به عنوان هدف مسئولیت مدنی دیده نمی‌شود، بلکه مسئولیت مدنی به عنوان ابزاری در نظر گرفته می‌شود که انگیزه‌های کافی برای انجام رفتار پیش‌گیرانه از سوی عامل زیان بالقوه ایجاد می‌کند.^۳

1. Rogers, W.V.H., Winfield, N., *Jolowics on tort. 4th edition, sweet and Maxwell*, London. Stark, Boris, Roland, 2002, p. 12.

۲. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص ۳۵۵.

۳. جوان جعفری بجنوردی، محمدرضا و همکاران، «مطالعه تطبیقی حقوق تأمین اجتماعی و مسئولیت مدنی»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره هشتم، شماره ۲۶، ص ۶۱.

حقوق مسئولیت مدنی، اهداف متفاوتی دارد. هدف اولیه حقوق مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان دیده از راه پرداخت مبلغی پول است.^۱ در کنار این هدف، اهداف دیگری نیز دنبال می‌شود که از جمله اساسی‌ترین آن‌ها، جلوگیری از وقوع حادثه زیان بار در آینده است. می‌توان گفت در حال حاضر، با توجه به تنوع حوادث زیان بار و خسارت‌های زیادی که بر اثر این حوادث پیش آمده است، هدف پیش‌گیری اهمیت زیادی دارد. حتی برخی تحلیلگران اقتصادی حقوق این هدف را هدف اصلی حقوق مسئولیت مدنی به حساب می‌آورند.

در واقع، دیدگاه سنتی در مورد مسئولیت مدنی فقط به جبران خسارت زیان دیده توجه دارد، اما تحلیل اقتصادی حقوق بر خلاف دیدگاه سنتی، آینده‌نگر است؛ چون در پی وضع قاعده‌ای است تا از وقوع خسارت و حادثه در آینده جلوگیری شود. هر چند در این دیدگاه نیز جبران خسارت زیان دیده در نظر است و به جبران کامل خسارت حکم می‌شود، هدف اصلی و غایی، جلوگیری از پیش آمدن حادثه زیان بار در آینده خواهد بود. در نتیجه باید قبول کرد که تحلیل اقتصادی حقوق در پی انگیزه‌آفرینی است و اشخاص را به گونه‌ای برای فعالیت‌های پیش‌گیرانه تشویق می‌کند که باعث می‌شود در آینده، حادثه زیان باری اتفاق نیفتد.^۲

گفتار دوم. اصول حقوقی مرتبط با مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه

اصول احتیاط و پیش‌گیری به طور سنتی بر اساس نظم اداری شکل گرفته‌اند. با وجود این، وقتی از طریق نظام اداری رضایت حاصل نمی‌شود، نظام مسئولیتی می‌تواند به عنوان مکمل آن ظاهر شود. مسئولیت مدنی به طور سنتی، جنبه جبران‌کننده و درمانی دارد، اما در زمینه‌هایی که اصول احتیاط و پیش‌گیری حاکم است، نقش متحول شده جنبه پیش‌گیرانه بر جنبه جبرانی پیشی می‌گیرد. این تحول وقتی که احتمال ورود خسارت شدید و بازگشت‌ناپذیر مطرح است، بیش‌تر ضرورت می‌یابد. در این حالت، آن چه مهم است، اقدام از پیش برای جلوگیری از زیان جبران‌ناپذیر

1. Adams, M., Michael, **New Activities and the Efficient Liability Rules**, erschienen in: M. Corporations, Accident Faure/ R. wenden, Bergh (Eds.), Essays on Law and Economics, Prevention and Compensation for Lusses – Mallu Antwerpen, 1989, p. 103.

2. Miceli, T. J., **The Economic Approach to law**, Ist, California, Sandford University Press, 2004, p. 39.

است و در این وضعیت، پیش‌گیری بر جبران خسارت تقدّم می‌یابد. به عبارت دیگر، عملکرد جبرانی نهاد مسئولیت باید جای خود را به عملکرد پیش‌گیری خسارت دهد.^۱

امروزه، اصول حقوقی، یکی از منابع مهم حقوقی به شمار می‌روند. در بحث مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه، دولت‌ها، مکلف به رعایت اصل احتیاط و پیش‌گیری هستند. در این گفتار، هر یک از این اصول را بررسی می‌کنیم.

بند اول. اصل احتیاط

با توجه به تعریف‌های بیان شده از این اصل در قوانین داخلی و بین‌المللی متعدد به طور کلی می‌توان گفت اصل احتیاط به این معناست که نبود یقین علمی در مورد خطر وقوع آسیب جدّی یا برگشت‌ناپذیر احتمالی ناشی از یک محصول یا کالا نباید مانع از در پیش گرفتن اقدامات لازم برای جلوگیری از تحقق زیان گردد. به عبارت دیگر، هدف این اصل، جلوگیری از عواقب منفی، ولی احتمالی ناشی از خطرهای جدّی است که یقین علمی به وقوع آن وجود ندارد. اصل مورد نظر در دو موقعیت قبل و بعد از وقوع خسارت نقش‌آفرینی می‌کند که به ترتیب می‌توان از نقش‌های یادشده با عنوان کارکرد پیش‌گیرانه و جبرانی یاد کرد.

نقش پیش‌گیرانه اصل احتیاط بر مبنای برتری پیش‌گیری بر درمان استوار است. با پذیرش کارکرد پیش‌گیرانه این اصل در نظام‌های حقوقی می‌توان از تحقق خطرهای جدّی مضمون جلوگیری کرد. این نقش اصل احتیاط در مواردی که خطر متوجه سلامت و حیات انسان باشد، اهمیتی بسزا دارد؛ چون در بیش‌تر موارد، این‌گونه خسارت‌ها جبران‌ناپذیرند. نقش جبرانی این اصل نیز از یک سو سبب می‌شود خسارت‌های واردشده به قربانیان نقض اصل احتیاط، جبران‌ناشده باقی نماند و از سوی دیگر، موجب می‌گردد دولت و بنگاه‌های اقتصادی در صورت رویارویی با خطرهای غیر قطعی سنگین به ویژه خطرهایی که متوجه محیط زیست و سلامت انسان است، با دقت بیش‌تری عمل کنند. احتیاط به عنوان اصل زیست‌محیطی مطرح بوده و در سایه نگرانی‌ها درباره حمایت از محیط زیست به وجود آمده است. از این رو، بر اساس این اصل، دولت‌ها باید برای پیش‌گیری از آلودگی و

۱. زرشکی، محمد و سید محمد هاشمی، «جستاری حقوقی بر ارتباط سنجی تمرکز و مخاطرات طبیعی در تهران»، فصل‌نامه علوم و تکنولوژی محیط زیست، ۱۴۰۰، شماره ۱۰۹، ص ۲۸۴.

تخریب محیط زیست تدبیری بیاندیشند، هر چند آثار زیان بار چنین تخریبی اثبات نشده بماند. این اصل که در راستای اصل پیش‌گیری مطرح بوده، ابزاری برای پیش‌گیری از آسیب به محیط زیست است، حتی اگر شواهد و دلایل علمی کاملاً مشهود و قابل اثباتی در این زمینه وجود نداشته باشد. به طور کلی، این اصل درصدد بیان تعهد پیش‌گیرانه است. برخی این اصل را چنین تفسیر می‌کنند: اگر هر گونه شک و شبهه‌ای راجع به ایمنی فناوری در قبال محیط زیست وجود داشته باشد، چنین فناوری باید به شدت محدود شود، هر چند منع نشود، مگر این که بتوان ثابت کرد مطمئناً برای محیط زیست ایمن است. بر این اساس، بر به کارگیری بهترین فناوری در دسترس تأکید می‌شود. درباره این که دولت‌ها چه سیاستی را در پیش می‌گیرند، باید گفت که آن‌ها زیر فشار فزاینده جوامع مدنی ملی و جهانی، ناگزیر از حرکت در مسیر توجیه اعمال و اقدامات خویش در چارچوب برخورد عقلانی هستند.^۱

بند دوم. اصل پیش‌گیری

این اصل به معنای جلوگیری است. چون برخی از اقدامات خسارت‌آمیز به محیط زیست می‌تواند متضمن آلودگی یا تخریب جبران‌ناپذیر باشد، با پیش‌بینی عنصر تکلیف عام مراقبت و پیش‌گیری به مثابه قاعده طلایی حقوقی در امور زیست‌محیطی، دولت‌ها مکلفند پی‌آمد احتمالی اقدامات خویش را در محیط زیست ارزیابی کنند تا اگر عملی به دلایل معتبر علمی و قابل اثبات، متضمن خسارت جبران‌ناپذیر یا مهم به محیط زیست بود، از آن پیش‌گیری شود. در واقع، همان منطق و استدلال اقتصادی و فلسفی که در اصل احتیاط به آن اشاره شد، در این جا نیز ضرورت دارد. هدف اساسی از تدوین اصل پیش‌گیری، اجتناب از به کارگیری جبران خسارت است، به این معنی که پیش‌گیری، بهتر از درمان است؛ چون امروزه به دلایل معتبر علمی، در برخی موارد، امکان برگشت‌پذیری (اعاده) به وضع حال سابق یا نیست یا در صورت بازگشت‌پذیری، فرآیند امر خیلی کند و طولانی است و در این مدت طولانی نیز حقوق آن نسل برای برخورداری از چنین حقی معطل می‌ماند و پای مال می‌شود.^۲

۱. مولایی، آیت و حسن لطفی، «شکندگی مرزها بین اصول احتیاط و پیش‌گیری»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۸، دوره سی و ششم، شماره ۶۰، ص ۲۷۴.

۲. همان، ص ۲۸۰.

اگر قبل از ورود کالا یا محصولی به بازار، احتمال خطر جدی یا جبران‌ناپذیر احساس شود، لازم است دولت یا فعال اقتصادی برای جلوگیری از وقوع زیان، اقدامات احتیاطی انجام دهد. در غیر این صورت، اگر از کوتاهی آن‌ها در عمل به این اصل، خسارتی وارد شود، مسئول جبران خسارت خواهند بود. اقدام احتیاطی پیش از ورود خسارت شامل موارد متعددی است، مانند: سرمایه‌گذاری در زمینه برنامه‌های تحقیقاتی، اطلاع‌رسانی به عموم در مورد آثار زیان‌بار احتمالی یک محصول، جمع‌آوری و به اشتراک گذاشتن اطلاعات بین کشورهای مختلف، اطلاع‌رسانی به ویژه از طریق برجسب زدن بر محصولات، اعمال مالیات زیست‌محیطی و الزام عاملان اقتصادی برای استفاده از بهترین تکنولوژی در دسترس.^۱

گفتار سوم. مفاد و محتوای اصول حقوقی احتیاط و پیش‌گیری در حقوق ایران و انگلیس

دو اصل احتیاط و پیش‌گیری که چهره‌ای از پذیرش مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه هستند، در حقوق دو کشور ایران و انگلستان راه یافته‌اند. در این گفتار، مفاد و محتوای اصول یادشده را در حقوق این دو کشور بررسی می‌کنیم.

بند اول. حقوق ایران

در حقوق ایران، محتوای اصل احتیاط در قوانین پیش‌بینی نشده است و در نبود الزام قانونی به سختی می‌توان بر مبنای عرف، اشخاص را به رعایت اصل احتیاط ملزم دانست که مفهومی متفاوت از رعایت احتیاط به طور کلی دارد. از این رو، چون در حقوق مسئولیت مدنی کنونی، تنها جلوگیری نکردن از وقوع خطرهای مسلم که رابطه سببیت میان فعل زیان‌بار و وقوع ضرر در آن ثابت شده است، به تحقق تقصیر و مسئولیت مقصر منجر می‌شود، اشخاصی که از وقوع خطرهای مظنون جلوگیری نکرده‌اند، ملزم به جبران خسارت مالی نخواهند بود.

اگر بر اثر عمل به اصل احتیاط با عرضه محصول یا انجام فعالیتی مخالفت شود و مدتی بعد مشخص گردد که به اشتباه به این اصل عمل شده است، آیا عمل‌کننده به احتیاط در برابر

۱. سلیمی ترکمانی، حجت، «بررسی مشکل زیست‌محیطی دریاچه ارومیه از منظر حقوق بین‌الملل محیط زیست»، مجله راهبرد، ۱۳۹۰، شماره ۵۸، ص ۲۴۷.

زیان دیده، تکلیفی به جبران خسارت دارد؟ در این فرض نیز اگر دولت در عمل به اصل احتیاط، مرتکب تقصیر شده باشد و از این طریق، خسارتی به اشخاص وارد گردد، باید خسارت زیان دیدگان را جبران کند. برای مثال، زمانی که دولت بدون انجام تحقیقات لازم در مورد میزان جدیت خطر احتمالی، بدون فوریت امر و بدون وجود رابطه سببیت بالقوه قابل اعتنا میان فعالیت یا کالای موردنظر و زیان آینده، با اعمال اصل احتیاط، با واردات با فروش محصولی مخالفت کند و سپس مشخص شود که اشتباه کرده است و در نتیجه، خسارتی به فعالان اقتصادی وارد شود، زیان دیدگان می‌توانند درخواست جبران خسارت کنند. زمانی که وقوع خطر جدی یا جبران‌ناپذیر مورد ظن باشد، باید به اصل احتیاط عمل کرد و در غیر این صورت، جایی برای رعایت این اصل وجود ندارد. گاهی ممکن است برداشت دولت پس از انجام تحقیقات کافی در خصوص لزوم داشتن یا نداشتن رعایت اصل احتیاط از حالت ظن خارج و به شک تبدیل شود. از این رو، نمی‌توان از تقصیر دولت در به کارگرفتن یا ننگرفتن اصل احتیاط سخن گفت. در این گونه شرایط، برخی معتقدند اگر اشتباه در انتخاب گزینه صحیح به وارد آمدن خسارت منجر شود، عامل زیان‌زننده باید برابر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، خسارت را جبران کند.^۱

در حقوق ایران، محتوای اصل پیش‌گیری در قوانین به صراحت پیش‌بینی نشده است. البته مواد ۷ و ۹ قانون ایمنی زیست‌محیطی (۱۳۸۸) و اصل ۵۰ قانون اساسی به طور تلویحی به لزوم رعایت اصل پیش‌گیرانه پرداخته‌اند. در رویه قضایی ایران، آرای اندکی در حوزه مسئولیت پیش‌گیرانه در نظام حقوقی ایران صادر شده است. برای مثال، دو رأی صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به طور ضمنی بر در پیش گرفتن تدبیرهای پیش‌گیرانه و نظارتی در حوزه واردات مواد غذایی و آلودگی هوا تأکید دارد. هیئت عمومی در رأی شماره ۶۳ مورخ ۱۳۷۱/۵/۶ در مورد ابطال بخش‌نامه گمرک با در نظر گرفتن اصول پیش‌گیرانه، حقوق نسل‌های آینده را شناسایی کرده است. در این مقوله، کنترل واردات مواد غذایی از نظر آلوده بودن به اشعه از جمله بسترهای مراقبت از نسل کنونی و نسل‌های آینده است که در حوزه وظایف نظارتی سازمان انرژی اتمی محسوب می‌گردد. رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در ممنوعیت نصب کیت نیز تأکید می‌کند که مفاد قانون نحوه

۱. ایزانلو، محسن و زهرا اسدی، «مطالعه تطبیقی کارکردهای دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۸، دوره دهم، شماره ۲، ص ۴۲۰.

جلوگیری از آلودگی هوا که در راستای تحقق اهداف اصل ۵۰ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، ضرورت تدبیراندیشی متناسب برای سامان‌دهی سیستم حمل و نقل شهری و الزام همه دستگاه‌ها را به رعایت آن تضمین خواهد کرد.^۱

با توجه به نیاز اساسی جامعه ایران به پیش‌گیری از وقوع خطرهای مطنون و هم‌چنین با توجه به وجود زمینه و مبنای فقهی برای احتیاط و قاعده عقلی حکم و جوب دفع ضرر محتمل شایسته است موادی از قانون مسئولیت مدنی به بیان مفهوم اصل یادشده و لزوم رعایت آن اختصاص یابد؛ چون توسعه و تحلیل بیش‌تر این اصل حقوقی در قلمرو حقوق مسئولیت مدنی می‌تواند سرآغاز تحولی نو در عرصه قانون‌گذاری و رویه قضایی باشد.^۲

بند دوم. حقوق انگلیس

به طور کلی، در انگلستان می‌توان انواع مسئولیت‌های مدنی را به سه دسته تقسیم کرد: مسئولیت ناشی از بی‌احتیاطی، مسئولیت ناشی از عمد و مسئولیت بدون تقصیر. با این وجود، بعضی از حوزه‌های مسئولیت مدنی را نمی‌توان زیرمجموعه واقعی هیچ یک از این سه دسته قرار داد. برای مثال، مسئولیت مدنی ناشی از کالاها را می‌توان تلفیقی از مسئولیت‌های بدون تقصیر و مسئولیت‌های ناشی از بی‌احتیاطی دانست. ویژگی مشترک هر سه دسته کلی مسئولیت آن است که همگی برای حمایت از منافع زیان‌دیده گام برمی‌دارند. در مسئولیت‌های بدون تقصیر، بحث وجود تکلیف در رعایت اصل احتیاط و مراقبت مطرح نمی‌شود، در حالی که در بی‌احتیاطی، تکلیف، امری است اغماض‌ناپذیر و در مسئولیت‌های عمدی هم به صورت ضمنی و تلویحی وجود دارد. از دیگر تفاوت‌ها آن است که مسئولیت ناشی از بی‌احتیاطی نه هم‌چون مسئولیت‌های عمدی ذاتاً خطاست و نه همانند مسئولیت‌های بدون تقصیر به دلیل مخاطره‌آمیز بودن، خطر یا ریسک به وجود آمده، بلکه عملی است مشروع که صرفاً به دلیل بی‌دقتی و بی‌توجهی مرتکب، مسئولیت به بار آورده است. بنابراین، در مسئولیت‌های ناشی از عمد و مسئولیت بدون تقصیر، تکلیف یا سیاه است یا سپید.

۱. پاهکیده، امین و همکاران، «واکاوی پیش‌گیری از ضررهای زیست‌محیطی از منظر مسئولیت مدنی با نگاهی بر آثار اقتصادی و اجتماعی آن»، ۱۴۰۰، دوره چهارم، شماره ۴، ص ۹۹۷.

۲. آقاپور هادی‌بیگی، حسین و همکاران، «پوشش خسارات ناشی از خطر توسعه علم در پرتو مسئولیت مدنی»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۴۰۱، شماره ۲۸، ص ۳۶.

در حالی که در بی‌احتیاطی، تکلیف به رنگ خاکستری است و نیازمند بررسی عوامل چندگانه مثل منطق، عرف، سنن و جامعه‌شناسی^۱.

امروزه در بیش‌تر کشورهای اروپایی، مسئولیت ناشی از بی‌احتیاطی در خط مقدم دعاوی حقوقی مسئولیت مدنی قرار دارد. در حقوق انگلستان نیز دعاوی ناشی از بی‌احتیاطی، مهم‌ترین حوزه مسئولیت مدنی به شمار می‌آید و بیش‌تر دعاوی مسئولیت مدنی این کشور با عنوان «بی‌احتیاطی» اقامه می‌شوند. مسئولیت ناشی از بی‌احتیاطی، نامنسجم‌ترین حوزه مسئولیت مدنی انگلستان است که به سختی می‌توان در ماهیت، ساختار و اجرای آن به نظامی تمام‌عیار رسید. این حوزه حقوقی بیش‌تر در عرف و هنجارهای اجتماعی ریشه دارد تا مبانی اخلاقی. در این نوع از مسئولیت، تعامل و تقابل ریسک‌های اجتماعی است که بی‌احتیاطی را توجیه می‌کند و اگر این تعادل مطرح نباشد، باید به مسئولیت‌های بدون تقصیر روی آورد.

برای اولین بار در سال ۱۹۸۶ در انگلیس، وجود ویروس BSE در گاوها تشخیص داده و مشخص شد که این ویروس می‌تواند به مرگ مغزی منجر شود. در آن زمان، اطلاعاتی از قابل انتقال بودن این بیماری وجود نداشت. از این رو، دولت انگلیس به اقدامات حمایتی هم‌چون نظارت بر کشتارگاه‌ها و ممنوعیت تولید شیر از گاوهای مشکوک دست زد. در این بحران، دولت انگلیس در حد امکان، تحقیقاتی برای کشف موضوع انجام داد، اما پس از بررسی‌های متعدد به این باور رسید که این ویروس، تهدیدی برای زندگی بشر به شمار نمی‌رود. افزون بر این، دولت انگلیس به دلیل زیان‌های اقتصادی ناشی از این ماجرا و ترس از واکنش افراطی عموم، قطعیت نداشتن و تردید در قابل انتقال بودن این ویروس را به عموم اعلام نکرد و بارها بر سالم بودن گوشت گاو تأکید کرد. دولت در این مورد با ارائه «طرح جبران خسارت بدون وجود تقصیر» و انکار مسئولیت خود در شیوع این ویروس، خسارت خانواده‌های آسیب‌دیدگان و هم‌چنین متصدیان غذایی را که به دلیل کشتار حیوانات، متحمل زیان‌های اقتصادی شده بودند، جبران کرد.^۲

۱. امینی، عیسی و الیاس نوعی، «قواعد عام مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان با نگاهی به حقوق ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۱، دوره پنجم، شماره ۱۶، ص ۸.

۲. ایزانلو و اسدی، پیشین، ص ۴۲۳.

در حقوق انگلستان و کانادا معمولاً بحث تکلیف مراقبت را به مسئولیت مدنی و بی‌احتیاطی محدود می‌کنند. گاهی در مسئولیت قراردادی هم آن را به کار می‌گیرند، اما معنی خاص و دقیق آن به مباحث مربوط به بی‌احتیاطی و مسئولیت‌های ناشی از آن اختصاص پیدا می‌کند. وجود تکلیف مراقبت، اولین مورد از مواردی سه‌گانه است که باید برای اثبات دعوای بی‌احتیاطی ثابت گردد. در کامن‌لا و حقوق انگلستان، هر شخص، مکلف به رعایت احتیاط و مراقبت نسبت به تمامی افراد جامعه نیست و تنها نسبت به گروه خاصی چنین تکلیفی دارد. هر شخص تنها در صورتی مکلف به رعایت احتیاط و مراقبت است که:

یک. زیان قابل پیش‌بینی باشد.

دو. نوعی رابطه خاص میان خواهان و خوانده موجود باشد.

سه. ایجاد تکلیف احتیاط و مراقبت نیز عادلانه، منصفانه و متعارف باشد. این شرط برای آن است که دست قاضی در صدور حکم با توجه به شرایط عرفی و اجتماعی و مصالح قضایی باز باشد.^۱

اگر اصول پیش‌گیرانه رعایت گردد و زیان حادث شود، ناقض اصول پیش‌گیرانه را وقتی می‌توان برای رعایت پیش‌گیری بازخواست کرد که خسارت ایجاد شده از رعایت نشدن این اصول برخاسته باشد. در غیر این صورت، ناقض این مقررات پیش‌گیرانه، مسئول نخواهد بود. اگر مقام پیش‌گیری‌کننده، پیش‌گیری‌های لازم را انجام دهد، ولی بر اثر حوادثی که خارج از کنترل اوست، زیان حادث گردد، چه شخصی را باید مسئول حادثه شناخت؟ مطابق با دستورالعمل ۲۰۰۴ اتحادیه اروپا لازم نیست این گونه اشخاص هزینه‌ای بپردازند.^۲

پیش‌بینی رویه دادگاه‌های کامن‌لا به ویژه انگلیس برای احتساب میزان خطر در بروز آسیب بسیار دشوار است. احتمال دارد که دادگاه‌های انگلیس طبق دکترین و رویه‌های موجود، در صورت ارائه دلایل و مدارکی مبنی بر بروز خسارت قابل توجه در زمان حال، خسارت آینده را نیز در زمان حکم در نظر بگیرند، به این صورت که به طور منطقی چنین نتیجه‌گیری کنند که خسارت ادامه‌دار خواهد

۱. امینی و نوعی، پیشین، ص ۸.

۲. پاهکیده، امین و همکاران، «امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۴۰۱، دوره ششم، شماره ۲، ص ۱۹.

بود. گاهی نیز در حقوق انگلیس، شاهد آن هستیم که برای آسیب‌هایی که وقوع آن بعید است، رأی صادر می‌شود. برای مثال، برخی از دادگاه‌ها در خصوص موارد آلودگی به آزیست حکم صادر می‌کنند که باعث بروز آسیب‌های سلولی می‌شوند که در آینده پدید می‌آید. این آسیب‌ها شامل ابتلا به اضطراب روانی ناشی از ترس ابتلا به سرطان در آینده است.^۱

گفتار چهارم. تعهدات و تکالیف سازمان‌های اداری در مورد مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه

اقدامات سازمان‌های اداری در پیش‌گیری از حوادث منجر به مسئولیت مدنی نقشی بسزا دارد. دیدگاه سنتی در زمینه مسئولیت مدنی تنها به جبران خسارت زیان دیده توجه دارد، ولی تحلیل اقتصادی حقوق بر خلاف دیدگاه سنتی، آینده‌نگر است؛ یعنی در پی وضع قاعده‌ای است که از وقوع خسارت و حادثه در آینده جلوگیری کند. بنابراین، در این دیدگاه، هدف اصلی و غایی، جلوگیری از وقوع حادثه زیان‌بار است. در واقع، تحلیل اقتصادی به دنبال فراهم آوردن انگیزه‌ای است که اشخاص را به گونه‌ای به در پیش گرفتن اقدامات پیش‌گیرانه تشویق کند.^۲

بند اول. مقررات‌گذاری در حوزه ایمنی

مقررات دولتی در نظارت بر رفتار افراد و کاهش فعالیت‌های خطرناک نقشی بسزا دارند. امروزه، اداره‌ها و سازمان‌هایی که در زمینه‌های مختلف بر ایمنی نظارت می‌کنند، افزایش یافته است. در ایران، سازمان حفاظت محیط زیست، سازمان غذا و دارو، سازمان ملی استاندارد، سازمان راهنمایی و رانندگی و وزارت کار و امور اجتماعی، عهده‌دار نظارت بر ایمنی و پیش‌گیری از فعالیت‌های خطرناک هستند. این سازمان‌ها در زمینه مواد غذایی، داروها، آلودگی محیط زیست، زباله‌های سمی، سموم دفع آفات، حمل و نقل ریلی، هوایی و جاده‌ای، انرژی هسته‌ای، خدمات حرفه‌ای، محیط کار و تولیدات مصرفی، مقررات ایمنی و نظارتی وضع می‌کنند.^۳

۱. تیموری سندسی، سید قاسم و همکاران، «شیوه محاسبه فرصت از دست رفته در مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس»، مجله جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۱۳۹۸، شماره ۸، ص ۴۷۴.

۲. خودکار، رضا و پرویز رحمتی، «تحلیل اقتصادی مبانی مسئولیت مدنی در حوادث دوجانبه»، دوفصل‌نامه دانش و پژوهش حقوقی، ۱۳۹۱، دوره اول، شماره ۲، ص ۱۰۰.

۳. بادینی، حسن و سمیه عباسی، «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیش‌گیری از فعالیت‌های خطرآفرین»، مجله

در مقررات‌گذاری، طیف وسیعی از شیوه‌ها وجود دارد و از همان مراحل اولیه انجام یک فعالیت خطرآفرین، امکان مداخله وجود دارد و می‌توان وصف غیر قانونی به فعالیت منتسب ساخت، مانند ممنوع کردن فعالیت‌هایی که بیش از حد مجاز، محیط زیست را آلوده می‌کنند یا ممنوع کردن تولید کالاهایی که خطرهای قابل توجهی برای مصرف‌کنندگان می‌آفرینند. شکل دیگر مقررات‌گذاری، الزام به دریافت مجوز و تأیید قبلی است. برای نمونه، قبل از پرداختن به برخی فعالیت‌ها یا تولید و عرضه برخی از کالاها باید از سازمان‌های صلاحیت‌دار مجوز گرفت. طبق ماده ۷ قانون مواد خوردنی، آشامیدنی، آرایشی و بهداشتی (۱۳۴۶)، تأسیس هر گونه کارخانه یا کارگاه تهیه مواد خوردنی، آشامیدنی و آرایشی و بهداشتی به تحصیل پروانه از وزارت بهداشتی و در مورد کارخانه‌ها، پروانه تأسیس از وزارت اقتصاد است. گاهی برای این‌که افراد اجازه پرداختن به یک فعالیت خاص را بیابند، باید استانداردهای مشخصی را رعایت کنند.^۱

بند دوم. پیش‌گیری از بروز حوادث طبیعی

در نگاه پیش‌گیرانه به وضع و اجرای قواعد مسئولیت مدنی، یکی از آثار الزام عامل زیان به جبران خسارت، بازداشتن وی از ارتکاب فعل زیان‌بار یا بی‌مبالاتی مشابه است. هر چند در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث طبیعی، جبران خسارت پس از بروز حادثه، هدف غایی نیست، اما گاهی تن در ندادن دولت و مسئولان به پیش‌گیری از بروز یا آثار حوادث طبیعی، این ایده را القا می‌کند که اگر راهی برای تضمین ایمنی ساختمان‌ها وجود ندارد، حداقل باید راهکاری دقیق برای جبران خسارت از زیان‌دیدگان بلایای طبیعی اندیشید که پس از رخداد حادثه نمی‌توان وجود آن‌ها را انکار کرد. پیش از برنامه‌ریزی پایدار برای پیش‌گیری از حادثه، بهترین راه حل آن است که دولت از محل بودجه‌های عمومی، پوشش بیمه‌ای افراد و اموال در معرض حادثه و نیز حادثه‌دیده را تقبل کند و در مقابل، آن‌ها را ملزم سازد که با تبعیت از طرح‌های دولت، استانداردهای لازم را برای پیش‌گیری از حوادث آینده رعایت کنند. ضمانت اجرای رعایت نکردن طرح‌ها و نظامات دولتی را نیز به صراحت، تعیین و اعلام و بر اجرای آن‌ها نظارت کند.^۲

حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، دوره هشتاد و یکم، شماره ۹۹، ص ۴۲.

۱. همان، ص ۴۳.

۲. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی در قبال حوادث طبیعی (بررسی تطبیقی مبانی، محدودیت‌ها و رویه قضایی با تأکید بر زلزله)»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۸، دوره هشتم، شماره ۱۶، ص ۶۵.

در خصوص مقررات مبتنی بر پیش‌گیری از حوادث طبیعی، قوانین و مقررات ایران نشان می‌دهد که به ویژه در مورد مجریان و سازندگان، مقررات مناسبی در طول زمان به تصویب رسیده است. در این خصوص، آیین‌نامه طراحی ساختمان در برابر زلزله، حاوی راهبردها و دستورهای دقیقی برای مقاوم‌سازی بناها در مقابل زلزله است. با وجود این، مقررات کشورمان با دو مشکل عمده روبه‌روست:

اول - این مقررات باید به دلیل اهمیت موضوع در مجلس شورای اسلامی و در قالب قانون به تصویب برسند و مشخص شود که در تدوین آن‌ها چه استانداردها و معیارهایی مراعات شده است.

دوم - علاوه بر تضمین‌های اداری و شهرداری مثل «عدم صدور پایان کار»، «ابطال پروانه» و موارد مشابه باید ضمانت اجراهای کیفری و مدنی صریح و دقیق با ذکر عنوان و سمت متخلفان از مقررات قانونی در نظر گرفته شود.

بند سوم. کاربست اصول حقوقی

اصولاً رسالت حقوق اداری، ایجاد تعادل میان مقتضیات اداری و تأمین، تضمین و صیانت از حقوق و منافع شهروندان است. تعریف روشن و صریح اصول کلی حقوق اداری در قانون و رویه قضایی به سکوت واگذار شده است. در کشورهایی نیز که اصول کلی حقوق اداری را در قوانین و مقررات مربوط به فرآیندهای اداری تدوین کرده‌اند، صرفاً به ذکر مصادیق اصول بسنده شده است.^۱ با این حال، می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. اعمال بهینه اصل ارزیابی در همه طرح‌ها، تا حدی که روش علمی موجود، پاسخ‌گوی نیازهای ماست. قید کلمه «بهینه» در این جا هم در مفهوم ارزشی به کار رفته و هم دارای مفهوم کمیت و کیفیت اقتصادی است. به عبارت دیگر، اشخاص در عین تعهد به کار دارای تخصص کافی باشند.
۲. تقویت بسترهای شفافیت در همه امور شامل شفافیت قوانین و مقررات، شفافیت اعمال و اقدامات اجرایی و اداری و شفافیت در امور مربوط به نظارت مستقیم و غیر مستقیم.
۳. تقویت مسئولیت‌پذیری گسترده اعم از تصمیم‌گیرندگان، مراجع و مقامات صادرکننده مجوز،

۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، چاپ چهارم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۰.

کارشناس فنی مربوط، نظارت‌کنندگان به ویژه مالکان و منتفعان طرح‌ها. ناگفته پیداست نوعی رابطه سلسله‌مراتبی بین بند ۲ و ۳ وجود دارد. به میزانی که بسترهای شفافیت سیستمی در همه امور جامعه فراگیر شود، به همان میزان، امکان عملیاتی شدن بهتر مسئولیت فراهم می‌شود.

۴. تقویت تصمیم‌گیری‌های دموکراتیک و مشارکتی به صورتی که از بیش‌ترین نمایندگان بخش‌های جامعه به ویژه جامعه مدنی، امکان اظهار نظر یا معیار اصل احتیاط وجود داشته باشد.

۵. تقویت اقدامات مراقبتی و نظارتی در کنار جلسات مشاوره و نظرخواهی، به ویژه نظردهی تخصصی برای کارآمدسازی اصول بالا.^۱

گفتار پنجم. بررسی فرض مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت در اعمال حاکمیتی

به موجب ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹)، زیان‌های ناشی از اعمال حاکمیت، قابلیت جبران الزامی توسط دولت را ندارند؛ چون در ایجاد این گونه زیان‌ها، تقصیری متوجه دولت نیست. چون این نظریه موجب جبران نشدن بسیاری از خسارت‌ها می‌شود، باید به موارد مندرج در نص اکتفا شود و از تفسیر موسّع آن جلوگیری کرد؛ یعنی دولت وقتی از پرداخت خسارت معاف باشد که در مقام اعمال حاکمیت باشد و آن عمل حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی و طبق قانون به عمل آید.^۲

به اعتقاد برخی، دولت باید مسئولیت زیان‌های واردشده به اشخاص را که به واسطه اعمال حاکمیت به وجود می‌آیند، قبول کند؛ زیرا قبول حاکمیت از طرف دولت‌ها با به دست گرفتن قهری آن به منزله التزام به همه آثار حقوقی ناشی از اعمال حاکمیت است و هیچ نوع قرارداد یا قاعده عرفی وجود ندارد که دولت‌ها را در برابر موجبات ضمان معاف کند.^۳

در نظام حقوقی ایران، مسئولیت مدنی دولت بر اساس ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی تبیین شده است. در اعمال این دو ماده با دو ایراد اساسی مواجه هستیم:

۱. مولایی و لطفی، پیشین، ص ۲۸۲.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۶، ص ۳۹۲.

۳. عمید زنجانی، عباس‌علی، موجبات ضمان، تهران: میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۵۶.

نخست این‌که بر اساس این ماده می‌بایست میان وظایف تصدی‌گری و وظایف حاکمیتی دولت تفکیک قائل شد.

دوم این‌که در باب مسئولیت دولت، اگر خسارت از جانب دولت وارد نشده و ناشی از عمل زیان‌بار مأمور دولتی باشد، نمی‌توان دولت را مسئول دانست و مأمور به خاطر انجام ندادن تکالیف محوله می‌تواند به عامل زیان‌بار مراجعه کند، ولی چنین تفسیری خلاف ظاهر این ماده است.^۱

معافیت دولت از پرداخت خسارت ناشی از اعمال حاکمیتی مربوط به خسارات وارده ناشی از نفس اجرای عمل حاکمیتی است، نه عواقب ناشی از بد اجرا کردن آن. معافیت دولت از جبران خسارت ناشی از اعمال حاکمیتی یک استثنا بر اصل حرمت مال اشخاص است که مبنای آن، تأمین مصالح برتر اجتماعی و ضرورت است. بنابراین، تا حد امکان می‌بایست استثنا را مضیق تفسیر کرد و در حد ضرورت که علت موجهه این حکم استثنایی است، آن را بی‌مورد گسترش نداد.

قانون مسئولیت مدنی در ماده ۱، مسئولیت مبتنی بر تقصیر را تأسیس کرده است؛ چون در این ماده، صرفاً زیان‌های ناشی از اعمال بدون مجوز قانونی یا در نتیجه عمد یا بی‌احتیاطی را سبب تحقق مسئولیت دانسته است. در ادامه همین رویکرد، ماده ۱۱ قانون یادشده، مسئولیت مدنی کارمند را صرفاً در نتیجه عمد یا بی‌احتیاطی شناخته و مسئولیت اداره را در صورت نقص وسایل قابل تحقق دانسته است. انتهای ماده با عبارت «ولی» شروع می‌شود و به لحاظ ادبی، این انتظار را در مخاطب ایجاد می‌کند که با حکمی متفاوت و متمایز نسبت به عبارت قبل خود مواجه شود. با این حال، همان‌گونه که گفته شد، نگاه دقیق در عبارات بند یادشده، نتیجه دیگری دارد. مفهوم مخالف عبارت آن است که اگر عمل حاکمیت دولت بر خلاف قانون صورت گیرد، موجب مسئولیت است. به عبارت دیگر، در نبود جواز قانونی نسبت به اصل عمل یا کیفیت اجرای آن، حتی در زمان اعمال حاکمیت نیز دولت، مسئول جبران زیان‌های واردآمده به اشخاص است.

به موجب لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت (۱۳۵۸)، دولت ملزم شده است در مقابل تملک املاک اشخاص حقوق خصوصی

۱. مبین، حجت و امین امیرحسینی، «آثار سقوط یا کاهش مسئولیت در حقوق ایران با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۸، دوره هجدهم، شماره ۳۸، ص ۳۹۴.

که بنا بر ضوابط و تعاریف اعلام شده از عمل حاکمیت از مصادیق این نوع عمل به شمار می‌رود، بهای آن را به زیان دیده پردازد. دیوان عدالت اداری نیز به عنوان قاضی دعاوی اداری و مهم‌ترین مفسر قضایی مقررات اداری، حداقل در آرای هیئت عمومی که تاکنون انتشار یافته، به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی استناد نجسته است. قطعاً در طول بیش از سه دهه گذشته، موارد متعددی نزد دیوان مطرح شده است که دیوان بر اساس این ماده باید حاکمیتی بودن یا نبودن و قانونی بودن یا نبودن عمل دولت را بررسی می‌کرد. خودداری دیوان عدالت اداری از اعمال چنین تفکیکی و کاربست چنین تعبیری به خوبی نشانگر انصراف این مرجع از استناد به ماده موصوف است.^۱

در نظام حقوقی ایران، پذیرش مسئولیت مدنی دولت در فرض اعمال حاکمیتی در رویه قضایی با مقاومت همراه شده است. بنابراین، تاکنون در مورد مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت در فرض انجام اعمال حاکمیتی نیز طرح بحثی صورت نگرفته است. به نظر می‌رسد با توجه به این که رعایت اصل احتیاط و اصل پیش‌گیری از تکالیف مهم دولت‌ها به شمار می‌رود، در فرض انجام اقدامات حاکمیتی نیز دولت باید به مبانی پیش‌گیرانه توجه کند. بر این اساس، می‌توان مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه دولت در فرض انجام اعمال حاکمیتی را مفروض دانست.

در نهایت، به نظر می‌رسد این تفکیک با اصول و قواعد فقهی کشور ما نیز مغایرت دارد و ظاهراً با تقلید و کپی‌برداری غیر عالمانه از حقوق قدیم غرب به سیستم حقوقی ما وارد شده و اشکال‌های متعددی بر آن وارد است. نخست این که مخالفت مبنایی با قواعد بنیادین فقهی و پیشینه بحث در فروع فقهی مرتبط است. در حقوق اسلام و مطابق قاعده بنیادین احترام، جایی که خسارتی بر جان یا مال یا حیثیت شخصی وارد شود، اصل بر ضمان است و در روایات مربوط به قاعده اتلاف نیز تفکیکی بین اتلاف توسط دولت و دیگران وجود ندارد و عموم قاعده اتلاف در این باره، مسئولیت هر تلف‌کننده‌ای را بدون تبعیض اقتضا دارد. به علاوه استقرا در پیشینه فقهی برخی از فروع مرتبط با مسئولیت دولت نشان می‌دهد مصادیق مهم و بار رفتارهایی که امروزه به عنوان رفتار حاکمیتی شناخته می‌شوند، مشمول ضمان قرار گرفته‌اند. علاوه بر این، شرط مندرج در ماده ۱۱ مبنی بر لزوم قانونی بودن عمل حاکمیتی برای مصونیت دولت از مسئولیت مدنی از

۱. واعظی، مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره ۲، ص ۲۰۸.

لحاظ عملی کارآیی ندارد؛ زیرا بیش‌تر اعمال حاکمیتی را قانون پیش‌بینی نمی‌کند، بلکه وابسته به تصمیم مأموران قوه مجریه است.^۱

نتیجه‌گیری

اصل مسئولیت مدنی در بیش‌تر کشورهای جهان پذیرفته شده است، ولی به نظر می‌رسد که موضوع مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه، با وجود برخی شباهت‌ها، در همه کشورها یکسان نباشد. در یک نتیجه‌گیری کلی درخواهیم یافت که بررسی تطبیقی حقوق ایران و انگلستان وسعت زیادی ندارد. علت آن هم این است که در کشور انگلستان، مواد قانون مدنی وجود ندارد و ما ناگزیر به مراجعه به قواعد حقوقی و تصمیم‌هایی هستیم که از رسیدگی قضات و برخی مواد قانونی دیگر به دست آمده است. بدون شک، یکی از اهداف مهم حقوق مسئولیت، نقش پیش‌گیرانه قواعد مسئولیت مدنی است، به گونه‌ای که متخلفان بالقوه را از انجام فعل زیان‌بار باز دارد. در قلمرو حقوقی ایران و انگلستان نیز مشخص شد که اهرم‌های فشار متعددی وجود دارد که می‌کوشد با هدف بازدارندگی وارد صحنه شود و از حقوق فرد متضرر شده حمایت کند.

تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه قطعاً برای دولت و سازمان‌های دولتی نقش مهم‌تری دارد؛ چون امروزه با توجه به وقوع سوانح طبیعی، بحران‌های زیست‌محیطی و دخالت‌های خود دولت در زیست‌بوم طبیعی، امکان و احتمال بروز خسارت به اشخاص بیش از پیش محتمل است. پس پیش‌بینی مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه برای سازمان‌های اداری ضرورت دارد. بنابراین، چون در قانون مسئولیت مدنی ایران (۱۳۳۹) به این نوع مسئولیت توجه نشده، اولین پیشنهاد، اصلاح این قانون با در نظر گرفتن این نوع مسئولیت است. دومین پیشنهاد نیز اعمال و کاربست مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه از طریق رویه قضایی است، به این معنا که دادگاه‌ها در حوزه دعاوی خصوصی و نیز دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق عمومی، به کارکرد و آثار مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه توجه کافی داشته باشند و در آرای خود به این مبنا توجه کنند.

۱. هوشمند فیروزآبادی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیان‌بار حاکمیتی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۹، سال بیست و پنجم، شماره ۲، ص ۱۲۴.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آقایی، بهمن، فرهنگ حقوقی بهمن، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۲. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۳. بافهم، محمد، مسئولیت مدنی دولت و شهرداری‌ها، تهران: مجد، ۱۳۹۵.
۴. حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی ۴: مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۵. ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، ترجمه: مجید ادیب، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۶.
۷. عمید زنجانی، عباس علی، موجبات ضمان، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۸. نوین، پرویز، حقوق مدنی (۴): مسئولیت مدنی تطبیقی (جلد اول)، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۷.
۹. هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، چاپ چهارم، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. امینی، عیسی و الیاس نوعی، «قواعد عام مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان با نگاهی به حقوق ایران»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۱، دوره پنجم، شماره ۱۶.
۲. ایزانلو، محسن و زهرا اسدی، «مطالعه تطبیقی کارکردهای دوگانه اصل احتیاط در مسئولیت مدنی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۸، دوره دهم، شماره ۲.
۳. آقاپور هادی بیگی، حسین و همکاران، «پوشش خسارات ناشی از خطر توسعه علم در پرتو مسئولیت مدنی»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۴۰۱، شماره ۳۸.
۴. بادینی، حسن و سمیه عباسی، «ارزیابی مسئولیت مدنی و مقررات ایمنی در پیش‌گیری از

- فعالیت‌های خطرآفرین»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۶، دوره هشتاد و یکم، شماره ۹۹.
۵. پاهکیده، امین و همکاران، «امکان‌سنجی تحقق مسئولیت مدنی پیش‌گیرانه با نگاهی تطبیقی به فقه و حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۴۰۱، دوره ششم، شماره ۲.
۶. پاهکیده، امین و همکاران، «واکاوی پیش‌گیری از ضررهای زیست‌محیطی از منظر مسئولیت مدنی با نگاهی بر آثار اقتصادی و اجتماعی آن»، ۱۴۰۰، دوره چهارم، شماره ۴.
۷. تیموری سندسی، سید قاسم و همکاران، «شیوه محاسبه فرصت از دست رفته در مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلیس»، مجله جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۱۳۹۸، شماره ۸.
۸. جوان جعفری بجنوردی، محمدرضا و همکاران، «مطالعه تطبیقی حقوق تأمین اجتماعی و مسئولیت مدنی»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره هشتم، شماره ۲۶.
۹. خودکار، رضا و پرویز رحمتی، «تحلیل اقتصادی مبانی مسئولیت مدنی در حوادث دوجانبه»، دوفصل‌نامه دانش و پژوهش حقوقی، ۱۳۹۱، دوره اول، شماره ۲.
۱۰. رحیمی، محمد، «عامل تشدیدکننده خسارت و تأثیر آن بر مسئولیت مدنی در حقوق ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۶.
۱۱. زرشکی، محمد و سید محمد هاشمی، «جستاری حقوقی بر ارتباط سنجی تمرکز و مخاطرات طبیعی در تهران»، فصل‌نامه علوم و تکنولوژی محیط زیست، ۱۴۰۰، شماره ۱۰۹.
۱۲. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی در قبال حوادث طبیعی (بررسی تطبیقی مبانی، محدودیت‌ها و رویه قضایی با تأکید بر زلزله)»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۸، دوره هشتم، شماره ۱۶.
۱۳. سلیمی ترکمانی، حجت، «بررسی مشکل زیست‌محیطی دریاچه ارومیه از منظر حقوق بین‌الملل محیط زیست»، مجله راهبرد، ۱۳۹۰، شماره ۵۸.
۱۴. قیصری، سید عطا و همکاران، «نگرشی تحلیلی و انتقادی بر اقدامات تأمینی و سازوکارهای پیش‌گیرانه در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۴۰۰، دوره هشتم، شماره ۱۶.
۱۵. مبین، حجت و امین امیرحسینی، «آثار سقوط یا کاهش مسئولیت در حقوق ایران با نگاهی به نظام حقوقی انگلستان»، پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۸، دوره هجدهم، شماره ۳۸.

۱۶. مولایی، آیت و حسن لطفی، «شکندگی مرزها بین اصول احتیاط و پیش‌گیری»، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۸، دوره سی و ششم، شماره ۶۰.
۱۷. واعظی، مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره ۲.
۱۸. هوشمند فیروزآبادی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیان‌بار حاکمیتی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۹، سال بیست و پنجم، شماره ۲.

2. Latin Source

1. Cooke, J., Law of Tort, Financial Times Pitman Publishing, fourth edition, 1999.
2. Rogers, W.V.H., Winfield, N., Jolowics on Tort. 4th edition, Sweet and Maxwell, London. Stark, Boris, Roland, 2002.
3. Adams, M., Michael, New Activities and the Efficient Liability Rules, erschienen in: M. Corporations, Accident Faure/ R. Wenden, Bergh (Eds.), Essays on Law and Economics, Prevention and Compensation for Lusses – Mallu Antwerpen, 1989.
4. Miceli, T. J., The Economic Approach to Law, Ist, California, Sandford University Press, 2004.

بررسی راهبردهای صیانت از اراضی ملی و دولتی در ساختار اداری

علی راستی^۱

داود نصیران نجف آبادی^۲

رضا سلطانی^۳

چکیده

صیانت از اراضی ملی و دولتی، یکی از موضوعات مهم و اساسی است که قانون‌گذار باید به آن توجه کند. مهم‌ترین قانونی که در حقوق ایران درباره اراضی ملی تصویب شده، قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور (۱۳۴۱) است. در فقه امامیه نیز اراضی ملی زیر عنوان «انفال» بررسی و به لحاظ ماهیت جزو اموال عمومی محسوب شده‌اند. این پژوهش با هدف تبیین معضلات و مقابله با ناکارآمدی قوانین جاری با روش توصیفی و تحلیلی و با هدف دستیابی به الگوی مطلوب در تحقق کارآمدی با تکیه بر رویکردهای مناسب برون‌رفت از این مشکلات، به کاستی‌های موجود در سه حوزه تقنینی، قضایی و اجرایی نگاهی داشته و راهبردهای برون‌رفت از مشکلات ناشی از ناکارآمدی قوانین را بیان کرده است. در قوانین راجع به اراضی ملی، تعدد قوانین و تعارض درونی آن‌ها، نبود قانون جامع زمین و مدیریت واحد، رعایت نشدن قاعده تناسب جرم و مجازات، تصویب قوانین تشویقی منتهی به تصرف غیر مجاز اراضی ملی، نبود دادگاه ویژه رسیدگی به موضوعات اراضی ملی و اجرا نشدن صحیح احکام قضایی در مورد اراضی ملی از جمله علل ناکارآمدی قوانین راجع به اراضی ملی است. در مقابل تجمیع، تدوین و تنقیح قوانین، هماهنگ‌سازی رویکرد حاکم بر قوانین، تغییر بنیادین در ساختار مالکیت نسبت به این اراضی و نحوه بهره‌برداری، اصلاح شیوه تعیین مجازات و تغییر قوانین نامؤثر، تقویت کمیسیون رفع تداخلات، تخصصی کردن محاکم صلاحیت‌دار برای رسیدگی به موضوع اراضی، اصلاح شیوه‌های نظارتی، محافظت و واگذاری اراضی ملی و دولتی و به‌کارگیری روش‌های نوین ثبتی و کاداستر از جمله روش‌های کارآمدی قوانین در صیانت از این اراضی به شمار می‌روند.

کلیدواژه‌ها: قوانین دولت، اراضی ملی و دولتی، نظام حقوقی، قانون‌گذاری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران aliirastii1969@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران (نویسنده مسئول) Dawoodnassiran@yahoo.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران، Rezasoltani156@gmail.com

مقدمه

بی شک، توجه به اعمال راهکارهای کارآمدی قوانین در سیاست تقنینی، قضایی و اجرایی می تواند در صیانت از اراضی ملی در نظام حقوقی ایران، اثری شگرف بر جای بگذارد که تحقق این امر مهم به اهتمام جدی قانون گذار در تحقق اهداف مورد نظر بستگی دارد. چون ملی سازی اراضی، تجلی حاکمیت ملی و تملک قهری ناشی از حاکمیت اداری است که با ابتکار سازمان های اداری کشور صورت می پذیرد، در خور توجه است.^۱

با بررسی پیشینه تحقیقاتی موضوع ملاحظه می شود که برخی حقوق دانان به موضوعاتی مرتبط با این بحث اشاره داشته اند، ولی آن تحقیقات را نمی توان جامع دانست. برای نمونه، احمد شمس (۱۳۹۴) در پژوهشی با عنوان «بررسی نظام حقوقی حاکم بر اراضی ملی شده»، به ضرورت کارآیی قوانین در تحقق سه هدف اصلی از ملی شدن اراضی اشاره کرده که عبارتند از: صیانت؛ پیش گیری از تخریب و رعایت اخلاق و اجرای عدالت برای حفظ حقوق عامه مردم نسبت به این اموال. در بیان تفاوت تحقیقات گذشته با موضوع تحقیق حاضر باید گفت که در آثار گذشته درباره این که قوانین حاکم بر اراضی ملی در صیانت از اراضی چه قدر کارآمد است، سخنی به چشم نمی خورد و معلوم نیست چرا قوانین این حوزه ناکارآمد است و چه گونه این ناکارآمدی اثبات شده است و چه راهکارهایی برای کارآمد شدن قوانین در این حوزه وجود دارد. در نوشتار حاضر تلاش می کنیم مسائلی یاد شده با ارائه روش های قانون گذاری کارآمد در حوزه منابع طبیعی به خوبی تبیین گردد. آن گاه با بیان نقص ها و ایرادها به نقش قانون گذاری در رفع آشفتگی موجود در نتیجه تصویب بیش از حد قوانین در نظام قانون گذاری و صیانت از عرصه های ملی شده اشاره می شود. همانا تصویب بیش از حد قوانین، تورم قوانین و افت کیفیت قوانین را به دنبال داشته است.

بنازاده اردبیلی و همکاران (۱۴۰۰) در پژوهش «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها در پرتو اصول و معیارهای اداره خوب» با شرایط و روند اجرای قانون از منظر حقوق عمومی یک ضرورت غیرقابل انکار پرداخته که اصول ارائه دلایل تصمیمات اداری، دسترسی به پرونده، رعایت مهلت معقول بطور نسبی رعایت شده و اصول بی طرفی و استقلال، انتظار مشروع، تناسب و استماع عموماً اجراء

۱. میرعباسی، سید باقر، «ملی کردن در حقوق بین الملل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، شماره ۲۸.

نگردیده و اصل جبران خسارت وارده به شهروندان از طریق نهادهای نظارتی بر اداره علی‌الخصوص دیوان عدالت اداری قابل اجراء می‌باشد. لذا اصول مذکور چندان مورد توجه و رعایت قرار نگرفته و همین امر ضرورت بازنگری و اصلاح قوانین موجود را جهت دستیابی به روند مطلوب تر و قابل دفاع تر بیش از پیش نمایان می‌سازد.

اکبرآبادی (۱۳۹۶) در پژوهش «ناکارآمدی سیاست جنایی ایران در برخورد با جرایم منابع طبیعی» به علل ناکارآمدی‌های سیاست جنایی ایران در جرایم مربوط به منابع ملی پرداخته و علل مختلفی از جمله تخصیص نیافتن شعبه‌های اختصاصی، ناآشنایی کارشناسان و تورم قانونی را در ناکارآمدی سیاست جنایی در جرایم منابع طبیعی دخیل دانسته است.

در کتاب «حقوق اموال عمومی و منابع طبیعی» نیز با استناد به اسناد بین‌المللی و قانون اساسی، قوانین و مقررات و رویه قضایی ایران به تبیین و تعریف این منابع، سیاست‌های کلی نظام و وظایف و اختیارات سازمان منابع طبیعی و آبخیزداری در حفاظت از این منابع خدادادی پرداخته شده است. به اصل منع تغییر کاربری اراضی زراعی و متوقف کردن عملیات تغییر کاربری از جمله روش‌های پیش‌گیری از تعدی اشخاص به این منابع به عنوان یکی از راهبردها اشاره شده است. برای سیاست‌گذاری، هماهنگی امور و پیش‌گیری‌های لازم در راستای حفظ حقوق عامه و برخورد قانونی با اشخاصی که بدون مجوز قانونی به تصرف، تخریب و تجاوز به اراضی دولتی به ویژه اراضی ملی در قالب «انفال» دست می‌زنند، تشکیل «شورای حفظ حقوق بیت‌المال در امور اراضی» می‌تواند در کنار ابزارهای حقوقی اثرگذار باشد. این پژوهش کوشش دارد تا با رویکردی انتقادی به چالش‌ها و معضله‌های موجود برای تحقق صیانت از اراضی ملی و دولتی بپردازد و راهبردهای برون‌رفت از این وضعیت را برشمارد.

به طور کلی، اولویت بخشیدن به بیان چالش‌ها و راهبردهای پیشنهادی و اساسی برای رفع آن‌ها در هر سه حوزه باعث می‌شود از اراضی ملی و دولتی که با حفظ حیات انسانی ارتباط تنگاتنگ دارند و سرمایه بزرگ اقتصادی قلمداد می‌شوند، بهتر صیانت صورت گیرد. عامل نگارش این پژوهش، ضرورت پاسخ‌گویی به این پرسش‌هاست: آیا راهکارهای فعلی توانسته است به تکلیف اساسی دولت در صیانت از اراضی ملی و اموال دولتی پاسخ دهد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، دلایل افزایش

تخریب و سلب و تحدید مالکیت دولت نسبت به این اراضی چیست؟ فرضیه مقدماتی این پژوهش آن است که با وجود ضرورت اصلاح قوانین و مقررات در این حوزه، مداخلات دولت به تنهایی، الگویی مطلوب تلقی نمی‌شود و ایجاد سازوکاری مناسب برای تحقق این هدف ضرورت دارد؛ زیرا مالکیت دولت نیز نسبت به اراضی با اعمال حاکمیت اداری و عمومی بر این اموال صرفاً برای نگه‌داری این اموال صورت می‌پذیرد.

گفتار اول. مفاهیم

بند اول. مفهوم اراضی ملی

«اراضی ملی»، آن اراضی است که به حکم ماده یکم قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع (۱۳۴۱/۱۰/۲۷)، ملی شده باشد. این اراضی با سلب مالکیت خصوصی اشخاص به عنوان اموال عمومی به مالکیت دولت درآمده است و هیچ‌گونه دخل و تصرف انسانی در آن اراضی بدون مجوز مجاز نیست و هیچ شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی نمی‌تواند بدون دلیل درباره آن اراضی، ادعای مالکیت مطرح کند. در مقابل اراضی ملی، اراضی عادی قرار دارند که اراضی کشاورزی هم بخشی از آن محسوب می‌شود. اراضی عادی در مالکیت و تصرف افراد قرار دارند. منظور از بیان این تعریف‌ها، مشخص شدن شرایط و ویژگی‌های قانونی است که قانون‌گذار برای تشخیص این گونه اموال و قرار گرفتن در شمار اراضی تعیین کرده است. آیین‌نامه اجرای قانون ملی شدن جنگل‌ها (۱۳۴۱) نیز در ماده یکم خود به تعریف مفاهیم مستنبط از اصلاحات مندرج در قانون ملی شدن پرداخته که دولت با تولیت سازمان جنگل‌ها و مراتع، متولی حفظ، احیا و توسعه این منابع است و شیوه استفاده و بهره‌برداری و انعقاد قراردادهای واگذاری آن را به عهده دارد.

گفتار دوم. راهبردهای تقنینی صیانت از اراضی ملی و دولتی

از جمله راهبردهای صیانت از اراضی ملی، راهبردهای تقنینی است که بررسی خواهیم کرد.

بند اول. تغییر ساختار مالکیت از تمرکز به انفکاک و تأثیر آن بر احیا و بهره‌وری اراضی ملی

اموال عمومی و انفال همگی جزء ثروت‌های ملی کشور محسوب می‌شود که به ملت تعلق دارد و

در برابر اموال دولتی قرار می‌گیرد. اموال عمومی یا ملی چون در مالکیت دولت قرار ندارد، تصرفات دولت در آن مالکانه نیست و صرفاً با بهره‌گیری از قواعد برخاسته از حقوق عمومی، نگه‌داری و بهره‌برداری از آن اراضی را بر عهده دارد.

نکته قابل توجه این است که مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع با این پیش‌فرض همراه بود که مالکیت خصوصی اشخاص نسبت به این دسته از اموال با سلب آن به مالکیت دولت منتقل گردد تا در نتیجه، صیانت از اراضی ملی در ظاهر محقق گردد. مسلماً در کنار مالکیت باید شرایط دیگری نیز فراهم آید، وگرنه این پیش‌فرض به تنهایی نمی‌تواند کاملاً درست باشد؛ زیرا مالکیت دولت تنها می‌تواند سبب ایجاد انفکاک و زایل شدن تسلط مالکانه اشخاص حقیقی از این اموال گردد و لزوماً به احیا و بهره‌وری از این دسته از اراضی نمی‌انجامد. به بیان دیگر، ممکن است تغییر ساختار مالکیت از انفکاک به تمرکز را در ظاهر و حداقل در زمان تصویب آن قانون، یک ضرورت و از مزایای اعمال مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع دانست. با این حال، با گذشت زمان مشخص شده است که در کنار مالکیت، مدیریت هم اهمیت دارد. مدیریت ناکارآمد ثابت کرده که این عقیده که «با تمرکز مالکیت، صیانت هم محقق می‌گردد»، نادرست است. بنابراین، مقوله مالکیت را نمی‌توان در حوزه نظام ارضی یک متغیر مستقل کافی برای صیانت از اراضی ملی تلقی کرد؛ زیرا مهم‌تر از بحث مالکیت تولید در مرجع واحد، پرهیز از پراکندگی و تعارض در مقررات است، به ویژه این که ماهیت مالکیت عمومی در اموال عمومی نظیر منابع طبیعی صرفاً و به معنای حاکمیت اداری و عمومی بر اموال عمومی است.^۱

بند دوم. پذیرش معیار کاشفیت بر ناقلیت عمل مأموران تشخیص در شناسایی و تملک اراضی ملی

از بعد حقوقی این که شناسایی جنگل و مراتع، جنبه کاشفیت از زمان ملی شدن در سال ۱۳۴۱ دارد یا جنبه ناقلیت از زمان شناسایی مالکیت عمومی دولت، محل بحث است. در این مورد با دو عقیده مواجه هستیم.

چنان که گفته شد، به موجب ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور (۱۳۴۱)، از تاریخ تصویب این قانون، عرصه و اعیانی همه جنگل‌ها و مراتع، بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور و جزء اموال عمومی محسوب می‌شود و متعلق به دولت است و به موجب ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری

۱. کنعانی، محمد طاهر، تملک اموال عمومی و مباحثات، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۴۴.

از جنگل‌ها و مراتع (۱۳۴۶)، تشخیص این گونه اراضی و منابع بر عهده وزارت منابع طبیعی وقت قرار گرفت که قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور (۱۳۷۱) در ماده ۲ خود، این وظیفه را بر دوش وزارت جهاد سازندگی نهاد.

سؤال‌ای که به دنبال پاسخ تفصیلی آن هستیم، این است که اثر تشخیص سازمان دولتی چیست؟ به تعبیر رساتر، آیا این تشخیص، واجد اثر تأسیسی است یا اعلامی؟ پاسخ این پرسش را باید از خلال متون یادشده استنتاج کرد. ظاهر ماده یک قانون ملی شدن دلالت قوی دارد بر آن که از تاریخ تصویب، تمامی جنگل‌ها و مراتع کشور در شمار ثروت‌های ملی و اموال عمومی قرار گرفته‌اند. چون همه جنگل‌ها و مراتع در زمان تصویب قانون مشخص نبودند، چگونگی تشخیص این گونه اراضی طبق ماده ۵۶ قانون یادشده و ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی تعیین شده است. بنابراین، تشخیصی که به موجب مواد یادشده به عمل می‌آید، واجد جنبه اعلامی است و تنها معلوم می‌دارد که عرصه مورد تشخیص از تاریخ تصویب قانون ملی شدن جزء اموال عمومی بوده است. به عبارت دیگر، همه جنگل‌ها و مراتع کشور در سال ۱۳۴۱ یک بار و برای همیشه ملی اعلام شده‌اند. منتهی تعیین مصادیق آن‌ها به ترتیبی که قانون اعلام داشته است، انجام می‌پذیرد. مفاد ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور (۱۳۷۱/۱۲/۱۶) مصوب هیئت وزیران) نیز این ظاهر را تقویت می‌کند؛ زیرا به موجب این ماده، مأمور تشخیص منابع ملی از مستثنیات مکلف شده است که اگر احراز کند مستحذات واقع در اراضی منطقه مورد بازدید بعد از تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع احداث شده است، تاریخ احداث و دلایل آن را در برگ بازدید بنویسد و با اظهار نظر به واحدی که او را مأمور رسیدگی کرده است، تسلیم کند.

در مقابل این استدلال می‌توان گفت ماده یک قانون ملی شدن از تاریخ تصویب، عرصه و اعیانی این ثروت‌های طبیعی را ملی اعلام کرده است، ولی چون حکم این ماده کلی است و افراد و مصادیقی که این حکم کلی به آن‌ها تعلق خواهد گرفت، مشخص نشده‌اند، تابع اصل فلسفی مشهور «الشیء ما لم یتشخص لم یوجد» قرار می‌گیرد. این حکم کلی هنگامی به یک موضوع خاص تعلق می‌گیرد که آن موضوع معین و مشخص شود. در نتیجه، آن گاه که سازمان رسمی عمومی، جنگل یا مرتعی را شناسایی و از جمله اموال عمومی اعلام کرد، حکم ملی بودن بر آن مترتب می‌گردد.

التزام به هر یک از این دو نظر، آثار مهمی در پی دارد. برای مثال، فرض کنید مرتعی در مالکیت خصوصی اشخاص بوده است، ولی پس از تاریخ تصویب قانون ملی شدن، مالک یا مالکانش آن را وقف کرده باشند. سپس مأمور رسمی صلاحیت دار دولت، آن را به طور قطعی ملی اعلام کند. اگر نظریه مأمور را واجد اثر اعلامی بدانیم و از نظر نخست پیروی کنیم، وقف شدن ملک در ملی اعلام شدن آن اثری ندارد؛ چون پس از اعلان سازمان عمومی کشف می‌شود که ملک مورد نظر از زمان تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها یعنی سال ۱۳۴۱، ملی و جزء اموال عمومی بوده است. بدیهی است این گونه اموال قابل وقف نیست و شرط اساسی صحت وقف (مقرر در ماده ۵۷ قانون مدنی) که واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند، مفقود است. بزرگان فقهای امامیه نیز اتفاق نظر دارند که تنها اموالی وقف‌پذیرند که قابلیت تملک خصوصی را داشته باشند^۱ و مراتع طبیعی که به همین اعتقاد، جزء انفال هستند، این قابلیت را ندارند.

اگر نظریه مأمور بازدیدکننده دایر بر تشخیص اراضی ملی از مستثنیات و اعلان آن به وسیله سازمان متبوع دارای اثر تأسیسی دانسته شود و نظر دوم را بپذیریم، چون تعلق اثر قانون ملی شدن و جریان آن بر ملک مورد بحث منوط و معلق بر تشخیص آن است، وقف ملک، مانع ملی کردن آن خواهد بود؛^۲ زیرا شمول مقررات این تأسیس حقوقی و شرعی بر ترتب احکام راجع به اموال عمومی مقدم است، مگر این که به حاکم بودن موازین مربوط به انفال در این خصوص قائل باشیم که در این صورت، مراتع عمومی هیچ گاه مالکیت‌پذیر نبوده‌اند.

۱. در میان فقهای امامیه مشهور است که «لا وقف الا فی ملک». نک: شهید اول، اللمعة الدمشقیه، کتاب وقف، ص ۱۰۴، محقق حلی، شرایع الاسلام، جلد ۲، ص ۱۶۷ و ۱۶۶ شهید ثانی مسالک الافهام، جلد ۲، ص ۱۲۴، سید محمد کاظم طباطبائی، عروة الوثقی، جلد ۲، ص ۲۰۶. بر این اساس، ماده ۵۷ قانون مدنی مقرر داشته است: «واقف باید مالک مالی باشد که وقف می‌کند».

۲. قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه، مصوب ۲۸ فروردین ۱۳۶۳. ماده واحده: «از تاریخ تصویب این قانون، کلیه موقوفاتی که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشند، به وقفیت خود برمی‌گردد و اسناد و مالکیت صادرشده باطل و از درجه اعتبار ساقط است».

ماده ۱۰: «موقوفاتی که در اجرای ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، مصوب شهریور ۱۳۴۲ به عنوان مواقع ملی شده اعلام گردیده، از تاریخ تصویب قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه در اختیار سازمان اوقاف و متولیان مربوط قرار می‌گیرد».

ممکن است گفته شود پیروی از نظر دوم هم با قواعد حقوقی و اصول فلسفی سازگارتر است و هم با عدالت انطباق بیش‌تری دارد. هدف قانون‌گذار از وضع قوانین مربوط به ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، حفظ و نگاه‌داری این ثروت‌های خدادادی است و منظور، تأمین منابع طبیعی و اقتصادی کشور است. پس اگر در زمان تشخیص این‌گونه اراضی توسط قوه مجریه، عرصه مرتعی به مزرعه، باغ، منزل مسکونی، کارخانه و دیگر مستحذات و مظاهر عمران تبدیل و احیا گردیده باشد، دیگر نمی‌توان به این بهانه استناد کرد که احداث این‌گونه تأسیسات در مرتع مربوط به پس از تصویب قانون ملی شدن جنگل‌هاست و در اصل حکم تأثیری ندارد و تصرف در اموال ملی محسوب می‌گردد. در واقع، تعلق حکم کلی قانون سال ۱۳۴۱ بر مصادیق خاص، معلق بر تعیین این مصادیق است و اثر آن نیز به حکم قاعده عمومی مندرج در ماده ۴ قانون مدنی، ناظر بر آینده است. این کار با فلسفه و هدف قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع نیز مغایرت دارد. پس از تبدیل مرتع، دیگر مسئله حفظ وضعیت آن مطرح نمی‌شود و عادلانه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا ممکن است اشخاصی را که به عنوان مالک در مایملک خود تصرف کرده‌اند و فارغ از بحث نظری راجع به زمان تأثیر حکم قانون بوده‌اند، به غاصب و متجاوز به اموال عمومی بدل کند.

برابر با مقررات ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور و ماده ۲ قانون حفظ و حمایت از منابع طبیعی و ذخایر جنگلی کشور، این شناسایی توسط وزارت جهاد کشاورزی و با رعایت تشریفات مربوط صورت می‌پذیرد. عده‌ای از نویسندگان حقوق عقیده دارند که شناسایی، جنبه کاشفیت از مالکیت عمومی و از تاریخ ۱۳۴۱ یعنی زمان اعلام قانون دارد. به همین دلیل، کسانی که در فاصله تصویب این قانون و زمان شناسایی، در این اراضی، تصرفات یا اقدامات احیا و عمرانی کنند، به اقتضای قاعده فوری بودن اثر قانون و استقرار مالکیت عمومی از همان زمان تصویب قانون نمی‌توان بر اقدامات شخصی آنان، اثری را مترتب کرد.^۱

عقیده دیگر، خلاف این استدلال و مبین آن است که چون از نظر اصولی، اثر حکم بر موضوع آن، متوقف بر مشخص بودن موضوع است، خلاف ظاهر ماده یک قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع باید اثر حکم قانون‌گذار را معلق بر تشخیص و تبیین جنگل‌ها و مراتع بر اساس ماده ۵۶ و ماده ۲ دانست. به همین دلیل، عمل مأموران جنبه تأسیسی و ناقلیت بر اموال عمومی دارد.^۲ در واقع،

۱. کنعانی، محمد طاهر، تملک اموال عمومی و مباحثات، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۳۰۸.

۲. شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی‌شده، تهران: دادگستر، ۱۳۹۴، ص ۶۵.

شناسایی و اعمال مقررات نسبت به اراضی ملی که با تنظیم و اعلام نظریه تشخیص و مؤخر بر زمان تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع انجام می‌پذیرد، نمی‌تواند موجب ایجاد وضعیت حقوقی جدیدی در نقل و انتقال مالکیت گردد.

پذیرش هر کدام از این عقاید، از نظر قانونی و در زمان طرح اعتراض از سوی اشخاص به نظریه تشخیص و در مرحله اثباتی قضیه، آثاری دارد؛ چون با اعلامی تلقی کردن نظریه تشخیص، اثبات وجود داشتن یا نداشتن آثار احیا در زمان تنظیم نظریه تشخیص برای معترض کافی نیست. چه بسا نظریه جنگل‌دار، سال‌ها مؤخر بر تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها ابراز گردد. به بیان دیگر، چون زمان شناسایی و تنظیم نظریه تشخیص، ملاک و مناط در وجود داشتن یا نداشتن مشخصه‌ها بر روی اراضی نیست، این زمان را زمان نقل مالکیت از اشخاص به دولت تلقی نمی‌کنند. پذیرش این استدلال منطبق با ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع است که از تاریخ تصویب در سال ۱۳۴۱، اسناد مالکیت اشخاص باطل می‌شود، هر چند شناسایی و تشخیص و تفکیک مستثنیات از منابع ملی به موجب قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع (۱۳۴۶) در زمان دیگری انجام پذیرفته باشد. این عقیده، صائب‌تر به نظر می‌رسد تا این که شناسایی و اعمال مقررات را ناقل مالکیت و تأسیس و موجب ایجاد وضعیت حقوقی از زمان آن، صرف نظر از تاریخ تصویب ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع بدانیم.

بند سوم. توجه به نقش بنیادین کمیسیون رفع تداخلات در تثبیت مالکیت اراضی ملی

بروز اختلافات و تداخلات اراضی یکی از موضوعات اساسی در حوزه مدیریت زمین است. به همین دلیل، به منظور رفع تداخلات اراضی راجع به اختلاف میان دولت و اشخاص حقیقی در مورد اراضی ملی، دولتی و مستثنیات و با تصویب ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (۱۳۹۴/۲/۱) و الحاق یک تبصره به ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی به عنوان یکی از ضروریات برای رفع اختلافات ملکی، پرهیز از موازی‌کاری، تثبیت نوعیت و مالکیت زمین، اصلاح اسناد و کاهش دعاوی، کمیسیون رفع تداخلات در تثبیت مالکیت اراضی ملی، مسئول حل این معضلات گردید. قانون‌گذار این کمیسیون را در راستای رشد و توسعه اقتصادی و رفع هم‌پوشانی قوانین و اصلاح اسناد به ویژه اسناد مالکیت پیش‌بینی کرده است. صرف نظر از ویژگی‌های مثبت این کمیسیون، به عقیده برخی

از نویسندگان حقوق با ایجاد این کمیسیون، یک مرجع اداری دیگر در رسیدگی به اعتراض اشخاص به تشخیص اراضی ملی از مستثنیات متولد گردید که آثار ناشی از تصمیم‌های این مرجع با ایجاد تعدد مراجع پذیرش اعتراض و تصمیم‌گیری‌های مغایر با روح و اصل قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع به طور مستقیم و در کاهش اراضی ملی شده انکارناپذیر است.^۱

به موجب مقررہ یادشده، سازمان‌های مربوط موظف خواهند بود ضمن رفع تداخلات و اختلافاتی که میان دولت و اشخاص در این زمینه به وجود آمده است، برای تثبیت مالکیت اراضی اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق عمومی و خصوصی تصمیم بگیرند. هم‌چنین انتظار می‌رود با تثبیت نوعیت و به تبع آن، مالکیت، ضمن قضازدایی و کاهش دعاوی مرتبط، موانع حقوقی بر سر راه تولید مرتفع شود و بستری مناسب برای رشد و توسعه اقتصادی فراهم گردد. علاوه بر آن، به نظر می‌رسد قانون‌گذار درصدد بوده است هزینه‌های ناشی از اختلاف بر سر مالکیت اراضی را کاهش دهد و به حداقل ممکن برساند.^۲ با این حال، اگر پرونده‌ای درباره اراضی موضوع اختلاف به صورت هم‌زمان در کمیسیون و دادگاه مطرح باشد، ممکن است تصمیم‌های متضاد گرفته شود. به همین دلیل، برخی دادگاه‌ها با استعلام موضوع از کمیسیون یادشده تا مشخص شدن نتیجه رسیدگی در مرجع مربوط، قرار اناطه صادر می‌کنند که ایجاد نوعی ساختار واحد برای حل اختلافات در حوزه اراضی است. در فرضی که کمیسیون یادشده بدون توجه به رأی صادرشده از دادگاه در خصوص زمین موضوع اختلاف رسیدگی کند یا اساساً از جریان رسیدگی در دادگاه آگاهی نداشته باشد، زمینه برای صدور تصمیم‌های متعارض و متناقض وجود دارد.

در بند ۳ ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی رفع تداخلات (۱۳۹۴) مقرر شده است که رسیدگی در هیئت ماده واحده تعیین تکلیف اراضی اختلافی به تصمیم‌گیری در کمیسیون رفع تداخل موکول است. به تعبیر دیگر، در صورت طرح اعتراض از سوی اشخاص نسبت به اعمال مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع در کمیسیون ماده واحده و هم‌زمان در کمیسیون رفع تداخلات، هیئت باید رسیدگی را تا به نتیجه

۱. کاظمی، علی، «تحلیل اقتصادی دعوای استرداد در ورشکستگی»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی خصوصی، دوره پنجاه و یکم، ۱۴۰۰، شماره ۳.

۲. دنکوب، ابوالفضل، علی‌زاده، محمد غلام، اسماعیلی، حمیدرضا و نظرخانی، غلام عباس، «آثار حقوقی و اقتصادی تصمیمات کمیسیون رفع تداخلات قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، ۱۴۰۰، سال بیست و هشتم، شماره ۱۹، ص ۲۳۷.

رسیدن کمیسیون متوقف کند. البته نص یا تکلیفی وجود ندارد که رسیدگی به پرونده‌های مطرح در مراجع قضایی نیز در صورت طرح موضوع در کمیسیون الزاماً باید متوقف شود.

اداره حقوقی قوه قضاییه به موجب نظریه مشورتی شماره ۸۳۲/۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۵، موضوع را به رسیدگی‌های قضایی نیز تسری داده و اعلام کرده است که مفاد تبصره ۳ ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی، تبصره ۳ الحاقی ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مربوط به موضوع ماده ۵۴ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (۱۳۹۴/۴/۷) مصوب هیئت وزیران، رسیدگی هیئت‌های تعیین تکلیف اراضی اختلافی را به تصمیم کمیسیون رفع تداخل موکول کرده، اما آن را به رسیدگی دادگاه‌های دادگستری اعم از بدوی و تجدید نظر قابل تسری ندانسته است. به ویژه این که موضوع از مقررات ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی نیز منصرف است.

چون نتیجه اجرای نادرست برخی از قوانین و مقررات راجع به اراضی ملی، خالصه‌جات و اصلاحات ارضی موجب ایجاد تداخل و هم‌پوشانی‌هایی روی اراضی شده و بروز اختلافات عدیده، طرح دعاوی در محاکم قضایی را موجب گردیده است، رسیدگی از طریق کمیسیون رفع تداخلات در نظام حقوقی می‌تواند در تعیین تکلیف نوع اراضی و صیانت از اراضی ملی مؤثر باشد. به یقین، تداخل در اجرای اعمال مقررات ملی شدن اراضی اصلاحات ارضی، تشخیص موات، اعمال مقررات اراضی مستحدثه، خالصه و کشت موقت موجب اعمال و اجرای قوانین متعدد نسبت به عرصه واحد و ایجاد نوعی تشتت و تزلزل در مالکیت می‌شود و خود از مصادیق بارز تورم تقنینی خواهد بود. با اجرای صحیح و دقیق قانون رفع تداخلات به رفع این نقص و حفاظت از اراضی ملی می‌توان امید بست.

بند چهارم. بازنگری در شیوه اعمال مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع با محدودسازی مهلت‌های اعتراض اشخاص به تشخیص و تأثیر آن در صیانت از اراضی ملی

در مباحث گذشته و بیان معضل‌های تقنینی اشاره شد که یکی از اشکال‌های عمده قوانین مؤخرالتصویب بر قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع (۱۳۴۱)، تعیین نشدن مهلت قاطع اعتراض است، به گونه‌ای که موجب قطعی شدن نظریه تشخیص گردد. به تعبیر دیگر، ایجاد فرصت‌های متعدد برای اعتراض به ملی شدن اراضی از عوامل مؤثر در ضعف مدیریت صیانت از اراضی ملی و از دلایل ناکارآمدی قوانین در حوزه تقنینی است. پذیرش اعتراض به ملی شدن اراضی از سال ۱۳۴۱ تا

کنون به تغییر در وضع مالکیت این دسته از اراضی انجامیده و معایب بسیاری داشته است. در واقع، طرح این دعاوی برای بازگرداندن اموالی بوده که وفق مقررات ماده ۱ قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع ملی و قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور، مالکیت خصوصی اشخاص از آن اراضی سلب و اسنادشان ابطال شده است.

طرح این دعاوی و اعتراض‌ها به اجرای قانون در ظاهر ممکن است تحت تأثیر مبانی فلسفی سنتی از قبیل اجرای عدالت و حفظ مالکیت سابق اشخاص موجه تلقی شود. با این حال، این تأمین ظاهری عدالت، همان‌طور که در مباحث گذشته آمد، با ضرورت توجه به حقوق عامه در حفظ اموال و ثروت‌های عمومی منافات دارد و موجب تزلزل در مالکیت عمومی بر این اراضی و بهره‌برداری صحیح از آن‌ها می‌شود، صرف نظر از این‌که تولید آن چه گونه و در ید چه اشخاصی باشد. دلیل بر صدق این ادعا، لحاظ این امر است که آن چه سبب تحقق مالکیت ملی است، تشخیص طبیعی بودن زمین است و نهاد دخیل در پی اعمال اراده خود برای تملک نیست، بلکه قانون‌گذار به نوعیت زمین مورد اشاره از نظر طبیعی و جنگلی اشاره دارد و آن چه اراضی یادشده را ملی کرده، قانون است. نهاد مربوط هم اراضی مشمول قانون را تنها بر اساس معیارهای قانونی مشخص می‌سازد.^۱

بند پنجم. هماهنگ‌سازی رویکرد حاکم بر قوانین واگذاری نسبت به اراضی ملی و دولتی

چون در نظام قانون‌گذاری ایران نسبت به اراضی ملی و دولتی با شیوه‌های متعارض و متفاوت در واگذاری اراضی به اشخاص مواجه می‌شویم، هماهنگ‌سازی رویکرد حاکم بر قوانین و مقررات حاکم بر این موضوعات ضروری است. انجام این امر هم مستلزم اصلاح بعضی از قوانین و مقررات در این حوزه است تا از اعمال رویه‌های نادرست در واگذاری اراضی عمومی و دولتی به اشخاص جلوگیری شود.^۲ انتقال بی‌ضابطه اراضی، نبود مقررات مناسب برای ارزیابی وضعیت موجود و نبود نظارت‌های مستمر موجب رخ دادن سوء استفاده‌هایی و ایجاد ناکارآمدی قوانین در این حوزه می‌شود.

۱. علی‌زاده، امیرحسین، تملک قهری اراضی برای طرح‌های عمومی و عمرانی با مطالعه در رویه قضایی انگلیس و آمریکا، تهران: قوه قضاییه، ۱۴۰۱.

۲. شامبیاتی، هوشنگ، «بازنگری در شیوه‌های پیش‌گیری وضعی در مبارزه با جرایم علیه انفال»، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۹، شماره ۳، ص ۹۹.

بند ششم. تجمیع، تدوین و تنقیح قوانین

به دلیل خلأ قانونی ناشی از نبود قانونی جامع و مانع درباره نظام اراضی کشور، دولت در صیانت از اراضی ملی موفق نبوده است. از این رو، باید تلاش شود با رفع این معضل و با راهبرد تجمیع، تدوین و تنقیح قوانین، چالش یادشده به سازوکار حفظ اراضی ملی تبدیل گردد. چون صیانت از ثروت‌های طبیعی تحت نظارت مراجع متعددی قرار دارد، رفع تداخل بحث مالکیت سازمان‌های مختلف از طریق تصویب قانون جامع و مانع محقق خواهد شد. پس ایجاد مدیریت واحد و پرهیز از موازی کاری سازمان‌ها و مراجع متولی از ایجاد ناکارآمدی قوانین در حوزه اجرایی جلوگیری می‌کند.

بند هفتم. منع تصویب قوانین تشویقی با فرجام تصرف غیر مجاز اراضی ملی و دولتی

خلأ سیاست‌گذاری و دقت در قانون‌گذاری باعث می‌شود که با معضلاتی روبه‌رو شویم. یکی از این معضلات، تصویب قوانین تشویقی با فرجام تصرف غیر مجاز اراضی ملی است. در واقع، قوانین موضوعه نباید تشویق‌کننده اشخاص به تخطی و تصرف غیر مجاز اراضی ملی باشند. با این حال، گاهی با قوانینی مواجه می‌شویم که تصرفات اشخاص در اراضی ملی را در مقاطعی مشروع تلقی می‌کند. با تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، اسناد مالکیت مربوط به اراضی ملی باطل می‌شد و این دسته از اموال به مالکیت دولت درمی‌آمد. از این رو، اقدامات احیایی اشخاص بعد از سال ۱۳۴۱ را نمی‌توان واجد اثر دانست. اقدامات احیایی قبل از سال ۱۳۶۵ وفق قانون تعیین تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای مقررات ماده ۵۶ مصوب ۱۳۶۷ در مقطعی، استثنائاً تشویق‌کننده اشخاص به تصرف منابع طبیعی شد. در حقیقت، این عمل تقنینی با هدف و فلسفه وضع قوانین مربوط به ملی شدن منابع طبیعی مغایر بود؛ زیرا اشخاص به امید این که چه بسا نگرش قانون‌گذار در قوانین مؤخرالتصویب نیز به افزایش ارفاق تقنینی در سلب یا محدود کردن مالکیت و ایجاد حقوق به نفع اشخاص بیانجامد، دامنہ تصرفات خود را در این اراضی افزایش دادند. این امر، نتیجه بی‌توجهی به فلسفه وضع قانون در هنگام قانون‌گذاری بود.

برای نمونه، به مقررات ماده ۳۴ قانون حفاظت و بهره‌برداری (۱۳۷۳) می‌توان اشاره کرد که قانون‌گذار در آن مقطع زمانی و به نگاه خود، برای کاهش پرونده‌های تخریب اراضی ملی و دولتی، مجوز واگذاری از طریق انعقاد قراردادهای اجاره یا فروش اراضی ملی تصرف‌شده قبل از سال ۱۳۶۵

را صادر کرد. با وجود واگذاری‌های گسترده اراضی به اشخاص متصرف سابق هم‌چنان روند تصرف یا تخریب آن اراضی با توقع یا انتظار وضع مقرراتی در آینده که واگذاری اراضی ملی را سهل‌تر کند، ادامه یافته است. تدقیق در آمار میدانی از سازمان‌ها و اداره‌های مربوط در حوزه منابع طبیعی درباره کثرت پرونده‌های تعرض به اراضی ملی، مؤید صدق این امر و به تعبیر دیگر، دلیلی متقن بر اثبات ناکارآمدی قوانین در این حوزه است.

گفتار سوم. راهبردهای قضایی مؤثر در صیانت از اراضی ملی و دولتی

بند اول. آموزش تخصصی قضات در زمینه قوانین حوزه منابع طبیعی و مشترکات عمومی

بدون تردید، آموزش تخصصی قضات در زمینه قوانین مربوط به حوزه منابع طبیعی می‌تواند به عنوان راهبردی مناسب در صیانت از اراضی ملی و برخورد با افراد متعرض به اراضی ملی تلقی گردد. در واقع، ایجاد زمینه‌های آموزش تخصصی شناخت دقیق‌تر مشخصه‌های این دسته از اراضی در اهمیت و تأثیر صیانت از این منابع و حفظ مصالح عامه انکارناپذیر است.

بند دوم. تخصصی کردن دادسرا و محاکم قضایی در حوزه زمین

اختصاص دادسرا و دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم علیه اموال و حقوق عامه مردم مرتبط با نظام اراضی کشور به ویژه منابع طبیعی یا حداقل، تخصیص شعب خاص در هر دادسرا موجب رفع اطاله دادرسی در رسیدگی به تخلفات و جرایم مربوط به اراضی ملی و صیانت از آن اراضی می‌شود. در قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی، اختصاص شعبه ویژه برای رسیدگی به اعتراض اشخاص به اجرای مقررات ملی شدن جنگل‌ها و مراتع اشاره شده بود. با این حال، اختصاص شعبه ویژه در عمل و الزاماً به مفهوم وجود تخصص ویژه قضات رسیدگی‌کننده به این دسته از دعاوی نیست که در واقع، مستلزم گذراندن دوره‌های تخصصی در موضوعات حقوق اراضی و منابع طبیعی است. حتی ملاحظه می‌شود که شعبه‌های رسیدگی‌کننده به موضوعات منابع طبیعی در عمل به دعاوی دیگر نیز هم‌زمان رسیدگی می‌کنند.

اگر هدف قانون‌گذار از اشاره به اختصاص شعبه ویژه صرفاً محدودسازی مراجع قضایی رسیدگی‌کننده به موضوعات منابع ملی و اختصاص شعبی صرفاً در مراکز استان‌ها باشد، این امر بی‌فایده است. رسیدگی در

شعب محاکم حقوقی در شهرستان‌ها نیز هدف واقعی قانون‌گذار را در امکان رسیدگی به اعتراض اشخاص بعد از انقضای امهال قانونی محقق می‌کرد. از این رو، بهتر است با ایجاد زمینه‌های آموزش تخصصی برای قضات در خصوص منابع طبیعی و شناخت دقیق‌تر مشخصه‌های این دسته از اراضی بر اهمیت و تأثیر صیانت از این منابع تأکید کرد. اختصاص دادسرا و دادگاه ویژه رسیدگی به جرایم علیه اموال و حقوق عامه مردم مرتبط با نظام اراضی کشور به ویژه منابع طبیعی یا حداقل تخصیص شعب خاص در هر دادسرا به منظور رفع اطلاع دادرسی در رسیدگی به تخلفات و جرایم مربوط به اراضی اهمیت دارد.

بند سوم. اجرای واقعی احکام قضایی

مسئله هدف از تعقیب اشخاص متعرض به اراضی ملی در محاکم قضایی، صدور حکم دایر بر رفع تصرف یا خلع ید و جبران خسارت و در واقع، خروج این دسته از اراضی از ید اشخاصی است که با نادیده گرفتن قوانین و مقررات، استیلای خود را بر این ثروت‌های خدادادی افزایش می‌دهند. اگر با صرف وقت و هزینه علیه اشخاص متخلف، دعاوی اقامه گردد و پس از صدور حکم از نظارت بر اجرای قطعی احکام قضایی در عمل چشم‌پوشی شود یا اجرای حکم به تنظیم صرفاً صورت جلسه‌ای توسط مأموران بدون رفع ید فیزیکی و مادی اشخاص خلاصه گردد، در عمل، اراضی با گذشت سالیانی دراز از تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع هم‌چنان بدون اجرای طرح تحت نظارت دولت و متولیان آن مورد استفاده اشخاص قرار می‌گیرد و با شخم و شیار، فرسایش و تخریب خاک را در پی می‌آورد.^۱ نظارت نداشتن بر اجرای احکام قضایی به مفهوم نفی برخورد با عاملان تخریب اراضی است و به عبارت دیگر، از دلایل ناکارآمدی صیانت از اراضی ملی در حوزه قضایی محسوب می‌گردد.

بند چهارم. پرهیز از رویه‌های متهافت و متعارض محاکم دادگستری در تفسیر قوانین

قضات محاکم، مجاز و مختار نیستند که قوانین را بر خلاف حکم قانون و صرفاً بر اساس استنتاج‌های شخصی خود تفسیر کنند. بروز تعارض و تهافت در استنباط از قوانین موجب بروز تشتت در آرای قضایی و اختلاف در رویه می‌شود و نوعی ایراد در کارآمدی و صیانت از اراضی ملی و دولتی است. توجه به این موضوع، راهبردی مناسب در حوزه قضایی و برای تحقق فلسفه اصلی از صیانت از

۱. همان، ص ۹۵.

اراضی ملی و دولتی محسوب می‌شود. به همین دلیل و بر اساس عقیده برخی از حقوق دانان، حاکمیت قانون بر حاکمیت قاضی اولویت دارد.^۱

رأی وحدت رویه شماره ۸۲۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور راجع به آنی شمردن بزه تغییر کاربری را می‌توان نمونه‌ای از تهافت در استنباط و تفسیر از قانون دانست. گفته شد نقش قانون‌گذاری در صیانت از اراضی ملی و دولتی انکارناپذیر است. آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز در حکم قانون محسوب می‌شود. تدقیق در مقررات رأی وحدت رویه یادشده در آنی دانستن بزه تصرف و تغییر کاربری اراضی می‌تواند مانع تعقیب قانونی اشخاص بعد از مدتی از انجام عملیات تغییر و تبدیل نوع و وضعیت اراضی گردد. به موجب دادنامه صادره از شعبه ۱۰۶ دادگاه کیفری ۲ اراک راجع به اتهام تغییر غیر مجاز کاربری یک قطعه زمین دادگاه با آنی تلقی کردن بزه معنونه و احراز وقوع بزه استنادی قبل از سال ۱۳۹۳ و طرح شکایت در ۱۳۹۶ مستند به بند ۳ ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) و مواد ۳ و ۱۰ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها (۱۳۷۴) و بند ۳ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲)، قرار موقوفی تعقیب صادر شد. مرجع تجدید نظر استان مرکزی، به این دلیل که رأی یادشده، جرم موصوف را از جرایم مستمر تلقی کرده بود و بزه از زمان آغاز فعالیت متخلف تا زمان صدور رأی ادامه داشت، دادنامه بدوی را نقض و پرونده را برای ادامه رسیدگی به مرجع بدوی اعاده کرد.

در دادنامه دیگر صادرشده از شعبه ۱۰۳ دادگاه کیفری دو نظرآباد راجع به اتهام تغییر غیر مجاز کاربری یک قطعه زمین، دادگاه به محکومیت متهم حکم داد. با این حال، دادگاه تجدید نظر استان البرز با این استدلال که این بزه از جرایم آنی است و تاریخ ارتکاب جرم، سال ۱۳۹۱ و تاریخ اعلان و رسیدگی به جرم، سال ۱۳۹۸ است، موضوع را مشمول مرور زمان دانست. با طرح موضوع در هیئت دیوان عالی کشور، نماینده دادستان استدلال کرد که ملاک تشخیص جرم آنی و مستمر، طول زمان تحقق رفتار مجرمانه است. اگر رفتار مجرمانه در لحظه و در مدت زمان کوتاهی محقق شود، جرم آنی است، حتی اگر آثار و نتایج این رفتار مجرمانه ادامه و استمرار داشته باشد. در مقابل، اگر تحقق بزه مستلزم استمرار مادی رفتار مجرمانه باشد، به طوری که در هر لحظه، رفتار مجرمانه با تمام عناصر تشکیل‌دهنده جرم تکرار و تجدید شود، این بزه جرم مستمر خواهد بود. در جرایم آنی، مرور

۱. نصیران نجف آبادی، داود، «حکومت قانون یا حکومت قاضی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ۱۳۹۰، شماره ۳، ص ۲۲.

زمان در لحظه‌ای آغاز می‌شود که جرم تحقق یافته است، در حالی که مرور زمان در جرایم مستمر از زمان قطع رفتار مجرمانه آغاز می‌شود. از نظر قانون حاکم و تأثیر قانون جدید نیز چون جرم تابع قانون حاکم بر زمان وقوع آن است، جرم آنی، تابع این قانون است.

در نهایت، رأی وحدت رویه اشعار دارد که با توجه به عبارت به کار رفته در ماده ۱۰ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها (۱۳۷۴)، ایجاد بناها، برداشتن یا افزایش شن و ماسه و دیگر اقداماتی که بنا به تشخیص وزارت جهاد کشاورزی، تغییر کاربری محسوب می‌گردد، رکن مادی بزه تغییر کاربری اراضی، موضوع ماده ۳ این قانون را تشکیل می‌دهد و با ارتکاب هر یک از این اقدامات، بزه یادشده واقع می‌شود. چون تداوم آثار و نتایج جرم به معنای استمرار ارتکاب رکن مادی آن نیست، این بزه از جرایم مستمر به شمار نمی‌آید و از تاریخ وقوع، مشمول مقررات عام مرور زمان تعقیب در جرایم تعزیری، موضوع ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) می‌شود. پس مراتب رأی شعبه هشتم دادگاه تجدید نظر استان البرز و اکثریت آرا، صحیح و قانونی است. این رأی می‌تواند بهانه‌ای گردد برای کسانی که بر خلاف منافع عمومی با ایجاد مستحذات روی اراضی دولتی و ملی و با تغییر وضعیت، پس از سپری شدن مدتی از تاریخ وقوع جرم، خود را از تعقیب و مجازات‌رهایی می‌دهند.

گفتار چهارم. راهبردهای اجرایی صیانت از اراضی ملی و دولتی

در نظام اجرایی کشور، اقدامات و تصمیمات صائب و منطقی در ساختار اداری می‌تواند در کاهش ارتکاب جرایم در این حوزه مؤثر واقع شود. بر عکس، اقدامات غیر فنی و علمی، آثاری مخرب در صیانت از اراضی ملی و دولتی خواهد داشت. در واقع، نظام اجرایی کشور را می‌توان تشکیلات اجرایی همراه با سازوکارهای خاص و مناسب خود معرفی کرد. اکنون راهبردهای اجرایی لازم برای صیانت از اراضی ملی و دولتی را بررسی می‌کنیم.

بند اول. تدوین و ایجاد سازمان حقوقی و اثر آن در صیانت از اراضی

نظام حقوقی ایران در قوانین حوزه اراضی ملی از ایجاد و تدوین «سازمان‌های حقوقی» ناتوان است. برای این‌که بدانیم منظور از سازمان‌های حقوقی چیست، باید دانست که «قواعد حقوقی، مستقل و جدای از هم نیستند و هر گروه به منظور رسیدن به هدف خاص، یکی از روابط اجتماعی

را احاطه و اداره می‌کند. این مجموعه‌ها در اصطلاح، سازمان حقوقی نامیده می‌شوند و نقش مهمی در تعیین حقوق و تکالیف افراد دارند. برای مثال، مجموعه قواعدی که هدف آن، تنظیم روابط زن و شوهر است، سازمان حقوقی نکاح را تشکیل می‌دهد و وضعی که در نتیجه ترکیب قواعد ارث یا حمایت و سرپرستی مجبوران به وجود آمده است، سازمان حقوقی ارث و حجر نامیده می‌شود. سازمان‌های حقوقی نیز با هم ارتباط نزدیک دارند و ممکن است دو سازمان جزء، تابع سازمان حقوقی وسیع‌تر باشد، چنان‌که سازمان حقوقی نکاح و ارث و نفقه از عناصر تشکیل‌دهنده سازمان حقوقی «خانواده» است.^۱

از دیگر تفکرهای حقوقی که در تقویت منطق حقوقی از آن باید یاد کرد و متأسفانه در حقوق ایران به آن کم‌تر اشاره شده، مکتب اجتماعی و جامعه‌شناسی است. در این مکتب، حقوق، پدیده‌ای است اجتماعی که نیاز گروه‌های انسانی، آن را به وجود می‌آورد و دگرگون می‌سازد و از بین می‌برد. بنابراین، به جای به کار بردن شیوه‌های منطقی باید به وسیله مشاهده سازمان‌های اجتماعی و تحقیق‌های آماری و تجربی، قواعدی را شناخت که بر زندگی اجتماعی حکومت دارد و به متون قوانین و سابقه کار دادگاه‌ها اکتفا نکرد. پاند،^۲ یکی از کسانی است که بر مبنای کاوش‌های اجتماعی، برنامه خاصی برای «حقوق» ترتیب داده و پیروان فراوان یافته است.^۳ با توجه به مطالب بیان‌شده، شاهد آن هستیم که در نظام‌های حقوقی بزرگ دنیا در این حوزه سعی دارند قواعد حقوقی را از طریق علمی به دست آورند؛ امری که حقوق ایران به آن توجهی نداشته است.

بند دوم. اصلاح شیوه تشخیص، شناسایی و حل اختلاف در امور مربوط به اراضی ملی و دولتی

بررسی‌ها نشان می‌دهد جرایم مربوط به اراضی ملی و دولتی با نظام مالکیت زمین مرتبط است. در نظام‌هایی که دارای مالکیت دوگانه عمومی و خصوصی هستند، بروز این معضل بیش‌تر است. اولین گام برای مقابله با تصرف زمین‌های عمومی و دولتی، افزایش مسئولیت دولت در بهره‌برداری مناسب از زمین و منطبق با مصالح عمومی است. این مهم محقق نخواهد شد، مگر با اصلاح شیوه تشخیص

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ ۲۴، تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۸۷، ص ۳۶ - ۳۷.

2. Pound

۳. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ ۲۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۰.

و شناسایی این اراضی. از این رو، اصلاح شیوه تشخیص، شناسایی و حل اختلاف در امور اراضی ملی، نیازمند راهبرد نظم است.

از نظم به مفهوم ترتیب و هماهنگی به عنوان یکی از اهداف سنتی و مهم در حقوق و روابط بین مردم و دولت‌ها یاد کرده‌اند. اگر این مهم تحقق نیابد، دولت‌ها نمی‌توانند حقوق اساسی و آزادی‌های مشروع اشخاص را تضمین کنند. در تعریف دیدگاه سنتی از نظم در حقوق، نظم به شیوه‌ای تعبیر می‌شود که مطابق با مصالح و منافع اساسی اشخاص باشد. این مصالح و منافع اساسی در هر کشور با کشور دیگر تفاوت دارد و در حقوق و قوانین اساسی کشورها ظهور می‌یابد.^۱ به موجب مقررات مربوط به اراضی ملی، این دسته از اموال به عنوان «انفال» در قانون اساسی آمده است. همانا نظم زمانی حاکم خواهد بود که از این فلسفه تقنینی دور نشود. اعمال نظم در دیگر موارد مانند اصلاح شیوه تشخیص نیز با شناسایی و حل اختلاف مربوط به امور اراضی ملی می‌تواند راهبرد اجرایی مؤثری تلقی گردد.^۲

بند سوم. اصلاح شیوه محافظت

در حفاظت از اراضی ملی علاوه بر راهکارهای نظارتی و ایجاد موانع فیزیکی شبیه حصارکشی و نصب تابلو، استفاده از راهکارهای ثبتی اجرای قوانین در حوزه حدنگاری تحت نظام جامع و دریافت سند رسمی مالکیت توسط دولت نیز بسیار اهمیت دارد. در واقع، یکی از وجوه غالب در صیانت و حفاظت از این دسته از ثروت‌های عمومی، وجه فنی آن است که در کنار اقدامات قضایی در برخورد با متجاوزان به اراضی ملی باید به آن و در جهت حفاظت از عرصه‌های ملی توجه ویژه کرد.^۳ افزون بر آن، استفاده از دوربین‌های امنیتی و دیگر ابزار الکترونیکی در تحقق این امر کارساز است.

۱. کاظمی، علی، «تحلیل اقتصادی دعوای استرداد در ورشکستگی»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی خصوصی، دوره پنجاه و یکم، ۱۴۰۰، شماره ۳، ص ۱۷.

۲. خدادی، ابوالقاسم، حقوق کیفری اراضی ملی شده، نشر دادگستر، ۱۳۹۸، ص ۴۹.

۳. شامبیاتی، هوشنگ، «بازنگری در شیوه‌های پیشگیری وضعی در مبارزه با جرایم علیه انفال»، فصلنامه تعالی حقوق، ۱۳۹۹، شماره ۳، ص ۱۰۳.

بند چهارم. اصلاح شیوه واگذاری^۱

واگذاری‌ها در حالی صورت می‌گیرد که قوانین پیش‌گفته هیچ سازوکار دقیقی برای نظارت کامل بر فرآیند واگذاری به سود هدف مورد نظر طراحی و ارائه نکرده‌اند و به منافع ملی و عمومی توجه نشده است. بنابراین، برای مقابله با این ناکارآمدی، شیوه واگذاری‌های اراضی را باید اصلاح کرد. واگذاری‌های اراضی دولتی و ملی بدون رعایت دقیق ضوابط و مقررات یا با پرداخت بهایی کم‌تر از قیمت واقعی محل ایراد است.^۲ در مورد صیانت از اراضی ملی و دولتی با نگرش‌های متفاوتی برای جواز یا منع واگذاری اراضی ملی و تأثیر آن بر این موضوع مواجهیم که اکنون بررسی می‌کنیم.

الف. صیانت از اراضی ملی با نگرش ممنوعیت هر گونه واگذاری

این دیدگاه به صورت سخت‌گیرانه، دولت را از حق هر گونه واگذاری اعم از قطعی و موقت محروم می‌کند.^۳ در نظام حقوقی ایران، دیدگاه‌های متفاوتی در مقاطع مختلف، مبنای قانون‌گذاری قرار گرفته است. برخی بر این باورند که مواد ۲۴ تا ۲۶ قانون مدنی، اصل غیر قابل واگذار بودن اموال عمومی را به صورت مطلق پذیرفته است.^۴ افزون بر این، به موجب تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی (۱۳۸۹)، انتقال قطعی مالکیت دولت با واگذاری اراضی ملی، دولتی و موات به متقاضیانی ممنوع شده است که از تاریخ ابلاغ این قانون به بعد، به تشکیل پرونده درخواست اراضی شروع می‌کنند. بر اساس بند ۲ ماده ۴۵ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (۱۳۹۴)، واگذاری اراضی ملی و دولتی برای احداث شهرک‌های صنعتی، کشاورزی و خدمات گردشگری و مناطق ویژه اقتصادی مصوب و طرح‌های قابل واگذاری دولتی با

۱. مواد ۳۱ و ۳۲ آیین‌نامه اجرایی لایحه اصلاح لایحه قانونی واگذاری و احیای اراضی، مصوب ۱۳۵۹/۲/۳۱ شورای انقلاب و مواد ۷۵، ۸۴ و ۸۵ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت، مصوب ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ مجلس شورای اسلامی و ماده ۱۰۸ قانون برنامه سوم توسعه تنفیذی در ماده ۲۰ قانون برنامه چهارم توسعه و قانون استفساریه، ماده ۱۰۸ قانون برنامه سوم توسعه، مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۳ مجلس شورای اسلامی و ماده ۷۰ قانون برنامه چهارم توسعه است که در این دستورالعمل به اختصار، مواد ۳۱، ۳۲، ۷۰، ۷۵، ۸۴ و ۱۰۸ نام برده می‌شود.

۲. شامیاتی، پیشین، ص ۱۰۶؛ شمس، احمد، نظام حقوقی حاکم بر اراضی ملی، چاپ ششم، تهران: دادگستر، ۱۳۹۴، ص ۱۸۱.

۳. مظفری، خدیجه، حسینی صدرآبادی، ایرج، ایزدی فرد، علیرضا، «مبانی و منابع حقوقی واگذاری اراضی ملی به بخش خصوصی در عرصه کشاورزی»، مجله حقوق اداری، ۱۳۹۸، شماره ۱۹، ص ۲۴۲.

۴. کرمی، حامد، حقوق اداره اموال، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷، ص ۲۹۹.

رعایت مقررات زیست محیطی، از شمول تبصره ۲ ماده ۹ قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی مستثنی شده است.

ب. صیانت از اراضی ملی با نگرش ممنوعیت واگذاری قطعی

در مقابل نظریه ممنوعیت هر نوع واگذاری، نظریه معتدل‌تری نیز وجود دارد که بر اساس آن، دولت صرفاً از حق واگذاری قطعی محروم می‌گردد. در این نوع نگرش، یکی از اصول اولیه اداره اموال عمومی، عدم تملیک و تملک خصوصی آن‌هاست و اختیار دولت به عنوان مدیر اموال عمومی، به آن گونه تصرفات مادی و حقوقی محدود می‌گردد که منتهی به خروج قطعی مال از مالکیت عمومی نشود. بنابراین، دولت نسبت به اموال عمومی از جمله اراضی ملی از بارزترین امتیازات حق مالکیت محروم است که همانا حق اخراج از مالکیت است.^۱ این دیدگاه درصدد آن است که اراضی ملی حفظ شوند. بسیاری از فقهای امامیه، این اصل را به رسمیت شناخته‌اند، هر چند این موضوعات میان فقها محل اختلاف است.^۲

گفته شد این ممنوعیت‌ها با انتقال حقوق عینی و مالکانه نسبت به اراضی ارتباط دارد. با این حال، برخی صاحب‌نظران، این ممنوعیت را شامل ممنوعیت واگذاری در بهره‌برداری نیز می‌دانند و در مقام استدلال بیان می‌دارند که رواج صدور انواع مجوزها برای بهره‌برداری‌های عمومی و خصوصی از انواع اموال عمومی و انفال توسط دولت را باید شروع انحراف به سمت تجاوز به منابع ملی دانست.^۳ برای مثال، رشد پدیده تأسیس شرکت‌های تعاونی مسکن توسط دستگاه‌های دولتی و تصرف گسترده زمین‌های مرغوب عمومی به منظور ایجاد شهرک‌های خانه‌سازی، ترویج‌دهنده فرهنگ تعرض به زمین‌های عمومی است که راه را برای فساد اداری و نیز زمین‌خواری توسط افراد خصوصی هموار می‌کند.^۴

۱. شمس، پیشین، ص ۱۶۱؛ مظفری، پیشین، ص ۲۴۲.

۲. کرمی، پیشین، ص ۲۲۹.

۳. فرشچی، محبوبه، «مطالعات تطبیقی مدیریت زمین در ایران و جهان و سازمان‌های بین‌المللی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد مهندسی کشاورزی خراسان رضوی، ۱۳۹۷، ص ۱۴.

۴. همان، ص ۳۱.

در نقد دیدگاه نخست باید گفت که مقدمه‌ای نادرست، صاحبان این دیدگاه را به نتیجه نادرست رسانده است؛ زیرا بر مبنای این نظریه، واگذاری اموال عمومی، خلاف مصلحت جامعه است و چون اراضی ملی نیز در زمره اموال عمومی است، پس واگذاری آن‌ها ممنوع است. در واقع، مقدمه اول، محل تردید و تأمل است؛ چون واگذاری اموال عمومی همواره خلاف مصلحت عمومی جامعه نیست و نباید با درپیش گرفتن سیاست‌های مبتنی بر چنین دیدگاه‌هایی، دولت و ملت را از حق بهره‌مندی از ظرفیت بخش خصوصی اقتصاد برای ارتقای تولید ملی، درآمد و افزایش فرصت‌های شغلی محروم کرد.^۱

ج. صیانت از اراضی ملی با نگرش جواز واگذاری

در این دیدگاه و از منظر فقهی، اموال متنوعی که در اختیار ولی امر است، به دو بخش تقسیم می‌شوند. بخش اول، اموالی است که مالکیت آن‌ها به سبب ادله شرعی در اختیار ولی امر و مقام امامت امت است، مانند انفال و خمس. بخش دوم، اموالی است که مالکیت آن‌ها به سبب ادله شرعی برای همه مسلمانان است. ظاهر ادله در مورد اموالی که ملک ولی امر قرار داده شده، آن است که او هم‌چون دیگر مالکان در اموال خود دخل و تصرف مالکانه می‌کند. هدف اصلی از این‌که این اموال، ملک او قرار گرفته، آن است که او برای تحقق وظایف ولایی و الهی، اموالی در اختیار داشته باشد. در واقع، علت غایی این مالکیت، تحقق اهداف ولایت امر است.^۲

مطابق این دیدگاه، اراضی ملی در گروه انفال قرار دارند و باید در اختیار معصوم یا در صورت غیبت ایشان در اختیار فقیه جامع‌الشرايط باشند تا هرگونه تصرف مادی یا حقوقی که ایشان صلاح بدانند، انجام پذیرد. به هر حال، قدر متیقن این است که این دیدگاه با قابلیت واگذاری بی‌قید و شرط اراضی ملی مغایرت آشکار دارد. قسمت اخیر اصل ۴۵ قانون اساسی که مقرر می‌دارد این اموال در اختیار حکومت اسلامی است تا طبق مصالحه عامه نسبت به آن‌ها عمل کند، راه واگذاری بی‌قید و شرط را بسته است.^۳ بنابراین، از منظر فقهی، همان‌طور که خمس هم حق واحدی است که برای

۱. مظفری، پیشین، ص ۲۴۳.

۲. مؤمن قمی، ۱۳۸۸، ص ۳۰.

۳. مظفری، پیشین، ص ۲۴۲.

منصب امامت و حکومت تثبیت شده و آن مال امام است، انفال نیز مانند خمس است. در زمان پیامبر اکرم (ص)، این حق برای ایشان بود و بعد از آن حضرت، برای امام معصوم و در زمان غیبت امام معصوم، این حق برای فقیه عادل عالم به مصالح اسلام و مسلمانان است. این دو از اموال عمومی هستند که اختیارشان به دست اوست و مورد مصرف آن دو، مصالح عمومی است که بنا بر آن چه امام عادل تشخیص می‌دهد، مصرف می‌شود.^۱

واگذاری موقت اراضی ملی به دو صورت انتقال مالکیت منافع در قالب عقد اجاره و واگذاری حق انتفاع یا بهره‌برداری انجام می‌پذیرد. در این نوع واگذاری‌ها با حفظ اراضی به عنوان اموال عمومی، امکان استفاده و بهره‌برداری از آن‌ها برای اشخاص فراهم می‌گردد.^۲ در واگذاری به این شکل، با توجه به ویژگی اراضی ملی و قواعد حاکم بر اموال عمومی و طرق حفاظت از منابع طبیعی کشور ممکن است این پرسش به ذهن برسد که واگذاری اراضی ملی تا چه میزان با مبانی حقوقی سازگار است و از میان سه نظریه عمده شامل ممنوعیت واگذاری اراضی، امکان واگذاری مقید و مشروط و واگذاری بدون قید و شرط، قانون‌گذار ایران در حال حاضر، تابع چه دیدگاهی است؟ برخی صاحب‌نظران، قائل به «موجه بودن واگذاری، لیکن مشروط به رعایت مصلحت عمومی جامعه» هستند.^۳ با این وصف، با ابهام و درهم‌آمیختگی مبانی مختلف و در مقاطع مختلف قانون‌گذاری مواجه هستیم. اصل ۴۵ قانون اساسی، اراضی ملی را در اختیار دولت قرار می‌دهد تا آن‌ها را با رعایت مصالح عمومی و بر اساس قانون اداره کند. به همین دلیل، واگذاری اراضی در ایران در زمره اعمال حاکمیت قرار می‌گیرد. تعدد قوانین و مقررات و اصلاح مکرر آن‌ها منجر به بی‌ثباتی و شفاف نبودن منابع قانونی واگذاری اراضی در ایران شده است.^۴ چون اراضی ملی و منابع طبیعی از اموال عمومی و متعلق به همه شهروندان است، باید در راستای منافع عامه و برخورداری همگان تدقیق شود.^۵

۱. منتظری، ۱۳۶۷، ج ۶، ص ۲۲۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۵، ص ۷۴۲.

۲. خصرئی، عادل، «بررسی تحولات واگذاری اراضی ملی و دولتی در خارج از حریم شهرها در نظام حقوقی ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیکی، ۱۳۹۷، ص ۹۴-۱۰۶.

۳. عموزاده، ۱۳۹۶، ص ۱۳۷.

۴. مظفری، پیشین، ص ۲۳۹.

۵. شامبیاتی، پیشین، ص ۸۹.

این واگذاری‌ها، خارج از ضابطه و غیر مشروط انجام می‌پذیرد که نتیجه آن، استفاده نشدن زمین برای طرح‌های مصوب و نظارت نشدن بر آن اقدامات است. از این رو، بر اصلاح شیوه واگذاری‌ها با تهیه نقشه‌های ثبتی دقیق، تهیه شناسنامه ملک، تحدید حدود و تکلیف به نظارت مستمر بر اقدامات متقاضی و مجری طرح به عنوان یک اقدام اصلاحی مؤثر تأکید می‌شود.

بند پنجم. اصلاح ساختار اداری

اصلاح ساختار اداری شاید یکی از عوامل مهم در پیش‌گیری از وضع موجود باشد و مانع سوء استفاده و زیاده‌خواهی برخی از کارکنان و مقامات اجرایی در تملیک و تملک غیر قانونی این اراضی شود. وجود نظارت کافی و مستمر مانع از بروز فساد اداری خواهد شد. این نوع بازرسی‌ها ممکن است درون سازمانی یا برون سازمانی باشد. روش دیگر در پیش‌گیری از انجام تخلفات، توجه به وضع استخدامی و میزان حقوق پرداختی به کارکنان اداره‌ها و در نظر گرفتن اصل شایسته‌سالاری است. در کنار توجه به مراتب یادشده، تجهیز و تغییر در مدرن‌سازی تشکیلات اداری نیز می‌تواند ضمن کارآمدترسازی اداره، نظارت را مطلوب‌تر سازد.^۱

کاهش مراجعه افراد به اداره‌ها یا مکانیزه‌سازی فرآیندهای اداری به ویژه در امور مالی و مکاتباتی موجب شفافیت در امور و باعث کاهش ارتکاب جرم در این خصوص خواهد شد.^۲ در بیان مصادیق و شیوه‌های تبانی در واگذاری اراضی ملی و دولتی به اعطای مجوزهای تغییر کاربری و واگذاری‌های به ظاهر قانونی اراضی و انفال بدون نظارت بعدی در اجرا شدن یا نشدن طرح‌ها می‌توان اشاره کرد که گفته شد ایجاد الزام در نظارت علمی و مستمر در صیانت از این اراضی می‌تواند کارساز باشد.^۳

بند ششم. ایجاد هماهنگی بین نهادهای اجرایی دولتی و قوای سه‌گانه

در دستگاه‌های اجرایی، مطالعات و تحقیقات اندکی در زمینه ایجاد هماهنگی بین نهادهای اجرایی و قوای سه‌گانه برای مقابله با پدیده تعرض به اموال عمومی در کشور و تبیین علل شیوع آن انجام

۱. همان، ص ۱۶.

۲. محسنی، فرید، «پیش‌گیری از فساد اداری با تأکید بر فن‌آوری اطلاعات»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۲، شماره ۶، ص ۴۰.

۳. شامبیاتی، پیشین، ص ۷۰.

شده است. به همین دلیل و با وجود تصویب قوانین متعدد و وجود سازمان‌های متنوع در زمینه مقابله با تغییر کاربری و تصرف غیر قانونی زمین هم‌چنان با شیوع این معضل در جامعه روبه‌رویم که همکاری و هماهنگی بین قوای سه‌گانه برای مبارزه با این پدیده اهمیت دارد.^۱

افزایش مسئولیت دولت در نظارت بر بهره‌برداری‌ها با لحاظ کردن مصالح و منافع عموم، ارتباط و تعامل تنگاتنگ میان سازمان‌های مسئول و مرتبط می‌تواند موجب افزایش نظارت و در نتیجه، رفع معضل‌ها و چالش‌ها در زمینه‌های مختلف شود. نمی‌توان ضرورت همکاری قوای یادشده را در تحقق این رسالت در سه حوزه تقنینی، قضایی و اجرایی نادیده گرفت. در واقع، تکلیف به حفاظت از اموال عمومی صرفاً متوجه یک ارگان یا سازمان یا نهاد تقنینی، قضایی و اجرایی نیست، بلکه همکاری و ارتباط و پذیرش مسئولیت قوای سه‌گانه و تشکیلات و سازمان‌های زیرمجموعه آن‌ها می‌تواند گامی مثبت برای مبارزه با تصرفات غیر قانونی اشخاص نسبت به انفال و اموال عمومی باشد.^۲ بدون تردید، نمی‌توان ضرورت همکاری همه‌جانبه قوای سه‌گانه را با یکدیگر در تحقق رسالت واقعی صیانت از اراضی ملی نادیده گرفت. بدیهی است این همکاری مستمر و منظم در عمل به نظارت بهتر و در نتیجه، حل معضلات و چالش‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی مرتبط با این موضوع خواهد انجامید.^۳

بند هفتم. اعمال مدیریت جامع و بهره‌برداری مناسب از اراضی

زمین، منبع درآمد و ثروت در نظام ارضی است. مقررات اصلاحات ارضی، تغییر در مالکیت اشخاص و نفی تمرکز مالکیت در ید عده‌ای از مالکان و انفکاک آن را هدف عالی از وضع آن مقررات و راهکاری برای بازتوزیع منبع درآمد، افزایش بهره‌وری تولید و تحول و توسعه کشاورزی می‌دانست.^۴ در قضیه ملی شدن اراضی، مالکیت اشخاص سلب و تحدید می‌گردد و دولت هم‌چون مالک، اداره آن اموال

۱. گروه پژوهش‌های حقوق عمومی، «نظام حقوقی مالکیت زمین در سایر کشورها و ارتباط آن با پدیده زمین‌خواری»، اطلاع‌رسانی حقوقی، ۱۳۸۷، دوره جدید، سال ششم، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۶۰.

۲. شامبیاتی، پیشین، ص ۹۱.

۳. گروه پژوهش‌های حقوق عمومی، پیشین، ص ۷۰.

۴. محمودیان، علی، نظام حقوقی اصلاحات ارضی در ایران، انتشارات جهاد دانشگاهی شهرکرد، ۱۴۰۱، ص ۷۱۲.

را عهده‌دار می‌شود تا بتواند با اعمال شیوه‌های علمی در صیانت، احیا و حفاظت از آن اراضی قدم بردارد. نمی‌توان هدف اقتصادی به معنی عرفی که موجب افزایش عینی سطح درآمد و تولید ثروت گردد، در این تحول مشاهده کرد. با این همه، این موضوع انکارناپذیر است که هدف از صیانت و نگه‌داری این منابع، در نهایت و به صورت غیر مستقیم می‌تواند منافع اقتصادی را برای دولت و عامه مردم بیافریند. در ضرورت اعمال این مقررات در آن مقطع تردیدی نیست، ولی نمی‌توان انکار کرد که تغییر مالکیت از شخص به دولت بدون ایجاد سازوکارهای مناسب برای احیا و حفاظت از اراضی ملی به تنهایی نتوانسته است متغیری مستقل برای تحقق فلسفه اصلی از وضع این مقررات محسوب شود.

تجربه اعمال مقررات ملی شدن بعد از ۶۰ سال نشان داده است که مشکلات ناشی از تخریب و نابودی این ثروت‌های عظیم کاهش نیافته و اراضی ملی شده به صورت مطلوب احیا و صیانت نگردیده است. به همین دلیل، این تصور ایجاد می‌گردد که شاید اداره این منابع به دست همان مالکان سابق و بسنده کردن به آموزش دهی آنان، در ایجاد حق تولید دولت در اداره این اراضی، اثر مطلوب‌تری داشته باشد. به بیان دیگر، اعمال مقررات ملی شدن در زمان تصویب آن قانون (۱۳۴۱)، ضرورت بود، ولی آثار اجرای آن در مناسبات ارضی، مشکلات فراوان و انکارناپذیری ایجاد کرد. اگر انفکاک مالکیت را در آن برهه، مانعی فراوری صیانت اراضی تلقی کردند، ایجاد تمرکز آن مالکیت در ید دولت نیز به بهانه صیانت و احیای آن اراضی، مقصود مورد نظر برای صیانت و احیا را به ارمغان نیاورد. در نتیجه، در بحث احیا، حفظ، بهره‌برداری و صیانت از اراضی ملی و ثروت‌های خدادادی، مقوله مالکیت به تنهایی مهم نیست، بلکه مدیریت جامع همراه با نظارت مستمر و عملی شدن تصمیم‌های فنی مربوط راجع به بهره‌برداری مناسب از اراضی ملی و عمومی می‌تواند در این خصوص کارساز قلمداد گردد.

بند هشتم. راهبردهای پیش‌گیری اجتماعی راجع به اراضی ملی و دولتی

برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند که در وضعیت موجود، پیش‌گیری‌های اجتماعی و وضعی و به تعبیری، غیر کیفری می‌تواند بر کاهش آمار جرایم علیه اطفال اثر بگذارد. در حقیقت، پیش‌گیری اجتماعی، تدبیرهایی است که از طریق آموزش سبب ایجاد تغییر و اصلاحات سازنده در فرد و جامعه،

افزایش سطح آگاهی فردی و عمومی و از بین بردن زمینه‌های اجتماعی بروز وقوع جرم به صورت پایدار و در نتیجه، ارتقای مشارکت جامعه مدنی و ترویج فرهنگ صیانت از منابع طبیعی می‌شود.^۱

یکی دیگر از اهداف پیش‌گیری اجتماعی در کاهش ارتکاب جرایم، تقویت بنیادهایی است که با اثرگذاری بر گروه‌های در آستانه خطر، در عمل، به جامعه‌پذیری فرد و احترام‌گزاری به قوانین و مقررات کمک می‌کند. به طور کلی، پیش‌گیری اجتماعی نیز یکی از راهبردهای حل مسائل رفتار مجرمانه با توجه به ریشه‌های ارتکاب جرم است و اقدامات و تدبیرهایی را شامل می‌شود که بر زمینه‌های ارتکاب جرم از رهگذر مسائل مختلف اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی اثر می‌گذارد. به همین دلیل، پیش‌گیری اجتماعی می‌تواند بهترین توصیف از پیش‌گیری اولیه به شمار آید.^۲

ضرورت بررسی شرایط اجتماعی جرم‌زا، توجه به وضعیت‌های ماقبل جنایی با تشریک مساعی جامعه و ارکان مختلف آن میان سیاست جنایی مردم‌سالار و سیاست‌های اجتماعی، ارتباطی گسترده و تعمیق‌یافته برقرار می‌کند که از طریق اقدامات اجتماعی معطوف به جامعه‌پذیرسازی افراد و ارتقای امنیت انسانی و عدالت اجتماعی صورت می‌گیرد.^۳

استفاده از سازمان‌های مردم‌نهاد در صیانت از اراضی ملی و دولتی

یکی از روش‌های صیانت از اراضی ملی، بهره‌گیری از اطلاعات مردمی و مشارکت آنان در مقابله با پدیده تعرض به این منابع است که تا کنون ساختار مشخص و فعالی برای افزایش مشارکت مردمی و تشویق به اطلاع‌رسانی در این خصوص در دستگاه‌های مسئول ایجاد نشده است. سازمان‌های مردم‌نهاد و غیر دولتی، جمعیت‌ها، گروه‌ها و نهادهای انسانی خودجوش و برآمده از بطن جامعه هستند که با فعالیت‌های داوطلبانه برای رفع معضلات اجتماعی و خدمت‌رسانی عمومی فعالیت می‌کنند و برترین امتیاز خود را استقلال از دولت می‌دانند. این سازمان‌های مدنی با مشارکت داوطلبانه شهروندان دارای انگیزه برای فعالیت گروهی، در قالب ساختار و سازمانی منسجم برای

۱. شامبیاتی، پیشین، ص ۹۷.

۲. رایجیان اصلی، پیشین، ص ۱۴۸.

۳. بیات، بهرام، پیش‌گیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع‌محور، تهران: اداره تبلیغات نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷، ص ۴۹.

پیشبرد اهداف اجتماعی در حرکتند و برای بهبود وضعیت محیط زیست، خود را اشخاص ذی نفع واقعی، تلقی و اهتمام خود را معطوف صیانت از منابع ملی می‌کنند.^۱

برای ایجاد مردم‌سالاری می‌توان مشارکت شهروندان را در تصمیم‌گیری‌های کلان اثرگذار دانست.^۲ در بند ۵ از اصل ۵۶ قانون اساسی، استفاده از سازمان‌های مردم‌نهاد به عنوان یک اصل مؤثر شناسایی شده است. در خصوص اراضی ملی نیز بهره‌گیری از این سازمان‌های مردم‌نهاد و دخالت و آموزش اشخاص ذی نفع و بومی محل که زندگی و ادامه حیات اجتماعی خود را به حفظ و احیا و بهره‌برداری بهینه و صحیح از این منابع خدادادی به عنوان ثروت‌های عمومی در دسترس در حوزه خود وابسته می‌دانند، اهمیت فراوان دارد.

نقش‌آفرینی شورای حفاظت از بیت‌المال در حفاظت از اراضی ملی و دولتی

حفاظت از اراضی ملی و توسعه پایدار آن در مرحله اول، مستلزم شناخت علل و عوامل ارتکاب جرایم و سپس ارائه راه حل مناسب برای رفع این معضلات است. چون عوامل متعددی در ارتکاب جرایم نسبت به انفال نقش دارند، توجه به صرف رویکرد حقوقی نمی‌تواند به تنهایی مؤثر باشد. سیاست‌گذاری مناسب پس از بهره‌گیری از نظر کارشناسان اجرایی و تصویب قوانین مربوط به نظارت مطلوب‌تر می‌تواند کارساز باشد. در این راستا، نقش‌آفرینی شورای حفاظت از بیت‌المال با سیاست‌گذاری مناسب انکارناپذیر است. در واقع، این شورا در سیاست‌گذاری برای برخورد با متجاوزان به اراضی ملی دولتی و انفال و حفظ حقوق عامه مطابق با اصول ۴۵ و ۴۸ و ۵۰ و ۱۵۶ قانون اساسی، اختیارات گسترده دارد.

ایجاد ضمانت اجرایی برای نبود نظارت در واگذاری و تغییر کاربری‌های اراضی ملی و دولتی

روش‌های تصرف عدوانی و تغییر غیر مجاز کاربری اراضی ملی به صورت مستقیم دارای ضمانت اجرای ویژه کیفری هستند و بسیاری از روش‌های دیگر نظیر استفاده از رانت اطلاعاتی در سیستم

۱. فرهنگد، مجتبی، جلوه‌های عدالت ترمیمی در حقوق کیفری ایران، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۵۸؛ لطفی، حسن، «تحلیل حقوقی ارکان دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۷، شماره ۱۰۱، ص ۱۵۴.

۲. رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین، «پیش‌گیری و سرکوب جرایم زیست‌محیطی در پرتو اقدامات سازمان‌های غیر دولتی در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۷۵، ص ۹۰.

اداری، واگذاری‌های غیر قانونی و سوء استفاده از واگذاری‌های به ظاهر قانونی به همراه تبانی با مسئولان و متولیان امور اراضی دولتی، ضمانت اجرای کیفری ندارد. از این رو، قانون‌گذار باید برای اصلاح نظام تقنینی در این مورد، اقدام و با پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری علاوه بر پیش‌گیری کیفری (واکنشی) از پدیده زمین‌خواری جلوگیری کند.^۱

بدون تعیین ضمانت اجرای کیفری مؤثر نمی‌توان مانع ارتکاب جرم گردید. پس با تدقیق در قوانین و مقررات کیفری به ویژه قانون کاهش مجازات‌های حبس (۱۳۹۹) می‌توان دریافت که افراد متخلف از اعمال مجازات نسبت به رفتار مجرمانه خود ترسی ندارند و با مقایسه منافع حاصله در استیفا از منافع این اراضی با نوع مجازات تعیینی در مقام تعرض به اراضی ملی برمی‌آیند. علاوه بر بازنگری در این مقررات، قانون‌گذار باید با ایجاد ضمانت اجرای کیفری در مورد نظارت نکردن اشخاص مسئول بر واگذاری‌ها، از واگذاری‌های زیان‌بار جلوگیری کند.

گفتار پنجم. راهبردهای ثبتی صیانت از اراضی ملی و دولتی

یکی از راه‌کارهای صیانت از قوانین راجع به اراضی ملی، به‌کارگیری روش‌های نوین ثبتی است که تشریح خواهیم کرد.

بند اول. به‌کارگیری روش‌های نوین ثبتی

استفاده از روش‌های نوین ثبتی از جنبه‌های مختلف بررسی می‌شود. چون دانش ژئومورفولوژی در شناخت استعدادها، قابلیت‌ها و نیز محدودیت‌های محیطی اطراف ما نقش مهمی دارد، استفاده از روش تحلیل سیستم‌های ارضی، راهکار ژئومورفولوژیک مؤثر و قابل توجه است؛ زیرا از طریق این تکنیک مشخص می‌شود که هر قسمت از زمین به چه کاربری اختصاص پیدا می‌کند. این اقدام باعث حفظ آب و خاک در اراضی کشاورزی و مدیریت بهتر منابع طبیعی می‌شود. استفاده از روش تحلیل سیستم‌های ارضی در مطالعات آمایش سرزمین نیز موضوع دیگری است که مطرح می‌شود.^۲

۱. میر محمدصادقی، حسین، تحلیل مبانی حقوق جزا، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۴، ص ۷۲.

۲. منتصری، لیلا، «نقش ژئومورفولوژی در مدیریت منابع طبیعی در تحلیل سیستم‌های ارضی»، پژوهش‌های ژئومورفولوژی، ۱۳۹۶، شماره ۴۰، ص ۱۳۷.

چون استفاده از عکس‌ها و نقشه‌های هوایی مؤثر در رسیدگی‌های قضایی بسیار اهمیت دارد، بهره‌برداری از این ابزارها را می‌توان از جمله راهبردهای صیانت از تعرض به اراضی ملی دانست.^۱ دوربین‌ها و دیگر ابزار الکترونیکی نیز از دیگر روش‌های نسبتاً مدرن در پیش‌گیری وضعی و ثبت وقایع مرتبط با اراضی ملی است.^۲

از منظر دیگر، اداره‌های ثبت اسناد و املاک می‌توانند مهم‌ترین نقش را در تثبیت حقوق مالکان و متصرفان قانونی ایفا کنند. اسناد مالکیت قدیمی موجود در ید اشخاص، مشخصات فنی ملک مانند مساحت یا طول ابعاد را ندارند و حدود املاک در آن‌ها به صورت اجمالی و تقریبی مشخص گردیده یا به عوارض طبیعی در آن اسناد اشاره شده است که به مرور زمان، با دخالت افراد یا تحولات طبیعی تغییر می‌یابد یا جابه‌جا می‌گردد. پس امکان تعدی به اراضی ملی و دولتی بیش از میزان مالکیت واقعی اشخاص مندرج در اسناد آن‌ها متصور است. این امر، بسترساز تجاوز و تعدی افراد سودجو به اراضی ملی و منابع طبیعی می‌شود. تثبیت مالکیت و حفظ حقوق مالکانه دولت نسبت به این اراضی می‌تواند با صدور اسناد رسمی مالکیت کامل‌تر گردد. در این راستا، استفاده از نقشه‌های دارای رقوم جهانی مورد استفاده در تهیه نقشه‌های کاداستر می‌تواند از مساحت اراضی که به عوارض طبیعی محدود می‌شود، ابهام‌زدایی کند. بهره‌گیری از برنامه‌های نرم‌افزاری یا مکانیزه‌سازی اقدامات ثبتی از دیگر روش‌های نوین ثبتی به شمار می‌رود.^۳

بند دوم. تقویت بانک اطلاعات زمین و پیشبرد طرح تهیه نقشه کاداستر اراضی ملی

«کاداستر» در لغت به معنای «سرانه» و «خط به خط» است. فرانسه، پایه‌گذار نظام جامع کاداستر در جهان است. استفاده از اطلاعات به دست آمده از عملیات کاداستر در ارزیابی اراضی ملی و دولتی و مدیریت ایجاد زیرساخت‌ها کاربرد مؤثر دارد. مشکلات اجرایی و فنی در اجرای نظام کاداستر، شناس نامه املاک، تهیه نشدن نقشه‌های ثبتی دقیق و منتشر نشدن آن برای آگاهی عمومی، سنتی

۱. عموزاده مهدیرجی، قدرت، مجموعه حقوقی منابع طبیعی: اعتراض به تشخیص اراضی ملی از مستثنیات، تهران: دادگستر، ۱۳۹۶، ص ۲۶۸.

۲. شامبیاتی، پیشین، ص ۱۰۴.

۳. سالاری، مصطفی، تحصیل و تملک اراضی توسط دولت، تهران: دادگستر، ۱۳۹۳، ص ۱۹۴.

بودن روش‌های تحدید حدود و تعیین مرز مستثنیات از منابع ملی در انجام عملیات نقشه‌برداری در کشور و موازی‌کاری میان سازمان نقشه‌برداری و اداره کل کاداستر وابسته به سازمان ثبت املاک، موانعی است که باید رفع شود.

نتیجه‌گیری

صیانت از اراضی ملی و دولتی، یکی از موضوعات مهم و اساسی است که قانون‌گذار باید به آن توجه کند. در حقوق ایران، مهم‌ترین قانونی که در خصوص اراضی ملی تصویب شده، قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع کشور (۱۳۴۱) است. در فقه امامیه نیز اراضی ملی زیر عنوان انفال بررسی گردیده و به لحاظ ماهیت جزو اموال عمومی محسوب شده است که با دیگر اموال عمومی و دولتی از نظر تولیت و اداره آن اموال وجوه اشتراک دارد.

بر اساس یافته‌های این پژوهش، تعدد قوانین و تعارض درونی آن‌ها، نبود قانون جامع زمین و مدیریت واحد، رعایت نشدن قاعده تناسب جرم و مجازات، تصویب قوانین تشویقی منتهی به تصرف غیر مجاز اراضی، نبود دادگاه ویژه رسیدگی به موضوعات اراضی ملی و دولتی، ماهیت مداخلات و تولیت دولت در صیانت از این دسته از اراضی و اجرای ناصحیح احکام قضایی در مورد اراضی ملی از جمله علل ناکارآمدی قوانین مربوط به اراضی ملی و دیگر اموال دولتی است. در مقابل، تجمیع، تدوین و تنقیح قوانین، هماهنگ‌سازی رویکرد حاکم بر قوانین، اصلاح شیوه تعیین مجازات و تغییر قوانین نامؤثر، تخصصی کردن محاکم صلاحیت‌دار برای رسیدگی به موضوع اراضی، آموزش قضات، اصلاح شیوه‌های نظارتی، محافظت و واگذاری اراضی ملی و به‌کارگیری روش‌های نوین ثبتی و کاداستر از جمله روش‌های کارآمدی قوانین در صیانت از اراضی ملی به شمار می‌روند.

نتایج نشان داد که در مقررات اراضی ملی و دولتی، علاوه بر پراکندگی قوانین، انسجام نداشتن قوانین و ضعف مشهود در حوزه تقنینی، در برخی موارد با خلأ قانونی نیز مواجه هستیم. از این رو، راهکارهای پیشنهادی عبارت است از:

با بررسی قوانین کشورهای دیگر در زمینه شیوه صیانت از اراضی و استفاده از متون فقهی باید قوانین مربوط به این حوزه انسجام یابند و راهکارهایی برای ارتقای حمایت اجتماعی و نقش‌آفرینی سازمان‌های مردم‌نهاد تصویب شود.

قانون‌گذار باید به موضوع اراضی و رفع موانع توجه بنیادین داشته باشد و در وضع قوانین باید همواره دکترین، رویه قضایی و نظر علمای حقوق و فقها را در نظر بگیرد تا ضمن احترام به مالکیت خصوصی افراد، از اراضی ملی نیز به عنوان انفال حفاظت شود.

تغییر ساختار مالکیت از انفکاک به تمرکز، در ظاهر و در زمان تصویب قانون ملی شدن جنگل‌ها و مراتع، ضرورت تشخیص داده شده بود. با گذر زمان مشخص شد که در کنار مالکیت، مدیریت در بهره‌برداری نیز اهمیت دارد. در وضع قوانین مربوط به این حوزه، بیش از توجه به تمرکز مالکیت در دست دولت باید به مدیریت، نظارت، بهره‌برداری و تدوین قانون جامع توجه شود.

تنظیم سیاست واقع‌بینانه با رویکرد حقوقی مبتنی بر اصول زیست‌محیطی و توجه به راهکارهای زیست‌محیطی ضروری است.

برای ایجاد نظام حقوق کارآمد حاکم بر اراضی کشور و رفع تورم تقنینی، تصویب قانون جامع و مانع همراه با تعیین متولی و سازمان و مدیریت واحد و اصلاح ساختار اجرایی پیشنهاد می‌گردد. دستیابی به این مدیریت مستلزم آن است که با انجام اصلاحات تقنینی، تصمیم‌گیری در مرجع واحد انجام پذیرد.

اداره‌های منابع طبیعی باید به پی‌گیری دریافت سند مالکیت اراضی ملی در مدت مناسب ملزم شوند و با تغییر در قوانین و ایجاد فرصت‌های متعدد اعتراض به اجرای مقررات ماده ۵۶ نسبت به اراضی که در گذشته دور، ملی شده است، استقرار و تثبیت مالکیت رسمی دولت بر آن اراضی فراهم آید.

مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد و نقش آموزش در بالا بردن سطح فرهنگ زیست‌محیطی مردم می‌تواند در حفاظت و صیانت از منابع طبیعی اثرگذار باشد. از این رو، در نگاه مردم باید کسب منافع حاصل از تخریب محیط زیست، جای خود را به توسعه پایدار و تأمین سلامت و آسایش جامعه بدهد.

با بهره‌گیری از روش‌های نوین ثبتی و سامانه‌های الکترونیکی، الزام به اجرای کامل ماده ۵۶ قانون حفاظت از جنگل‌ها و مراتع، تهیه نقشه جامع و اجرای حدنگاری برای تفکیک اراضی ملی از مستثنیات و تهیه سند مالکیت توسط اداره ثبت اسناد می‌توان برای کاهش خلأهای قانونی در خصوص صیانت از اراضی ملی، گامی مثبت برداشت.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. آشوری، داریوش، دانش‌نامه سیاسی و فرهنگ اصطلاحات، تهران: مروارید، ۱۳۹۶.
۲. اکبرآبادی، بهزاد، ناکارآمدی سیاست جنایی ایران در برخورد با جرائم منابع طبیعی، تهران: کتاب آوا، ۱۳۹۶.
۳. بیات، بهرام، پیش‌گیری از جرم با تکیه بر رویکرد اجتماع‌محور، تهران: اداره تبلیغات نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷.
۴. خدادادی، ابوالقاسم، حقوق کیفری اراضی ملی‌شده، تهران: دادگستر، ۱۳۹۸.
۵. سالاری، مصطفی، تحصیل و تملک اراضی توسط دولت، تهران: دادگستر، ۱۳۹۳.
۶. شمس، احمد، نظام حقوقی اراضی ملی‌شده، تهران: دادگستر، ۱۳۹۴.
۷. کاتوزیان، ناصر، دوره‌مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ ۲۴، تهران: نشر میزان، ج ۱، ۱۳۸۷.
۸. کرمی، حامد، حقوق اداره اموال، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۹. کنعانی، محمد طاهر، تملک اموال عمومی و مباحات، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۱۰. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ایران، دوم، ۱۴۱۷ ه. ق.
۱۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ایران، اول، ۱۴۱۳ ه. ق.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، ۲ جلد، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، بیروت، لبنان، دوم، ۱۴۰۹ ه. ق.
۱۳. عباسی لاهیجی، بیژن، حقوق اموال عمومی و منابع طبیعی، تهران: دادگستر، ۱۴۰۲.
۱۴. علی‌زاده، امیرحسین، تملک قهری اراضی برای طرح‌های عمومی و عمرانی با مطالعه در رویه

قضایی انگلیس و امریکا، تهران: قوه قضاییه، ۱۴۰۱.

۱۵. عموزاده مهدیرجی، قدرت، مجموعه حقوقی منابع طبیعی: اعتراض به تشخیص اراضی ملی از مستثنیات، تهران: دادگستر، ۱۳۹۶.

۱۶. فرهمند، مجتبی، جلوه‌های عدالت ترمیمی در حقوق کیفری ایران، تهران: میزان، ۱۴۰۰.

۱۷. محقق حلی، جعفرین حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، انتشارات استقلال، تهران، ۱۴۰۹ هـ. ق.

۱۸. محمودیان، علی، نظام حقوقی اصلاحات ارضی در ایران، انتشارات جهاد دانشگاهی شهرکرد، ۱۴۰۱.

۱۹. منتظری، حسینعلی، کتاب الزکاه، قم، مرکز نشر، مکتب الاعلام اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۲۰. میر محمدصادقی، حسین، تحلیل مبانی حقوق جزا، تهران: جهاد دانشگاهی، ۱۳۷۴.

۲۱. هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳۸۲.

ب) مقاله

۱. احمدزاده بزاز، عبدالمطلب، خلیل‌زاده، علیرضا، «مبانی و ماهیت قراردادهای واگذاری اراضی موضوع ماده ۳۳ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۹، شماره ۸۹.

۲. احمدی، امیر، «جایگاه و نقش سیاست جنایی قضایی کیفری و غیر کیفری در حمایت از منابع طبیعی»، مجلس و راهبرد، ۱۴۰۰، شماره ۱۰۷.

۳. بناءزاده اردبیلی، امین، رهبرفرش پیرا، ناصر، علی حاجی پور کندرود، علی، «قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها در پرتو اصول و معیارهای اداره خوب»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۳، ۱۴۰۰، شماره ۳.

۴. دنکوب، ابوالفضل، علی‌زاده، محمد غلام، اسماعیلی، حمیدرضا، نظرخانی، حمیدرضا، «آثار حقوقی و اقتصادی تصمیمات کمیسیون رفع تداخلات قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور»، دانش‌نامه حقوق اقتصادی، سال بیست و هشتم، ۱۴۰۰، شماره ۱۹.

۵. رایجیان اصلی، مهرداد، «رهیافتی نو به بنیان‌های نظری پیش‌گیری از جرم»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۳، شماره ۴۸.
۶. رضائی قوام‌آبادی، محمدحسین، «پیش‌گیری و سرکوب جرایم زیست‌محیطی در پرتو اقدامات سازمان‌های غیر دولتی در نظام حقوقی ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۰، شماره ۷۵.
۷. شامبیاتی، هوشنگ، «بازنگری در شیوه‌های پیش‌گیری وضعی در مبارزه با جرایم علیه انفال»، فصل‌نامه تعالی حقوق، ۱۳۹۹، شماره ۳.
۸. عامری شهرابی، ابوالفضل، «تملک غیر مجاز اراضی عمومی و ملی (زمین‌خواری) در پرتو قوانین کیفری ایران»، نشریه دادرسی، ۱۳۹۶، شماره ۱۲۶.
۹. کاشیان، عبدالحمید، «بررسی راهبرد مطلوب در واگذاری اراضی دولتی در اقتصاد اسلامی: رهیافتی از نظریه بازی‌ها»، فصل‌نامه سیاست مالی و اقتصادی، ۱۳۹۹، سال نهم، شماره ۳۳.
۱۰. کاظمی، علی، «تحلیل اقتصادی دعوای استرداد در ورشکستگی»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی خصوصی، دوره پنجاه و یکم، ۱۴۰۰، شماره ۳.
۱۱. گروه پژوهش‌های حقوق عمومی، «نظام حقوقی مالکیت زمین در سایر کشورها و ارتباط آن با پدیده زمین‌خواری»، اطلاع‌رسانی حقوقی، ۱۳۸۷، دوره جدید، سال ششم، شماره ۱۵ و ۱۶.
۱۲. لطفی، حسن، «تحلیل حقوقی ارکان دعوای اعتراض به تشخیص اراضی ملی»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۹۷، شماره ۱۰۱.
۱۳. نصیران نجف‌آبادی، داود، «حکومت قانون یا حکومت قاضی»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ۱۳۹۰، شماره ۳.
۱۴. محسنی، فرید، «پیش‌گیری از فساد اداری با تأکید بر فن‌آوری اطلاعات»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۲، شماره ۶.
۱۵. مرادوند، کریم، حبیبی‌تبار، حسین، «نحوه تشخیص اراضی ملی و روش اعتراض به آن»، تحقیقات حقوق قضایی، ۱۴۰۲، شماره ۱۴.
۱۶. مظفری، خدیجه، حسینی صدرآبادی، ایرج، ایزدی فرد، علیرضا، «مبانی و منابع حقوقی واگذاری اراضی ملی به بخش خصوصی در عرصه کشاورزی»، مجله حقوق اداری، ۱۳۹۸، شماره ۱۹.

۱۷. منتصری، لیلا، «نقش ژئومورفولوژی در مدیریت منابع طبیعی در تحلیل سیستم‌های اراضی»، پژوهش‌های ژئومورفولوژی، ۱۳۹۶، شماره ۴۰.
۱۸. مومن قمی، محمد، «ولی امر و مالکیت اموال عمومی»، فصلنامه فقه اهل بیت، ۱۳۸۸، شماره ۶۰.
۱۹. میرعباسی، سید باقر، «ملی کردن در حقوق بین‌الملل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، شماره ۲۸.

ج) پایان نامه

- خصرئی، عادل، «بررسی تحولات واگذاری اراضی ملی و دولتی در خارج از حریم شهرها در نظام حقوقی ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد الکترونیکی، ۱۳۹۷.
- فرشچی، محبوبه، «مطالعات تطبیقی مدیریت زمین در ایران و جهان و سازمان‌های بین‌المللی»، پایان نامه کارشناسی ارشد مهندسی کشاورزی خراسان رضوی، ۱۳۹۷.

2. Latin Sources

1. Rob, White, Crime against Nature Environmental Criminology and Ecological Justice, First Publish, England, Willan Publishing, 2008.

جایگاه مفهوم دکترین «مسئولیت حمایت» در اصول و مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر حقوق اداری

کریم محمدی^۱، هیبت‌الله نژندی منش^۲، سوده شاملو^۳

چکیده

مسئولیت حمایت، یکی از قواعد اساسی در نظام حقوق بین‌الملل است که بر اساس تحولات مفاهیمی مانند حاکمیت، اصل منع مداخله و مداخله بشردوستانه ایجاد شده است. بر این اساس، مسئولیت حمایت از افراد در صورت بروز جنایت جنگی بر عهده دولت‌هاست. نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس اصل ۱۵۲، دفاع از حقوق مسلمانان و نیز برقراری روابط صلح‌آمیز با دولت‌های غیر محارب را از برنامه‌های سیاست خارجی ایران دانسته است. از سوی دیگر، جمهوری اسلامی با پیروی از مبانی دینی آموزه‌های اسلامی بر حمایت از ستم‌دیدگان و مستضعفان جهان تأکید کرده است.

اصل حمایت بعد از ظهور در عرصه بین‌المللی به حقوق داخلی کشورها راه یافت و در حقوق اداری نیز اهمیتی بسزا پیدا کرد. دلیل اهمیت اصل حمایت در حقوق اداری آن است که در حقوق اداری، یک طرف رابطه، دولت است و نابرابری در این رابطه، ذاتی است. بنابراین، جلوه‌های اصل حمایت در حقوق اداری شامل مواردی مانند لزوم رعایت اصل کرامت انسانی، اصل برابری فرصت‌ها در ورود به خدمت دولتی و نیز اصل گشایش است. پرسش اصلی این پژوهش آن است که جایگاه مفهوم دکترین مسئولیت حمایت در مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چیست؟ روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: مداخله بشردوستانه، مسئولیت حمایت، جامعه بین‌المللی، مستضعفان جهان، حقوق اداری.

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. Karim.mo-
hammad71@gmail.com

۲. استادیار حقوق بین‌الملل، گروه حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)،
hnajandimanesh@gmail.com

۳. استادیار حقوق بین‌الملل، گروه حقوق و علوم سیاسی، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، Sou.
shamlou@gmail.com

مقدمه

وقوع مخاصمات مختلف در سطح بین‌المللی سبب شد تا سازمان ملل متحد در پی چاره‌ای برای حل این معضلات باشد. کوفی عنان، دبیر کل وقت سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۰ از جامعه جهانی خواست تا یک بار و برای همیشه، راه حلی برای این چالش پیدا کند. در پاسخ به این درخواست بود که در سال ۲۰۰۰ با ابتکار دولت کانادا، «کمیسیون بین‌المللی مداخله و حاکمیت دولت»^۱ تأسیس شد. کمیسیون در گزارش خود برای برقراری تعامل میان حقوق بشر و حاکمیت دولت‌ها به جای تقابل سنتی، گذر از نظام دولت‌محور به نظام فردمحور و ایجاد ساختاری قانون‌مند و کارآ برای حمایت از حقوق بشر که چالش‌های حقوقی نقض اصل حاکمیت کشورها و نفی مداخله را به همراه نداشته باشد، نظریه «مسئولیت حمایت»^۲ را مطرح کرد. این نظریه در اجلاس سران مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۲۰۰۵ تصویب شد.^۳

بر اساس این نظریه، حاکمیت یک دولت به معنای مسئولیت آن دولت است و مسئولیت اولیه حمایت از اتباع یک دولت در درجه اول بر عهده همان دولت است، اما هنگامی که دولت به حمایت از اتباع خود در برابر جنایت جنگی، پاک‌سازی قومی، نسل‌زدایی و جنایت علیه بشریت بی‌میل باشد، اصل عدم مداخله، جای خود را به «مسئولیت حمایت بین‌المللی» می‌دهد. در این معنا، جامعه بین‌المللی مسئولیت دارد ابتدا با به‌کارگیری روش‌های صلح‌آمیز، به دولت‌ها برای ایفای این مسئولیت یاری برساند و در صورت ناکافی بودن ابزار صلح‌آمیز و ناتوانی مقامات ملی در ایفای مسئولیتشان، اقدامات قاطع و به‌موقع انجام دهد. تثبیت این نظریه به عنوان یک هنجار بین‌المللی مستلزم آن است که به طور رسمی در قوانین حقوق بین‌الملل به ثبت برسد یا دولت‌ها با اجرای مداوم، آن را به عنوان رویه عملی جدید در روابط بین‌المللی به صورت عام بپذیرند.^۴

موضع جمهوری اسلامی ایران نسبت به دکترین «مسئولیت حمایت»، علاوه بر عوامل اثرگذار در

1. International Commission on Intervention and state Sovereignty (ICISS).

2. Responsibility to Protect (RtoP).

3. Outcome Document of the United Nations world summit.

۴. عبداللهی، محسن و شقایق اعطاسی، «مسئولیت حمایت در آینده عمل: تحلیلی تطبیقی-فازی اجرای مسئولیت حمایت»، سال‌نامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۴۰۰، شماره ۷، ص ۳۳.

سیاست خارجی، متأثر از مبانی دینی نظام حقوقی و آرمان‌های انقلاب اسلامی است. جمهوری اسلامی ایران، سعادت کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و در عین خودداری کامل از هر گونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر، از مبارزه حق طلبانه مستضعفان در برابر مستکبران در هر نقطه از جهان حمایت می‌کند. طبق اصول و مبانی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دولت ایران، موظف است فراتر از رسالت و اهداف ملی، برای تحقق نظام اسلامی مبتنی بر «کرامت و ارزش والای انسانی»، سیاست خارجی کشور را «بر اساس معیارهای اسلام، تعهد برادرانه نسبت به همه مسلمانان و حمایت بی‌دریغ از مستضعفان جهان» تنظیم کند. هم‌چنین اصل حمایت در حقوق اداری اهمیتی بسزا دارد.

در حقوق اداری، اصل حمایت از حق‌های مکتسب در کنار اصول مرتبط مانند اصل قانونی بودن و اصل دولت قانون‌مدار، اصل حقوق بنیادین تضمین شده در قانون اساسی، اصل انتظارات مشروع و اصل عطف بمانسب نشدن قابل تحلیل و بررسی است. امروزه اصل احترام به حقوق مکتسبه، یکی از مبانی اصل امنیت حقوقی است. از نظر حقوق دانان حقوق عمومی، مبنای اصل احترام به حقوق مکتسبه، دو اصل اعمال حقوق و آزادی‌های بنیادین و حمایت از حقوق ناشی از قراردادهاست.^۱

در ایران، حقوق اداری، سابقه نظری و تجربی چندانی ندارد و جوان و نوپاست، به طوری که در فضای امروزی حقوق اداری با توجه به تدوین نشدن قوانین و مقررات جامع و کامل، اصول حقوق اداری در پر کردن خلأ حقوقی به ویژه در حوزه صلاحیت‌های تخییری، نقش بسیار مهمی ایفا می‌کنند. بنابراین، در مجموع، اصول حقوق اداری، یکی از کارآمدترین، مؤثرترین و مهم‌ترین معیارهای موجود در حوزه حقوق اداری است. این اصول که جنبه حمایتی دارند، راه حل‌های مناسب و مطلوبی ارائه می‌کنند، به گونه‌ای که هم در ارتباط با اداره و توازن قدرت عمومی و مصالح اداری راه‌گشایند و هم آزادی‌های افراد را تضمین می‌کنند.^۲

این مقاله درصدد پاسخ‌گویی به این سؤال است که مفهوم و محتوای دکترین «مسئولیت حمایت»

۱. ویژه، محمدرضا، «تضمین و حمایت از حق‌های مکتسب در حقوق اداری ایران و رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۲۶، ص ۲۷۰.

۲. تاروردی، صادق و محمدعلی فلاح‌زاده، «نقش رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در توسعه اصول حقوق اداری از منظر حقوق بشر»، فصل‌نامه حقوق پزشکی، ویژه‌نامه حقوق بشر و شهروندی، ۱۳۹۹، ص ۵۰۱.

تا چه حد در اصول و مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و حقوق اداری ایران تبلور یافته است؟ فرضیه مقاله حاضر این است که گفتمان غالب مبانی نظری دکترین «مسئولیت حمایت»، همان گفتمان انقلاب اسلامی و دستورهای دین مبین اسلام است که در نظام حقوقی جمهوری ایران با عنوان اصل «حمایت از مستضعفان جهان» تبلور یافته است و در بعد داخلی نیز «اصل حمایت» از تکالیف دولت به شمار می‌رود. در عین حال، دایره شمول اجرای اصل «حمایت از مستضعفان جهان» از نظر ویژگی مردمی که هدف حمایتند و نوع حمایت، نسبت به دامنه و حدود دکترین «مسئولیت حمایت»، گسترده‌تر است. از سوی دیگر، امروزه اصل حمایت از حقوق بین‌الملل به حقوق داخلی کشورها نیز راه یافته است و در نتیجه، در رشته‌های مختلف حقوقی از جمله حقوق اداری به دلیل وجود رابطه نابرابر، اصل حمایت، اهمیتی دوچندان می‌یابد. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول. چارچوب نظری؛ تغییر گفتمان «مداخله بشردوستانه» به «مسئولیت حمایت»

دکترین «مسئولیت حمایت»، ریشه‌های فلسفی بسیار قدیمی دارد که به نوشته‌های سیسرو در عهد عتیق باز می‌گردد و رد پای آن در عصر رنسانس در آثار گروسیوس و در دوره روشن‌گری نیز در اندیشه‌های کانت دیده می‌شود. در اواخر قرن بیستم، از این مباحث قدیمی، مفهومی با نام «مداخله بشردوستانه» سر برآورد.^۱

ناکامی نظام واکنشی سازمان ملل متحد در حفظ و پاسداری عملی از حقوق ابتدایی انسان‌ها به دلیل مواضع برخی دولت‌ها در تجویز توسل به مداخلات بشردوستانه سبب تغییر رویکرد جامعه بین‌المللی نسبت به مفهوم امنیت و لزوم توجه بیش‌تر جوامع به امنیت افراد گردید و موجب شد تا بحث از امنیت کشورها، جای خود را به امنیت انسانی دهد. ظهور نظریه «مسئولیت حمایت»، معلول تحولات جامعه بین‌الملل در عصر پس از جنگ سرد و تحول در مفهوم «مداخله بشردوستانه» است. این دکترین دربردارنده ایده‌هایی است که نه تنها برای انسان و حقوق آن، ارزش دیگری قائل

۱. کارولین برو، سوزان، آغاز تغییر گفتمان مسئولیت حمایت در حقوق بین‌الملل، ترجمه: محمدرضا حسینی و صادق جعفرزاده دارابی، تهران: دانشگاه دفاع ملی و تحقیقات راهبردی، ۱۳۹۷، ص ۳۱.

است، بلکه به پشتوانه سیستم امنیت جمعی در پرتو منشور سازمان ملل متحد، تلاش‌هایی را برای تضمین حفظ حقوق اساسی بشر شروع کرده است. البته نباید این تصور ایجاد شود که این دکترین بدون ایراد و نقد است.^۱ با آن که در حال حاضر، از مفهوم دکترین «مسئولیت حمایت»، کم‌تر یاد می‌شود، حقوق‌دانان در بعضی کشورها، هر چند وقت یک بار بر سر دامنه و حدود واقعی این مفهوم با یکدیگر مجادله می‌کنند و از عملی بودن یا نبودن آن در عالم واقع سخن می‌گویند. به همین سبب نمی‌توان دقیقاً حدی بر این مفهوم گذاشت یا دامنه آن را مشخص کرد.^۲

بند اول. مفهوم‌شناسی مسئولیت حمایت

بر اساس ضوابط حقوق بین‌الملل، مسئولیت حفظ حقوق شهروندان در یک جامعه، در درجه اول بر عهده دولتی است که بر آن جامعه حاکمیت دارد. گاهی به دلیل اختلافات نژادی، قومی، مذهبی یا سیاسی، دولت متبوع در انجام این تکلیف به صورت عمدی یا غیر عمدی، اظهار ناتوانی و بی‌رغبتی می‌کند. در این صورت، به موجب نظریه مسئولیت حمایت با تحقق شرایطی، مسئولیت حفظ و تضمین حقوق شهروندان آن جامعه به حقوق بین‌الملل منتقل خواهد شد. این نظریه که به تعریفی جدید از مسئله حاکمیت یعنی حاکمیت مسئولانه پرداخته است، بازتابی از حساسیت جامعه بین‌المللی نسبت به فجایع دل‌خراش بشری است که در دهه نود میلادی در برخی کشورها به اوج خود رسید.^۳

بنابراین، اساس شکل‌گیری دکترین مسئولیت حمایت بر این پایه استوار است که هر گاه دولتی در حفظ و پاسداری از حقوق بنیادین و اساسی بشر نسبت به شهروندان و اتباع خود عاجز بوده یا خود در این نقض دخیل باشد، با وجود بند ۷ ماده ۲ منشور ملل متحد که بیانگر اصل عدم مداخله است، مسئولیت حمایت و پاسداری از این قبیل حقوق نقض‌شده به جامعه بین‌المللی محول

۱. محمدی، عقیل و مهرداد حلال خور، «دکترین مسئولیت حمایت: شکاف میان انتظارات و واقعیت‌ها»، فصل‌نامه علمی مطالعات روابط بین‌الملل، ۱۴۰۰، دوره پنجاه و سوم، شماره ۱۴، ص ۱۶۳.

۲. فلسفی، هدایت‌الله، «شورای امنیت سازمان ملل متحد در برزخ میان ضرورت «اقدام مؤثر» و لزوم تعریف و رعایت «حکومت قانون»»، سال‌نامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۴۰۰، شماره ۷، ص ۱۰.

۳. اصغری شورشانی، محمدرضا و محمدامین ابریشمی‌راد، «بررسی تطبیقی نظریه مسئولیت حمایت از منظر حقوق اسلام و غرب»، مجله اندیشه‌های حقوق عمومی، ۱۴۰۱، سال یازدهم، شماره ۲۱، ص ۱۰.

می‌شود.^۱ بر پایه این دکترین، دولت‌ها، حق سکوت و چشم‌پوشی در برابر نقض اساسی و بنیادین حقوق انسان‌ها را ندارند. این مرحله هنوز در مرحله دکترین باقی مانده؛ زیرا اقدام از جانب دیگران به رسمیت شناخته نشده است. اقدام از جانب دیگران به این معناست که هر دولتی حتی آن‌جا که منافع مستقیم حقوقی ندارد، می‌تواند به نیابت از دیگر دولت‌ها علیه دولت ناقض اقدام کند.^۲ در واقع، مسئولیت حمایت، راهکاری جدید، دقیق و برنامه‌ریزی شده است که جای‌گزینی مناسب برای مفهوم چالش برانگیز مداخله بشردوستانه باشد. مجموعه اقداماتی که به موجب این دکترین باید صورت گیرد، شامل سه بعد مسئولیت پیش‌گیری، واکنش و بازسازی است و مهم‌ترین بعد مسئولیتی همان مسئولیت پیش‌گیری است. حتی در مرحله واکنش نیز مجموعه اقدامات سیاسی و اقتصادی در نظر گرفته شده است و جواز مداخله نظامی تنها در شرایط حاد به عنوان آخرین حربه و در صورت وجود معیارهایی مشخص توسط شورای امنیت داده می‌شود.^۳

بند دوم. نقش شورای امنیت در شکل‌گیری و تقویت دکترین «مسئولیت حمایت»

شورای امنیت در بین سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۶ همواره به صورت تلویحی و با استفاده از عناوین «حمایت از غیر نظامیان» یا «به خطر افتادن صلح و امنیت بین‌المللی»، از مفاهیم موجود در نظریه «مسئولیت حمایت» استفاده می‌کرد. در سال ۲۰۰۶ با وجود تلاش‌های برخی از اعضای شورای امنیت در جلوگیری از قانون‌مند شدن، نظریه «مسئولیت حمایت»، قطع‌نامه شماره ۱۶۷۴ در شورای امنیت تصویب شد.^۴ در این قطع‌نامه، مقررات بندهای ۱۳۸ و ۱۳۹ سند نهایی نشست سران جهان در سال ۲۰۰۵ در خصوص «مسئولیت حمایت» تأیید گردید. بعد از آن، شورای امنیت با صدور قطع‌نامه‌ها و بیانیه‌های متعدد،^۵ دکترین «مسئولیت حمایت» را تأیید کرد و در چندین قطع‌نامه که راجع به عملیات صلح سازمان ملل متحد در پی وقوع برخی بحران‌های انسانی صادر کرد، به طور خاص بر لزوم توجه مقامات ملی به «مسئولیت حمایت» تأکید ورزید.^۶ قطع‌نامه

۱. زمانی، سید قاسم و سورنا زمانیان، «جایگاه دکترین مسئولیت حمایت در بحران روسیه»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۵، دوره چهارم و ششم، شماره ۳، ص ۶۴۵.

۲. نجفی اسفاد، مرتضی، «بررسی حقوقی دکترین «مسئولیت حمایت» در حقوق بین‌الملل»، در: جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌المللی در قرن ۲۱ (مجموعه مقالات در تجلیل دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۳۲۸.

۳. دعاگو، حسین و سید محمد هاشمی، «جایگاه حقوق شهروندی کرامت‌مدار در دکترین مسئولیت حمایت در پرتو حقوق بین‌الملل»، پژوهش‌های اخلاقی، ۱۳۹۸، سال نهم، شماره ۴، ص ۱۱۰.

۱۹۷۳ (مارس ۲۰۱۱) شورای امنیت درباره لیبی، نقطه اوج مفهوم «مسئولیت حمایت» قلمداد شده است.

این اصول به ویژه دو اصل ۱۵۲ و ۱۵۴، تجلی «گفتمان مظلوم‌محور» انقلاب اسلامی هستند. این گفتمان، تخصیص منابع به حمایت از مظلوم را مشروعیت می‌بخشد و سیاست‌گذاران فعال در این گفتمان، تمام هم و غم و منابع خود را به حمایت از مستضعفان جهان اختصاص می‌دهند.

گفتار دوم. دکترین مسئولیت حمایت و «حمایت از مسلمانان» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

خبرگان قانون اساسی، متأثر از شریعت اسلام و ارزش‌های اعتقادی مردم، با احساس تکلیف نسبت به وضعیت کل جهان، بر جنبه جهانی بودن قانون اساسی تأکید داشتند و به این امر اذعان کردند که نسبت به تعیین سرنوشت آینده بشریت آن هم زیر لوای اصول قانون اساسی مسئولیت دارند. آنان با گنجاندن اصولی در قانون اساسی مبنی بر حمایت از همه مسلمانان و مستضعفان جهان برای برجسته‌سازی جایگاه سیاست خارجی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تلاش کردند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حمایت از محرومان و ستم‌دیدگان را یکی از اولویت‌های سیاست خارجی دولت می‌داند. بند ۱۶ اصل ۳، بند ۵ اصل ۲، اصل ۱۱ و اصول ۱۵۲ تا ۱۵۴ قانون اساسی، مختصات سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران را چنین برشمرده است: «سعادت انسان در کل جامعه بشری، تنظیم سیاست خارجی کشور بر اساس معیارهای اسلام، حمایت از مبارزه حق‌طلبانه مستضعفان در برابر مستکبران در هر نقطه از جهان، دفاع از حقوق همه مسلمانان جهان، نفی هر گونه ستم‌گری و ستم‌کشی، نفی هر گونه سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، خودداری از هر گونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر، روابط صلح‌آمیز متقابل با دولت‌های غیر محارب».

دفاع از سرزمین و منافع مسلمانان، اصلی کلی در سیاست خارجی دولت اسلامی محسوب می‌شود. دولت اسلامی از نظر وظیفه اعتقادی و حفظ منافع و موجودیت خود باید از منافع و سرزمین‌های مسلمانان دفاع کند؛ زیرا صرف نظر از مسائل داخلی دنیای اسلام، تضعیف هر بخش از جامعه اسلامی و از دست رفتن آن، لطمه‌ای سنگین به دیگر اجزای آن است.^۱

۱. حقیقت، سید صادق، مبانی اندیشه سیاسی در اسلام، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۹، ص ۱۲۶.

بند اول. «سعادت انسان در کل جامعه بشری»، آرمان نظام جمهوری اسلامی ایران

جمهوری اسلامی ایران، سعادت انسان در کل جامعه بشری را آرمان خود می‌داند و استقلال و آزادی و حکومت حق و عدل را حق همه مردم جهان می‌شناسد. بنابراین، در عین خودداری کامل از هر گونه دخالت در امور داخلی ملت‌های دیگر، از مبارزه حق طلبانه مستضعفان در برابر مستکبران در هر نقطه از جهان حمایت می‌کند. ایران از یک طرف به عنوان عضو جامعه بین‌المللی، معتقد به «شناسایی حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری» و از طرف دیگر، به عنوان عضو جامعه اسلامی بر این باور است که «همه انسان‌ها، مخلوق خداوند هستند و محبوب‌ترین آنان نزد خداوند، سودمندترین آنان به هم‌نوعان خود است و هیچ‌احدی بر دیگران برتری ندارد، مگر در تقوا و کار نیکو». این تفاهم و هم‌بستگی جهانی، در اندیشه قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران که در مقام بیان سیاست خارجی بوده، تجلی یافته است. گفتمان حمایت از مستضعفان و مبارزه برای نجات ملل محروم از آرمان‌های منحصر به فرد انقلاب اسلامی ایران است. تعهد عملی حمایت از مستضعفان در مقابل مستکبران، اطلاق عموم دارد و همه مستضعفان در مقابل همه مستکبران را شامل می‌شود.

بند دوم. روابط خارجی صلح‌آمیز جمهوری اسلامی ایران.

یکی از ارزش‌ها و نیازهای ضروری انسان و شاید مهم‌ترین آن‌ها، صلح است. در حیات اجتماعی نیز صلح یک ارزش و ضرورت جامعه‌های انسانی به شمار می‌رود. در تعامل‌ها و مناسبات واحدهای سیاسی مختلف نیز صلح همواره اهمیت و ضرورت دارد که در تاریخ مدرن از آن به «صلح بین‌المللی» یاد می‌شود. از این رو، یکی از دغدغه‌های بشر در طول تاریخ، چگونگی تأمین و تضمین صلح بوده است. مفهوم صلح‌سازی، از مفاهیم کلیدی دکترین «مسئولیت حمایت» است که از نقاط قوت و وجه تمایز نظریه «مسئولیت حمایت» نسبت به «مداخله بشردوستانه» به حساب می‌آید.

جنگ و صلح از جمله موضوعاتی است که در اسلام با صراحت و تفصیل به آن پرداخته و دستورهای آن نیز در عمل به کار گرفته شده است. قرآن کریم، صلح و از بین بردن نفرت را به عنوان اقدامی برتر، فراراه روابط فردی و اجتماعی قرار داده، همه مسلمانان را به صلح و سازش دعوت کرده و از عداوت، جنگ و خون‌ریزی برحذر داشته که ناشی از وسوسه شیطنانی است.^۱ با وجود مبنا قرار

۱. بقره: ۲۰۸.

گرفتن صلح، ضرورت‌های جنگی از دیدگاه شارع مقدس اسلام دور نمانده است، بلکه به جنگ برای مقابله با ظالمان ستمگر،^۱ جهاد در مقابل کسانی که مؤمنان را از دیار خود اخراج می‌کنند و به شیوه‌های مختلف، قصد محو نام خدا و جلوگیری از بیداری افکار را دارند^۲ و مبارزه در راه احقاق حقوق مستضعفان و محرومان حق طلب و رهایی آن‌ها از ظلم و نظیر آن به عنوان یک فریضه الهی مورد توجه صورت گرفته است.^۳

بند سوم. رویکرد نظری و عملی جمهوری اسلامی ایران برای اجرای دگرترین «مسئولیت حمایت»

نگرانی‌های مربوط به عملیاتی کردن مسئولیت حمایت در نظام کنونی بین‌المللی، اساسی‌تر و مهم‌تر از چالش‌های مفهومی آن است. بیش‌ترین نگرانی‌های کشورها به چگونگی اجرای آن ربط دارد. امکان سوء استفاده قدرت‌های بزرگ و استفاده گزینشی و ابزاری شورای امنیت نیز از مهم‌ترین نگرانی‌های مربوط به عملیاتی کردن مسئولیت حمایت است.^۴

اجرای مسئولیت حمایت در جهان واقعی متأثر از اراده دولت‌هاست و همواره با خطر «ذهنیت‌گرایی یا تفسیر به رأی» مواجه خواهد بود. در اجرای مسئولیت حمایت توسط جامعه بین‌المللی، دو جنبه کلیدی وجود دارد که هر دو به اراده دولت‌ها وابسته است: «یکی، شناسایی یک موقعیت به عنوان وضعیتی که نیازمند اعمال مسئولیت حمایت است و دیگری، تصمیم‌گیری جامعه بین‌المللی برای مساعدت یا واکنش جهت پیش‌گیری یا توقف جنایات». عدم تجمیع اراده‌های سیاسی، مهم‌ترین عاملی است که در هر یک از مراحل می‌تواند مانع اجرا شود و زمینه شکست جامعه بین‌المللی را در ایفای مسئولیت حمایت فراهم آورد. اجرای ارکان مسئولیت حمایت صرف نظر از ماهیت پیش‌گیری یا واکنشی آن، مستلزم برخورداری از امکانات خاص است که کمبود یا نبودشان، جامعه بین‌المللی را در اجرای مسئولیت حمایت دچار شکست می‌کند.^۵

۱. حج: ۳۹.

۲. حج: ۴۰.

۳. نساء: ۷۵.

۴. عسکری، یدالله، «مقایسه گفتمان انقلاب اسلامی و مبانی اخلاقی مسئولیت حمایت»، دو فصل‌نامه علمی و پژوهشی پاسداری فرهنگی انقلاب اسلامی، دانشگاه امام حسین (ع)، ۱۳۹۴، سال پنجم، شماره ۱۱، صص ۲۹-۱.

۵. عبداللہی و اعطاسی، پیشین، ص ۴۶.

اجرای اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان» نیز که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده، با موانعی روبه‌روست که در مسیر اجرای «مسئولیت حمایت» وجود دارد. افزون بر این که اصل حمایت از مسلمانان و مستضعفان، ایده‌ای است که فقط در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بیان شده و در نظام بین‌الملل دولت‌محور معاصر، با چالش‌های مفهومی و اجرایی خاص خود مواجه است. از مهم‌ترین چالش‌های مفهومی و اجرایی اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان»، تعارض این اصل با اصل «حاکمیت دولت‌ها» و اصل «عدم مداخله» است.

در خصوص اجرا و اعمال اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان»، با توجه به وضعیت فعلی نظام بین‌المللی و حاکم بودن اصل «حاکمیت دولت‌ها» و اصل «عدم مداخله»، چندین دیدگاه وجود دارد: عده‌ای از تعارض میان اصل «حمایت از مستضعفان جهان» و اصل «عدم مداخله» سخن می‌گویند و اعتقاد دارند در این مسئله که حمایت از مستضعفان و نهضت‌های آزادی‌بخش از نظر اسلامی اثبات شده است، تردیدی وجود ندارد. با این حال، مهم آن است که مداخله و حدود آن را ما تعیین نمی‌کنیم. در جهان معاصر، دولت‌های اسلامی در عرض دولت‌های دیگر، اعضای جامعه جهانی تلقی می‌شوند و ملاک مداخله و تعیین مصادیق آن را حقوق بین‌الملل تعیین می‌کند. در مقابل، دیدگاه دیگری نیز در این خصوص وجود دارد که براساس آن، حمایت از ملل مظلوم دنیا به این معنا نیست که جمهوری اسلامی ایران، عرف بین‌المللی مبنی بر «منع مداخله در امور دیگران» را نادیده بگیرد، بلکه برای تحقق این هدف، از سازوکارهای مورد قبول جامعه بین‌المللی استفاده خواهد کرد. در واقع، جمهوری اسلامی ایران آن دسته از حقوق و تکالیف حمایتی را در نظر می‌گیرد که حقوق بین‌الملل در حدود اهداف منشور ملل متحد به آن اشاره کرده است؛ یعنی آن دسته از شیوه‌های حمایتی که مداخله نباشد، مانند حمایت در سازمان‌های بین‌المللی، حمایت اقتصادی و سیاسی و نظیر آن.^۱

اصل حمایت از حقوق بشر و مقابله با نقض فاحش و گسترده اصول و قواعد بنیادین حقوق بشر مانند کرامت انسانی و حق حیات در اسلام و در حقوق بین‌الملل معاصر کاملاً پذیرفته شده است. با وجود اشتراک دو نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوقی اسلام در اصل حمایت از حقوق بشر در مورد شیوه و مرجع صالح برای حمایت از حقوق بنیادین بشر، تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد. تفاوت‌های دو نظام

۱. جاوید، محمد جواد و عقیل محمدی، «ارزیابی قابلیت اجرایی اصل ۱۵۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در حقوق بین‌الملل معاصر»، فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۵، دوره چهارم و ششم، شماره ۱، ص ۶۳.

حقوقی درباره مینا و منشأ حقوق بشر، به طور طبیعی، اختلاف نظرهایی را در موضوع مسئولیت حمایت نیز موجب شده است. در نظام اسلامی، حمایت و یاری از ستم‌دیدگان و مظلومان، نه تنها حق دولت اسلامی است که حداقل از شرط تقوا و عدالت برخوردار باشد، بلکه تکلیف نیز به شمار می‌رود.^۱

گفتار چهارم. جلوه‌های اعمال اصل حمایت در حقوق اداری

اصل حمایت در حقوق بین‌الملل ریشه دارد که به حقوق داخلی کشورها نیز راه یافته و جلوه‌های مختلفی پیدا کرده که دولت مکلف است آن را در حقوق اداری نیز اعمال کند.

بند اول. لزوم رعایت کرامت انسانی در نظام اداری

در حقوق اساسی ایران، تحت تأثیر آموزه‌های اسلام، همه انسان‌ها صرف نظر از دین، نژاد، رنگ، زبان، جنس و ملیت، صاحب نوعی کرامت ذاتی‌اند و در پس این کرامت، شایسته اکتساب کرامتی دیگر با عنوان کرامت اکتسابی. کرامت ذاتی انسان، مبنای حقوق پایه آدمی است و فراتر از رنگ و نژاد یا مسلک دینی و سیاسی خاص، فرد از آن برخوردار می‌شود. واژه «کرامت»، سه بار در متن قانون اساسی ایران ذکر شده است. قانون اساسی هم از حقوق بشر و هم از حقوق شهروندی سخن گفته است. شهروندان یک جامعه مدنی به میزان اصل وفاداری، علقه و رابطه استوار با نهادهای حکومتی دولت مشروع و شرکت فعال و مسئولیت‌پذیر در اداره جامعه می‌توانند از حقوق شهروندی بهره‌مند شوند. در قانون اساسی بر اتکای نظام جمهوری اسلامی ایران بر کرامت انسانی و پایه قرار گرفتن آن تصریح شده است. اصل دوم قانون اساسی هم در کنار اصول دین و مذهب، به صراحت لفظی در بند ششم، «ایمان به کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا» را از پایه‌های نظام جمهوری اسلامی اعلام می‌کند.^۲

در حقوق اداری ایران، حقوق دفاعی به خوبی به عنوان سرآغاز تضمین حقوق ماهوی در نظر گرفته شده‌اند، اما نباید از خاطر برد که این حقوق از سوی دیگر، به طور تنگاتنگی با کرامت انسانی نیز در هم تنیده‌اند. به عبارت دیگر، چون فرد انسانی، کرامت انسانی را در اختیار دارد، حق دارد تا از

۱. حبیب‌زاده، توکل، «جهاد در مسئولیت به مفهوم اصل حمایت»، مجله حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال اول، شماره ۱، ص ۴۰.

۲. حبیب‌زاده، توکل و علی اصغر فرج‌پور اصل مرندی، «کرامت انسانی و ابتدای حقوق بشری و شهروندی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر آن»، مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۵، دوره ۴۶، ص ۱۳۶.

حقوق دفاعی و هم‌چنین دیگر حقوق انسانی به منظور تضمین حقوق ذاتی خود بهره‌مند گردد. در حقیقت، نقش اصلی حقوق دفاعی، دستیابی به تضمین عدالت در فرآیند دادرسی اداری، تصمیم‌گیری و هنگام رویارویی فرد با اداره است.^۱ به طور کلی، یکی از روابط میان حاکمیت قانون و حقوق اداره‌شوندگان، نقش مؤثری است که حاکمیت قانون در برقراری تضمین‌های و محدودیت‌های لازمه بر قدرت‌های اداره‌های عمومی داراست. بنابراین، شناسایی حقوق دفاعی برای افراد، امری است اساسی که یکی از عناصر برجسته مرتبط با رعایت کرامت ذاتی انسان را نیز تشکیل می‌دهد.^۲ در حقیقت، کرامت انسانی چنان اهمیت دارد که به طور قطع به عنوان پایه اساسی بسیاری از حقوق انسانی در نظر گرفته می‌شود. چون این اصل در اعلامیه‌ها و معاهدات بین‌المللی متعددی آمده، در حال حاضر، کرامت انسانی علاوه بر این که به عنوان یک حق یا مجموعه‌ای از حق‌های جدایی‌ناپذیر در نظر گرفته شده است، یک ستون و پایه حقوق بشر به شمار می‌رود و توسعه پایدار هر جامعه‌ای، رعایت آن را طلب می‌کند.^۳

با توجه به اهمیت اصل کرامت انسانی نمی‌توان از اثرگذاری قابل توجه یکی از مصوبات موجود در حقوق اداری ایران چشم‌پوشی کرد. مصوبه «طرح تکریم مردم و جلب رضایت ارباب رجوع در نظام اداری» که در شورای عالی اداری (۲۵ فروردین ۱۳۸۱) به تصویب رسیده، در برگزیده نکاتی ارزنده در خصوص موضوع کرامت انسانی است؛ چون این مصوبه به شکل مستقیم در مورد اصل کرامت افراد تصویب شده است و در خصوص حقوق آن‌ها و روابط میان اداره و افراد بحث می‌کند. در هر حال و با وجود نواقصی که در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران به چشم می‌خورد، تصویب این مصوبه و صرف لزوم پرداختن به بحث کرامت اداره‌شوندگان توسط مقامات عالی‌رتبه اداری، اهمیت لزوم رعایت کرامت شهروندان را در حقوق اداری ایران بیش از پیش عیان می‌سازد.^۴

۱. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر اول)، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۱.

۲. مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون؛ مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۰.

۳. حبیب‌زاده، محمدجعفر و اسماعیل رحیمی‌نژاد، «کرامت انسانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره یازدهم، شماره ۵۴، ص ۶۰.

۴. خانی والی‌زاده، سعید، «بررسی ارتباط رعایت حقوق دفاعی افراد و کرامت انسانی افراد در حقوق اداری ایران و فرانسه».

الف. اطلاع‌رسانی خدمات‌دهی به مردم

منظور از اطلاعات آن چیزی است که جامعه خدمت‌گیرنده نیاز دارد در زمان مشخص از آن آگاهی یابد. منظور از اطلاع‌رسانی نیز آگاهی‌دهی دستگاه‌ها و مراکز اطلاعاتی از شیوه خدمات‌رسانی، مستندات و روش انجام کار از طریق وسایل ارتباط جمعی، رسانه‌ها و فنون مختلف نشر اطلاعات است تا هر یک از مصرف‌کنندگان اطلاعات بتوانند به منبع آن اطلاع با حداقل زمان ممکن و هزینه به گونه‌ای مطلوب دسترسی داشته باشند.^۱

ب. تدوین اصول اخلاقی و رفتاری مدیران و کارکنان منشور اخلاقی

در هر سازمانی، قوانین غیر رسمی وجود دارد که رفتار افراد را هدایت می‌کند و تحریم‌های رسمی و غیر رسمی نیز وجود دارد که از آن‌ها استفاده می‌شود. منشور رفتاری یا اخلاقی، رویکردی رسمی‌تر است که در بخش خصوصی و عمومی به طور فزاینده‌ای به کار می‌رود. یکی از روش‌های قانون‌مندسازی رفتارها در سازمان، استفاده از منشور رفتاری، نظام‌نامه، مرام‌نامه یا منشور اخلاقی است. رعایت و حفظ ارزش‌های اخلاقی به صورت یکی از مهم‌ترین پدیده‌هایی درآمده است که در بیش‌تر سازمان‌ها به آن توجه می‌شود. اخلاق یعنی رعایت اصول معنوی و ارزش‌های حاکم بر رفتار شخصی یا گروه مبنی بر این که درست یا نادرست چیست. ارزش‌های اخلاقی، تعیین‌کننده استانداردهایی هستند مبنی بر این که از نظر رفتار و تصمیم‌گیری چه چیزی خوب و بد است.^۲

بند دوم. لزوم رعایت اصل برابری فرصت‌ها

مهم‌ترین مصادیق این اصل در حقوق اداری، برابری در ورود به خدمت عمومی، برابری در خدمات عمومی و اداری، برابری در مقابل تحمیل‌های ناشی از امر عمومی است. در ایران نیز رعایت نشدن برابری و تصمیم‌گیری‌های تبعیض‌آمیز مقام اداری، یکی از رایج‌ترین دلایل نقض تصمیم‌های اداری در دیوان عدالت اداری است.^۳

فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال پنجم، شماره ۱۴، ص ۳۷.

۱. عالم تبریز، اکبر و همکاران، طرح ارتقا و کرامت مردم در نظام اداری، تهران: دفتر آموزش و پژوهش استانداری، ۱۳۸۷، ص ۳۱.

۲. نجف‌پور، شعبان و علی‌رضا داداش‌زاده، «کرامت انسانی، نظام اداری و سرمایه اجتماعی»، مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد، ۱۳۹۴، سال هشتم، شماره ۷۳، ص ۳۶.

۳. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی،

«برابری فرصت‌ها»، اصطلاحی علمی و سیاسی است که آن را می‌توان برابری و تساوی همه شهروندان در دستیابی به فرصت و امکان بهره‌مندی از امکانات، خدمات و ثروت‌های ملی و هم‌چنین برابری قانونی آحاد ملت به معنی داشتن جایگاهی مساوی از نظر حقوقی برای بهره‌مندی از زندگی کرامت‌آمیز و هم‌چنین دستیابی به پیشرفت و موفقیت تعریف کرد. باید گفت اصطلاح سیاسی، «برابری فرصت» یا «فرصت برابر»، در مقایسه با اصطلاح سیاسی «برابری نتیجه» مطرح می‌گردد. در واقع، برابری نتیجه ممکن است با برخی از مفاهیم عدالت در تعارض باشد، اما فرصت برابر این تعارض‌ها را نخواهد داشت. بر اساس برابری فرصت، شهروندان می‌بایست در شرایطی برابر با هم به رقابت بپردازند. برابری فرصت ناشی از یکسان برخورد کردن با همه مردم، فارغ از موانع یا تعصبات یا ترجیحات مصنوعی است تا مشاغل مهم به شایسته‌ترین‌ها تخصیص یابند. کسانی که احتمالاً قابل‌ترین‌ها در انجام یک وظیفه خاص باشند و تصادف یا وضعیت خانوادگی، دوستان، دین، جنسیت، قومیت، خویشاوندسالاری، نژاد، طبقه، سن و هویت باعث به دست آوردن آن نباشد. معمولاً طلب فرصت‌های برابر، نقطه مقابل امتیازها و محرومیت‌های مرتبط با طبقه، نژاد و جنسیت است. با تقسیم عادلانه امکانات در زمینه‌های مختلف فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی می‌توان به نتیجه مطلوب در بهره‌گیری از فرصت‌های برابر برای همگان و نزدیک شدن به عدالت اجتماعی دست یافت.^۱

الف. برخورداری برابر از خدمات عمومی

هدف از رعایت اصل برابری، ایجاد شرایط حقوقی است که در آن، شهروندان قادر باشند از زندگی باارزش و رضایت‌بخش به طور برابر بهره‌مند باشند. بنابراین، طبق اصل برابری یا تساوی خدمات عمومی، همه افراد جامعه باید به طور یکسان و مساوی از خدمات عمومی برخوردار باشند و نباید معیارهای سیاسی، عقیدتی، نژادی یا قومی، مبنای برخورداری یا اولویت افراد در استفاده از این خدمات قرار گیرد. دولت نمی‌تواند به این بهانه‌ها میان شهروندان تبعیض قائل شود و افرادی را از خدمات عمومی محروم کند یا برای برخی دیگر در استفاده از خدمات عمومی، امتیازات خاص در نظر بگیرد.^۲

۱۳۹۴، شماره ۲، ص ۱۲۰.

۱. آل سید غفور، سید محسن و آلیس طالقانی‌زاده، «اهمیت عنصر برابری فرصت‌ها در سند الگوی اسلامی - ایرانی پیشرفت»، مجله اسلام و علوم اجتماعی، ۱۴۰۰، شماره ۲۵، ص ۱۹۳.

۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۹، ص ۳۸.

اصل بی طرفی نیز در راستای اصل برابری و از توابع و نتایج آن اعلام شده است. طبق اصل بی طرفی، هر گونه جانب‌داری که منجر به تبعیض در خدمات‌رسانی عمومی گردد، ممنوع و مخالف اصل برابری است. بنابراین، کارکنان اداره می‌توانند دارای هر گونه اندیشه و عقیده‌ای باشند، ولی هنگام خدمات‌رسانی عمومی، هر گونه اعمال تبعیض به دلیل عقاید سیاسی و مذهبی توسط آن‌ها میان استفاده‌کنندگان از خدمات ممنوع است.^۱

یکی از اهداف دکرترین کارکرد عمومی، صیانت از حقوق اساسی شهروندان در بهره‌مندی از خدمات عمومی است. به عبارت دیگر، یکی از مبانی منطقی دکرترین کارکرد عمومی، نیاز به حمایت کردن از حق دسترسی مردم به خدماتی است که اساسی تلقی می‌شوند؛ زیرا دولت‌ها نه فقط باید به حقوق بشر احترام بگذارند، بلکه باید تعهدات ایجابی خود را برای حمایت از این حقوق در مقابل رفتار بازیگران غیر دولتی مفروض بدانند. طبق این دکرترین، دولت نمی‌تواند با واگذاری یک خدمت به یک بازیگر خصوصی، خود را از مسئولیت نسبت به نقض حقوق اساسی مردم توسط آن بازیگر تبرئه کند. به عبارت دیگر، با واگذاری اختیارات عمومی به گروه‌های خصوصی، از محدودیت‌های حقوق اساسی نمی‌توان غفلت کرد. برخی کارکردها، موضوع حقوق اساسی هستند، فارغ از این که چه کسی آن‌ها را انجام می‌دهد؛ زیرا قانون اساسی هم نسبت به اعمال ظاهراً خصوصی و هم نسبت به رفتارهایی اعمال خواهد شد که بی‌تردید عمومی هستند. بنابراین، وقتی یک نهاد خصوصی، وظیفه‌ای را که کارکرد عمومی یا حکومتی تلقی می‌شود، انجام می‌دهد، مثل دولت به چارچوب‌های حقوق اساسی محدود خواهد بود.^۲

صدور مجوز احداث ساختمان از سوی شهرداری در محدوده شهر از جمله خدمات عمومی است و شهرداری باید برابری شهروندان را در صدور مجوز احداث ساختمان رعایت کند. اگر اصل برابری رعایت نشود، دیوان از نظر نظارت قضایی، ضمانت اجرایی مناسب برای تضمین این اصل است. در پرونده حاضر، شهرداری در خدمات‌رسانی شهری، از صدور پروانه ساختمان برای ملکی در اطراف تهران با این استدلال خودداری کرد که ملک مورد نزاع در اطراف و خارج از حریم شهری تهران

۱. عباسی، بیژن، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۱۷۹.

۲. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکرترین کارکرد عمومی»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، سال نوزدهم، شماره ۵۶، ص ۱۵.

بوده است و طرح تفصیلی در محدوده حریم شهر تهران وجود ندارد. این پرونده به دلیل استناد به حقوق مالکانه افراد اهمیت دارد. رأی دیوان به این شرح است: «با عنایت به سوابق امر مبنی بر این که پلاک شماره ۳۵۸۲۷ فرعی از ۱۳۸ اصلی مفروز و مجزا شده، از شماره ۹۹۸ فرعی از اصلی مذکور واقع در قریه مسگرآباد دهستان غار بخش ۱۲ تهران که به ملکیت کمیته امداد امام خمینی (ره) مستقر گردیده و پلاک مزبور تعیین و از طرفی با توجه به سوابق پلاک موصوف در شعب بدوی و تجدیدنظر دیوان عدالت اداری که رسیدگی و منتهی به صدور آرای عدیده‌ای که شکایت و به مرحله قطعیت و اجرا رسیده، دلالت بر آن دارد که با امعان نظر به قانون نظارت بر گسترش شهر تهران، مصوب سال ۵۲ و وظایف شهرداری به موجب بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری و تبصره‌های الحاقی به ماده ۹۹ همان قانون که در مجموع از اعمال حقوق مالکانه شاکی از حیث جهات مورد نظر برای ساخت و ساز نداشته، بنابراین، به اعتبار مستندات ابرازی، حکم به ورود شکایت و الزام شهرداری به صدور پروانه ساختمانی نسبت به سهم مالکانه شاکی اعلام و صادر می‌گردد.» دیوان در این رأی به درستی به منظور برخورداری شهروندان از خدمات شهری برای مجوز ساخت‌وساز و در راستای اعمال حقوق مالکانه و رعایت اصل برابری تمامی شهروندان، شهرداری را ملزم به صدور مجوز احداث ساختمان کرده است.^۱

ب. برابری در ورود به خدمت دولتی

اولین اصل مورد توجه در ورود به خدمت در یک نظام شایسته‌سالار، «برابری در دسترسی به مشاغل عمومی» یا به عبارت دقیق‌تر، «داشتن فرصت برابر در دسترسی به مشاغل» است. در واقع، چون بخش عمومی متعلق به همه افراد ملت است و هزینه‌های کارمند از ثروت عمومی پرداخت می‌شود، همه باید در شرایط برابر دارای امکانات برابر جهت دسترسی به مشاغل عمومی باشند.^۲

بنابراین، اصل برابری فرصت‌ها در راستای اصل برابری در ورود به خدمت عمومی در قانون مدیریت خدمات کشوری به رسمیت شناخته شده است و این اصل در حقوق اداری، مبنای قانونی دارد.

۱. ناصحی، میثم و همکاران، «مسئله‌یابی اصل برابری در توزیع خدمات شهری در رویه قضایی (مورد مطالعه: آرای دیوان عدالت اداری)»، مجله توسعه پایدار محیط جغرافیایی، ۱۴۰۱، دوره چهارم، شماره ۴، ص ۱۸۲.

۲. محمد جلالی، فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصلنامه رأی دوره سوم پاییز ۱۳۹۳ شماره ۳ (پیاپی ۸)، ص ۴۸.

ج. جواز اعمال تبعیض مثبت

از دیدگاه دورکین، دسته‌ای از حق‌ها، حق‌هایی هستند که مطابق آن، شهروندان باید برابر در نظر گرفته شوند؛ یعنی در اصل برابری، همه با هم برابرند. ماهیت این حق‌ها به گونه‌ای است که یا امکان توزیع برابر آن برای همه وجود ندارد یا اصولاً ضرورت در اختیار قرار دادن برابر آن‌ها برای همگان وجود ندارد. در این‌جا شناسایی برابری شهروندان مطرح است و نه رفتار برابر با آن‌ها. از سوی دیگر، مفهوم «برابر» در تعریف برابری می‌تواند مسئله دخالت دولت‌های رفاه در توزیع ثروت و توزیع امکانات اقتصادی و اجتماعی به نفع ضعیف‌ترین‌های جامعه در چارچوب مفهوم برابری را توجیه کند. هم‌چنین این مفهوم از برابری عدالت توزیعی در پیوند با مسئله تبعیض معکوس در نظر گرفته می‌شود.^۱

با این بیان که بر مبنای این تحلیل، این‌گونه تفاوت‌ها در تعارض با اصل برابری نخواهد بود، حقیقت مفهوم عدالت توزیعی، ناظر به توزیع منابع و تکالیف است که این، همان موضوعی است که قانون‌گذار اساسی ما در بند نهم از اصل سوم قانون اساسی به آن اشاره کرده که رفع تبعیض‌های ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی، مصداق بارز آن است.^۲

بند نهم اصل سوم قانون اساسی در این مقوله اهمیت بسیار دارد. نکته مهم در این بند، تأکید بر تبعیض‌های نارواست. پس تبعیض مثبت و روا و لزوم اعمال آن، در مواردی، ضروری است. از طرف دیگر، بند ۱۴ همین اصل، به تأمین حقوق همه‌جانبه افراد از زن و مرد و تساوی عموم در برابر قانون اشاره دارد. پس بر دو جنبه دیگر اصل برابری یعنی برابری در مقابل قانون و اصل تبعی آن، برابری در مقابل عدالت نیز در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح شده‌اند. اصل بنیادین برابری در قانون اساسی، اصل بیستم است. این اصل بر برابری همه شهروندان در مقابل قانون تأکید کرده و این حمایت را به تمامی حقوق متصور برای آن‌ها تعمیم داده است. به این ترتیب، به نظر می‌رسد با تأکید فراوانی که قانون اساسی بر برابری در شقوق مختلف دارد، بتوان چنین نتیجه گرفت که برابری و منع تبعیض ناروا، یکی از مبانی مهم این قانون و غایت حمایت از حقوق شهروندان به شمار می‌رود.

۱. اسدی، مسلم، چگونگی رعایت اصل برابری و ممنوعیت تبعیض ناروا در حقوق اداری ایران، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۹۱، ص ۱۵.

۲. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و نیک‌زاد مرادی، «برابری در استفاده از خدمات عمومی در آرای دیوان عدالت اداری»، مجله حقوق اداری، ۱۳۹۳، سال دوم، شماره ۵، ص ۳۵.

دیوان عدالت اداری در برخی از دادنامه‌ها، اختصاص سهمیه به گروهی از شهروندان را در صورتی که امتیاز دادن خاص به آن‌ها نباشد، تبعیض قلمداد نکرده است. برای مثال، در دادنامه شماره ۸۴/۸۷ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۳ دیوان، اختصاص سهمیه‌های جداگانه برای مناطق محروم و نیازمند کشور در پذیرش دستیار تخصصی، تبعیض ناروا شمرده نشده است. اگر این اختصاص سهمیه متضمن جواز تعیین امتیاز خاص برای مشاغل مدیریتی در پذیرش دستیار تخصصی در رشته‌های بالینی باشد، چون این امتیازات خاص مدیریتی نافه اعتبار اولویت افراد از نظر نتایج علمی آزمون است، از مصادیق تبعیض ناروا میان داوطلبان شرکت در آزمون پذیرش دستیار تخصصی محسوب می‌شود.^۱

بند سوم. تکلیف دولت در رفع فقر

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، راهکارهایی مبتنی بر اندیشه دولت رفاه به منظور فقرزدایی در پیش گرفته شده است که می‌توان با رصد کمیت و کیفیت دو عنصر فقر و رفاه در جامعه ادعا کرد که تاکنون موفقیت‌آمیز نبوده‌اند. از نگاه برخی از اندیشمندان، نظریه دولت رفاه در قانون اساسی ایران قابل برداشت است و گواه آنان نیز اصولی هم چون بند ۲ و ۱۲ از اصل سوم قانون اساسی است که درباره آموزش و پرورش رایگان، پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه از طریق ضوابط اساسی برای ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف کردن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه، مسکن، کار، بهداشت و تعمیر بیمه را از وظایف دولت دانسته است. بند یک و دو از اصل ۴۳ نیز تأمین نیازهای اساسی مانند مسکن، خوراک و پوشاک و تأمین شرایط و امکانات کار برای همه را از اصول اقتصادی جمهوری اسلامی ایران شمرده است.^۲

با در نظر داشتن رویکردهای قانون اساسی به فقر می‌توان تعهد دولت به فقرزدایی را در سه گروه اصلی تقسیم‌بندی و بررسی کرد:

دسته اول - راهکارهای ساختاری که به آسیب‌شناسی ساختاری نظام اقتصادی، اجتماعی و سیاسی

۱. ویژه، محمدرضا و مرتضی نجابت‌خواه، «تحلیل مفهوم تبعیض ناروا با تأکید بر رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۷، ص ۱۸۲.

۲. حبیب‌نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی، «نسبت‌سنجی نظریه دولت رفاه و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حوزه فقرزدایی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، ص ۶۵.

پرداخته و سپس راهکاری متناسب با نظام موجود ارائه می‌دهد که بر عهده دولت است.

دسته دوم - راهکارهای هنجاری که نظام هنجاری را مطالعه و آسیب‌شناسی می‌کند و برای اصلاح قوانین با هدف فقرزدایی، پیشنهادهایی می‌دهد.

دسته سوم - راهکارهای رفتاری که از بعد رفتاری، علل و عوامل ایجاد فقر را می‌یابد و راهکاری برای اصلاح و مبارزه با رفتارهای اشتباه و فقرزدا بیان می‌کند.

تبعیض مثبت را با این جمله که هیچ نابرابری را نباید تحمل کرد، مگر آن‌که در راستای تأمین اصول عدالت باشد، می‌توان توجیه کرد. به این ترتیب، کاهش فقر نیز جز با حمایت اقشار ضعیف و آسیب‌پذیر جامعه به صورت هدفمند و مستمر امکان‌پذیر نیست. به همین دلیل، رویکرد قابلیت‌برافزایش‌توان‌مندی‌های زنان، کودکان و معلولان جامعه که به طور کلی، از آسیب‌پذیرترین اقشار در جامعه هستند، تأکید دارد. محروم شدن زنان از حق اشتغال یا سهم نابرابر آن‌ها در ورود به بازار کار و به‌کارگیری سیاست‌های خیریه‌ای همانند کمک‌هزینه‌های ناچیزی که بعضی نهادهای حمایتی می‌دهند، تنها درمان موقتی برای فقر زنان است و نمی‌تواند راهکاری مؤثر برای رفع فقر در طول زمان باشد.^۱

بند چهارم. اصل گشایش در حقوق اداری

گشایش به این معناست که اقداماتی که دولت برای انجام وظایف خود در پیش می‌گیرد، تا حد ممکن شفاف باشد و مشارکت بخش عمومی را به همراه داشته باشد، به گونه‌ای که اعتماد جامعه به نهادهای عمومی را تقویت کند. این اصل شامل اقداماتی است که عبارتند از:

۱. فراهم کردن شرایط دسترسی به اطلاعات بخش دولتی بنا بر خواست و ابتکار مقام‌های مربوط؛
۲. فراهم کردن دسترسی به اطلاعات بخش دولتی بنا به درخواست مردم؛
۳. مشارکت دادن مردم از طریق استماع، ملاقات‌های عمومی و نظیر آن؛
۴. مشارکت دادن عموم در تدوین و اجرای سیاست‌ها از طریق حضور در هیئت‌ها و گروه‌های مربوط.

۱. حبیب‌نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی، «الگوی شایسته فقرزدایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر مفهوم آزادی مسئولانه»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، شماره ۲۰، ص ۷.

مشارکت، ابزاری مهم برای جمع‌آوری دانش تخصصی و اطمینان‌یابی از وضع مقررات پاسخ‌گوست. با فراهم آوردن فرصت اظهار نظر برای طرف‌های ذی‌نفع در خصوص گزینه‌های مختلف، این امکان به وجود می‌آید که سیاست‌های دولت مطابق با خواسته‌های طرفین ذی‌نفع باشد و نه تنها باعث افزایش اجماع می‌شود، بلکه پای‌بندی به گزینه نهایی انتخاب‌شده را نیز افزایش می‌دهد. از این رو، مشارکت با افزایش کیفیت مقررگذاری و پذیرش بیش‌تر نتیجه آن، نقش مهمی در مشروعیت بخشیدن ایفا می‌کند.^۱

یکی از ابعاد حمایت از شهروندان در نظام اداری، مشارکت دادن ایشان در تصمیم‌گیری‌های سرنوشت‌ساز است. این امر، احساس مشارکت را در مخاطبان تصمیم‌های اداره بالا می‌برد و به مشروعیت بخشی و پذیرش این تصمیم‌ها در جامعه کمک می‌کند.

نتیجه‌گیری

امروزه پس از گذشت دو دهه از طرح دکترین «مسئولیت حمایت» و رسمیت یافتن آن در سند اجلاس سران دولت‌های جهان در سال ۲۰۰۵، تردیدی وجود ندارد که جامعه بین‌المللی این نظریه را به عنوان یک هنجار بین‌المللی پذیرفته است، به این امید که با تبعیت از آن، به تدریج، کشورها، «مسئولیت حمایت» را یک الزام حقوقی تلقی کنند تا از طریق آن بتوان وقوع مجدد فجایع انسانی را به حداقل رساند. دکترین «مسئولیت حمایت»، نگرشی جدید به موضوعات چالش‌برانگیز «مداخله بشردوستانه»؛ یعنی مسئله حاکمیت، اصل عدم مداخله و منع توسل به زور دارد و ضمن احترام به این مفاهیم، توجه جامعه جهانی را از دولت‌ها، به سمت قربانیان اصلی مخاصمات جلب می‌کند. امروزه دیگر دولت‌ها بر «حقوق مداخله» تأکید نمی‌کنند، بلکه ادبیات آن‌ها به «تعهد و مسئولیت» تبدیل شده است. با این حال، حوادث ناگواری که ظرف چند سال اخیر در جهان اتفاق افتاده، این واقعیت را آشکار ساخته است که امنیت فقط با ساخت و پرداخت مفاهیم ایجاد نمی‌شود. نظام ملل متحد با آن‌که در مفهوم‌سازی، حرکتی رو به جلو داشته، اما در عمل و در مبارزه با اشکال جدید تروریسم، جنگ‌های داخلی و معضلات فراوان دیگر بسیار کند و ناتوان عمل کرده است. مسئولیت حمایت، دربرگیرنده آرمان حمایت جهانی از حقوق بشر به عنوان «آن‌چه باید باشد» است، ولی

۱. بیدار، زهرا، «تأملی بر جایگاه و آثار اصل گشایش در حقوق اداری مدرن»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره نهم، شماره ۲۹، ص ۲۰.

اجرای آن در جهان واقعی، متأثر از اراده دولت‌هاست و همواره با خطر «ذهنیت‌گرایی یا تفسیر به رأی» مواجه خواهد بود. ساختار حقوق بین‌الملل به گونه‌ای است که مجریان آن، دولت‌های حاکم هستند و اختلاف نظرهایی که دولت‌ها در میزان تعهداتشان به «مسئولیت حمایت» دارند، در عمل منجر به اجرای نادقیق این نظریه و ناکارآمدی آن برای حل بحران‌های انسانی شده است.

به نظر می‌رسد که قالب مفهوم دکترین «مسئولیت حمایت»، نظیر همان گفتمان «مظلوم‌محوری» انقلاب اسلامی است که به پیروی از احکام الهی، در نظام حقوقی (قانون اساسی) جمهوری اسلامی ایران با عنوان اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان» تبلور یافته است. بر اساس مبانی دین اسلام، به استناد ادله نقلی و عقلی، حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان، وظیفه دولت اسلامی است که طیف وسیعی از رفتارها و اقدامات را شامل می‌شود که نقطه آغازین آن می‌تواند یک ابراز نگرانی ساده و واکنش شدید آن، جهاد مسلحانه (اقدام نظامی) باشد.

از نظر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، دایره شمول اصل «حمایت از ستم‌دیدگان جهان» از نظر ویژگی مردمی که هدف حمایتند و نوع حمایت، نسبت به دامنه و حدود دکترین «مسئولیت حمایت»، متفاوت و در مواردی، گسترده‌تر است. اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان»، حمایت از انسان‌ها را فقط به حمایت در مقابل جرایم «نسل‌زدایی، جنایت جنگی، پاک‌سازی قومی و جنایت علیه بشریت» محدود نکرده، بلکه ممکن است یک نقض ساده حقوق بشری، در دایره شمول این اصل قرار گیرد. از نظر دکترین «مسئولیت حمایت»، همه ابنای بشر بدون توجه به ملیت و مذهب آن‌ها، هدف حمایت هستند. به نظر می‌رسد در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حمایت از مسلمانان ستم‌دیده، مقدم بر دیگران است. از این رو، اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان» را در هر یک از ابعاد مسئولیت؛ «پیش‌گیری، واکنش و بازسازی» و اجرای آن را در هر یک از اشکال مداخله، یعنی «سیاسی، اقتصادی و نظامی» باید به صورت جداگانه، سنجش و تفسیر کرد. به نظر می‌رسد که دکترین «مسئولیت حمایت» از یک سازوکار بین‌المللی برخوردار است، اما اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان» که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است، سازوکار مشخصی برای اجرا ندارد و همین امر می‌تواند به ناکارآمدی آن بیانجامد. محیط اجرای اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان»، نظام بین‌المللی است و اجرای

این اصل با موانع و محدودیت‌هایی روبه‌روست. از مهم‌ترین چالش‌های مفهومی و اجرایی اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان»، تعارض این اصل با اصل «حاکمیت دولت‌ها» و اصل «عدم مداخله» است؛ زیرا بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل معاصر، مداخله نظامی یک‌جانبه در دیگر کشورها، بدون مجوز شورای امنیت ممنوع است. از این رو، در نظام بین‌الملل معاصر، دولت جمهوری اسلامی ایران برای اجرای اصل «حمایت از مسلمانان و مستضعفان جهان»، نیازمند استناد به معیارهای انسانی جهان‌شمول و قابل رصد در اسناد حقوق بشری است. از سوی دیگر، اجرای اصل «حمایت از مستضعفان جهان»، مستلزم برخورداری از امکانات خاص از قبیل ظرفیت‌های سیاسی، اقتصادی و توان نظامی است که فراهم آمدن این شرایط، تنها با همکاری مؤثر جامعه بین‌المللی میسر خواهد شد.

به نظر می‌رسد که اگر مفاهیم و اهداف دکترین «مسئولیت حمایت» با مفاهیم مشابه آن در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، بدون پیش‌داوری غیر واقع‌بینانه و با توجه به واقعیت‌های دنیای معاصر، سنجش و تفسیر شود، از ظرفیت‌های آن برای کارآمدی حکومت در حمایت از شهروندان خود و نیز حمایت از دیگر افراد ستم‌دیده در اقصی نقاط جهان به ویژه مسلمانان می‌توان بهره گرفت.

فهرست منابع

۱. کتاب

۱. اسدی، مسلم، چگونگی رعایت اصل برابری و ممنوعیت تبعیض ناروا در حقوق اداری ایران، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۹۱.
۲. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۹.
۳. حقیقت، سید صادق، مبانی اندیشه سیاسی در اسلام، قم: دانشگاه مفید، ۱۳۹۹.
۴. عالم تبریز، اکبر و همکاران، طرح ارتقا و کرامت مردم در نظام اداری، تهران: دفتر آموزش و پژوهش استانداری، ۱۳۸۷.
۵. عباسی، بیژن، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ۱۳۸۹.
۶. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (دفتر اول)، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۳.
۷. کارولین برو، سوزان، آغاز تغییر گفتمان مسئولیت حمایت در حقوق بین‌الملل، ترجمه: محمدرضا حسینی و صادق جعفرزاده دارابی، تهران: دانشگاه دفاع ملی و تحقیقات راهبردی، ۱۳۹۷.
۸. مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، چاپ اول، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵.

۲. مقاله

۱. اصغری شورستانی، محمدرضا و محمدامین ابریشمی‌راد، «بررسی تطبیقی نظریه مسئولیت حمایت از منظر حقوق اسلام و غرب»، مجله اندیشه‌های حقوق عمومی، ۱۴۰۱، سال یازدهم، شماره ۲۱.
۲. امامی، محمد و حمید شاکری، «حکمرانی خوب و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۲.
۳. آل سید غفور، سید محسن و آلیس طالقانی‌زاده، «اهمیت عنصر برابری فرصت‌ها در سند الگوی اسلامی-ایرانی پیشرفت»، مجله اسلام و علوم اجتماعی، ۱۴۰۰، شماره ۲۵.
۴. بیدار، زهرا، «تأملی بر جایگاه و آثار اصل گشایش در حقوق اداری مدرن»، فصل‌نامه حقوق

اداری، ۱۴۰۰، دوره نهم، شماره ۲۹.

۵. تاری وردی، صادق و محمدعلی فلاحزاده، «نقش رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در توسعه اصول حقوق اداری از منظر حقوق بشر»، فصل نامه حقوق پزشکی، ویژه نامه حقوق بشر و شهروندی، ۱۳۹۹.

۶. جاوید، محمدجواد و عقیل محمدی، «ارزیابی قابلیت اجرایی اصل ۱۵۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در حقوق بین الملل معاصر»، فصل نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۵، دوره چهل و ششم، شماره ۱.

۷. حبیبزاده، توکل و علی اصغر فرج پور اصل مرندي، «کرامت انسانی و ابتدای حقوق بشری و شهروندی مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر آن»، مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۵، دوره ۴۶.

۸. حبیبزاده، توکل، «جهاد در مسئولیت به مفهوم اصل حمایت»، مجله حقوق عمومی، ۱۳۹۵، سال اول، شماره ۱.

۹. حبیبزاده، محمدجعفر و اسماعیل رحیمی نژاد، «کرامت انسانی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله پژوهش های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۵، دوره یازدهم، شماره ۵۴.

۱۰. حبیب نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی، «الگوی شایسته فقرزدایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با تأکید بر مفهوم آزادی مسئولانه»، فصل نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، شماره ۲۰.

۱۱. حبیب نژاد، سید احمد و مرضیه سلمانی، «نسبت سنجی نظریه دولت رفاه و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در حوزه فقرزدایی»، فصل نامه پژوهش های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۵.

۱۲. خانی والی زاده، سعید، «بررسی ارتباط رعایت حقوق دفاعی افراد و کرامت انسانی افراد در حقوق اداری ایران و فرانسه»، فصل نامه حقوق اداری، ۱۳۹۷، سال پنجم، شماره ۱۴.

۱۳. دعاگو، حسین و سید محمد هاشمی، «جایگاه حقوق شهروندی کرامت مدار در دکترین مسئولیت حمایت در پرتو حقوق بین الملل»، پژوهش های اخلاقی، ۱۳۹۸، سال نهم، شماره ۴.

۱۴. زارعی، محمدحسین و مجید نجارزاده هنجنی، «مفهوم خدمات عمومی و تحول آن در پرتو دکترین کارکرد عمومی»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، سال نوزدهم، شماره ۵۶.

۱۵. زمانی، سید قاسم و سورنا زمانیان، «جایگاه دکترین مسئولیت حمایت در بحران روسیه»،

فصل‌نامه مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۵، دوره چهل و ششم، شماره ۳.

۱۶. عبداللهی، محسن و شقایق اعطاسی، «مسئولیت حمایت در آینه عمل: تحلیلی تطبیقی. فازی اجرای مسئولیت حمایت»، سال‌نامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۴۰۰، شماره ۷.

۱۷. عسکری، یدالله، «مقارنه‌گفتمان انقلاب اسلامی و مبانی اخلاقی مسئولیت حمایت»، دو فصل‌نامه علمی و پژوهشی پاسداری فرهنگی انقلاب اسلامی دانشگاه امام حسین (ع)، ۱۳۹۴، سال پنجم، شماره ۱۱.

۱۸. فلسفی، هدایت‌الله، «شورای امنیت سازمان ملل متحد در برزخ میان ضرورت «اقدام مؤثر» و لزوم تعریف و رعایت «حکومت قانون»»، سال‌نامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، ۱۴۰۰، شماره ۷.

۱۹. گرجی‌ازندریانی، علی‌اکبر و نیک‌زاد مرادی، «برابری در استفاده از خدمات عمومی در آرای دیوان عدالت اداری»، مجله حقوق اداری، ۱۳۹۳، سال دوم، شماره ۵.

۲۰. محمد جلالی، فروغ حیدری، «اصل برابری ورود به خدمات عمومی در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، فصلنامه رأی دوره سوم پاییز ۱۳۹۳ شماره ۳ (پیاپی ۸)، ص ۴۸.

۲۱. محمدی، عقیل و مهرداد حلال‌خور، «دکترین مسئولیت حمایت: شکاف میان انتظارات و واقعیت‌ها»، فصل‌نامه علمی مطالعات روابط بین‌الملل، ۱۴۰۰، دوره پنجاه و سوم، شماره ۱۴.

۲۲. ناصحی، میثم و همکاران، «مسئله‌یابی اصل برابری در توزیع خدمات شهری در رویه قضایی (مورد مطالعه: آرای دیوان عدالت اداری)»، مجله توسعه پایدار محیط جغرافیایی، ۱۴۰۱، دوره چهارم، شماره ۴.

۲۳. نجف‌پور، شعبان و علی‌رضا داداش‌زاده، «کرامت انسانی، نظام اداری و سرمایه اجتماعی»، مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری و مبارزه با فساد، ۱۳۹۴، سال هشتم، شماره ۷۳.

۲۴. نجفی‌اسفاد، مرتضی، «بررسی حقوقی دکترین «مسئولیت حمایت» در حقوق بین‌الملل»، در: جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌المللی در قرن ۲۱ (مجموعه مقالات در تجلیل دکتر محمدرضا ضیایی بیگدلی)، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۲.

۲۵. ویژه، محمدرضا و مرتضی نجابت‌خواه، «تحلیل مفهوم تبعیض ناروا با تأکید بر رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، شماره ۶۷.

۲۶. ویژه، محمدرضا، «تضمین و حمایت از حق‌های مکتسب در حقوق اداری ایران و رویه قضایی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال هشتم، شماره ۲۶.

اعمال حاکمیت و تصدی دولت در خصوص میراث فرهنگی در پرتو اصل ۸۳ قانون اساسی

حسین علایی^۱

چکیده

هدف از این تحقیق، تبیین تمایز اعمال حاکمیتی و تصدی دولت در حوزه میراث فرهنگی در پرتو اصل هشتاد و سوم قانون اساسی است. قانون مدیریت خدمات کشوری، حفاظت از میراث فرهنگی را جزو اعمال حاکمیتی دولتی قرار داده است. ماده ۱۱۵ قانون محاسبات عمومی (مصوب ۱۳۶۶)، علاوه بر تکرار ممنوعیت نقل و انتقال نفایس ملی، آثار و بناهای تاریخی را نیز غیر قابل انتقال می‌داند.

اصل هشتاد و سوم قانون اساسی، ممنوعیت نقل و انتقال را صرفاً در مورد میراث فرهنگی بیان کرده است که جزو نفایس ملی باشند. در قوانین عادی، نفایس ملی تعریف نگردیده و معیاری نیز ارائه نشده و تشخیص این امر بر عهده کارگروه در اداره میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی است. اصل غیر قابل انتقال بودن نفایس ملی مطلق نیست، بلکه امکان انتقال نفایس ملی با اجازه مجلس شورای اسلامی، به استثنای نفایس ملی منحصر به فرد وجود دارد. از نظر ماهوی، نظارت، حفظ، احیا و معرفی میراث فرهنگی، عملی حاکمیتی است، اما برخی از اقدامات دولت در این حوزه، ماهیت تصدی‌گری دارد که تفکیک آن‌ها در هر مورد، نیازمند بررسی قوانین و مقررات مرتبط است. این تحقیق با روش توصیفی - تحلیلی انجام می‌شود.

کلیدواژه‌ها: میراث فرهنگی، اعمال حاکمیت، اعمال تصدی، قانون اساسی، نفایس ملی.

۱. استادیار و عضو هیأت علمی گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. alae1364@yahoo.com

مقدمه

امروزه در همه کشورهای دنیا، میراث فرهنگی، حوزه حاکمیتی دولت‌هاست. این حوزه شامل نگه‌داری و هر نوع بهره‌برداری از میراث فرهنگی در راستای منافع عمومی است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل هشتاد و سوم را به موضوع میراث فرهنگی اختصاص داده و تکالیف دولت را در این مورد بیان کرده است. این اصل چنین مقرر می‌دارد: «بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد، قابل انتقال به غیر نیست، مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی، آن هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد». اصل هشتاد و سوم قانون اساسی به جای عبارت «میراث فرهنگی» از واژه مبهم «نفایس ملی» استفاده کرده است. در ماده ۱۱۵ قانون محاسبات عمومی کشور در بیان ممنوعیت نقل و انتقال اموال غیر منقول دولتی به صراحت به بناها و آثار تاریخی اشاره شده است. در بند «ط» ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶)، نگه‌داری میراث فرهنگی، عملی حاکمیتی تلقی شده است. بنا بر این، از دیدگاه قوانین کنونی کشور، نگه‌داری از اموال فرهنگی از اعمال حاکمیتی دولتی است و دولت حق ندارد این وظیفه را به شخص دیگری واگذار کند. با این حال، همه امور مربوط به میراث فرهنگی از جمله اعمال حاکمیتی محسوب نمی‌شود و دولت می‌تواند بخشی از این امور را به دلیل ماهیت تصدی‌گری آن و در راستای توسعه گردشگری به اشخاص خصوصی واگذار کند.

موضوع «بررسی اعمال حاکمیت دولت بر میراث فرهنگی در پرتو اصل ۸۳ قانون اساسی» کاملاً بدیع است و تاکنون پژوهشی در این زمینه انجام نشده است. مسئله مقاله حاضر این است که اولاً موارد اعمال حاکمیت دولت بر میراث فرهنگی کدام است و اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری دولت در میراث فرهنگی چه وجه تمایزی با یکدیگر دارند؟ ثانیاً معیارهای تعیین نفیسه مورد نظر اصل ۸۳ قانون اساسی و جایگاه آن در میراث فرهنگی چیست؟

فرضیه‌های پژوهش عبارتند از:

- یک- اعمال حاکمیتی دولت در خصوص میراث فرهنگی، موارد متعددی هم‌چون قانون‌گذاری، نظارت بر کاوش و حفاری، حفاظت از آثار ملی، ثبت بناها و آثار تاریخی را دربرمی‌گیرد.
- دو- در بیش‌تر موارد، دخالت دولت در حوزه میراث فرهنگی جزء اعمال حاکمیتی به حساب می‌آید،

مگر در مواردی که دولت با انگیزه اقتصادی و کسب سود و درآمد وارد عمل شود. در این صورت، دولت اعمال تصدی‌گری می‌کند، مانند تشکیل موزه‌ها.

سه - در حال حاضر، شاخص معینی برای تعیین نفیسه بودن بناها و اموال دولتی و تعریف مشخصی از این واژه در اصل ۸۳ قانون اساسی ارائه نشده و مرجع تشخیص این آثار، وزارت میراث فرهنگی کشور است.

در مطالعه و بررسی موضوع مورد بحث از روش ترکیبی توصیفی - تحلیلی استفاده شده است. برای بررسی و بیان مسئله پژوهش از شیوه کتاب‌خانه‌ای و منابع مکتوب نظیر کتاب، مقاله، پایان‌نامه، اسناد، قوانین و مقررات، مطبوعات و اینترنت بهره گرفته‌ایم.

گفتار اول. مفهوم میراث فرهنگی

در این گفتار، مفهوم میراث فرهنگی را در اسناد بین‌المللی و قوانین ایران بررسی می‌کنیم.

بند اول. تعریف میراث فرهنگی

«میراث^۱ را می‌توان به عنوان یادگاری از گذشتگان تعریف نمود که انسان هم اکنون با آن زندگی می‌کند و سپس آن را به نسل‌های بعد می‌سپارد تا از آن بیاموزند، شگفت‌زده شده و لذت ببرند».^۲ در دست‌یابی به یک تعریف عام برای میراث فرهنگی لازم است به معیارهای مشخصی توجه شود. سه معیار اصلی که پیشنهاد می‌کنیم، عبارتند از: شیئیت، قدمت و پیام انسانی. این معیارها می‌توانند ما را به این مضمون نزدیک کنند که «هر پدیده‌ای (اعم از منقول و غیر منقول و آن‌چه میراث مادی و معنوی خوانده می‌شود) که قدمتی دارد (طول این قدمت نسبی است) و واجد پیامی انسانی است (یا چیزی از انسان‌های گذشته برای عرضه دارد)، شایسته است که به عنوان «میراث فرهنگی» خطاب گردد».^۳

۱. در انگلیسی، اصطلاحاتی چون Property و Heritage, Cultural Heritage, Relics, Remains, Patrimony به کار می‌آیند.

۲. نک: غنی کله‌لو، کیوان، جرایم علیه میراث فرهنگی (مطالعه تطبیقی)، تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور، تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۶.

۳. حجت، مهدی، میراث فرهنگی در ایران، تهران: سازمان میراث فرهنگی، ۱۳۸۰، صص ۸۱-۹۰.

میراث فرهنگی، دارایی‌های ملموس و ناملموس یک گروه یا جامعه است که از نسل‌های گذشته به ارث رسیده است.^۱ در یک تعریف جامع و کاربردی: «میراث فرهنگی شامل فرهنگ ملموس (مانند ساختمان‌ها، بناها، مناظر، کتاب‌ها، آثار هنری و مصنوعات)، فرهنگ ناملموس (مانند فولکلور، سنت‌ها، زبان و دانش) و میراث طبیعی (شامل مناظر مهم فرهنگی و تنوع زیستی) است».^۲

بند دوم. تعریف میراث فرهنگی در قوانین ایران

قانون‌گذار ایران برای رفع مشکلات موجود در راه حفظ آثار ملی، قوانین و مقررات متعددی وضع کرده است. در این قوانین پراکنده بنا بر موقعیت‌های متفاوت، واژه‌های خاصی به کار رفته است. «آثار ملی، اشیای عتیقه، اموال فرهنگی، آثار تاریخی، آثار باستانی، میراث فرهنگی، نفایس ملی، آثار هنری، اموال فرهنگی و تاریخی، بناهای تاریخی، ثروت‌های ملی، میراث ملی، آثار صنعتی و امکانه طبیعی» از جمله کلمات و عباراتی است که در قوانین استفاده شده است.

ماده ۱ قانون راجع به حفظ آثار ملی (۱۳۰۹) که به «قانون عتیقات» نیز معروف شده، نخستین قانونی است که با جامعیت نسبی به وجوه مختلف میراث فرهنگی نظر انداخته است. این قانون در بیان مفهوم «میراث فرهنگی» از عنوان «آثار ملی» به این شرح یاد کرده است: «کلیه آثار صنعتی، ابنیه و اماکنی که تا پایان دوره زندیه در مملکت ایران احداث شده، اعم از منقول و غیر منقول، با رعایت ماده ۳ این قانون، تحت حفاظت و نظارت دولت بوده و می‌تواند جزء آثار ملی محسوب شود».

استفاده از عبارت «تا پایان دوره زندیه»، این نتیجه را در برداشت که این تعریف فقط قید زمانی «اختتام سلسله زندیه» را ملاک عتیقه بودن دانسته و وجود هرگونه ارزش و نفاست هنری و زیباشناختی را نادیده انگاشته است، غافل از آن که عامل قدمت تنها عامل به وجود آورنده نفاست و ارزش نیست.^۳ این قانون، آثار ملی مانند بناها، ساختمان‌ها یا اشیایی را در برنمی‌گرفت که از زمان

1. Logan, S. William, Closing Pandora's Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage, In Silverman, Helaine; Ruggles, D. Fairchild (eds.), *Cultural heritage and human rights*, New York, NY: Springer. 2007, p. 34.

2. Sullivan, Ann Marie, *Cultural Heritage & New Media: A Future for the Past*, 15 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 604, 2016.

۳. صمدی رندی، یونس، مجموعه قوانین، مقررات، آیین‌نامه، بخش‌نامه‌ها و معاهدات میراث فرهنگی کشور، تهران: سازمان میراث فرهنگی کشور، معاونت معرفی و آموزش، ۱۳۷۷، صص ۳۹ و ۸۹.

قاجاریه به بعد ساخته شده بود. به همین دلیل، قانون‌گذار در قانون ثبت آثار ملی (۱۳۵۲)، مفهوم «میراث فرهنگی» را توسعه بخشید. در همین راستا، تمام آثار غیر منقولی را که از نظر تاریخی یا شئون ملی اهمیت داشتند، صرف نظر از تاریخ ایجاد و پیدایش، با تصویب شورای وزارت خانه مربوط جزء آثار ملی قلمداد کرد تا به ثبت برسند. با تصویب این قانون، امکان ثبت آثار فرهنگی - تاریخی متعلق به دوره قاجار و حتی دوران معاصر فراهم شد.^۱

قانون‌گذار ایران با تصویب قانون اساسی سازمان میراث فرهنگی کشور (۲۸ تیر ۱۳۶۷)، آخرین و جدیدترین تعریف قانونی را در خصوص شناسایی میراث فرهنگی کشور ارائه کرد. مطابق ماده یک این قانون: «میراث فرهنگی شامل آثار باقی مانده از گذشتگان است که نشانگر حرکت انسان در طول تاریخ می باشد و با شناسایی آن، زمینه شناخت هویت و خط حرکت فرهنگی او میسر می گردد و از این طریق، زمینه های عبرت برای انسان فراهم می آید...». این تعریف از میراث فرهنگی، تعریف علمی نیست و «فاقد معیارهای مشخص برای تشخیص اثر ملی است و این تشخیص را به نظرات کارشناسی منوط کرده است که غالباً با یکدیگر متفاوت و بعضاً متناقض هستند».^۲

با جمع قوانین و مقررات مربوط، برای این که یک اثر در فهرست آثار ملی قرار گیرد، باید زمان پیدایش آن تا «قبل از اتمام سلسله زندیه» باشد. در خصوص اموال تاریخی غیر منقول فرهنگی بر مبنای ماده واحد قانون ثبت آثار ملی (۱۳۵۲)، صرف نظر از زمان پیدایش، در صورتی که اثری از لحاظ «اهمیت تاریخی» یا «شئون ملی» یا از منظر «فرهنگی و تاریخی» ارزشمند باشد (بند ۶ ماده ۳ قانون اساسی سازمان میراث فرهنگی کشور، مصوب ۱۳۶۷/۲/۱)، با تصویب شورای عالی میراث فرهنگی می تواند در ردیف میراث فرهنگی کشور ثبت گردد.^۳

۱. صمدی رندی، یونس، میراث فرهنگی در حقوق داخلی و بین الملل، تهران: سازمان میراث فرهنگی کشور، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸.

۲. طبسی، محسن و مجتبی انصاری، «قوانین جزایی حوزه میراث فرهنگی و ضرورت بازنگری در اندیشه ها و روش ها»، مجله اثر، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۳۶ و ۳۷، ص ۲۶۱.

۳. برای تفصیل بحث در این خصوص نک: توسلی نایینی، منوچهر و امیرحسن شادنوش، «ادارسی اداری در حوزه میراث فرهنگی غیر منقول»، دوفصل نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، صص ۱۲۷-۱۳۸.

گفتار دوم. نفیسه ملی در پرتو اصل ۸۳ قانون اساسی

در این گفتار، زمینه تاریخی تصویب اصل ۸۳ قانون اساسی، مفهوم نفایس ملی و مرجع تشخیص آن و نیز نظام حاکم بر انتقال اموال فرهنگی و تاریخی در نظام داخلی کشور بحث می‌گردد.

بند اول. پیشینه اصل ۸۳ قانون اساسی

در قانون اساسی مشروطه، اصلی متناظر اصل ۸۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد. این اصل در جلسه سی و سوم مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به این شکل قرائت گردید: «بناها و اموال دولتی که از نفایس ملی باشد، قابل انتقال به غیر نیست، مگر به تصویب دوسوم نمایندگان مجلس شورای ملی به شرط آن که از نفایس منحصر به فرد نباشد».^۱ برای سخت‌تر کردن شرایط نقل و انتقال آثار نفیس ملی، قید دیگری علاوه بر تصویب مجلس شورای ملی پیشنهاد شده بود که در صورت تصویب دوسوم نمایندگان مجلس شورای ملی، مجوز انتقال صادر شود.^۲ در رأی‌گیری این جلسه، متن یادشده تصویب نشد، اما مقرر گردید که بررسی آن به جلسه آتی موکول گردد.^۳ در جلسه سی و چهارم بدون قرائت پیش‌نویس که در جلسه قبل بحث شده بود، متن کنونی اصل ۸۳ قانون اساسی با حذف شرط تصویب دوسوم نمایندگان مجلس شورای ملی به تصویب رسید. در بازنگری اصل ۸۳ قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، تنها تغییری که صورت گرفت، حذف مجلس شورای ملی و جای‌گزینی نام جدید «مجلس شورای اسلامی» بود.

اصل ۸۳ کنونی قانون اساسی مقرر می‌دارد: «بناها و اموالی دولتی که از نفایس ملی باشد، قابل انتقال به غیر نیست، مگر با تصویب مجلس شورای اسلامی آن هم در صورتی که از نفایس منحصر به فرد نباشد».

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد اول تا سی و یکم) تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴، طرح اصل ۶۴، ص ۸۵۹.

۲. همان، ص ۱۲۶۴.

۳. همان، صص ۸۵۹-۹۶۰.

بند دوم. مفهوم نفایس ملی

با توجه به این که در هیچ یک از قوانین و مقررات مربوط، تعریفی از «نفایس» و هم چنین «نفایس منحصر به فرد» ارائه نشده، یکی از راه‌های فهم معنای این واژه، مراجعه به پیش‌نویس مذاکرات اصل ۸۳ قانون اساسی است. آیت‌الله سید محمد حسینی بهشتی، معیار برخورداری از «ارزش فرهنگی» را ملاک نفیس بودن اموال و بناهای مندرج در اصل ۸۳ قانون اساسی دانسته است.^۱ هم چنین از سخنان وی و دیگر نمایندگان در جریان تصویب اصل ۸۳ قانون اساسی می‌توان ملاک دیگری را برای تشخیص نفایس ملی به کار گرفت که «باید معرفی کننده و نشان دهنده فرهنگ ایرانی و اسلامی باشد».^۲ با توجه به مذاکرات پیش‌نویس به نظر می‌رسد که نفایس ملی صرفاً محدود به اموال فرهنگی و تاریخی نیست.

در خصوص معنای «نفایس منحصر به فرد»، آیت‌الله بهشتی در خصوص امکان انتقال نفایس ملی به موزه‌های دنیا برای نمایش فرهنگ ایرانی - اسلامی صرفاً نفایسی را قابل انتقال می‌داند که دارای نمونه دیگری باشد. بنا بر این، هر اثر تاریخی و فرهنگی و دیگر آثاری که تنها یک نمونه از آن وجود دارد، نفایس منحصر به فرد به حساب می‌آیند.^۳

اصل ۸۳ قانون اساسی، نفایس ملی را به اموال دولتی محدود کرده است. از این رو، از ظاهر اصل استنباط می‌گردد که اموال عمومی یا اموال شخصی افراد که واجد ارزش تاریخی و فرهنگی است، در زمره نفایس ملی تلقی نشده است.^۴ با این حال، در مذاکرات پیش‌نویس این اصل، در بیان مصادیق نفایس ملی به مواردی چون بناهای تاریخی، مشترکات عمومی و تپه اشاره شده که شامل اموال عمومی نیز می‌شود.^۵ به نظر می‌رسد با توجه به تعریفی که در «آیین‌نامه اموال دولتی، مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷» از اموال دولتی صورت گرفته است،^۶ تفسیر اموال دولتی مندرج در این اصل به اموال عمومی و اموال شخصی ایراد

۱. همان، اظهارات بهشتی، ص ۸۵۹.

۲. همان، اظهارات بهشتی، طاهری اصفهانی و کیانوش، صص ۸۵۶، ۸۵۷ و ۸۵۹.

۳. همان، اظهارات بهشتی، صص ۸۵۶ و ۸۵۷.

۴. برای دیدن تفاوت بین اموال دولتی و اموال عمومی نک: کاتوزیان، ناصر، حقوق اموال و مالکیت، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۶۸.

۵. اظهارات ضیایی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۸۵۷.

۶. «اموال دولت، اموالی است که توسط وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق

اساسی وجود دارد. بنا بر این، نفایس ملی در وضعیت کنونی شامل بنایی نمی شود که مالکیت عمومی دارد یا اشخاص حقیقی یا اشخاص حقوقی حقوق خصوصی آن را در تملک دارند.^۱

نظر به این که مجموعه نفایس ملی در اختیار دولت است، به سختی می توان ضوابط کاملاً مشخصی برای نفاست تعیین کرد. البته قانون راجع به حفظ آثار ملی (۱۳۰۹)، آثار ملی را تعریف و دولت را مکلف به تهیه فهرست آن ها برای اطلاع عامه کرده است. به هر حال، ابتکار عمل در این خصوص همواره با دولت است و نظارت مجلس به نمایندگی از طرف ملت در حفظ آثار و نفایس ملی بر کار دولت، با وجود این قانون از استحکام قابل توجه برخوردار است، مگر آن که قانون خاص دیگری برای آن به تصویب برسد.^۲

در آیین نامه اجرایی ماده ۱۱ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، سازمان میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری، مرجع تشخیص نفایس ملی تعیین شده، اما در آیین نامه، هیچ معیار و ملاکی برای تشخیص نفیسه بودن اموال و بناهای ارائه نگردیده است. مطابق با تصویب نامه هیئت وزیران با عنوان «اصلاح تبصره الحاقی ماده ۸ آیین نامه اجرایی ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت به شماره ۱۶۵۱۸/ت/۳۱۰۸۸ مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۸» مقرر گردید: «مرجع تشخیص اموال و بناهای دولتی که از نفایس ملی می باشند، سازمان میراث فرهنگی و گردشگری است». در این راستا، کمیته ای در وزارت میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری تحت عنوان «کمیته تشخیص نفایس ملی» تشکیل شد.

بند سوم. نقل و انتقال نفایس ملی و محدودیت های آن

حکم کلی خرید و فروش اموال دولتی در ماده ۱۱۵ قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ مجلس شورای اسلامی مقرر شده است. مطابق این ماده، فروش اموال غیر منقول وزارت خانه و

قانونی دیگری به تملک دولت درآمده و یا درمی آید».

۱. در مذاکرات پیش نویس این اصل به حصر موضوع اصل ۸۳ به بناها و اموال دولتی و عدم ذکر اموال و بناهای متعلق به افراد اشاره شد. (اظهارات فاتحی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، صص ۸۸۹ و ۸۹۰).

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۶، ص ۱۹۴.

مؤسسات که مازاد بر نیاز است، مجاز است، به استثنای اموال غیر منقول از جمله: اموال غیر منقولی که نفایس ملی باشند (بند ۱) و آثار و بناهای تاریخی (بند ۳). در ماده ۱۱۴ همین قانون درباره «واگذاری حق استفاده از اموال غیر منقول دولت (که شامل نفایس ملی نیز می‌گردد)» مقرر داشته که واگذاری حق استفاده از نفایس دولتی از سوی هر یک از وزارت خانه و یا مؤسسات دولتی به دیگر وزارت خانه و مؤسسات مجاز است. بنا بر این، دولت در زمینه واگذاری حق استفاده از نفایس ملی به دیگر نهادهای دولتی به کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی نیاز ندارد. حکم مواد ۱۲۰ و مواد ۱۱۷ تا ۱۱۹ این قانون، جواز واگذاری حق استفاده از اموال دولتی را که جزء نفایس ملی است، به مؤسسات عمومی غیر دولتی و شرکت‌های دولتی تسری داده است.

بند ۳ ماده ۱۷۹ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مقرر داشته است: «فروش بناها و اموال دولتی و نفایس ملی به استثنای نفایس ملی منحصر به فرد که در هر صورت قابل فروش نخواهد بود»، باید با تصویب مجلس شورای اسلامی صورت گیرد. در این بند، بحث انتقال به فروش محدود شده است. از این رو، از نظر آیین‌نامه داخلی مجلس، ممنوعیت انتقال تنها شامل خرید و فروش می‌شود. بنا بر این، انتقال منافع نفایس منحصر به فرد در قالب اجاره شامل حکم کلی اصل ۸۳ قانون اساسی نمی‌گردد. قانون‌گذار در تبصره ۲ بند «د» ماده ۸۸ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت، مصوب ۱۳۸۰/۱۱/۲۷، ضمن جواز اجاره املاک غیر منقول از سوی نهادهای دولتی به اشخاص خصوصی، نفایس ملی را از شمول این حکم استثنا کرده است. به نظر می‌رسد بر خلاف آیین‌نامه داخلی مجلس، رویکرد قانون یادشده این است که هر گونه انتقال نفایس ملی باید با رعایت ترتیبات مقرر در اصل ۸۳ قانون اساسی صورت گیرد.

گفتار سوم. اعمال حاکمیت و تصدی دولت

نظریه اعمال تصدی و حاکمیتی دولت ابتدا بر مبنای نظریه قدرت عمومی در کشور فرانسه تکوین یافته و اصولاً برای توجیه مسئولیت مدنی دولت و تفکیک مراجع قضایی و اداری مطرح شده است.^۱ نخستین تعریف از اعمال تصدی در قوانین ایران، در ماده واحده «قانون تعیین مرجع دعاوی بین افراد و دولت» (مصوب ۱۳۰۷) آمده است که اعمال تصدی را این گونه تعریف می‌کند: «اعمال تصدی،

۱. پورهمایون، علی اصغر، «اعمال حاکمیت و اعمال تصدی»، مجموعه حقوقی، ۱۳۹۱، شماره ۱۷۴، ص ۷۹۱.

اعمالی است که دولت از نقطه نظر حقوقی مشابه اعمال افراد انجام می‌دهد، مانند خرید و فروش املاک... اجاره و امثال آن.» در قوانین برنامه سوم، چهارم و پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به بحث تفکیک اعمال دولت به تصدّی و حاکمیت پرداخته شد.

در حال حاضر، دو مقرر قانونی برای تمیز اعمال حاکمیتی و تصدّی‌گرایانه دولت در نظام حقوقی ایران وجود دارد: قانون مدیریت خدمات کشوری (۱۳۸۶/۷/۸) و قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی.

بر اساس ماده ۸ تا ۱۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، اعمال دولت در پنج دسته کلی: امور حاکمیتی، امور اقتصادی، امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی و امور زیربنایی قرار می‌گیرند. بر اساس ماده ۸، امور حاکمیتی به معنای اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است، منافع آن بدون محدودیت شامل همه قشرهای جامعه می‌شود و بهره‌مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی‌شود و مواردی از قبیل ایجاد فضای سالم برای رقابت، جلوگیری از انحصار و تضییع حقوق مردم از جمله وظایف حاکمیت برشمرده شده است.

در ماده ۱۱ در تعریف امور اقتصادی که پیش‌تر در قوانین از آن تحت عنوان اعمال تصدّی تعبیر می‌گردید، چنین مقرر داشته 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: تصدّی در امور صنعتی، کشاورزی، حمل و نقل، بازرگانی، مسکن و بهره‌برداری از طرح‌های مندرج در ماده ۱۰ این قانون». تصدّی‌های اقتصادی دولت مطابق ماده ۱۵ قانون مدیریت خدمات کشوری با رعایت سیاست اصل ۴۴ قانون اساسی و سیاست‌های ابلاغی از طرف مقام رهبری باید به بخش غیر دولتی واگذار گردد. امور اجتماعی، فرهنگی و خدماتی را که در ماده ۹ این قانون تعریف شده است، در دسته‌بندی کلی اعمال حاکمیتی دولت می‌توان قرار داد.

قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی بدون توجه به تفکیک اعمال حاکمیت از اعمال تصدّی صرفاً چگونگی تقسیم فعالیت‌ها بین بخش دولتی و غیر دولتی را با به کار بردن معیار سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت عنوان کرده است.^۱ بر اساس تکلیف مقرر در بند (الف) و (ب) ماده

۱. شیروی، عبدالحسین و نرگس سراج، «چگونگی تفکیک اعمال حاکمیت و تصدّی در صنعت نفت، نهادهای متولی و رابطه آن‌ها»، دوره پنجم، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۶۶۵.

۲ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مبنی بر توسعه بخش غیر دولتی و جلوگیری از بزرگ‌تر شدن بخش دولتی، فعالیت‌های اقتصادی مندرج در گروه ۱ و ۲ (موارد خارج از صدر اصل ۴۴ قانون اساسی)، غیر حاکمیتی و به بیان دیگر در زمره اعمال تصدّی محسوب می‌شود.

دولت ملزم است اعمال تصدّی را که در قانون مدیریت خدمات کشوری تعریف شده است و هم‌چنین فعالیت‌های اقتصادی گروه ۱ و ۲ خارج از صدر اصل ۴۴ قانون اساسی را که غیر حاکمیتی هستند، به بخش غیر دولتی واگذار کند. بخشی از اعمال دولت در ردیف اعمال حاکمیتی هستند، مانند تصدی‌گری‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی، اما انجام شدن آن‌ها باید در قالب واگذاری خدمات دستگاه‌های اجرایی به مدیریت محلی (شهرداری‌ها و دهیاری‌ها)، شبکه‌های حرفه‌ای، بخش خصوصی، تعاونی‌ها، سمن و نهادهای مدنی و خرید خدمت از آن‌ها صورت گیرد.

گفتار چهارم. اعمال حاکمیت دولت بر میراث فرهنگی

منظور از اعمال حاکمیت دولت بر میراث فرهنگی شامل زمینه‌هایی است که دولت، قادر به اعمال صلاحیت و اختیارات حاکمیتی انحصاری است. می‌توان گفت که منظور، اعمال صلاحیت، قدرت و اختیارات ویژه دولت در مورد اداره میراث فرهنگی است که شامل اقدامات حاکمیتی از قبیل قانون‌گذاری، شناسایی، حفاری، ثبت، بهره‌برداری و موارد دیگری است که در صلاحیت انحصاری دولت باشد.^۱

ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشور، حفظ میراث فرهنگی کشور را در زمره اعمال حاکمیتی تعریف کرده است. از ظاهر ماده برمی‌آید که حوزه میراث فرهنگی صرفاً در قلمرو اعمال حاکمیتی دولت قرار دارد. از این رو، بحثی از اعمال تصدی‌گری دولتی در این حوزه باقی نمی‌ماند. با این حال، همان‌طور که در ادامه بحث می‌شود، مصادیقی از اعمال تصدی‌گری دولت در حوزه میراث نیز در قوانین کنونی وجود دارد.

در «کنوانسیون حمایت از میراث فرهنگی و طبیعی جهان (۱۹۷۲)»،^۲ اعمال حاکمیت دولت در حوزه

۱. حضرتی لیلان، اکرم، «بررسی و تعیین میزان مداخله دولت در عرصه میراث فرهنگی»، مجموعه مقالات نسبت دولت و فرهنگ (زیر نظر: رضا صالحی امیری)، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۱.

2. Convention, international protection of the world cultural and natural heritage, 1972.

میراث فرهنگی شامل این موردهاست:

الف) وضع قانون و مقررات در حمایت از میراث فرهنگی و به ویژه منع ورود، صدور و انتقال مالکیت غیر قانونی اموال مهم فرهنگی؛

ب) ایجاد و تکمیل صورت اموال مهم فرهنگی، عمومی و خصوصی بر پایه فهرست ملی حمایت، که صدور آن‌ها موجب فقر محسوس میراث فرهنگی ملی می‌شود؛

ج) تشویق توسعه یا ایجاد مؤسسات علمی و فنی لازم (موزه‌ها، کتاب‌خانه‌ها، بایگانی‌ها و آزمایشگاه‌ها برای تضمین حفاظت و شناساندن اموال فرهنگی؛

د) نظارت بر کاوش‌های باستان‌شناسی، تأمین حفاظت بعضی اموال فرهنگی در محل و حمایت بعضی مناطق که برای تحقیقات آتی باستان‌شناسی اختصاص یافته‌اند.

بر اساس قانون راجع به حفظ آثار ملی، اعمال حاکمیتی دولت بر میراث فرهنگی عبارتند از:

۱. ثبت آثار فرهنگی (ماده ۲ قانون راجع به حفظ آثار ملی و ماده ۶ نظام‌نامه)؛
 ۲. حفر اراضی و کاوش برای استخراج آثار ملی (ماده ۱۱ قانون راجع به حفظ آثار ملی و ماده ۱۲ نظام‌نامه)؛
 ۳. حفظ آثار ملی (ماده ۷ نظام‌نامه)؛
 ۴. تعیین حریم آثار ملی (ماده ۹ نظام‌نامه)؛
 ۵. اخذ خسارت از مرتکبین اعمال زیر: (ماده ۶ قانون راجع به حفظ آثار ملی)
- الف) منهدم کردن یا خرابی وارد آوردن به آثار ملی و مستور ساختن روی آن‌ها به اندود یا رنگ و رسم کردن نقوش و خطوط بر آن‌ها؛
- ب) اقدام به عملیاتی در مجاورت آثار ملی که سبب تزلزل بنیان یا تغییر صورت آن‌ها شود؛
- ه) تملک و معامله بدون اجازه دولت نسبت به مصالح و مواد متعلقه و ابنیه مذکور در فهرست آثار ملی.
- در مجموع، اعمال حاکمیتی دولت در حوزه میراث فرهنگی عبارتند از: مدیریت میراث فرهنگی، قانون‌گذاری، تعیین حریم اموال تاریخی، حفاری، شناسایی و ثبت آثار.

بند اول. مدیریت میراث فرهنگی

مطابق ماده ۱۳۶ قانون برنامه چهارم توسعه، امور حاکمیتی دولت را باید دستگاه‌های دولتی انجام دهند. یکی از مهم‌ترین این امور، مدیریت به ویژه مدیریت فرهنگی و امور مربوط به میراث فرهنگی است که لزوم انجام شدن آن توسط دستگاه‌های دولتی روشن است.

در خصوص مدیریت اموال فرهنگی بین دو دسته از اموال فرهنگی تمایز وجود دارد. نخست، اموال فرهنگی که در مالکیت دولت قرار دارد یا به عبارت دیگر، در زمره اموال دولتی هستند که مدیریت آن از اعمال حاکمیتی است و به صورت انحصاری از طریق وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی انجام می‌گیرد. دولت در مدیریت میراث فرهنگی با محدودیت‌های عمده به ویژه فروش مواجه است. بخش مهم دیگری از میراث فرهنگی، اموالی هستند که در ملکیت اشخاص خصوصی قرار دارد. ملکیت اشخاص خصوصی، نافه برخی اختیارات خاص دولت در زمینه حفظ و مراقبت از این آثار نیست، هر چند مالکیت خصوصی افراد نیز در این زمینه محترم است.

قانون راجع به حفظ آثار ملی در ماده ۵ ضمن احترام به حق مالکیت اشخاص خصوصی نسبت به آثاری که در فهرست ملی به ثبت رسیده‌اند، مقرر داشته است که این اشخاص می‌توانند حق مالکیت یا تصرف خود را حفظ کنند، ولی این کارشان نباید دولت را از اقداماتی باز دارد که برای حفاظت آثار لازم می‌داند.

در صورتی که برای حفظ آثار تاریخی و باستانی، تملک میراث فرهنگی از سوی دولت ضرورت داشته باشد، مطابق با ماده ۳ «قانون خرید اراضی، ابنیه و تأسیسات برای حفظ آثار باستانی و تاریخی، مصوب ۱۳۴۷/۹/۲۶»، دولت می‌تواند آن را با پرداخت بهای عادلانه تملک کند. قیمت‌گذاری در وهله اول بر مبنای توافق بین مالک و دولت و در غیر این صورت، از طریق کمیسیون مقرر شده در ماده ۳ این قانون انجام می‌گیرد.^۱

در خصوص میراث فرهنگی منقول نیز که در ملکیت یا تصرف اشخاص خصوصی است یا به وسیله

۱. مطابق این ماده، قیمت‌گذاری در سطح کشوری به وسیله هیئتی مرکب از وزیر کشور، دادستان کل، رئیس سازمان ثبت اسناد و املاک یا نمایندگان آن‌ها با توجه به نظر کارشناس تعیین خواهد شد. در استان‌ها، این هیئت مرکب خواهد بود از استاندار، رئیس دادگستری استان و مدیرکل ثبت اسناد استان.

اشخاص خصوصی کشف می‌گردد، ترتیباتی از سوی قانون‌گذار برای حفظ این آثار پیش‌بینی شده است. ماده ۹ این قانون، مقرراتی در مورد خرید اموال منقول از مالکان آن‌ها وضع کرده است. مطابق این ماده، هر کس، مالک مال منقولی است که در فهرست آثار ملی به ثبت رسیده باشد. اگر بخواهد آن را به دیگری بفروشد، باید مراتب را به وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی گزارش دهد. اگر دولت بخواهد آن مال را جزء مجموعه‌های دولتی آثار ملی قرار دهد، در شرایط متساوی بر دیگران حق تقدم دارد. اگر دولت قصد تملک مال را نداشته باشد، مالک می‌تواند آن را به دیگری بفروشد، اما پس از انتقال، ظرف ده روز، اسم و محل اقامت مالک جدید را باید به دولت اطلاع دهد. سرانجام، ماده ۱۰ این قانون درباره اموال منقولی که افراد در ملک خود می‌یابند، مقرر می‌دارد که اگر این اموال در فهرست آثار ملی قرار داشته و بر حسب تصادف و اتفاق به دست آمده باشد، دولت می‌تواند با پرداخت حق کشف بر مبنای این ماده، آن مال را تملک کند.

بند دوم. قانون‌گذاری

یکی از راه‌های تثبیت مناسبات اجتماعی، از جمله در امور فرهنگی، قانون‌گذاری است. با این حال، همواره می‌توان فاصله‌ای طولانی را از هنگام تصویب هر قانون تا تثبیت و نهادینه شدن مناسبات پیش‌بینی شده در متن آن و تحقق کامل تغییرات مورد نظر مشاهده کرد.^۱

نخستین گام‌های مربوط به قانون‌مند کردن میراث فرهنگی، در سال ۱۳۰۹ با تصویب قانون راجع به حفظ آثار ملی برداشته شد. در سال ۱۳۱۱ با تصویب نظام‌نامه اجرایی این قانون، این حرکت تداوم یافت، ولی متأسفانه در زمینه قانون‌گذاری یا اصلاح قوانین حوزه میراث فرهنگی، هیچ اتفاق دیگری تا سال ۱۳۴۷ روی نداد. در سال ۱۳۴۷ با تصویب ماده ۱۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی که به امر میراث فرهنگی پرداخته است، نکات جدید و مثبتی وارد قوانین این حوزه شد. تا سال ۱۳۵۷ یعنی تا پیش از انقلاب اسلامی، ماده ۱۲۷ مکرر قانون مجازات عمومی تنها قانون جزایی لازم‌الاجرا در زمینه میراث فرهنگی در کشور ایران به شمار می‌آمد.

با پیروزی انقلاب اسلامی علاوه بر اختصاص یک اصل از قانون اساسی به اهمیت حفظ میراث

۱. مرادی، علی‌رضا و علی رشیدپور، «چالش‌ها و آسیب‌های فراروی فرهنگ و مدیریت فرهنگی»، مجله مهندسی فرهنگی، آذر و دی ۱۳۸۹، شماره ۴۷ و ۴۸.

فرهنگی و نفایس ملی، شورای انقلاب بر لزوم حفظ و توجه به میراث فرهنگی تأکید کرد و با تصویب لایحه قانونی جلوگیری از حفاری‌های غیر مجاز در سال ۱۳۵۸، اقبال نظام انقلابی را به میراث فرهنگی نشان داد. تصویب دو ماده ۴۶ و ۴۷ از قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۶۲ که به میراث فرهنگی اختصاص داشت، این حوزه را نیز مشمول قوانین اسلامی گرداند. کاستی‌ها و نارسایی‌هایی که در بخش‌هایی از این دو ماده به چشم می‌آمد، در بازنگری این قانون در سال ۱۳۷۵ به حداقل رسید. ضمن آن که نکات جدید مطرح شده در این بازنگری، میزان توجه قانون‌گذاران را به اهمیت میراث فرهنگی نشان داد. از ۱۳۷۵ تا امروز، قانون جزایی جدیدی در حوزه میراث فرهنگی به تصویب نرسیده، هر چند قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی و گردشگری، مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۲۳، جدیدترین قانون کشور است.^۱

بند سوم. حفاری

بر اساس ماده ۱۱ قانون راجع به حفظ آثار ملی، حفر اراضی و کاوش برای استخراج آثار ملی، حق انحصاری دولت است و دولت مختار است که این حق خود را مستقیم اعمال کند یا به مؤسسات علمی یا اشخاص یا شرکت‌ها واگذار کند. واگذاری این حق از طرف دولت باید به موجب اجازه‌نامه مخصوص باشد که محل کاوش و حدود و مدت آن را تعیین کند. دولت حق دارد در هر مکان که آثار و علایمی ببیند و مقتضی بداند، برای کشف و تعیین نوع و کیفیت آثار ملی، اقدامات اکتشافی انجام دهد.

بنا بر ماده ۱۲ قانون حفظ آثار ملی، حفاری به دو نوع علمی و تجاری تقسیم می‌گردد. حفاری اگر فقط برای کشف آثار ملی، تحقیقات علمی و کشف اسناد و مدارک تاریخی برای مطالعات باستان‌شناسی باشد، حفاری علمی نامیده می‌شود. ماده ۱۲ نوع دیگری از حفاری را که هدف از آن، تحقیقات و مطالعات علمی نیست، بلکه صرفاً استخراج آثار تاریخی برای اهداف تجاری باشد، به عنوان «حفاری تجاری» به رسمیت شناخته است. اشیای ناشی از حفاری علمی، سهم دولت است و باید در موزه‌ها نگهداری گردد و فروش آن جایز نیست، اما دولت در خصوص اشیای ناشی از حفاری

۱. شریفی، علی‌رضا، «سیاست‌های واگذاری قطعی (بلاعوض یا معوض) اموال غیر منقول»، در: www.saamad.ir/portal/، [/home/?news/64023/82018/87248](http://home/?news/64023/82018/87248)

تجاری می‌تواند بخشی را در موزه نگه‌داری کند و بخشی را نیز به صورت مقتضی نقل و انتقال دهد.^۱

ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) در بیان ضمانت اجرای حق انحصاری دولت در حفاری اموال فرهنگی و تاریخی، هر شکل از حفاری را به قصد به دست آوردن اموال فرهنگی و تاریخی ممنوع و جرم‌انگاری کرده است. هم‌چنین خرید و فروش اشیای حاصل از حفاری غیر مجاز جرم است.^۲ چون حفاری و کاوش اشخاص خصوصی برای دستیابی به اشیای تاریخی حتی در ملک خودشان نیز ممنوع و جرم است، قانون‌گذار، قائل به این است که عمل حفاری برای تحصیل اشیای فرهنگی و تاریخی، عملی کاملاً حاکمیتی است. البته حق انحصاری دولت در حفاری برای تحصیل اموال فرهنگی و تاریخی مطلق نیست؛ زیرا بر اساس ماده ۱۳ قانون حفظ آثار ملی، عملیات حفاری دولت برای کشف آثار باستانی در زمین‌های متعلق به مالکان خصوصی مستلزم رضایت است. البته مالک حق امتناع از اجازه حفاری را ندارد و فقط می‌تواند حق مطالبه کند.

بند سوم. شناسایی و ثبت آثار

شناسایی و ثبت آثار فرهنگی، تاریخی منقول و غیر منقول از جمله دیگر اعمال حاکمیتی سازمان میراث فرهنگی است. اگر بررسی و شناسایی، مطالعات و پژوهش‌های علمی، وجود شرایط مقرر برای ثبت اثر را در اثر مشخصی نشان دهد، مهم‌ترین اقدام مدیریتی و حفاظتی که انجام دادن آن از سوی دولت (سازمان میراث فرهنگی) ضروری باشد، ثبت آن اثر در فهرست آثار ملی ایران است. ثبت اثر در فهرست آثار ملی موجب شمول حمایت‌های قانونی بر اثر یادشده می‌شود.

مبنای الزام قانونی دولت به ثبت آثار فرهنگی و تاریخی در فهرستی با عنوان «فهرست آثار ملی»، قانون حفظ آثار ملی (۱۳۰۹)، نظام‌نامه اجرایی آن (۱۳۱۱)، بند «ج» ماده واحد قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی (۱۳۶۴) و بند ۶ ماده ۳ قانون اساسی سازمان میراث فرهنگی کشور (۱۳۶۷) است. «ثبت آثار تاریخی می‌تواند شامل آثار منقول و غیر منقول، مجموعه‌های تاریخی، محوطه‌ها، تپه‌ها یا گورستان‌های تاریخی یا بافت‌های تاریخی شهر و روستا باشد».^۳

۱. ماده ۱۵ قانون حفظ آثار ملی، ۱۳۰۹.

۲. تبصره ۲ ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات.

۳. عباسی، بیژن، «ابعاد حقوقی ثبت آثار تاریخی در فهرست آثار ملی»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۸۹، شماره ۱، ص ۱۱.

قانون‌گذار برای این‌که مقام اداری بتواند اثری را در فهرست آثار ملی به ثبت برساند، شرایط شکلی و ماهوی مقرر داشته است. بر مبنای ماده ۳ قانون راجع به حفظ آثار ملی (۱۳۰۹) و ماده ۵ نظام‌نامه اجرایی قانون راجع به حفظ آثار ملی (۱۳۱۱/۱۲/۲۸)، تنها معیار شکلی ضروری، «اخطار به مالک» است. به این صورت که ثبت مالی که مالک خصوصی دارد، تنها پس از اخطار به مالک و رسیدگی به اعتراض احتمالی او در مهلت یک ماهه توسط وزارت میراث فرهنگی امکان‌پذیر است. معیار ماهوی برای ثبت اثر در فهرست آثار ملی «تا اختتام سلسله زندیه» است که در قانون راجع به حفظ آثار ملی (۱۳۰۹) مقرر شده است. با این حال، بر مبنای ماده واحده قانون راجع به ثبت آثار ملی (۱۳۵۲)، اگر اثری به لحاظ «اهمیت تاریخی» یا «شئون ملی» یا از منظر «فرهنگی و تاریخی»، ارزشمند باشد،^۱ آن را صرف نظر از قدمت می‌توان به عنوان اثر تاریخی در فهرست آثار ملی ثبت کرد.^۲

بر اساس نظریه شماره ۶۰۷۶-۳/۸/۶۱ فقهای شورای نگهبان، شمول قانون حفظ آثار ملی (۱۳۰۹) و اصلاحیه‌های بعدی آن به املاک شخصی مغایر موازین شرعی است. در دادنامه قطعی دیوان عدالت اداری به شماره ۹۰۰۰۱۸۸-۱۳۹۰/۱/۳۱- شعبه اول دیوان عدالت اداری مبنی بر خروج ملک مالک از فهرست آثار ملی علیه اداره میراث فرهنگی گیلان، دیوان علاوه بر ایراد عدم رعایت تشریفات ثبتی قانون حفظ آثار ملی (۱۳۰۹)، از جمله اخطار قبلی به مالکان و رسیدگی به اعتراض آن‌ها، به نظریه شورای نگهبان در خصوص مغایرت اعمال قانون حفظ آثار ملی (۱۳۰۹) بر املاک و در نتیجه، مغایرت آن با شرع استناد کرده است.

بنا بر این، رویه کنونی شعب دیوان عدالت اداری این است که دعوای ابطال ثبت میراث فرهنگی که در ملکیت اشخاص خصوصی قرار دارد، قابل استماع است؛ زیرا در این موارد، مالکیت خصوصی بر منفعت عمومی اولویت دارد.^۳

۱. بند ج ماده واحده قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی کشور، مصوب ۱۳۶۴/۱۱/۱۰ و بند ۶ ماده ۳ قانون اساسی سازمان میراث فرهنگی کشور، مصوب ۱۳۶۷/۲/۱.

۲. نایینی و شادنوش، پیشین، صص ۱۳۸-۱۳۹.

۳. برای نقد رویه دیوان عدالت اداری نک: پژوهشگاه قوه قضاییه، سلسله نشست‌های علمی نقد رأی، «مالکیت خصوصی یا منفعت عمومی، نقد رویه شعب دیوان عدالت اداری پیرامون ابطال تصمیم سازمان میراث فرهنگی مبنی بر ثبت آثار فرهنگی و تاریخی و در فهرست آثار ملی»، ۱۳۹۲/۲/۲۵ و ۱۳۹۲/۳/۴، ص ۲۵۹.

گفتار پنجم. اعمال تصدی دولت در میراث فرهنگی

مبنای الزام دولت در واگذاری اعمال تصدی گرایانه خود در حوزه میراث فرهنگی، بند (ب) و بند (ج) ماده ۴ قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی و گردشگری (۱۳۸۲) و «برنامه اول مهندسی نقش و ساختار دولت» است.^۱ مطابق برنامه مصوب برای وزارت میراث فرهنگی، مراقبت (حفاظت فیزیکی) از بناها، محوطه‌ها و بافت‌های فرهنگی و تاریخی از جمله موارد واگذاری تصدی‌های دولتی است؛ یعنی این موارد را نیز می‌توان از اعمال تصدی‌گری دولت در حوزه میراث محسوب کرد.

بند اول. بهره‌برداری از اموال فرهنگی و تاریخی

احکام مربوط به فروش اموال دولتی در قانون محاسبات عمومی (۱۳۶۶)، آیین‌نامه معاملات دولتی (۱۳۷۳) و نیز قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۰) بیان شده است. مطابق این قوانین اصولاً فروش اموال منقول و غیر منقول دولتی با رعایت تشریفاتی مجاز است، اما اموال فرهنگی و تاریخی و نفایس ملی مطابق ماده ۱۱۵ قانون محاسبات عمومی مستثنی گردیده است. دولت برای فروش اموال فرهنگی و تاریخی و نفایس ملی باید مقررات اصل ۸۳ قانون اساسی را رعایت کند.

با این حال، در خصوص واگذاری حق استفاده از اموال دولتی، آزادی بیش‌تری وجود دارد. مطابق ماده ۱۱۴ قانون محاسبات عمومی، دولت می‌تواند حق استفاده از اموال غیر منقول خود را به دیگری واگذار کند. منظور از «دیگری» در این ماده هم شامل واگذاری حق استفاده به دیگر ادارات دولتی و هم واگذاری آن به اشخاص خصوصی حقیقی و حقوقی است. جواز واگذاری حق استفاده از اموال غیر منقول از سوی دولت شامل اموال فرهنگی و تاریخی و حتی نفایس ملی با رعایت اصل ۸۳ قانون اساسی می‌شود. به دلیل آزادی عمل دولت در واگذاری حق استفاده از اموال غیر منقول در تملک خود، وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی، «صندوق احیا و بهره‌برداری از اماکن تاریخی و فرهنگی» را به استناد بند «ز» ماده ۱۱۴ احکام دایمی قانون برنامه چهارم توسعه کشور به منظور تعیین و اعطای مجوز کاربری و بهره‌برداری مناسب از بناها و اماکن تاریخی و فرهنگی قابل احیا از طریق سرمایه‌گذاری بخش غیر دولتی داخلی و خارجی ایجاد کرده است. اساس‌نامه صندوق در

۱. شورای عالی اداری در یک‌صد و هشتاد و دومین جلسه مورخ ۱۳۹۷/۵/۳۰ به منظور تداوم اصلاحات در نظام اداری کشور، برنامه جامع اصلاح نظام اداری - دوره دوم را مشتمل بر ۱۰ برنامه تصویب کرد.

۱۳۸۴/۶/۲۴ تصویب و برای اجرا به سازمان میراث فرهنگی و گردشگری ابلاغ شد.^۱

هدف قانون‌گذار از تصویب این قانون، احیای ابنیه تاریخی کشور و بازسازی آن‌ها با سرمایه بخش خصوصی است. بناهای تاریخی متناسب با نیازی که امروز در کشور وجود دارد، مرمت می‌شوند و همه آن‌ها با کاربری اولیه خود و متناسب با نیازهای روز برای تأمین بخشی از زیرساخت‌های گردشگری احیا می‌گردند. به استناد اساس‌نامه صندوق و بند «ج» ماده ۱ «آیین‌نامه نحوه انتقال مالکیت آثار قابل احیا به صندوق احیا و بهره‌برداری از بناها و اماکن تاریخی و فرهنگی، مصوب ۱۳۸۸/۱۲/۲۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی» که هر دو به تصویب هیئت وزیران رسیده، اختیار تعیین و تغییر کاربری متناسب با شأن آثار جزو اختیارات ذاتی و انحصاری صندوق احیاست.

در تحلیل مقررات مربوط به واگذاری حق استفاده از اموال فرهنگی و تاریخی از طریق تأسیس صندوق احیا می‌توان استدلال کرد که فروش و انتقال اموال فرهنگی و تاریخی به صراحت قوانین یادشده ممنوع است و تنها با رعایت مقررات اصل ۸۳ قانون اساسی، دولت مجاز به انتقال است. با این حال، استفاده و بهره‌برداری از اموال فرهنگی و تاریخی در راستای توسعه صنعت گردشگری و تأمین بخشی از هزینه‌های نگهداری آن از سوی بخش خصوصی مجاز است. البته به موجب مقررات بند «الف» ماده ۱ آیین‌نامه نحوه انتقال مالکیت و آثار قابل احیا، نفایس ملی از شمول واگذاری خارج است.

بنا بر این، مالکیت دولت و بهره‌برداری از نفایس ملی جزو اعمال حاکمیتی دولتی است و امکان واگذاری یا مشارکت بخش خصوصی وجود ندارد. در خصوص دیگر اموال فرهنگی و تاریخی، بهره‌برداری تجاری از آن، نوعی عمل تصدی‌گری است. دولت ضمن رعایت حق مالکیت خود و نیز حق نظارت بر شیوه استفاده بهره‌برداری از این اموال می‌تواند در قراردادهای اجاره بلندمدت یا کوتاه‌مدت، حق استفاده را به اشخاص خصوصی حقیقی و حقوقی واگذار کند.

بند دوم. مرمت بناهای تاریخی

در حال حاضر، اداره کل حفظ و احیای بناها، محوطه و بافت‌های تاریخی، متولی امر مرمت بناهای تاریخی است. در شرح وظایفی که برای این اداره در نظر گرفته شده، «تهیه و تدوین برنامه و ضوابط

۱. وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی، «درباره صندوق احیا و بهره‌برداری از اماکن فرهنگی و تاریخی»، در:

و دستورالعمل لازم در خصوص مرمت آثار فرهنگی و تاریخی و نظارت بر عملیات حفظ و احیا این آثار، از وظایف اصلی تعیین شده است. با توجه به این وظایف، از نظر قانون‌گذار، مرمت میراث فرهنگی و تاریخی، امری غیر حاکمیتی است و تنها نظارت و تعیین ضوابط و چارچوب‌های خاص در خصوص مرمت، موضوعی حاکمیتی است.^۱

تکلیف این اداره به «برنامه‌ریزی به منظور حمایت و هدایت فعالیت بخش خصوصی و نهادهای غیر دولتی در امر حفظ و احیا و مدیریت بناها، بافت‌ها و محوطه‌های تاریخی» به صراحت نشان می‌دهد که مرمت آثار فرهنگی و تاریخی در ذیل اعمال غیر حاکمیتی قرار دارد.

بند سوم. تصدّی موزه‌ها

با تأسیس اداره کل فرهنگ عامه در سال ۱۳۲۵، مدیریت موزه‌های کشور در اداره کل هنرهای زیبا متمرکز شد. در سال ۱۳۴۳ پس از تأسیس وزارت فرهنگ و هنر، بخش فرهنگ عامه از آن جدا شد و بخش بناهای تاریخی اداره کل باستان‌شناسی به آن پیوست و «اداره کل موزه‌ها و حفظ بناهای تاریخی» نامیده شد. پس از چندی، با گسترش حجم برنامه‌ها در سازمان اداره کل موزه‌ها و حفظ بناهای تاریخی، اداره کل موزه‌ها از اداره حفظ بناهای تاریخی جدا گردید و به طور مستقل با عنوان «اداره کل موزه‌ها» به فعالیت پرداخت.^۲

اموال موزه‌ها به ویژه آن‌هایی که اشیای قدیمی و تاریخی کشور در آن‌ها نگهداری می‌شود، به هیچ وجه در مدار تصدی‌گری و در اختیار بخش خصوصی قرار نمی‌گیرد؛ چون این اموال، گنجینه‌های ملی مردم محسوب می‌شود و نگهداری از آن‌ها کاملاً محتاطانه صرت می‌گیرد. پس بر اساس قانون، دولت، حق واگذاری موزه‌ها را به دیگر بخش‌ها و ارگان‌ها ندارد.

درست است که تصدّی موزه‌ها به دلیل اهمیت حفظ و نگهداری آثار تاریخی به دولت اختصاص دارد، اما یکی از راه‌هایی که دولت می‌تواند از هزینه‌های مالی اداره موزه‌ها بکاهد، «جذب حامی مالی برای موزه‌هاست که یکی از بهترین روش‌ها برای جبران کسری بودجه و انجام تبلیغات برای موزه

۱. شرح وظایف اداره کل حفظ و احیای بناها، محوطه‌ها و بافت‌های تاریخی، سایت وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی: www.meth.ir.

۲. حضرتی لیلان، پیشین.

است. با کاهش یارانه‌های دولتی و افزایش روزافزون هزینه‌های عملیاتی به نظر می‌رسد بسیاری از موزه‌ها با چالش‌هایی برای تأمین مالی روبه‌رو هستند»^۱.

بر اساس ماده ۵ قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی و گردشگری (۱۳۸۲)، سازمان میراث فرهنگی و گردشگری می‌تواند نگه‌داری و اداره اماکن و محوطه‌های تاریخی و موزه‌ها را زیر نظر هیئت‌های امنای منتخب انجام دهد. آیین‌نامه اجرایی این ماده با عنوان «آیین‌نامه اجرایی ماده (۵) قانون تشکیل سازمان میراث فرهنگی و گردشگری» در سال ۱۳۸۳ به تصویب رسید. اداره هیئت امنایی محوطه‌های تاریخی و موزه‌ها به موجب ماده ۳ این آیین‌نامه در دو بخش ملی و استانی انجام می‌گیرد. در ماده‌های ۴، ۵ و ۶ این آیین‌نامه، سه نوع هیئت امنای پیش‌بینی شده است: هیئت امنای مجموعه‌های ملی، هیئت امنای موزه ملی ایران و هیئت امنای مجموعه‌های استانی. هم‌چنین برای هر یک از این هیئت‌امنا، ترکیب خاصی در نظر گرفته شده است. ترکیب هیئت امنای هر یک از این سه مجموعه از مقامات دولتی و غیر دولتی تشکیل می‌گردد.

خودگرانی موزه‌ها در حوزه مالی و درآمدی یکی از مزایای این شیوه است؛ زیرا در این وضعیت، موزه‌ها می‌توانند از فضاها و امکانات جانبی خود درآمد کسب کنند. مزیت دیگر این شیوه، استفاده از توان و ظرفیت سازمان‌های مردم‌نهاد، مدیریت شهری و مشارکت فرهیختگان و نخبگان علمی به ویژه کسانی است که عمر خود را صرف فعالیت در حوزه میراث فرهنگی کشور کرده‌اند.

اداره موزه‌ها به شیوه هیئت امنایی به نوعی، واگذاری مدیریت موزه‌ها و اماکن تاریخی و فرهنگی به مردم است که نه تنها سبب واسپاری امور غیر حاکمیتی به مردم می‌شود، بلکه قدرت و توان دولت را در بخش‌های نظارتی و سیاست‌گذاری متمرکز می‌کند. با این حال، اداره هیئت امنایی در این حوزه به معنای واگذاری وظایف دولت نیست، بلکه نوعی تغییر شیوه مدیریتی است.

۱. مدیریت مالی موزه، خبرنامه موزه علوم و فناوری جمهوری اسلامی ایران، شماره ۷، تیر ۱۳۹۲، در: www.old.irstm.ir/Portals/4/PropertyAgent/1399/Files/31/n7.pdf

گفتار ششم. چالش‌های فراوی حاکمیت بر میراث فرهنگی و حفاظت و مدیریت کارآمد آن‌ها

در گذشته، دولت بخش عظیمی از اقدامات مربوط به سیاست‌گذاری، برنامه‌ریزی، اجرا و نظارت را انجام می‌داد. در حال حاضر، روند رو به رشد شکل‌گیری انجمن‌ها، تشکل‌ها، نهادها و مؤسسات غیر دولتی در حوزه فعالیت‌های فرهنگی باعث شده است توان و ظرفیت حوزه فرهنگ نسبت به گذشته توسعه یابد. بنا بر این، برنامه‌ریزی‌ها باید به گونه‌ای باشد که ضمن حفظ و تقویت وظایف حاکمیتی دولت، ظرفیت بخش غیر دولتی هم در این زمینه فعال‌تر شود و از سوی دیگر، بهره‌گیری از سازمان‌های غیر دولتی در مدیریت فرهنگی به عنوان یک راهبرد اساسی شتاب بیش‌تری بگیرد. متأسفانه، در ایران، دولت به یک متصدی بزرگ در همه امور و بنگاه‌داری غول‌پیکر تبدیل شده و گستردگی حجم بنگاه‌داری و تصدی در دولت ایران موجب گردیده است وظایف حاکمیتی آن تحت‌الشعاع قرار گیرد.

بخش اعظم اشکال‌ها و چالش‌های موجود در حوزه‌های دیگر فرهنگ و هنر، در تصدی میراث فرهنگی نیز وجود دارد، از جمله:

۱. حجم گسترده وظایف متنوع محول شده به سازمان‌های دولتی؛
۲. شفاف نبودن شرح وظایف نهاد متولی و وجود چالش‌های اساسی در حوزه عملکرد؛
۳. تناسب نداشتن ساختار اداری سازمان‌ها برای انجام وظایف؛
۴. خارج بودن تأمین اعتبارات مالی مورد نیاز از توان دولت؛
۵. کمبود نیروی انسانی متخصص و کارآمد؛
۶. تفکیک نشدن امور تصدی و حاکمیتی و اشتغال نهادهای ستادی به امر تصدی‌گری و اجرا؛
۷. ایجاد نشدن بستر مناسب برای جلب فعالیت بخش خصوصی و نبود رغبت در این بخش برای مشارکت مالی در برنامه‌های فرهنگی؛
۸. شکل نگرفتن نهادهای مشاوره‌ای، پیمان‌کاری و پژوهشی در موضوعات مرتبط با میراث فرهنگی و گردشگری؛
۹. خلأهای قانونی و روزآمد نبودن قوانین^۱.

۱. زرشن عابد، لیا، «تحلیل چالش‌های بخش فرهنگ با تأکید بر چالش‌های حوزه میراث فرهنگی و گردشگری در برنامه سوم

دولت با افزایش نظارت و تصویب قوانین مناسب و کاربردی به سود میراث فرهنگی می‌تواند فقط به عنوان متولی در منصب خود باقی بماند و تصدی امور را با ایجاد محیط سالم به دست متخصصان، سرمایه‌گذاران و مشارکت مردم عادی بسپارد. در نتیجه، با حمایت دولت، نهادها با کمک مردم می‌توانند این بخش تقریباً بدون استفاده را فعال کنند. در این صورت، در آینده نزدیک، شاهد گسترش و حضور بیش‌تر گردشگران داخلی و خارجی و گردش پول در جامعه و افزایش اشتغال و درآمدزایی خواهیم بود.

ضروری است گفته شود پرهیز از تصدی‌گری دولت و نهادهای حکومتی در عرصه‌های قابل واگذاری میراث فرهنگی، تجربه جوامع موفق است و در نتیجه، حمایت دولت از بخش خصوصی (نهادهای مدنی، عمومی و خصوصی)، راهبردی اساسی در جهت رشد این حوزه است. در همین راستا، لایحه تشکیل سازمان میراث فرهنگی و ایران‌گردی که با استناد به ماده ۲ قانون برنامه سوم توسعه تنظیم شده است، بر لزوم کاهش تصدی‌ها و تقویت اعمال حاکمیت دولت و ملزومات آن تأکید دارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به معیارهای یادشده در قوانین ایران و با اقتباس از تعاریف میراث فرهنگی در کنوانسیون‌های بین‌المللی می‌توان گفت میراث فرهنگی در ایران به آثاری اطلاق می‌شود که یک‌صد سال یا بیش‌تر از تاریخ ساخت یا ایجاد آن گذشته و واجد یک پیام انسانی باشد یا صرف نظر از تاریخ ایجاد یا پیدایش آن، آثاری غیر منقولند که به تشخیص سازمان میراث فرهنگی از نظر تاریخی یا شئون ملی ایران اهمیت دارند.

با وجود قدمت تاریخی کشورمان و به جای ماندن میراث فرهنگی بی‌شمار از پیشینیان، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تنها در یک اصل (اصل ۸۳) به این موضوع مهم پرداخته است. با دقت در مفاد این اصل چنین مستفاد می‌شود که تنها از اموالی حمایت قانونی خواهد شد که از «نفایس ملی» باشد و دیگر آثار فرهنگی و تاریخی مشمول مقررات اصل یادشده نخواهند بود.

شورای نگهبان در خصوص این اصل، هیچ‌گونه تفسیری صادر نکرده است. برای تشخیص ملاک

نفیسه ملی بودن از عبارت قانون اساسی چنین برمی آید که نفایس ملی منحصر به فرد در مقایسه با دیگر اموال فرهنگی و تاریخی، احکام و مقررات خاصی دارند. از این رو، مطابق دیگر مقررات مربوط، سازمان میراث فرهنگی کشور، مرجع تشخیص و طبقه بندی این گونه آثار به نفایس ملی و عادی خواهد بود. حال اگر به تشخیص این مرجع، این اموال، دو ویژگی «نفیس» و «منحصر به فرد» بودن را داشتند، نقل و انتقال آن ها به موجب اصل یادشده مطلقاً ممنوع است. اگر آثار مورد نظر جزء اموال نفیس عادی باشند و دولت قصد نقل و انتقال آن ها را داشته باشد، مجلس شورای اسلامی باید با این تصمیم موافقت کند.

همان گونه که مشاهده کردیم، عمل دولت در حوزه میراث فرهنگی، مطابق ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده ۱۳۵ قانون برنامه چهارم توسعه، عمل حاکمیتی است. اعمال حاکمیت دولت بر میراث فرهنگی به معنای تعیین زمینه هایی است که یک دولت در آن زمینه ها، قادر به اعمال صلاحیت و اختیارات حاکمیتی انحصاری بر میراث فرهنگی است. در واقع، می توان گفت که منظور از اعمال حاکمیت دولت بر میراث فرهنگی یعنی اعمال صلاحیت، قدرت و اختیارات ویژه دولت در اداره میراث فرهنگی که شامل اقدامات حاکمیتی از قبیل قانون گذاری، شناسایی، حفاری، ثبت، بهره برداری و موارد دیگری است که در صلاحیت انحصاری دولت باشد.

هم چنین در تبیین اعمال تصدی دولت در این حوزه، تعریف های ارائه شده از تصدی های دولت، معیاری دقیق برای تصدی در میراث فرهنگی به دست نمی دهد. بنا بر این، در مورد تعیین تصدی های دولت در حوزه میراث فرهنگی با مشکل مواجه می شویم و ضابطه مشخصی برای تفکیک و تعیین تصدی ها در دست نداریم؛ چون میراث فرهنگی جزء اموال عمومی به شمار می آیند و دولت در راستای حفاظت از این اموال ارزشمند، بیش تر اعمال حاکمیت و نظارت دارد تا تصدی گری.

در مقام تصدی یعنی تصرف و بهره برداری از اموال و آثار فرهنگی، دولت، مقامات و مأموران دولتی در اداره و بهره برداری از اموال دولتی و عمومی به عنوان نماینده و امین عمل می کنند و غیر از آن چه در قوانین و مقررات مربوط برای آن ها به رسمیت شناخته شده است، حق تصرف ندارند. با این حال، از نظر نگارنده، مواردی که دولت در حوزه میراث فرهنگی اعمال تصدی دارد، عبارتند از: بهره برداری از اموال فرهنگی و تاریخی، تصدی موزه ها، مرمت بناهای تاریخی، بخشی از عملیات کاوش و حفاری.

راهکارهای پیشنهادی در پیش‌گیری و رفع مشکلات در حوزه میراث فرهنگی را می‌توان چنین برشمرد:

۱. تدوین قوانین مؤثر و اصلاح قوانین ناکارآمد؛
۲. ارائه تعریف و معیارهایی دقیق در تشخیص آثار ملی نفیس با استفاده از نظر کارشناسان خبره و تلاش برای ثبت و حفظ این آثار؛
۳. تدوین استراتژی مناسب در عرصه میراث فرهنگی با توجه به وضع موجود، بهره‌گیری و الگوبرداری از نمونه‌های موفق؛
۴. حمایت از تشکیل و فعالیت نهادها و سازمان‌های مدنی، عمومی و خصوصی در این حوزه و استفاده از ظرفیت نخبگان و متخصصان؛
۵. ایجاد ساختارهای منطقی و مدیریت محلی بر اساس تنوع فرهنگی و منطقه‌ای؛
۶. برنامه‌ریزی برای بسترسازی مناسب در انجام فعالیت‌ها و شکل‌گیری سازمان‌ها و نهادهای غیر دولتی در راستای کاهش تصدی‌گری دولت با هدف افزایش علاقه‌مندی به مشارکت در این حوزه؛
۷. نظارت قانون‌مند و سازنده دولت.

فهرست منابع

۱. الف (فارسی)

الف) کتاب

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران** (جلد اول تا سی و یکم) تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴.
۲. حجت، مهدی، **میراث فرهنگی در ایران**، تهران: سازمان میراث فرهنگی، ۱۳۸۰.
۳. صمدی رندی، یونس، **میراث فرهنگی در حقوق داخلی و بین الملل**. تهران: سازمان میراث فرهنگی کشور، ۱۳۸۲.
۴. صمدی رندی، یونس، **مجموعه قوانین، مقررات، آیین نامه، بخش نامه ها و معاهدات میراث فرهنگی کشور**، تهران: سازمان میراث فرهنگی کشور، معاونت معرفی و آموزش، ۱۳۷۷.
۵. غنی کله‌لو، کیوان، **جرایم علیه میراث فرهنگی (مطالعه تطبیقی)**، تهران: شرکت سهامی روزنامه رسمی کشور، ۱۳۸۸.
۶. کاتوزیان، ناصر، **حقوق اموال و مالکیت**، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۷. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران** (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۶.

ب) مقاله

۱. پژوهشگاه قوه قضاییه، سلسله نشست‌های علمی نقد رأی، «مالکیت خصوصی یا منفعت عمومی، نقد رویه شعب دیوان عدالت اداری پیرامون ابطال تصمیم سازمان میراث فرهنگی مبنی بر ثبت آثار فرهنگی و تاریخی و در فهرست آثار ملی»، ۱۳۹۲/۲/۲۵ و ۱۳۹۲/۳/۴.
۲. پورهمایون، علی اصغر، «اعمال حاکمیت و اعمال تصدی»، مجموعه حقوقی، ۱۳۹۱، شماره ۱۷۴.
۳. توسلی نایینی، منوچهر و امیرحسن شادنوش، «دادرسی اداری در حوزه میراث فرهنگی غیر منقول»، دوفصل نامه حقوق اداری، سال پنجم، شماره ۱۳، ۱۳۹۶، صص ۱۳۷-۱۳۸.

۴. حضرتی لیان، اکرم، «بررسی و تعیین میزان مداخله دولت در عرصه میراث فرهنگی»، مجموعه مقالات نسبت دولت و فرهنگ (زیر نظر: رضا صالحی امیری)، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، ۱۳۹۱.
۵. زرشکن عابد، لیلا، «تحلیل چالش‌های بخش فرهنگ با تأکید بر چالش‌های حوزه میراث فرهنگی و گردشگری در برنامه سوم توسعه»، مجله مجلس و راهبرد، پاییز ۱۳۸۳، شماره ۴۴.
۶. شیروی، عبدالحسین و نرگس سراج، «چگونگی تفکیک اعمال حاکمیت و تصدی در صنعت نفت، نهادهای متولی و رابطه آن‌ها»، دوره پنجم، ۱۳۹۹، شماره ۲.
۷. طبسی، محسن و مجتبی انصاری، «قوانین جزایی حوزه میراث فرهنگی و ضرورت بازنگری در اندیشه‌ها و روش‌ها»، مجله اثر، تابستان ۱۳۸۳، شماره ۳۶ و ۳۷.
۸. عباسی، بیژن، «ابعاد حقوقی ثبت آثار تاریخی در فهرست آثار ملی»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۸۹، شماره ۱.
۹. مرادی، علی‌رضا و علی رشیدیور، «چالش‌ها و آسیب‌های فراروی فرهنگ و مدیریت فرهنگی»، مجله مهندسی فرهنگی، آذر و دی ۱۳۸۹، شماره ۴۷ و ۴۸.

ج) پایگاه اینترنتی

۱. شرح وظایف اداره کل حفظ و احیای بناها، محوطه‌ها و بافت‌های تاریخی، سایت وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی: www.mcth.ir.
۲. شریفی، علی‌رضا، «سیاست‌های واگذاری قطعی (بلاعوض یا معوض) اموال غیر منقول»، در: www.saamad.ir/portal/home/?news/64023/82018/87248/.
۳. مدیریت مالی موزه، خبرنامه موزه علوم و فناوری جمهوری اسلامی ایران، شماره ۷، تیر ۱۳۹۲، در: www.old.irstm.ir/Portals/4/PropertyAgent/1399/Files/31/n7.pdf.
۴. وزارت میراث فرهنگی، گردشگری و صنایع دستی، «درباره صندوق احیا و بهره‌برداری از اماکن فرهنگی و تاریخی»، در: www.chre.ir/aboutus.

2. English Source

1. Sullivan, Ann Marie, Cultural Heritage & New Media: A Future for the Past, 15 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 604, 2016.
2. Logan, S. William, Closing Pandora's Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage, In Silverman, Helaine; Ruggles, D. Fairchild (eds.), Cultural heritage and human rights, New York, NY: Springer, 2007.

اصل مستدل، مستند و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی با بررسی رویه قضایی

پرویز حاجی پور^۱

علی فقیه حبیبی^۲

توکل حبیب زاده^۳

چکیده

اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی، یکی از عناصر مهم دادرسی عادلانه و منصفانه به شمار می آید. با توجه به این که تصمیم گیری های اداری با منافع عمومی پیوند خورده است، اعمال این اصل در تصمیمات و آرای صادر شده از این مراجع و هم چنین نظارت دیوان عدالت اداری به عنوان یک نهاد قضایی بر آرای صادر شده از این مراجع می تواند موجبی برای ارزیابی عملکرد حاکمیت و نهاد دادگستری در برابر وجدان عمومی جامعه باشد.

با بررسی رویه قضایی مراجع شبه قضایی و دیوان عدالت اداری به نظر می رسد که توجه به اصول دادرسی منصفانه به طور اعم و نظارت بر مستدل و مستند بودن آرا و تصمیم ها به طور اخص، هنوز جایگاه شایسته خود را پیدا نکرده است. در برخی موارد، در رویه قضایی دیوان عدالت اداری به این مبانی و اهمیت آن اشاره هایی شده است، اما این موضوع در مراجع شبه قضایی چندان مطمح نظر نبوده است. افزون بر آن، این موضوع در رویه قضایی دیوان عدالت اداری نیز هنوز به جایگاه واقعی خود دست پیدا نکرده و با توجه به فراگیر بودن امر دادرسی منصفانه در نظام های حقوقی، این موضوع بیش از پیش اهمیت یافته است. در این مقاله به بررسی جایگاه اصل مستدل، مستند و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی در رویه قضایی می پردازیم.

کلیدواژه ها: دیوان عدالت اداری، تصمیمات اداری، مستدل و مستند بودن، بیان دلایل، حق بر دفاع.

۱. دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران، p.hajipoor94@yahoo.com

۲. دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران، تهران، ایران. faghhi.habibi@gmail.com

۳. عضو هیات علمی دانشگاه امام صادق (ع)، habibzadeh@gmail.com

مقدمه

مستدل، مستند و موجه بودن رأی، یکی از عناصر اصلی دادرسی عادلانه و منصفانه است. این اصل در نظام حقوقی ایران از همان ابتدا در قانون اساسی مشروطیت جلوه کرد (اصل ۷۸ متمم قانون اساسی) و تاکنون نیز جایگاه رفیع آن در قالب اصل ۱۶۶ قانون اساسی، مواد ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۲۳ قانون امور حسبی تداوم یافته است. چون این اصل یکی از وثیقه‌های آزادی عمومی و حقوق بشر در جامعه به شمار می‌رود، جایگاه آن در مرتبه اصول قانون اساسی است. امروزه ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در خصوص الزام دادگاه‌ها به صدور رأی مستدل، مستند و موجه نشان‌دهنده پیوند ناگسستنی این اصل با آزادی‌های عمومی است. مستدل، مستند و موجه بودن رأی، تضمین احترام و اجرای برخی اصول دادرسی مانند اصل نظارت مراجع عالی، اصل حق دفاع و اصل برابری طرفین است و به طرف‌های دعوا، امکان مناقشه در مبانی و جهات تصمیم دادرس را می‌دهد.

در اصل ۱۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به منظور رسیدگی به شکایت، تظلم‌خواهی و اعتراض مردم نسبت به مأموران یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه پیش‌بینی شده است. این دیوان که در واقع، نوعی دادگاه اداری است، دارای شرح وظایف و تشکیلات مفصلی است که در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ بیان شده است. پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران (سال ۱۳۵۷) و شروع حاکمیت قانون اساسی تاکنون، دادگاه‌های اداری منحصر به دیوان عدالت اداری نیست و جز این دیوان، ده‌ها کمیسیون و هیئت و مرجع اداری دیگر وجود دارد که خارج از دستگاه قضایی به دعاوی و اختلافات افراد و سازمان‌ها (دولتی) در اجرای قوانین اقتصادی، اجتماعی و عمرانی رسیدگی و به نوعی حکم صادر می‌کنند. این مراجع که به آن‌ها، مراجع اختصاصی اداری یا شبه قضایی یا غیر قضایی می‌گویند، در واقع، کارکردی شبیه محاکم قضایی دارند. به هر حال و در نتیجه، حکم آن‌ها جنبه قضایی به معنای خاص ندارد و نوعی تصمیم اداری محسوب می‌گردد.

دیوان عدالت اداری، مرجع رسیدگی به اعتراض به آرا و تصمیم‌های مراجع شبه قضایی است. این

نهاد از تشکیلات قضایی وابسته به قوه قضاییه به شمار می‌رود که رئیس آن را رئیس قوه قضاییه منصوب می‌کند. هم‌چنین قضات دیوان عدالت اداری از جمله مقامات قضایی شاغل در قوه قضاییه به شمار می‌آیند. بنابراین، آرای صادرشده از سوی این مرجع بر اساس تکلیف اصل ۱۶۶ قانون اساسی باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن، حکم صادر شده است. در بند «ج» ماده ۵۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری هم به صراحت بیان شده است که جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی باید در رأی قاضی درج شود.

این مقاله با بررسی معنای مستدل، مستند و موجه بودن آرای محاکم و هم‌چنین تبیین اصول دادرسی عادلانه منصفانه و دیگر اصول حقوقی، جایگاه این عناصر را در رویه قضایی دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی بررسی می‌کند. به طور کلی، در پی پاسخ به این پرسش هستیم که مراجع شبه‌قضایی تا چه اندازه به اصل مستدل و مستند بودن آرا و اصول دادرسی عادلانه و منصفانه توجه دارند و دیوان عدالت اداری به عنوان نهاد ناظر بر این مراجع چگونه بر این روند نظارت کرده است.

مبحث اول. مفهوم و مبانی اصل مستدل، مستند و موجه بودن آرا

گفتار اول. مفهوم

«مستدل»، «مستند» و «موجه» بودن در هیچ یک از مقررات و متون تعریف نشده است، اما برخی از حقوق‌دانان و نویسندگان حقوقی با تفکیک مفهومی این سه مورد، تعریفی متفاوت برای هر کدام قائل شده‌اند. در این بخش از نوشتار به تعریف مفهومی این موارد با توجه به دکترین حقوقی خواهیم پرداخت.

بند اول. مستند بودن

مستند بودن رأی دادرسی به این معناست که دادگاه باید در صدور حکم به قوانین و مقررات مدون استناد کند. در صورت نبود قانون در خصوص موضوع مطرح‌شده، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی با استناد به منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی، حکم موضوع را استخراج کند. نکته قابل توجه در مستند بودن احکام مراجع قضایی این است که مواد قانونی که در رأی به آن‌ها استناد می‌شود، باید با اسباب موجهه رأی تناسب داشته باشد. اگر مفاد رأی صادرشده با یکی از

مواد قانونی مطابقت داشته باشد، اما اسباب توجیهی آن با ماده‌ای که دارای معنای دیگری است، تطبیق داده شود، طبق ماده ۳۷۳ قانون آیین دادرسی مدنی موجب نقض فرجامی رأی خواهد بود. نبود حکم صریح قانونی در مورد دعوا، دادگاه را از استناد به قانون معاف نمی‌کند و دادگاه باید با توجه به مفهوم و روح قوانینی که با موضوع ارتباط دارند، حکم قضیه را بیابد و با استناد به آن قوانین، حکم صادر کند.^۱ در مرحله بعد، طبق قانون اساسی می‌تواند به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر نیز استناد کند. به باور برخی، این موضوع خالی از اشکال نیست؛ چون از یک طرف، با اصل قانونی بودن در تعارض است و از طرف دیگر، تشخیص منابع فقهی و فتاوی معتبر، قاضی غیر مجتهد را با سختی‌هایی مواجه خواهد کرد. به طور کلی، استناد قانونی تصمیمات مراجع قضایی، پشتوانه و تضمین‌کننده جنبه قانونی تصمیم است. تصریح دادرس به مبانی حکم، تضمین مهمی برای حق و اقتدار قانون در دادگاه است. این تضمین زمانی نقش ایفا می‌کند که بین تصمیم و استناد قانونی آن، ارتباط و پیوستگی وجود داشته باشد.^۲

بند دوم. مستدل بودن

به یک عبارت ساده، «مستدل بودن» آرا به معنای این است که اسباب واقعی و قانونی به گونه‌ای بیان شده باشد که دادرس را در مورد صدور حکم راهنمایی کند. در این جا اسباب واقعی، دلایل و حقایقی است که دادرس با استناد به آن، رأی را انشا کرده است. اسباب قانونی هم قواعدی است که به موجب آن، دادرس، امر واقع را توصیف کرده و آن را با مواد قانونی مطابقت داده است.^۳ در هر دعوا و اختلاف حقوقی، راهنمای دادرس یا داور، ادله‌ای است که به موجب آن، رأی صادر می‌شود و با ادله، ذی حق دانستن یا ندانستن اشخاص روشن می‌شود. چنان که حق مداری دادگاه‌ها و مراجع حل اختلاف نیز در احکام آن‌ها و میزان مستدل بودن آن احکام نمود می‌یابد.^۴

حقوق دانان سه هدف عمده برای مستدل بودن بیان می‌کنند:

۱. محمدی، محمدرضا، «نقدی بر شیوه استدلال دادگاه‌ها در آرای حقوقی»، نشریه رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳، ص ۱۷.
۲. باقری، یوسف و سهام صداقتی، «شاخصه‌های رأی قوی و متقن»، فصل‌نامه قضاوت، شماره ۷۹، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶.
۳. هرمزی، خیرالله، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم رعایت آن»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۱، ۱۳۸۳، ص ۲۹.
۴. باقری و صداقتی، پیشین، ص ۱۵۱.

یک - به طرفین دعوا اجازه می‌دهد تا میزان فهم و مورد پذیرش بودن استدلال‌های آن‌ها و هم‌چنین مبنای تصمیم و رأی قاضی را مشاهده کنند.

دو - به پاسخ‌گویی و مسئولیت قضایی ربط پیدا می‌کند؛ چون دلایل امکان بررسی دقیق تصمیم‌های دادگاه بدوی و تجدید نظر را به دست عموم فراهم می‌کند.

سه - دلایل به افراد اجازه می‌دهد تا مبنایی را که احتمالاً در آینده بر اساس آن، موارد مشابه تصمیم‌گیری می‌شود، تعیین کنند.^۱

افزون بر این، مستدل بودن آرای صادرشده، یکی از مبانی بنیادین آیین دادرسی عادلانه در هر نظام قضایی است که علاوه بر تأکید آن در متون و مقررات قانونی، هر عقل سلیمی نیز بر اعتبار آن صحه می‌گذارد. هم‌چنین ذکر جهات اسباب صدور حکم، این امکان را به اصحاب دعوا می‌دهد تا اگر رأی را به صواب نیابند، در مقام اعتراض و تجدیدنظرخواهی، تلاش خود را صرف اثبات بی‌اساس بودن آن جهات و اسباب سازند و توجه دادگاه عالی را به بی‌پایه بودن استدلال رأی معترض‌عنه جلب کنند.^۲ این امر نیز مستلزم دقت و توجه تجدیدنظرخواه به شیوه استدلال و میزان مستدل بودن رأی است. از این رو، به تعبیر برخی از نویسندگان، عرصه قضاوت، نه عرصه بدیهیات است و نه میدان خودکامگی. عرصه بدیهیات نیست؛ زیرا آن‌چه در دادگستری مطرح می‌شود، مجهولات قضایی است. میدان خودکامگی هم نیست؛ چون در نظامی مردم‌سالار، نه تنها باید از احکام قضایی اطاعت کرد، بلکه باید تأیید شوند. انسان‌ها باید مشروعیت قضاوت را بپذیرند و این امر به انشای تصمیمات مستدل و مقنع بستگی دارد.^۳ از همین روست که به تعبیر هانس کلسن که بازبینی قضایی را تقویت‌کننده دموکراسی می‌داند،^۴ مستدل بودن آرای قضایی را نیز می‌توان تقویت‌کننده نهاد قضاوت و دادگستری و به طریق اولی، دموکراسی دانست.^۵

1. Beck, Luke, "The Constitutional Duty to Give Reason for Judicial Decisions", UNSW Law Journal 2017, Available at: www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/10/403.2.pdf, pp. 924 & 925

۲. صالحی‌راد، محمد، «تأملاتی در باب مستدل بودن احکام دادگاه‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، ۱۳۸۲، ص ۲۰.

۳. همان، ص ۲۱.

4. Democracy reinforced by judicial review

5. Troper, Michel, "The Logic of Justification of Judicial Review", International Journal of Constitutional Law, Pub-

بند سوم. موجه بودن

مفهوم موجه بودن رأی را می‌توان به اعتبار اسباب آن بررسی کرد که به موجب آن، جهات یا اسباب حکم که شامل جهات اعم از موضوعی یا قانونی است و قاضی آن‌ها را به استناد ادله اثبات دعوا (ادله خارجی) و قانون (اعم از نص صریح، مفاد و روح قانون و هم چنین اصول) احراز می‌کند و موجب می‌شود که نتیجه را در قالب منطوق حکم به کیفیت مندرج در آن اعلام کند.^۱ به عقیده جعفری لنگرودی، «اسباب موجه همان دلایل رأی دادگاه هستند»^۲ از همین رو، به باور برخی از نویسندگان، وقتی از مستدل بودن یک رأی صحبت می‌شود، منظور آن است که اسباب موجهه آن قوی باشد.^۳ به عبارت دیگر، موجه بودن، نتیجه مستدل و مستند بودن است. اگر رأی دادگاه، مستدل و مستند باشد، موجه نیز خواهد بود.

ممکن است ایراد شود که اگر چنین بود، نیازی به افزودن لفظ «موجه» در کنار الفاظ «مستدل» و «مستند» نبود. در پاسخ به این ایراد، برخی نویسندگان بر این باورند که مفهوم «موجه بودن»، مستحیل و مستتر در دو مفهوم اول است و به اعتباری، حالت استقلالی نیز دارد. رأی دادگاه نمی‌تواند متضمن استدلال بر محکومیت شخص و نتیجه آن، براءت وی باشد. به این اعتبار، موجه بودن، بیش‌تر ناظر به نتیجه رأی است و به اعتباری باید میان صغرا و کبرای حکم، رابطه منطقی برقرار باشد.^۴ در واقع، زمانی که دعوایی در یک مرجع قضایی یا شبه قضایی مطرح می‌شود، مقام رسیدگی‌کننده باید جایگاه قانونی آن را بیابد و موضوع را با مقررات قانونی و اصول و قواعد حقوقی تطبیق دهد. در نهایت، حکم آن را چه در شکل یا در ماهیت صادر کند. این امر، مفهوم خلاصه مستند کردن رأی است.

از طرف دیگر، همان طوری که بیان شد، هر یک از طرفین دعوا و اختلاف برای اثبات حقانیت

۱. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)، تهران: داک، ۱۳۹۵، ص ۴۴۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۳۳.

۳. محمدی، پیشین، ص ۹.

۴. رحمدل، منصور، «لطمه به اساس حکم»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۰، ۱۳۸۹، ص ۱۰.

خود، ادله‌ای را ارائه می‌دهند که وظیفه و رسالت مرجع رسیدگی‌کننده ارزیابی آن و پذیرش یا رد ادله موصوف بر اساس واقعیت‌ها و یافته‌های خود است. این معنا، استدلال مقام رسیدگی‌کننده را تشکیل می‌دهد. البته در تعبیری خلاصه می‌توان گفت توجیه رأی یا به عبارت دیگر، موجه بودن رأی، ذکر اسباب و جهات صدور آن است که خود، قاعده و اصل حقوقی مهم و اساسی به شمار می‌آید و در حقوق فطری انسان ریشه دارد؛ زیرا احترام و رعایت حق دفاع طرفین مستلزم ذکر جهات و دلایل صدور رأی است. با این بیان، موجه بودن رأی با رأی مستدل، مفهومی مشابه و نزدیک دارد. در بررسی جهات و اسباب حکم هم جنبه موضوعی و هم حکمی قابل توجه است. هم‌چنین باید گفت که امور موضوعی توسط طرفین مشخص می‌شود و اساساً مرجع رسیدگی‌کننده نسبت به این قضیه وارد نمی‌شود، اما یافتن حکم قضیه و انطباق آن با قانون به نوعی از امور حکمی است که وظیفه اصلی مقام صادرکننده رأی است. از این رو، موجه بودن در معنای عام شامل مدلل بودن هم می‌شود، ولی در معنای خاص با آن متفاوت است. معنای خاص موجه بودن، مبتنی بودن آن بر جهات عقلایی، منطقی و قانع‌کننده و همه‌جانبه‌نگریستن به مسائل مورد اختلاف است، به صورتی که خواننده احساس کند همه امور مورد اختلاف یا احتمالی مورد توجه دادگاه بوده و پاسخ روشنی به انتظار اصحاب دعوا داده است.^۱

گفتار دوم. مبانی

مهم‌ترین مبنای اصل مستدل و مستند بودن آرا، حاکمیت قانون است؛ چون تمامی اعمال و اقدامات مقامات و مسئولان ادارات و مؤسسات دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی می‌بایست در چارچوب قانون توجیه و قابل پذیرش باشد و موضوع صلاحیت قانونی نیز در همین راستا قابل توضیح است. این امر در حقوق اداری تا جایی اهمیت پیدا کرده است که امروزه حقوق دانان از «فرهنگ موجه بودن در حقوق اداری»^۲ سخن به میان می‌آورند و بر این باورند که تصمیم‌های مراجع اداری می‌بایست دارای توجیه حقوقی و قانونی باشد و نهادهای قضایی و شبه‌قضایی، مهم‌ترین ابزار برای موجه (اعم از مستدل و مستند) کردن این تصمیم‌هاست.^۳

۱. خدابخشی، عبدالله، حقوق دآوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳، صص ۳۷۹ و ۳۸۰.

2. The Culture of Justification in Administrative Law

3. Boughey, Janina, "The Culture of Justification in Administrative Law: Rationales and Consequences", University

برخی از نویسندگان بر این باورند که این موضوع از دو جنبه می تواند دارای اهمیت باشد. نخست این که مشخص شود اقدام اداری در چارچوب قانون بوده است و دیگر آن که اطمینان حاصل شود در راستای منافع عمومی صورت پذیرفته باشد. از همین روست که سنجش استدلال های مطرح شده در تصمیم های مقامات اداری و مراجع شبه قضایی نیز با معیار تأمین منافع عمومی قابل اندازه گیری است؛ چون در برخی موارد، تصمیم دولتی با متن قانون سازگار است، اما ممکن است با روح و هدف آن که همانا تأمین منافع عمومی است، مغایرت داشته باشد.^۱

برخی دیگر از نویسندگان با برشمردن ویژگی هایی مثل ارتقای کیفیت تصمیم ها و آرا، حمایت از حق تجدیدنظر، رفتار منصفانه و حیثیت و منزلت ذاتی افراد، آن را مبنای اصل مستدل و مستند بودن می دانند. برای نمونه، طرح برخی پرسش ها از قبیل این که «آیا دلایل و توجیه های کافی برای تصمیم یا رأی صادر شده وجود دارد؟ آیا قوانین حاکم بر موضوع تصمیم یا رأی به درستی تفسیر و اعمال شده اند؟» مقامات عمومی را مجبور می سازد که برای تصمیم های و آرای صادر شده از مراجع شبه قضایی مانند دیوان عدالت اداری، پاسخی قانع کننده فراهم کنند و از تصمیم گیری های خودسرانه و غیر منطقی فاصله بگیرند.^۲

بر مستدل و مستند بودن آرای شعب دیوان عدالت اداری نیز در برخی آرای صادر شده از مراجع عالی تأکید شده است. برای نمونه، در تجدید نظر از دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۵۶۰۰۰۱۶۸ به تاریخ ۱۳۹۳/۸/۷ که از شعبه ۹ بدوی دیوان عدالت اداری صادر شده، شعبه ۱۰ دادگاه تجدید نظر دیوان عدالت اداری به صراحت بیان داشته است که صدور حکم کلی و غیر مستدل از سوی شعب بدوی دیوان، از موارد نقض رأی در شعب تجدید نظر دیوان است. در بخشی از رأی شعبه تجدید نظر چنین آمده است: «... صدور حکم کلی بدون ذکر موارد آن بر خلاف مقررات مذکور می باشد. از سوی دیگر، با مذاقه در مستندات و اظهارات شاکی، دلیلی که موجبات فسخ رأی هیئت مرکزی گزینش وزارت مذکور را فراهم آورد، از سوی شاکی ارائه نشده است. لذا ضمن نقض دادنامه، حکم به رد شکایت صادر و اعلام می دارد».^۳

of British Columbia Law Review, Vol. 54, No. 2, 2021, pp. 409-410.

۱. رضایی زاده، محمد جواد و فرامرز عطریان، «اصل الزام به ارائه دلیل در تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، نشریه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، ص ۹۴.

۲. فلاح زاده، علی محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری ایران و انگلستان»، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، ص ۹۳.

۳. برای دسترسی به متن کامل رأی شعبه بدوی و تجدیدنظر دیوان عدالت اداری نک: مجموعه آرای قضایی شعب

در پرونده دیگری به شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۵۶۰۰۸۹۰ به تاریخ ۱۳۹۳/۷/۲۲ صادرشده از شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری با موضوع شکایت از رأی شعب تعزیرات حکومتی، دیوان با اشاره به این که صدور رأی شعب تعزیرات حکومتی مبنی بر گران فروشی باید مستدل و مستند باشد، چنین بیان داشته است: «نظر به محتویات پرونده و توجهاً به شکایت مطروحه (اعتراض به دادنامه شماره...)، لایحه دفاعیه متشکک عنه و ملاحظه سوابق و مستندات ابرازی، از آن جایی که آرای صادرشده از شعب تعزیرات حکومتی می بایست مستدل و مستند باشند و در پرونده مطروحه، کوچک ترین دلیلی بر گران فروشی شرکت شاکی ارائه نشده است و گزارش سازمان صنعت، معدن و تجارت نیز مستند به مدارک و دلایل محکمه پسندی نمی باشد...».

در این خصوص، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز طی رأی شماره هـ-۲۴/۶۸ مورخ ۱۳۶۹/۲/۸ چنین نظر داده است: «اصل ضرورت توجه به دلایل و مستندات و رعایت ارزش و اعتبار آن ها در تصمیمات و آرای صادره از طرف مراجع مختلف قضایی و اداری از جمله اصول بدیهی رسیدگی و دادرسی است که مصرّحات قانونی عدیده نیز در هر یک از مواضع مربوط، مؤید آن می باشد. کما این که به صراحت، ماده ۴۵ قانون بازسازی نیروی انسانی، مصوب ۱۳۶۰/۷/۵، آرای هیئت های بدوی و تجدید نظر، بازسازی باید موجه و متکی به دلایل و مدارک معتبر و متقن باشد که عدم مراعات آن از مصادیق بارز عدول از اصول و قواعد آمره بوده و از موجبات نقض آرای هیئت ها به شمار می رود. بنابراین، دادنامه شماره ۱۸۶-۱۳۶۳/۲/۳۰ شعبه اول دیوان در حدّی که مفید این معنی است، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می شود. مطابق قسمت آخر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری، این رأی در موارد مشابه برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوط لازم الاتباع است.».

مبحث دوم. جایگاه اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی در متون قانونی

گفتار اول. قانون اساسی

در میان اصول قانون اساسی، اصل مرتبط با مستند و مستدل بودن آرا، اصل ۱۶۶ است که به موجب آن، «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.» برخی از نویسندگان از این اصل به عنوان قاعده لزوم توجیه رأی نام می‌برند.^۱ سابقه توجه به مستدل و مستند بودن آرای محاکم در قانون اساسی مشروطیت نیز نمود یافته بود، به گونه‌ای که اصل ۷۸ متمم قانون اساسی مشروطیت در این خصوص چنین بیان داشته بود: «احکام صادره از محاکم باید مدلل و موجه و محتوی فصول قانونیه که بر طبق آن‌ها حکم صادر شده است، بوده و علناً قرائت شود.» از این رو، سابقه این قاعده در اصل ۱۶۶ قانون اساسی به دوران مشروطه برمی‌گردد که این امر، مبین اهمیت موضوع مستدل و مستند بودن در اسناد قانونی بالادستی از دیرباز تاکنون است.

دیوان عدالت اداری (اعم از شعب و هیئت عمومی دیوان) به عنوان مرجع رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأموران یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها طبق اصل ۱۷۳ یکی از ارکان قوه قضاییه است که می‌بایست با رعایت اصل ۱۶۶ قانون اساسی، آرای خود را مستند و مستدل صادر کند. افزون بر این، آرای دیگر مراجع شبه قضایی نیز مستلزم همین قاعده است و دیوان عدالت اداری در مواقعی به عنوان مرجع تجدیدنظر از آرای مراجع شبه قضایی، وظیفه نظارت بر این موضوع را بر عهده دارد.

رویه قضایی دیوان نیز در این راستا با استناد به اصل ۱۶۶ قانون اساسی بر مستدل و مستند بودن آرای مراجع شبه قضایی تأکید کرده است. برای نمونه، در دادنامه شماره ۶۲۷ به تاریخ ۱۳۹۹/۳/۲۷ صادرشده از شعبه ۱۱ دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به اعتراض شاکی به رأی قطعی شماره ۹۶۰۳۰۲۴۳۰ به تاریخ ۱۳۹۶/۴/۱۸ صادرشده از کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها، با نقض رأی این

۱. صالحی‌راد، پیشین، ص ۲۰.

کمیسیون، در بخشی از دادنامه به طور صریح با استناد به اصل ۱۶۶ قانون اساسی چنین بیان داشته است: «... با عنایت به محتویات پرونده، نظر به این که حسب اصل ۱۶۶ قانون اساسی، مرجع شبه قضایی و از جمله کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری‌ها باید از اصل دادرسی منصفانه از جمله اصل شفافیت در دادرسی تبعیت نموده و آرای آن‌ها می‌بایست مستدل و مستند و مبتنی بر ضوابط قانونی باشد، در مانحن فیه... این امر، تخطی از مراعات اصل مذکور تلقی و رسیدگی کمیسیون مغایر قانون می‌باشد. فلذا ضرورت دارد با توجه به مدارک و مستندات ابرازی از جانب شاکی در این خصوص مجدداً توسط اعضای محترم کمیسیون بررسی گردد...».

گفتار دوم. قوانین عادی

در مورد جایگاه اصل مستدل و مستند بودن آرای صادرشده از مراجع قضایی در قوانین عادی می‌توان به نمونه‌های متعددی در قوانین و مقررات عادی اشاره کرد. قانون‌گذار در مواد ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب بر رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور رأی بر اساس موازین قانونی و استدلال و استناد با صراحت تأکید کرده است. در ماده ۸ آمده است که «قضات دادگاه‌های عمومی و انقلاب مکلفند به دعاوی و شکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و حکم قضیه مطروحه را صادر نمایند.» ماده ۹ نیز بیان داشته است که «قرارها و احکام دادگاه‌ها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای آن حکم صادر شده است. تخلف از این امر و انشای رأی بدون استناد موجب محکومیت انتظامی خواهد بود».

در میان قوانین مربوط به آیین دادرسی مدنی و کیفری نیز به مستند و مستدل بودن رأی به عنوان یکی از مبانی و شروط دادرسی عادلانه اشاره شده است که از آن جمله می‌توان به ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری اشاره کرد. وفق بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رأی بر اساس آن‌ها صادر شده، از موارد و اصولی است که دادرس باید رعایت کند. در ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز آمده است: «دادگاه پس از اعلام ختم دادرسی با استعانت از خداوند متعال، با تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده و ادله موجود، در همان جلسه و در صورت عدم امکان در

اولین فرصت و حداکثر ظرف یک هفته به انشای رأی مبادرت می‌کند. رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. تخلف از صدور رأی در مهلت مقرر موجب محکومیت انتظامی تا درجه چهار است.^۱ قانون‌گذار در دیگر قوانین از جمله ماده ۲۳ قانون امور حسبی، علاوه بر رأی، در خصوص تصمیمات دادرس نیز بر موجه و مدلل بودن تصمیم تأکید کرده است.^۱

در قوانین مرتبط با مراجع شبه قضایی مانند دیوان عدالت اداری و کمیسیون‌های مستقر در اداره‌های دولتی و مؤسسات عمومی غیر دولتی نیز بر موضوع مستدل و مستند بودن تأکید شده است. مهم‌ترین مقرر قانونی در این خصوص، ماده ۵۹ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۰ است که در بند «چ» ماده یادشده آمده است که در رأی صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری، «ذکر جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی» الزامی است و دادرس باید رعایت کند.

در ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری نیز آمده است: «هیئت پس از اتمام رسیدگی و ملاحظه اسناد و مدارک موجود در پرونده و توجه کامل به مدافعات متهم و مواردی از جمله میزان زیان واردشده (اعم از مادی و معنوی) به دولت یا اشخاص حقیقی یا حقوقی، آثار سوء اجتماعی و اداری، موقعیت و سابق کارمند و وجود یا فقدان سوء نیت، اقدام به صدور رأی و اتخاذ تصمیم می‌کند. رأی هیئت‌ها باید مستدل و مستند به قانون و مقررات مربوط بوده و حاوی تخلفات منتسب به متهم، نام و نام خانوادگی و امضای اعضای رأی‌دهنده در زیر رأی صادر شده باشد».

تأکید ماده ۲۱ آیین‌نامه اجرایی مبنی بر مستدل و مستند بودن آرا در رویه قضایی دیوان عدالت اداری نیز در دادنامه شماره ۸۳ مورخ ۱۳۷۸/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری چنین مقرر شده است: «با عنایت به مقررات قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مصوب ۱۳۷۲/۹/۷ و آیین‌نامه اجرایی آن راجع به تکالیف خاص هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری در خصوص بررسی و انجام تحقیقات و رسیدگی به دلایل و مدارک مربوط به خطای منتسب و ضرورت صدور رأی مستدل و مستند با رعایت تشریفات و ضوابط مندرج در ماده ۲۱ آیین‌نامه فوق‌الذکر، دادنامه شماره ۵۷۳ مورخ

۱. ماده ۲۳ قانون امور حسبی: «تصمیم دادرس باید موجه و مدلل باشد».

۱۳۷۷/۵/۶ هیئت سوم تجدیدنظر دیوان که مبین این معنی است، موافق اصول و موازین قانونی تشخیص داده می‌شود. این رأی مطابق قسمت اخیر ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع مربوطه در موارد مشابه لازم‌الاتباع می‌باشد».

در دادنامه شماره ۱۱۹ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۲۴ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری این گونه آمده است: «آرای صادرشده از هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری علی‌القاعده باید مبتنی بر دلایل متقن و معتبر و ضوابط شرعی و قانونی باشد و صدور رأی بدون رعایت قاعده فوق‌الذکر که از اصول بدیهی داوری می‌باشد، موافق مقررات و موازین قانونی نیست. بنابراین، دادنامه شماره ۱۳۶۷/۱/۳۱۳۱ صادره از شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری که متضمن این معنی است، مطابق با موازین قانونی تشخیص می‌گردد».

به طور کلی، جایگاه اصل مستدل و مستند بودن آرای مراجع شبه قضایی در اسناد بالادستی چون قانون اساسی، لزوم تأکید بر جایگاه آن در قوانین عادی را منتفی می‌سازد. با این حال، در قوانین عادی حقوق اداری نیز چنین جایگاهی با توجه به اهمیت آن، در برخی قوانین و مقررات به رسمیت شناخته شده است.

اصل ۱۶۶ قانون اساسی، دادگاه‌ها را مکلف کرده است که احکامشان باید مستدل و مستند به قانون و اصول باشد. در بعضی از قوانین عادی مانند آیین دادرسی کیفری و مدنی به موجه بودن رأی دادگاه هم تأکید شده است. به نظر می‌رسد صرف نظر از این که لفظ موجه بودن به اعتباری به مفهوم مستند و مستدل بودن دلالت دارد، بیان‌گر قابل پذیرش بودن رأی مستند و مستدل از جنبه عقلانی و منطقی به لحاظ نتیجه‌گیری است.

مبحث سوم. عناصر ماهوی اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی

گفتار اول. اصل بیان دلایل

اصل بیان دلایل و مستندات از عناصر ماهوی اصل مستدل و مستند بودن آراست که آن را ذیل اصل رفتار منصفانه می‌توان تفسیر کرد. به عقیده برخی از حقوق دانان، این اصل دو جنبه دارد: نخست این که رفتار مقام‌های سیاسی، قضایی و اداری، یکسان باشد و تبعیض‌آمیز نباشد؛ دوم این که با هر فردی باید مطابق شأن و شرافت انسانی رفتار شود. به همین اعتبار، مقام اداری مکلف می‌شود

مبانی و دلایل تصمیم و رأی خود را بر اساس اصول رفتار و احترام یکسان برای همگان توضیح دهد.^۱ حقوق اتحادیه اروپا نیز الزام به ارائه دلیل را از مبانی حکمرانی خوب دانسته و مقامات اداری را به بیان ادله و مبانی تصمیم خود مکلف کرده است.^۲ در این اتحادیه، لزوم بیان دلیل توسط اداره در چند موقعیت اهمیت دارد: نخست، موقعیتی که تصمیم اداری، حقوق و منافع شهروندان را تحت تأثیر قرار می دهد. دوم، موقعیتی که در صلاحیت های اختیاری، به دلیل دشواری تطابق اقدام اداری با متن قانون، ارائه دلایل، ضرورتی دوچندان خواهد داشت؛ چون در غیر این صورت، امکان نظارت قضایی بر اقدام معمول یا تصمیم گرفته شده ناممکن خواهد بود.^۳

با بررسی برخی آرای دیوان عدالت اداری به نظر می رسد که اعمال اصل بیان دلایل هنوز جایگاه مطلوبی را به دست نیاورده است. برای نمونه، در دادنامه ۲۷۳ به تاریخ ۱۳۹۵/۴/۲۰، هیئت عمومی دیوان در بند «الف» این دادنامه صرفاً با استناد به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲، «پیوست شماره یک آیین نامه ارتقای مرتبه اعضای هیئت علمی - مقررات مربوط به طرز تشکیل و اختیارات و وظایف هیئت ممیزه مؤسسه»، مصوب وزیر علوم را ابطال کرده است. در این رأی به هیچ قانونی استناد نشده و به باور برخی از نویسندگان فقط استدلالی ناقص در تأیید آن ارائه شده است.^۴ این در حالی است شاکیان به موارد متعدد قانونی مانند اصول ۴، ۲۰ و ۲۲ قانون اساسی، قوانین موضوعه از جمله حقوق شهروندی و مواد ۲، ۳

۱. زارعی، محمدحسین، «تحلیلی بر پیوند حقوق اداری و مدیریت دولتی بر پایه حاکمیت قانون»، نشریه مدیریت دولتی، شماره ۳۸، ۱۳۷۶، ص ۳۸.

۲. ماده ۲۵۳ معاهده جامعه اروپا (EC Treaty) و منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا (Charter of Fundamental Rights of the European Union) بر اصل ارائه دلایل در تصمیمات اداری تأکید کرده اند. در ماده ۲۵۳ معاهده جامعه اروپا آمده است: «دلایل و مبانی آیین نامه ها، دستورالعمل ها و تصمیمات تصویب شده توسط پارلمان و شورای اروپا و کمیسیون که مبنای تصویب و اعمال آن ها بوده است، باید بیان گردد...» در بند ۲ ماده ۴۱ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا نیز چنین آمده است: «حق بر اداره خوب شامل این موردهاست: حق بر شنیده شدن قبل از هر اقدام فردی که ممکن است بر او تأثیر زیان بار داشته باشد، حق دسترسی به پرونده خود با رعایت منافع محرمانه شغلی و اسرار حرفه ای و الزام اداره به ارائه دلایل تصمیماتش».

۳. رضایی زاده و عطریان، پیشین، ص ۹۳؛ نک: هداوند، مهدی و علی مشهدی، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱، ص ۲۰۶.

۴. سودمندی، عبدالحمید، «تحلیل مصادیق مستدل و مستند بودن آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و پی آمدهای حقوقی آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۸، ص ۵۲.

و ۴ آیین‌نامه ارتقای مرتبه اعضای هیئت علمی مؤسسه‌های آموزشی و پژوهشی استناد کرده بودند.^۱ دیوان در رأی خود به هیچ کدام از این عناوین قانونی و اصول حقوقی اعتنایی نکرده است.

گفتار دوم. اصل رعایت حقوق مکتسبه افراد

ریشه رعایت حق مکتسبه را می‌توان در احترام به حقوق و آزادی‌های بنیادین جست. اصولاً هر نوع حقوقی را که به موجب قوانین پیشین برای افراد و اشخاص ایجاد شده باشد، حق مکتسبه قلمداد می‌کنند. اثر عینی رعایت حقوق مکتسبه افراد را می‌توان در آیین‌های دادرسی به ویژه دادرسی کیفری مشاهده کرد. با این حال، باید دانست چون اصول دادرسی منصفانه و مستدل، مستند و موجه بودن آرای محاکم در انواع دادرسی به رسمیت شناخته شده، بر رعایت حقوق مکتسبه افراد بر مبنای رسیدگی منصفانه و موجه بودن آرا در مراجع شبه قضایی نیز تأکید گردیده است.

در رویه قضایی دیوان عدالت اداری، رعایت حقوق مکتسبه اشخاص مطمح نظر است. برای نمونه، در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۴۰۲۱۵۵ با موضوع تغییر محل خدمت کارمند به بهانه اشتباه در ذکر محل خدمت، قاضی دیوان این گونه استدلال می‌کند: «... شاکی مدت ۵ سال به عنوان کارشناس آمار و اطلاعات به صورت مستخدم پیمانی در دفتر برنامه‌ریزی و بودجه وزارت خانه شاغل بوده... با توجه به رعایت اصل حق مکتسبه و لحاظ تبصره ۴ ماده ۴۵ قانون مدیریت خدمات کشوری که تعیین محل خدمت کارمند پیمانی را منوط به پیمان نامه دانسته، لذا انتقال ایشان به استانداری قم برخلاف مقررات قانونی و تضییع حقوق استخدامی می‌باشد...». بنابراین، حضور طولانی مدت کارمند یادشده در تهران، حق مکتسبه برایش ایجاد کرده است که انتقال وی به بهانه اشتباه در درج محل خدمت با اصول دادرسی منصفانه تناقض دارد.

در رأی دیگری به شماره دادنامه ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۵۰۳۰۸۹ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۱۸، قاضی چنین استدلال کرده است که احراز شهادت رزمنده در کمیسیون ماده ۱۳۴ قانون مقررات استخدامی سپاه را نمی‌توان در آن کمیسیون بررسی و مستمری را بر مبنای نظر آن قطع کرد؛ چون حق مکتسبه دریافت مستمری ایجادشده به موجب تصمیم سابق کمیسیون نقض می‌شود. این وضعیت، انتظارات مشروع فرد را

۱. همان، ص ۵۳.

نقض می‌کند و برای او مخاطره‌انگیز است و چنین امری خلاف عدالت و انصاف است.^۱

گفتار سوم. اصل انصاف و عدالت

اصل انصاف و عدالت در آیین دادرسی مراجع قضایی که با عنوان «دادرسی منصفانه» از آن یاد می‌شود، از ویژگی‌های اصل مستند و موجه بودن آرای مراجع دادگستری است. افزون بر این، یکی از عناصر بنیادین حکومت قانون است. از این رو، اصل انصاف و عدالت یا به تعبیر حقوقی، دادرسی عادلانه و منصفانه نه تنها در رسیدگی‌های قضایی، بلکه در مراجع شبه قضایی نیز باید رعایت شود.

در حقوق داخلی ایران، در قوانین و مقررات مربوط به مراجع اختصاصی غیر قضایی بر موضوع اصول دادرسی عادلانه و منصفانه به صراحت تأکید نشده است. با این حال، رعایت اصول دادرسی عادلانه و منصفانه به همه محاکم اعم از قضایی و غیر قضایی قابل تسری است؛ چون در این گونه دعاوی نیز حقوق و منافع شهروندان در برابر دولت و حاکمیت مطرح است و از این جهت، حمایت از حقوق شهروندان متضمن رعایت اصول دادرسی است.

با مراجعه به رویه قضایی مراجع شبه قضایی می‌توان دریافت که قضات با وجود تصریح نداشتن قوانین به رعایت اصول دادرسی توجه دارند و در آرای متعدد شعب دیوان عدالت اداری به ضرورت رعایت اصول دادرسی عادلانه اشاره شده است. برای نمونه، در بخشی از دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۴۶۰ به تاریخ ۱۳۹۲/۲/۱۸ صادرشده از شعبه ۱۴ بدوی دیوان عدالت اداری آمده است: «... شعبه رسیدگی کننده می‌بایست جهت کشف حقیقت و درستی اظهارات شاکی از مرجع صالح استعلام می‌نمود و اتکای صرف به اظهارات طرف شکایت در پرونده و صدور رأی بر مبنای آن با فلسفه دادرسی عادلانه منافات دارد...». در رأی دیگری که از همین شعبه صادر شده، در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۱۱۳۶ به تاریخ ۱۳۹۲/۶/۱۲ آمده است: «... صدور حکم محکومیت، مستلزم احراز تخلف یا ارتکاب بزه بر اساس دلایل و مدارک متقن و غیر قابل انکار است که در این پرونده بر این روال اقدام نشده است و صرفاً با اظهارات اشخاص دیگر و استنباط شخصی و همگانی اقدام به صدور رأی گردیده که با موازین دادرسی عادلانه منافات دارد...».

۱. همان، ص ۱۵۰.

شعبه ۱۹ بدوی دیوان عدالت اداری نیز با اشاره به ضرورت رعایت اصول دادرسی عادلانه در دادنامه شماره ۹۱۱۳۱۵/۹۱/۱۹ مقرر کرده است: «با توجه به مفاد دادخواست تقدیمی خواهان و مستندات پیوست آن و با عنایت به این که در رأی معترض عنه حسب مدعای خواهان به اظهارات وی توجهی نشده و دفاعیات وی در رسیدگی هیئت موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار استماع نشده، به جهت بیم از تضییع حقوق احتمالی وی در مقام دفاع و انجام دادرسی منصفانه، دعوای مطروحه را وارد تشخیص و ضمن نقض رأی معترض عنه جهت رسیدگی مجدد به مرجع هم عرض ارجاع می‌گردد...»^۱.

مبحث چهارم. عناصر شکلی اصل مستند، مستدل و موجه بودن آرای مراجع شبه قضایی

گفتار اول. حق استماع و حضوری بودن

استماع یا «حق شنیده شدن» به طور سنتی در حقوق عرفی، یکی از ارکان عدالت محسوب می‌شود.^۲ حق استماع، بازتاب‌دهنده اصل تناظر در دادرسی و حق بر دفاع است که به موجب آن، دادگاه می‌بایست به اظهارات و دلایل و دفاعیات طرفین دعاو گوش فرادهد و بدون استماع اظهارات، مستدل بودن احکام و موجه بودن آرای مراجع قضایی و شبه قضایی متزلزل خواهد بود. به باور برخی از نویسندگان، مهم‌ترین توجیه نظری برای استماع، حق بر رفتار منصفانه است. با این حال، مزایای دیگری نظیر نتایج درست و کاهش اشتباه‌ها نیز متصور است.

حق بر استماع در اصل به این معناست که برای شخص، فرصتی برای ارائه شفاهی پرونده نزد دادگاه فراهم شود.^۳ دادگاه علاوه بر استماع اظهارات می‌بایست بدون حضور طرف مقابل از دیگری، ادعا یا دفاعی را استماع نکند و هیچ تصمیم را بدون اطلاع طرف ذی نفع به اجرا نگذارد. به موجب حق استماع، اصحاب دعاو تنها زمانی احساس خواهند کرد عدالت اجرا می‌شود که فرصت ابراز

۱. نک: راهکارهای ارتقای رسیدگی عادلانه در مراجع اختصاصی غیرقضایی، تهیه و تدوین: امیر عبداللهیان و محمدرضا رفیعی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷، صص ۱۲۷ و ۱۲۸.

۲. فلاح‌زاده، علی محمد، «تحوالات حق استماع در حقوق اداری ایران و انگلستان»، شماره ۴۱، ۱۳۹۲، ص ۱۷۰.

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، شماره ۵۵، ۱۳۹۵، ص ۲۵۴.

دلایل و ادعاها و مدافعات خود را بیابند و به طور برابر امکان مشارکت در دادرسی را داشته باشند. سؤال همیشگی حقوق دانان در خصوص حق استماع این است که در دادگاه به چه نوع استماعی باید توجه داشت و در روند دادرسی اعمال کرد؟^۱

در نظام حقوق اداری ایران صرفاً در برخی از قوانین و مقررات به حق استماع توجه شده است. برای نمونه، در ماده ۳ قانون حفظ آثار ملی (۱۳۰۹) آمده است: «... ثبت مالی که مالک خصوصی داشته باشد، باید قبلاً به مالک اخطار شود و قطعی نمی شود، مگر پس از آن که به مالک، اخطار و به اعتراض او، اگر داشته باشد، رسیدگی شده باشد...». در ماده ۲۳۸ قانون مالیات های مستقیم (۱۳۶۶)، مأمور مالیاتی، مکلف به شنیدن نظرها و اعتراض های مؤدی است و این استماع باید قبل از قطعی شدن تصمیم و از سوی خود اداره مالیاتی صورت پذیرد. ماده ۱۳۸ قانون امور گمرکی (۱۳۹۰) نیز بیان داشته است که اگر کسی به تصمیم گمرک اعتراض کند، قبل از قطعی شدن تصمیم، شخص می تواند اعتراض خود را به اداره گمرک ارائه دهد و این نهاد مکلف به شنیدن آن خواهد بود.

از قوانین مربوط به مراجع شبه قضایی که بر حق استماع تأکید کرده است، می توان به ماده ۱۸ آیین نامه قانون رسیدگی به تخلفات اداری (۱۳۷۳) اشاره کرد که به موجب آن: «متهم می تواند پس از اطلاع از موارد اتهام و در مهلت تعیین شده از سوی هیئت، جواب کتبی و مدارکی را که در دفاع از خود دارد، به هیئت تسلیم کند. در غیر این صورت، هیئت می تواند به موارد اتهام، رسیدگی و رأی لازم را صادر کند.» در ماده ۶۰ آیین دادرسی کار (۱۳۹۲) نیز چنین آمده است: «مرجع رسیدگی کننده باید اظهارات طرفین یا نمایندگان آنان را در صورت جلسه درج و به امضا یا اثر انگشت آن ها برساند...». در این خصوص می توان به دادنامه شماره ۱۰۱ هیئت بدوی رسیدگی به تخلفات اداری (شرکت ملی گاز ایران) اشاره کرد که پس از استماع مدافعات ۱۳۹۸/۱۲/۷ کارمند در معرض تخلف و بررسی دلایل در حضور وی صادر شده است.

به باور برخی از نویسندگان حقوقی، با وجود تأثیر فراوانی که تصمیم های اداری بر حقوق اشخاص دارند، این تصمیم ها بدون نظردهی و دفاع مخاطبان گرفته می شود و در رویه قضایی دیوان عدالت اداری نیز رأی قابل توجهی در خصوص به رسمیت شمردن حق استماع در مسائل اداری

1. Friendly, Henry J., "Some Kind of Hearing", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 123, No. 6, 1975, p. 1268

و حتی دادگاه‌های اداری مشاهده نمی‌شود.^۱ به عقیده برخی از نویسندگان، حق بر استماع (به ویژه شفاهی) در رسیدگی‌های اداری، حق مطلق نیست، اما امتناع دادگاه یا دیوان عدالت اداری از پذیرش استماع شفاهی باید مدلل باشد.^۲ طبق ماده ۴۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «شعبه دیوان می‌تواند هر یک از طرفین دعوا را برای ادای توضیح دعوت نماید...» و طبق ماده ۵۶ همان قانون نیز شعبه دیوان می‌تواند رأساً از دیگر اشخاص توضیح بخواهد. با این وجود، رسیدگی در دیوان عدالت اداری به صورت استماع شفاهی صورت نمی‌گیرد. از همین رو، یکی از عناصر دادرسی منصفانه و موجه بودن آن نقض می‌شود.

گفتار دوم. علنی بودن دادرسی

در اصل ۱۶۵ قانون اساسی بر اصل علنی بودن دادرسی تأکید شده است. به تعبیر حقوق دانان، این اصل، مرحله‌ای از دادرسی است که در آن، شواهد به صورت علنی استماع می‌شود و تضمین‌کننده حقوق مردم در دسترسی به روند رسیدگی قضایی است.^۳ از این رو، با توجه به مبحث پیشین درباره حق بر استماع می‌توان چنین بیان داشت که علنی بودن دادرسی در کنار حق بر استماع طرفین در بیان اظهارات، دو مقوله‌ای هستند که اعتماد عمومی را به مراجع قضایی و شبه قضایی و متعاقب آن، موجه بودن آرایشان فراهم می‌آورد.

در اصل ۲۰ مجموعه اصول و قواعد آیین دادرسی فراملی در خصوص علنی بودن چنین آمده است: «به طور کلی، جلسات دادگاه به منظور استماع اظهارات شفاهی که شامل جلسات رسیدگی به دلایل و اعلام رأی دادگاه می‌شود، باید برای عموم افراد علنی باشد؛ پرونده‌ها و سوابق دادگاه باید برای عموم مردم علنی باشد؛ عموم اشخاص باید بتوانند به آرای دادگاه‌ها از جمله دلایل و مستندات که رأی بر مبنای آن‌ها صادر شده، دسترسی داشته باشند.»^۴ به باور برخی از نویسندگان، در خصوص

۱. رضایی‌زاده و عطریان، پیشین، ص ۲۸۱.

۲. همتی، پیشین، ص ۲۵۵.

۳. حمیدیان، حمید و سیروس حیدری، «اصل علنی بودن دادرسی مدنی»، دوره سیزدهم، شماره ۱، ۱۴۰۰، ص ۸۹.

۴. قنوتی، جلیل و اسلام مندنی، «اخلاق و دادرسی عادلانه در پرتو قابلیت پیش‌بینی بودن قواعد دادرسی»، فصل‌نامه پژوهش‌های اخلاقی، دوره هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۷، ص ۱۷۳.

علنی بودن دادرسی مراجع شبه قضایی، ویژگی خاص و متفاوت مراجع اختصاصی اداری و هم چنین دیوان عدالت اداری ایجاب می کند لزوم اعمال اصول دادرسی عادلانه و از جمله اصل علنی بودن دادرسی در این مراجع، حتی بیش از دادگاه های عمومی دادگستری احساس شود.^۱

یکی از نکاتی که همواره در مورد اصل علنی بودن رسیدگی مراجع شبه قضایی مطرح می شود، چالش این اصل و اصل تخصص است؛ چون موضوعات داخل در صلاحیت مراجع اختصاصی غیر قضایی، جنبه تخصصی دارد و از این رو، باید به شکل تخصصی مطرح شود.

قوانین و مقررات مربوط به مراجع اختصاصی غیر قضایی، جز در برخی موارد، در خصوص اصل استماع علنی در این مراجع ساکت است. برای نمونه، کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، مقرره ای درباره استماع علنی دفاعیات ندارد و مقررات راجع به دادگاه انتظامی کارشناسان رسمی دادگستری و هیئت های انتظامی پزشکی نیز در خصوص علنی بودن رسیدگی ساکت است. در برخی دیگر از مراجع شبه قضایی از جمله دادگاه انتظامی وکلا و هیئت رسیدگی به تخلفات هیئت علمی دانشگاه ها، مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی و هیئت های حل اختلاف موضوع قانون ثبت هم دعوت از افراد، اختیاری است.^۲

رسیدگی در هیئت رسیدگی به تخلفات اداری نیز غیر علنی است، مگر بنا به تشخیص هیئت یا درخواست کتبی متهم برای دفاع حضوری که در این صورت به طور علنی برگزار می شود. از این رو، به نظر می رسد که علنی بودن رسیدگی دادرسی در مراجع شبه قضایی چندان مطمح نظر قانون گذار و رویه قضایی قرار نگرفته است. در قانون تشکیلات و آیین رسیدگی دیوان عدالت اداری نیز به رسیدگی علنی اشاره نشده است. این در حالی است که به باور برخی، علنی بودن دادرسی ضرورت دارد؛ چون در بسیاری از موارد، حاوی اختلاف میان مردم و دولت به عنوان دارنده اقتدار عمومی است.^۳ ماده ۴۳ این قانون نیز صرفاً به حضوری بودن دادرسی آن هم با اختیار دیوان اشاره کرده و در این قانون از علنی بودن صحبتی به میان نیامده است.

۱. حاجی پور کندرود، علی، «ارزیابی قابلیت اعمال اصل علنی بودن دادرسی ها در مراجع اختصاصی اداری»، فصل نامه علمی پژوهش های نوین حقوق اداری، شماره ۱، ۱۳۹۸، ص ۹۹.

۲. همان، ص ۱۳۷.

۳. موسوی، سید علی، «لزوم رعایت اصل حضوری بودن و علنی بودن دادرسی در دیوان عدالت اداری»، نشریه راه وکالت، شماره ۲۳، ۱۳۹۹، ص ۱۳۲.

گفتار سوم. حق تجدیدنظرخواهی

دو مرحله‌ای بودن رسیدگی در محاکم دادگستری امروزه به یکی از بدیهی‌ترین مبانی دادرسی عادلانه و منصفانه بدل گشته و در مراجع اختصاصی اداری و شبه قضایی نیز نمود یافته است. دو درجه‌ای بودن در دادرسی اداری، تحولاتی پیچیده پشت سر گذرانده است، به گونه‌ای که در سال ۱۳۶۰، آرا تنها زمانی قابل اعتراض بود که به ضرر واحد اداری صادر شده بود، در حالی که در سال ۱۳۷۸ تقریباً تمام آرا قابلیت اعتراض پیدا کردند. با این حال، در سال ۱۳۸۵، قانون گذار قطعیت آرا را پذیرفت و در موارد خاصی، آرای قطعیت یافته را قابل رسیدگی مجدد دانست. در نهایت، در سال ۱۳۹۲، تجدیدنظرخواهی در دیوان به صورت مطلق احیا شد.^۱ از همین رو، به تعبیر برخی حقوق دانان، قانون گذار برای تجدیدنظرخواهی در دیوان دچار نوعی افراط و تفریط شده است؛ به گونه‌ای که یا همه شعب تجدیدنظر را حذف کرده و آرای شعب دیوان را قطعی دانسته یا همه آرای شعب بدوی را قابل تجدیدنظرخواهی شمرده است.^۲

در هر صورت، دو مرحله‌ای بودن رسیدگی موجب کاهش ضریب اشتباه دادرسی و دقت در رسیدگی می‌شود و موجه بودن آن را نیز تضمین می‌کند که خود این امر، عادلانه بودن رسیدگی را فراهم خواهد کرد. به همین دلیل، اگر شهروندان طرف دعوا در مستدل و مستند بودن رأی صادر شده در مراجع اعم از قضایی و شبه قضایی تردید کنند، تنها دستاویز آن‌ها برای رد استدلال و استناد دادرسی، وجود رسیدگی دوجمله‌ای است. این امر به طریق اولی در تضمین حقوق شهروندان در برابر دولت و نهادهای دولتی و عمومی و تضمین حاکمیت قانون نیز نتایج بسیار مطلوبی دارد.

شیوه تجدیدنظرخواهی در دادرسی اداری دارای تفاوت‌هایی است. برای نمونه، تجدیدنظرخواهی از بعضی آرای بدوی مراجعی مانند تصمیم کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری در مرجع هم عرض انجام می‌گیرد. تجدیدنظرخواهی از تصمیم برخی مراجع نیز در مراجعی انجام می‌شود که کارویژه اصلی آن‌ها مقوله‌ای دیگر است. برای نمونه، تجدیدنظرخواهی از تصمیم دادگاه انتظامی وکلا در

۱. بیاوری، اسدالله و محمد یزدان مهر، «تأملی بر سیر تحولات تجدیدنظرخواهی در دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اداری، شماره ۵، ۱۳۹۳، ص ۱۰.

۲. همان.

دادگاه عالی انتظامی قضات انجام می‌شود یا تصمیم هیئت حل و فصل اختلافات و مشکلات مربوط به املاک و اراضی واقع در طرح‌های مصوب احیا، بهسازی و نوسازی در محاکم دادگستری قابل تجدید نظر است.

نتیجه‌گیری

اهمیت اصل مستدل و مستند بودن آرا و اشاره آن در اسناد بالادستی از جمله اصل ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و هم‌چنین اصل ۷۸ متمم قانون اساسی مشروطه، مبّین جایگاه این امر در نظام حقوقی ایران است. اصل مستدل و مستند بودن آرای مراجع شبه قضایی و دیوان عدالت اداری، جلوه‌ای از اهمیت حاکمیت قانون در نظام‌های سیاسی مردم‌سالار و نظام‌های حقوقی مدرن است که بر اساس اصول دادرسی عادلانه و منصفانه تبیین و ارزیابی می‌شوند و همین موضوع به عنوان یک شاخص حقوقی می‌تواند محکی برای میزان قانونی و دموکراتیک بودن یک نظام سیاسی و حقوقی به شمار آید.

با بررسی رویه قضایی موجود در محاکم اداری ایران و هم‌چنین دیوان عدالت اداری به عنوان نهاد ناظر بر آرا و تصمیم اداری به نظر می‌رسد که اعمال اصل مستدل و مستند بودن ذیل اصول دادرسی عادلانه و منصفانه، جایگاهی مستحکم و مطمئن ندارد. در رویه مراجع شبه قضایی دیدیم که برخی از شعب دیوان بارها به صادر نشدن آرای مستدل و مستند از این مراجع، ایراد وارد و تصمیم‌های یادشده را نقض کرده‌اند. افزون بر مستدل و مستند نبودن آرای، دیگر اصول دادرسی منصفانه نیز در این موارد رعایت نشده است. درست است که در رویه قضایی دیوان عدالت اداری، در مفاد آرای برخی از شعب به صراحت بر اهمیت مستدل و مستند بودن آرا تأکید شده است، اما شعب هنوز به اعمال آن به عنوان یک قاعده آمره توجه نکرده‌اند. در مجموع به نظر می‌رسد رویه قضایی شعب دیوان عدالت اداری در این راستا گامی به جلو برداشته و روز به روز بر اهمیت این امر افزوده شده است. البته استناد به اصول دادرسی منصفانه در مفاد آرا هنوز نیز جایگاه شایسته خود را در دیوان عدالت اداری پیدا نکرده است.

از این رو، برای ایجاد جایگاهی قوی و مستحکم برای اعمال اصل مستدل و مستند بودن به طور اخص و اصول دادرسی عادلانه منصفانه پیشنهاد می‌گردد که هیئت عمومی شعب دیوان عدالت

اداری در این زمینه، رأی وحدت رویه صادر کند تا این موضوع بتواند دستاویزی برای صدور آرای مستدل و مستند باشد و از طرف دیگر با استناد به آن، از تشتت آرا در مراجع شبه قضایی جلوگیری شود. در نتیجه، دادرسی عادلانه و منصفانه مورد نظر عموم هم تأمین گردد.

هم چنین ملاحظه می شود که به دلالت بسیاری از آرای صادر شده از سوی شعب دیوان و حتی هیئت عمومی، چه در نقض آرا و تصمیمات مراجع شبه قضایی و چه در صدور آرا توسط خود دیوان، استدلال ها و استنادهای قانونی قابل دفاع و موجهی وجود ندارد. چون متأسفانه مراجع نظارتی عالی تر یا ابزار قانونی مهم و متقنی برای برخورد با آرای نامستدل و نامستند وجود ندارد، دامنه صدور این گونه آرا بیش تر شده است. برای نمونه، از بین آرای فراوان می توان به دادنامه های شماره ۳۱۲۵-۱۳۹۴/۸/۳ و ۲۳۱۸-۱۴۰۶/۶/۱۴ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر اشاره کرد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. پتفت، آرین و احمد مرکزالمیری، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
۳. خدابخشی، عبدالله، **حقوق دآوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی** (جلد ۱)، تهران: دراک، ۱۳۹۵.
۵. فنازاد، رضا، **مراجع شبه قضایی**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.
۶. متین دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی و بازگانی** (جلد ۲)، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۷. هداوند، مهدی و علی مشهدی، **اصول حقوق اداری**، تهران: خرسندی، ۱۳۹۱.
۸. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی** (جلد ۲)، تهران: سمت، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. باقری، یوسف و سهام صداقتی، «**شاخصه های رأی قوی و متقن**»، فصل نامه قضاوت، شماره ۷۹، ۱۳۹۳.
۲. حاجی پور کندرود، علی، «**ارزیابی قابلیت اعمال اصل علنی بودن دادرسی ها در مراجع اختصاصی اداری**»، فصل نامه علمی پژوهش های نوین حقوق اداری، شماره ۱، ۱۳۹۸.
۳. حمیدیان، حمید و سیروس حیدری، «**اصل علنی بودن دادرسی مدنی**»، دوره سیزدهم، شماره ۱، ۱۴۰۰.
۴. رحم دل، منصور، «**لطمه به اساس حکم**»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۰، ۱۳۸۹.
۵. رضایی زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «**اصل الزام به ارائه دلیل در تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی حقوق ایران و اتحادیه اروپا**»، نشریه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۰، ۱۳۹۳.

۶. زارعی، محمدحسین، «تحلیلی بر پیوند حقوق اداری و مدیریت دولتی بر پایه حاکمیت قانون»، نشریه مدیریت دولتی، شماره ۳۸، ۱۳۷۶.
۷. سودمندی، عبدالحمید، «تحلیل مصادیق مستدل و مستند بودن آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و پی‌آمدهای حقوقی آن»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۸، ۱۳۹۸.
۸. صالحی‌راد، محمد، «تأملاتی در باب مستدل بودن احکام دادگاه‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۲، ۱۳۸۲.
۹. فلاح‌زاده، علی‌محمد، «تحولات حق استماع در حقوق اداری ایران و انگلستان»، شماره ۴۱، ۱۳۹۲.
۱۰. قنواتی، جلیل و اسلام مندنی، «اخلاق و دادرسی عادلانه در پرتو قابلیت پیش‌بینی بودن قواعد دادرسی»، فصل‌نامه پژوهش‌های اخلاقی، دوره هشتم، شماره ۳، ۱۳۹۷.
۱۱. محمدی، محمدرضا، «نقدی بر شیوه استدلال دادگاه‌ها در آرای حقوقی»، نشریه رأی، شماره ۸، ۱۳۹۳.
۱۲. موسوی، سید علی، «لزوم رعایت اصل حضوری بودن و علنی بودن دادرسی در دیوان عدالت اداری»، نشریه راه وکالت، شماره ۲۳، ۱۳۹۹.
۱۳. هرمزی، خیرالله، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم رعایت آن»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۱، ۱۳۸۳.
۱۴. 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، شماره ۵۵، ۱۳۹۵.
۱۵. یاورى، اسدالله و محمد یزدان مهر، «تأملی بر سیر تحولات تجدیدنظرخواهی در دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اداری، شماره ۵، ۱۳۹۳.
۱۶. یاورى، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳.
۱۷. یاورى، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، فصل‌نامه حقوق اساسی، شماره ۲، ۱۳۸۳.

2. Latin Source

1. Beck, Luke, "The Constitutional Duty to Give Reason for Judicial Decisions", UNS Law Journal 2017, Available at: www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/10/403_2.pdf
2. Anderson, B., 'Discovery' in Legal Decision-Making, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1996
3. Boughey, Janina, "The Culture of Justification in Administrative Law: Rationales and Consequences", University of British Columbia Law Review, Vol. 54, No. 2, 2021
4. Friendly, Henry J., "Some Kind of Hearing", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 123, No. 6, 1975
5. Troper, Michel, "The Logic of Justification of Judicial Review", International Journal of Constitutional Law, Published by Oxford University Press, Vol. 1, No. 1, 2003

امکان سنجی اعمال «نظریه خطر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی دولت در حقوق ایران

مصطفی امیری^۱

محمد تقی دشتی^۲

چکیده

مسئولیت مدنی، یکی از مباحث اساسی در حقوق خصوصی است که بر اساس آن، در روابط میان اشخاص، هر کس ضرری به دیگری وارد کند، مکلف به جبران ضرر و زیان خواهد بود. تا سالیان متمادی، اندیشه تقدس دولت، مانع از طرح موضوع مسئولیت مدنی برای دولت بود، اما با گذر زمان و نیز ورود دولت به عرصه فعالیت‌های اقتصادی و تجاری، به تدریج، اندیشه قداست دولت رنگ باخت و حقوق دانان به طرح بحث در خصوص ضرورت پذیرش مسئولیت مدنی دولت پرداختند.

مسئولیت مدنی دولت مبنای مختلفی دارد که عبارتند از: نظریه تقصیر، نظریه خطر و نظریه تعهد ایمنی. نظریه خطر بر این مبنا استوار است که هر کس با انجام اقدامات خود، محیط خطرناکی ایجاد کند و بر اثر خطرهای وارد شده، زبانی به اشخاص وارد شود، بدون احراز تقصیر، مکلف به جبران خسارت خواهد بود. این نظریه در حقوق داخلی با پیروی از حقوق غرب پذیرفته شده است. البته در مبنای فقهی نیز مفهومی نزدیک به قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» دارد.

در قانون مسئولیت مدنی ایران (۱۳۳۹)، مبنای مسئولیت مدنی بر اساس نظریه تقصیر استوار است، اما با توجه به برخی اقدامات مخاطره‌آمیز دولت می‌توان در موارد زیادی، نظریه خطر را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی دولت پذیرفت. با ظهور نظریه‌های جدید در مورد مبنای مسئولیت مدنی دولت، انتقادهایی به نظریه‌های سنتی وارد شده است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی و تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، نظریه خطر، نظریه تقصیر، نظریه تقابل خطر، دولت.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران، mostafaamiri09@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق عمومی، دانشگاه امام باقر علیه السلام، تهران، ایران، t.d.dashty@yahoo.com

مقدمه

از حدود سال ۱۸۸۰، وضعیت اسفناک زیان‌دیدگان حوادث ناشی از کار که عمدتاً کارگران بودند، توجه حقوق‌دانان را به خود جلب کرد. در آن زمان بر اثر تغییر و تحولات عمیق در وضعیت زندگی اجتماعی و پیشرفت صنایع و علوم، روز به روز بر میزان و شدت حوادث ناشی از کار افزوده می‌شد. بر اساس نظریه سنتی تقصیر، شرط جبران خسارت کارگر، اثبات تقصیر کارفرما بود، اما در بیش‌تر موارد، حادثه ناشی از شیوه کار ماشین‌های مختلف بود و کارفرما، تقصیری مرتکب نشده بود و در صورت مقصر بودن نیز اثبات تقصیر وی دشوار بود. به این ترتیب، کارگران زیان‌دیده که بیش‌تر از اقشار کم‌درآمد و ضعیف جامعه بودند، از گرفتن خسارت محروم می‌شدند و حتی گاهی به دلیل از دست دادن قدرت کار کردن در نتیجه حادثه به ورطه بیچارگی کامل می‌افتادند.^۱

کارگران، همانند زیان‌دیدگان حوادث رانندگی، از طبقه اجتماعی خاصی بودند. این امر، احساس نیاز به جبران خسارت را در آنان بیش‌تر برمی‌انگیخت. چنین وضعیتی، کارگران را آماده شورش علیه کارفرمایان و رهگذران را آماده شورش علیه رانندگان کرده بود،^۲ به گونه‌ای که احساس نابرابری اجتماعی در بطن نظام مردم‌سالاری به این مسئله حقوقی، جنبه سیاسی داده بود.^۳ در این میان، حقوق‌دانانی مانند سالی و ژوسران که ریپر، آنان را مدیران تصفیه و ورشکستگی تقصیر نامیده است، جسارت بیش‌تری یافتند و با نشانه گرفتن نظریه تقصیر اعلام کردند: کسی که محیط خطرناکی مثل کارخانه ایجاد کند، در صورت تحقق خطر، بدون این که نیازی به اثبات تقصیرش باشد، باید خسارت ناشی از آن را جبران کند.^۴

با دقت در متون حقوقی، مسئولیت مدنی دولت بر اساس دو نظریه قابل توجیه است. برابر قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی دولت در برابر مستخدمین عمومی دولتی مبتنی بر نظریه خطا و تقصیر است، ولی مسئولیت دولت در برابر اشتباه قضات بر اساس اصل ۱۷۱ قانون اساسی مبتنی بر

۱. مازو و تنک، رساله نظری و عملی مسئولیت مدنی (جلد اول)، ش. ۶۸، ۱۹۹۵، ص ۷۷.

۲. ریپر و بولانژه، رساله حقوق مدنی (جلد دوم: تعهدات)، ش. ۹۰۴، ۱۹۹۷، ص ۳۷۷.

۳. همان، ص ۱۴۵.

۴. بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲، ص ۳۶.

نظریه خطر است. اگر مسئولیت دولت مبتنی بر نظریه خطا باشد، در این حالت، برای مسئولیت مدنی دولت، متضرر، نیازمند اثبات دو رکن است: اصل ضرر و رابطه انتساب. اثبات تقصیر قبلاً باید در مراجع صلاحیت‌دار صورت گیرد، اما اگر مسئولیت دولت مبتنی بر نظریه خطر باشد، در این صورت، با اثبات ضرر و رابطه سببیت، مسئولیت دولت محقق می‌شود.^۱

قانون شورای دولتی (۱۳۳۹) در راستای این رویکرد، «رسیدگی به ادعای خسارت از ادارات دولتی یا شهرداری‌ها یا تشکیلات وابسته به آن‌ها» را در چارچوب صلاحیت‌های شورا تعریف کرد. درست در همین زمان، نخستین قانون اختصاصی با نام «قانون مسئولیت مدنی دولت» از تصویب کمیسیون مشترک مجلسین ملی و سنا گذشت که در ماده ۱۱ این سند، مسئولیت مدنی دولت مشخصاً شناسایی شد و نظام حقوقی ایران، مسئولیت مدنی دولت را به صراحت پذیرفت.^۲

مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارت وارده به اشخاص در حقوق ایران صرف نظر از کم و کیف آن، در مقررات مختلف به ویژه در قانون مسئولیت مدنی (۱۳۳۹)، قانون نحوه به کارگیری سلاح توسط نیروهای مسلح و مواد ۱۵۷ تا ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) پذیرفته شده است. این در حالی است که قانون دیوان عدالت اداری، قانونی در زمینه مبنا، ماهیت، ارکان و آثار مسئولیت مدنی دولت نیست، بلکه ناظر بر مقررات شکلی ناظر بر مسئولیت مدنی دولت است که مرجع صالح در این زمینه را دیوان عدالت اداری و حدود صلاحیت و اختیارات آن را در ماده ۱۰ قانون مشخص کرده است. البته نباید فراموش کرد که قانون دیوان عدالت اداری صرفاً مربوط به مقررات شکلی نیست و بخشی از قواعد ماهوی مربوط به مسئولیت و از جمله جبران نیز در برخی موارد از مواد خود دارد.^۳

با توجه به حضور و دخالت دولت در عرصه‌های مختلف اقتصادی و اجتماعی و امکان انجام فعالیت‌های خطرآفرین توسط دولت به ویژه فعالیت‌های مخاطره‌آمیز در زمینه محیط زیست به نظر می‌رسد کاربست

۱. صالحی مازندرانی، محمد، «مطالعه تطبیقی مبنا و ماهیت مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۱۰۳، ص ۱۵۵.

۲. مولایی، آیت، «موانع و چالش‌های اعمال مسئولیت مدنی دولت در ایران»، مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۹، دوره پنجاهم، شماره ۴، ص ۱۴۲۵.

۳. کاشانی، جواد، «مرجع صالح برای رسیدگی به دعوای مسئولیت به طرفیت دولت»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۵، دوره بیست و یکم، شماره ۷۳ و ۷۴، ص ۱۱.

نظریه خطر به عنوان یک مبنا برای مسئولیت مدنی دولت در حقوق ایران، تا حد زیادی جنبه پیش‌گیرانه داشته و مانعی بر سر اقدامات فعالیت‌های خطرناک دولت باشد. البته بررسی رویه قضایی نشان می‌دهد که به شناسایی نظریه خطر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در رویه قضایی توجه نشده است.

زیان‌هایی که در اثر روابط اجتماعی به افراد جامعه وارد می‌شود، به حوادث ناگهانی و تصادفات رانندگی اختصاص ندارد. زیان از هر نوع که باشد، نباید جبران نشده باقی بماند. این یک اصل دیرینه در حقوق است و از زمان‌های بسیار دور، به جبران خسارت به صورت‌های مختلف توجه شده و واردکننده زیان ملزم بوده است آن را جبران کند. گاهی جبران خسارت به عنوان وظیفه‌ای به عهده مسئول قرار می‌گرفت. در ماده ۳۳۱ قانون مدنی ایران، جبران خسارت بر اساس نظریه تقصیر است و شرط مطالبه خسارت به وسیله زیان‌دیده، اثبات تقصیر زیان‌زننده است، اما در ماده ۳۲۸ قانون مدنی که مربوط به اتلاف است، جبران خسارت بدون تقصیر نیز ظاهراً پذیرفته شده است و با اثبات ضرر، دادگاه می‌تواند به جبران خسارت حکم دهد، بدون این‌که به اثبات تقصیر زیان‌زننده نیاز باشد.

گفتار اول. مبنای مسئولیت مدنی دولت

یکی از مهم‌ترین و در عین حال، پرچالش‌ترین مسائل مطرح در مسئولیت مدنی، تعیین مبنای مسئولیت مدنی است. ریشه این مباحث را باید در تألیفات حقوق دانان خارجی به ویژه حقوق دانان فرانسوی جست. آنان با طرح این سؤال که چرا و بر اساس چه توجیه منطقی باید کسی را ملزم به جبران خسارت کرد، درصدد تعیین مبنای مسئولیت مدنی برآمدند. البته هیچ یک از نظام‌های حقوقی، به صورت مطلق، منحصرأ یک نظریه را نپذیرفتند. مهم‌ترین نظریه‌های مطرح‌شده در این خصوص، نظریه تقصیر و نظریه خطر است. بعضی از نظریه‌ها هم اختلاطی از این دو نظریه است. قانون مدنی به وضوح به تعیین مبنای مسئولیت مدنی نپرداخته، ولی در ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، با به کار بردن عبارت «عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی»، مبنای مسئولیت مدنی را نظریه تقصیر دانسته است. البته قانون‌گذار از نظریه تقصیر عدول کرده و نظریه خطر را به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته است.^۱

۱. حیاتی، عباس‌علی، «بررسی و نقد قانون مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه کنونی ایران»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، ۱۳۹۸، شماره ۷۶، ص ۱۵۶.

بند اول. نظریه تقصیر

در بیش‌تر کشورهای دارای حقوق نوشته، نظریه تقصیر، محور اساسی مسئولیت مدنی است. نظریه تقصیر در بنیان‌های نظری و فلسفی ریشه دارد که به موجب آن، هدف قواعد حقوق، تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و حقوق طبیعی اوست. توجه به آزادی، اراده و اختیار موجب شد که ضمان قهری مسئولیت، ناشی از تقصیر قلمداد شود. بر این مبنا، کسی را می‌توان مسئول خسارت دیگری دانست که تقصیر او سبب ورود زیان شده باشد. در خصوص مبنای تقصیر در مسئولیت مدنی دولت باید گفت مطابق این نظریه، دولت وقتی مسئول است که در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر شده باشد، یعنی دولت زمانی به جبران زیان وارد شده به اشخاص ملزم خواهد شد که آن زیان ناشی از اقدامات مقامات عمومی و ناشی از تقصیری باشد که در انجام وظایف یا اعمال اختیارات مرتکب شده است و تکلیف خویش را به حفظ افراد خود در دفع ضرر از آنان، ناقص انجام داده است.^۱ در این زمینه، وجود رابطه علیت میان تقصیر و ضرر، مهم‌ترین دلیل برای جبران خسارت است.^۲

در خصوص اثبات تقصیر دولت، حقوق دانان بر مبنای دو رویکرد سلبی و ایجابی سعی دارند مسئله را توجیه کنند. رویکرد سلبی در تعریف تقصیر دولت بر این باور است که همه اعمال مقامات عمومی را نمی‌توان و نباید عملی دانست که با هدف و در راستای اعمال صلاحیت‌های تعریف شده قانونی صورت می‌پذیرد. مقام عمومی می‌تواند عمل زیان‌بار را آگاهانه انجام دهد یا به اعمالی دست یازد که قانون، خارج از حدود اختیارات او قرار داده است. هم‌چنین عمل زیان‌بار ممکن است بی‌آن‌که آگاهانه انجام شود، به گونه‌ای نادرست صورت گیرد. چنین اعمالی را نباید تقصیر دولت دانست، بلکه در چنین حالتی، تحت عنوان تقصیر شخصی، مسئولیت شخصی مقام عمومی مطرح می‌شود. رویکرد سلبی، اصلی‌ترین نگاه در شناخت تقصیر دولت است. در رویکرد ایجابی، شناخت تقصیر دولت، با تعریف شخصی مستخدمین ملازمه‌ای ناگسستنی ندارد. از دید این رویکرد، تقصیر دولت، مفهومی ذهنی نیست، بلکه مفهومی مستقل است که با تکیه بر عناصری عینی قابل شناخت است. در این رویکرد، شناخت تقصیر دولت، با بازشناسی تقصیر شخصی مقامات عمومی ملازمه ندارد.

۱. هوشمند فیروزآبادی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیان‌بار حاکمیتی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۹، شماره ۹۶، ص ۱۴۶.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۳۸۷.

بنابراین، چنین نگاهی وابسته نیست. از این منظر، تقصیر دولت عبارت از تحقق شرایطی زیان‌بار است که مربوط به دولت است. به طور مشخص، تقصیر دولت به حالت‌هایی اطلاق می‌گردد که زیان وارد شده ناشی از نقص وسایل دولت یا نقض صلاحیت‌هایی باشد که قانون‌گذار برای دولت در نظر گرفته است.^۱

مستفاد از ماده ۱ ق.م.م.، تقصیر در کشور ما در شمار مبانی اصلی مسئولیت مدنی تلقی می‌شود. البته در موضوعیت داشتن و مفروض دانستن آن سخن زیاد رانده شده است. برخی بر این اعتقادند که تقصیر، مبنای واقعی مسئولیت مدنی نیست و مرادف داشتن مفهوم تسبیب در حقوق ایران با «تقصیر» در حقوق غرب موجب شده است مبنای نظام مسئولیت مدنی در ایران بر تقصیر پنداشته شود، به ویژه ماده ۱ قانون ق.م.م. به گسترش این پندار یاری کرده است.^۲

بند دوم. نظریه خطر

در قرن نوزدهم، نظریه خطر، مسئولیت دولت را توسعه داد و امروزه در کشورهای پیشرفته، بر اساس این نظریه و برای احترام به آزادی فردی، دولت را مکلف می‌کنند در بعضی موارد از عهده خسارت وارد شده بر اشخاص برآید، هر چند هیچ‌گونه تقصیری مرتکب نشده باشد؛ چون اگر تقصیر را مبنای مسئولیت بدانیم، بسیاری از خسارت‌ها بدون جبران باقی می‌ماند که خلاف انصاف است.

جنبه اثباتی این نظریه بر این توجیه استوار است که با توجه به ناکارآمدی و لزوم نداشتن تقصیر در تحقق مسئولیت مدنی باید مبنا و ملاک دیگری را برای تحقق مسئولیت مدنی پذیرفت که عبارت از پاسخ‌گویی شخص در قبال اعمال خویش است، اعم از این که او مرتکب تقصیر شده یا نشده باشد. بنابراین، به اعتقاد طرفداران این نظریه برای تحقق مسئولیت مدنی، ثبوت یا اثبات تقصیر لازم نیست و صرف انجام عمل زیان‌بار موجب مسئولیت عامل می‌شود.

بر اساس این نظریه، هر گاه کسی، محیط خطرناکی ایجاد کند، چه آن کار متعارف باشد و چه

۱. امیرارجمند، اردشیر و مشتاق زرگوش، «تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی دولت؛ مطالعه تحلیلی و تطبیقی»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸، شماره ۴۹، ص ۲۶.

۲. جعفری تبار، حسن، «از آستین طبیبان: قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷، شماره ۴۱، ص ۳۶.

نامتعارف، مثلاً دولت آزمایش‌های هسته‌ای یا کارخانه‌ای برای ایجاد اشتغال ایجاد کند، در برابر آن مسئولیت دارد. در توجیه گفته می‌شود که مصلحت‌گرایی در جوهر مسئولیت مدنی وارد شده و مفاهیم جدیدی را ایجاد کرده است. برای مثال، حمل و نقل مواد آتش‌زا در جاده‌ها خطرناک است، ولی چون فواید آن، بیش‌تر از ضرر آن است، تقصیر نیست و باید تحمل شود. هم‌چنین اگر چه به کسانی، ضرر وارد می‌شود، به دیگران هم سودی می‌رسد. در پاسخ می‌توان استدلال کرد که در پرتو رشد فعالیت‌های اقتصادی دولت و اداره کردن کارخانه‌ها به وسیله دولت، نظریه مصونیت دولت روی هم رفته دیگر قابل دفاع نیست.^۱

ظهور این نظریه را باید در نتیجه صنعتی شدن جوامع و در نتیجه پیدایش مسائل حقوقی جدید دانست که نظریه مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر، پایه مناسبی برای حل آن‌ها نبود. بر همین اساس، «سالی» و «ژوسران»، دو نفر از حقوق‌دانان فرانسوی، مبنایی جدید را برای تحقق مسئولیت مدنی به طور کلی و مسئولیت مدنی دولت به طور خاص مطرح کردند که به نظریه خطر معروف شد. «این نظریه نخستین بار در فرانسه از یک رأی در دیوان کشور که در تاریخ ۲۱ ژوئن ۱۸۹۵ صادر شده بود، پدید آمد. با این رأی، کارگر یک کارخانه دولتی که در حین کار زخمی شده بود، بی آن‌که لازم بوده باشد خطای کارفرما (اداره) را ثابت کند، خسارت زیان‌های وارده را می‌گیرد».^۲

بر اساس این نظریه، وقتی اشخاصی اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی، عمل و فعالیت خاصی انجام می‌دهند، حتی اگر در انجام این فعالیت هیچ‌گونه خطا و تقصیری نداشته باشند، باید نتایج زیان‌بار حاصل از عمل خطرناک خود را بپذیرند. پس این نظریه دارای دو جنبه مختلف سلبی یا نفی‌کننده و ایجابی یا اثبات‌کننده است. جنبه سلبی این نظریه بر این امر تأکید دارد که برای تحقق مسئولیت مدنی، وجود تقصیر لازم نیست و تقصیر باید از شرایط مسئولیت مدنی حذف شود. «سالی» در این باره معتقد است رابطه مسئولیت مدنی، رابطه بین دو دارایی است و رابطه بین دو شخص نیست. حقوق دانان به نادرستی، رابطه مسئولیت مدنی را بین دو شخص تصور نموده‌اند و در نتیجه این تصور نادرست، گرفتار عوامل روانی شده‌اند و آن را در تحقق مسئولیت، مؤثر دانسته‌اند، در حالی

۱. ریاحی، نوربخش، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، سال پانزدهم، شماره ۵۸، ص ۲۳.

۲. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، چاپ هشتم، تهران: توس، ۱۳۸۳، ص ۷۹۹.

که رابطه مسئولیت مدنی، رابطه بین دو دارایی است که این رابطه، یک رابطه نوعی و غیر شخصی است و ارتباط با عوامل روانی و درونی ندارد»^۱.

جنبه اثباتی این نظریه بر این توجیه استوار است که با توجه به ناکارآمدی و نیز لزوم نداشتن تقصیر در تحقق مسئولیت مدنی باید مبنا و ملاک دیگری را برای تحقق مسئولیت مدنی پذیرفت که پاسخ‌گویی شخص در قبال اعمال خویش است، اعم از این که او مرتکب تقصیر شده باشد یا نشده باشد. بنابراین، به اعتقاد طرفداران این نظریه، برای تحقق مسئولیت مدنی، ثبوت یا اثبات تقصیر لازم نیست و صرف انجام عمل زیان‌بار موجب مسئولیت عامل می‌شود.^۲

طبق دیدگاه خطرهای معمول، ایجاد محیط خطرناک در صورتی ضمان‌آور است که این خطر از خطرهای عادی زندگی نباشد. بنابراین، چنین نظری، اعمال نظریه خطر را محدود می‌سازد و آن را تخصیص می‌زند. در تحلیل مبنای نظریه خطر گفته شده است که تعارض حقوق افراد در حقوق مدنی، تعارض میان دارایی‌هاست، نه اشخاص. پس اگر حقوق تنها مقررات حاکم بر اشیاء و دارایی‌ها باشد، برای الزام یک دارایی به جبران خسارت وارد شده به دارایی دیگر، نیاز نیست دارایی اول مرتکب تقصیر شده باشد. در پاسخ می‌توان گفت بر اساس نظر خطرهای معمول، اگر ضرر ناشی از چنین خطرهایی باشد، به این دلیل که سرنوشت و طبیعت، زیان‌دیده را به عنوان متضرر برگزیده است، لزومی به جبران نیست. در مورد زیان‌های خطرهای نامعمول، چون امری غیر عادی و ناشی از عمل زیان‌دیده است، نمی‌توان قائل به این بود که طبیعت، زیان‌دیده را به عنوان متضرر انتخاب کرده است.^۳

بند سوم. نظریه تعهد ایمنی

این مبنا از جدیدترین نظریه‌ها در برقراری مسئولیت مدنی است که نخستین بار در حقوق فرانسه مطرح شد. پس از ظهور این نظریه، نظام‌های حقوقی دیگر نظیر آلمان و انگلستان نیز پذیرای این

۱. باریکلو، علی‌رضا، مسئولیت مدنی، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۴۵.

۲. همان، صص ۵۱-۵۰.

۳. بادینی، حسن و حمیدرضا اقدس طینت، «خطرات معمول زندگی و نقش آن در قلمرو مسئولیت مدنی»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۷۷ و ۷۸، ص ۲۵.

نظریه شدند. حتی برخی حقوق دانان، پذیرش این نظر در نظام حقوقی ایران را با توجه به قوانین و مقررات مختلف امکان پذیر دانسته‌اند. منظور از تعهد ایمنی نیز تعهدی حقوقی مبتنی بر تعهد طبیعی احترام و آسیب نرساندن به تمامیت جسمانی انسانی دیگر است. متعهد تعهد می‌کند که نظارت و کنترل واقعی بر همه وقایع و اوضاع و احوال داشته باشد تا متعهد له یا شخص ثالث هیچ گونه آسیب و ضرر و زیانی متحمل نشود. بر اساس نظریه تعهد ایمنی، متعهد به خودی خود با جمع شرایط بیان شده، مسئول جبران ضرر و زیان وارد شده محسوب می‌شود. مسئولیت ناشی از نقض تعهد ایمنی از نوع مسئولیت بدون تقصیر است، به این معنا که نه تنها برای جبران ضرر و زیان حاصل از آن، خواهان نیازمند اثبات تقصیر خوانده نیست، بلکه خوانده نیز با اثبات عدم تقصیر نمی‌تواند از مسئولیت معاف شود. در نتیجه، خوانده خواه مقصر و خواه بی‌گناه باشد، به صرف نقض تعهد ایمنی، مسئول است و باید ضرر و زیان وارد شده را در صورت جمع شرایط عمومی مسئولیت مدنی جبران کند.^۱

گفتار دوم. تحولات نظریه خطر

نظریه خطر به صورت محض در طول زمان با انتقاد حقوق دانان روبه‌رو گشت و با اصلاحات و تعدیل‌هایی همراه شد.

بند اول. نظریه خطر در برابر انتفاع

بسیاری از حقوق دانان طرفدار نظریه خطر که تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی رد می‌کنند، هر نوع عمل زیان باری را نیز موجب مسئولیت مدنی نمی‌دانند. از این رو، به معیاری دیگر روی آورده‌اند که نظریه خطر در برابر انتفاع نامیده شده است. بر اساس این معیار، تنها آن دسته از فعالیت‌ها و کارهای زیان بار، مسئولیت مدنی انجام‌دهنده آن را در پی دارد که نفعی به وی برساند؛ زیرا اخلاق، عدالت و انصاف حکم می‌کند تا کسی که از فعالیتی نفع می‌برد، خسارت ناشی از آن را نیز تحمل کند. البته منظور آنان از نفع، هر نوع نفعی نیست، بلکه نفع در معنی خاص آن مورد نظر

۱. ثقفی، مریم و همکاران، «ماهیت تعهد ایمنی و کاربرد آن در مسئولیت مدنی پزشک در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، سال بیست و یکم، شماره ۳، ص ۲۶.

است و تنها نفع حاصل از بهره‌برداری اقتصادی را دربرمی‌گیرد؛ یعنی کسی که با ایجاد منبع خطر برای دیگران، نفع مادی عاید خویش گرداند. برای مثال، اگر کسی با هدف سود بردن، کارخانه بسازد و ابزارها و ماشین‌آلات خاصی در آن قرار می‌دهد، بدون این‌که نیازی به اثبات تقصیرش باشد، مسئول جبران خسارت ناشی از چنین محیط خطرناکی است.^۱

این نظریه که در حقوق آلمان نیز رایج است و مسئولیت ناشی از بهره‌برداری نامیده شده است، در فرانسه توسط تعداد زیادی از هواداران نظریه خطر به ویژه ژوسران پیشنهاد شده است. برداشت ژوسران از بند ۱ ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه مبتنی بر این نظر است. وی معتقد بود در بین زیان‌دیده‌ای که در حالت انفعال قرار دارد و کسی که برای منفعت خود، شیئی را به حرکت درآورده است، عدالت اقتضا می‌کند تا خسارت به عنوان عوض نفع حاصل از بهره‌برداری بر عهده طرف فعال قرار گیرد: «کسی که تشکیلاتی را که قادر است به دیگری ضرر بزند، ایجاد یا نظارت و اداره می‌کند... بدون توجه به تقصیر یا قابلیت سرزنش، مسئول خساراتی است که در نتیجه بهره‌برداری از آن به دیگری وارد می‌کند».^۲

این نظریه، الهام‌بخش قوانینی بوده است که در زمینه حوادث ناشی از کار و فعالیت‌های خطرناک، مسئولیت بدون تقصیر را مقرر داشته‌اند. با وجود این، ژوسران، آن را به حوادث ناشی از کار و خسارت ناشی از ماشین‌ها یا اشیای مورد استفاده در صنعت و تجارت منحصر نمی‌داند، بلکه تمام مواردی را مشمول آن می‌داند که کسی برای منفعت مادی خود به فعالیتی می‌پردازد.^۳

معیار خطر در برابر انتفاع، به ویژه از دیدگاه مخالفان نظریه تقصیر با این ایراد اساسی مواجه است که قلمرو اجرای نظریه خطر را بیش از حد محدود می‌کند. این معیار تنها توجیه‌کننده مسئولیت ناشی از اشیاء و موارد خاصی از مسئولیت ناشی از فعل غیر مانند مسئولیت تاجران، صنعتگران و کارخانه‌داران در مقابل فعل کارگران و گماشتگان‌شان است. پس در دیگر موارد مانند مسئولیت ناشی از فعل شخصی و نیز هنگامی که کسی، مؤسسه‌ای را اداره نمی‌کند، قابل اعمال نیست. به

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دایره‌المعارف عمومی حقوق، تهران: کتاب‌خانه گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۸۹.

۲. داراب‌پور، مهرباب، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، تهران: مجد، ۱۳۸۷، ص ۱۴۷.

۳. همان، ص ۱۴۹.

عبارت دیگر، فعالیت‌های انسان همیشه نفع مادی ندارد و نمی‌توان جبران خسارت زیان‌دیده را به سودمند بودن یا نبودن فعالیت وابسته کرد. برای مثال، دارنده اتومبیل ممکن است از آن هم برای کار و نفع مادی استفاده کند و هم برای تفریح و گردش و در صورتی که هدف، جبران خسارت زیان‌دیده باشد، فرق نمی‌کند که وی به چه منظور پشت فرمان نشسته است.^۱

بعضی از حقوق‌دانان ایرانی و حقوق‌دانان کشورهای عربی، قاعده فقهی «من له الغنم فعلیه الغرم» را شبیه نظریه خطر در برابر انتفاع دانسته‌اند. دسته‌ای دیگر بر این باورند که این قاعده، چنین معنایی را نمی‌رساند، بلکه منظور از آن این است که مالک در مقابل منفعتی که از مال به دست می‌آورد، باید خسارتی را نیز که به آن وارد می‌شود، تحمل کند و خسارت ناشی از مال را که به اشخاص ثالث وارد می‌شود، دربر نمی‌گیرد.^۲

بند دوم. معیار خطر ایجادشده

با توجه به ایرادهای واردشده بر ضابطه «خطر در برابر انتفاع»، معیار دیگری پیشنهاد شده است که بر اساس آن، هر گونه انتفاعی، چه مادی یا معنوی، مسئولیت مدنی شخص استفاده‌کننده را در پی خواهد داشت. برای مثال، استفاده از اتومبیل به هر صورتی موجب مسئولیت مدنی دارنده آن خواهد شد و نباید در جست‌وجوی این امر بود که آیا وی از به کار بردن آن، نفع مادی به دست می‌آورد یا تنها نفع معنوی حاصل از استفاده از تفرج و گردش. این معیار به نظریه خطر ایجادشده موسوم است.

استفاده از نفع به این معنی برای توجیه مسئولیت مدنی مستلزم این است که در تمام موارد، شخصی را مشخص کنیم که از منافع چیزی بهره‌مند می‌شود، در حالی که در موارد زیادی، نفع حاصل از مالی که باعث ورود زیان شده است، هم به زیان‌دیده می‌رسد و هم به مالک. اسمن در این زمینه نوشته است: «... پذیرفتن اندیشه خطر وابسته به انتفاع به عنوان اصل راهنما از هر جهت، نتیجه‌ای را که هوادارنش از آن انتظار دارند، به همراه ندارد... در واقع، اگر قرار است ملاک، نفع باشد، عدالت اقتضا می‌کند تا نفعی را نیز که زیان‌دیده از چیزی به دست می‌آورد، همانند نفع

۱. Kats, J. and Douglas, J., **Prompting health: knowledge and prac**, second edition, Macmillan Press LTD, 2014, p. 245.

۲. هاشمی، احمدعلی، مسئولیت مدنی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص ۷۵.

نگه‌دارنده آن به حساب آوریم. این موضوع در موارد زیادی صدق می‌کند، به ویژه که نفع ممکن است تنها لذت و خوشی باشد که شخصی هنگام بازدید از مکانی خاص، پارک یا نمایشگاه به دست می‌آورد یا گردشگری هنگام رفتن به جنگل حاصل می‌کند و هنگام گردش در نتیجه افتادن درخت یا صخره زخمی می‌شود یا کسی باشد که برای دیدن مسابقه اسب‌سواری یا اتومبیل‌رانی به کنار جاده می‌رود و به وسیله اسب یا اتومبیلی که با سرعت زیاد در حرکت است، صدمه می‌بیند.^۱

گفتار سوم. مصادیق پذیرش مسئولیت مدنی دولت بر مبنای نظریه خطر

با توجه به کاستی‌هایی که نظریه تقصیر به همراه دارد، در بسیاری موارد، ضرر و زیان جبران‌ناشده باقی می‌ماند و با توجه به ماهیت اقدامات دولت‌ها در برخی موارد می‌توان بر مبنای نظریه خطر، مسئولیت دولت را پذیرفت.

بند اول. مسئولیت مدنی دولت در فرض مدیریت نکردن پسماندها

ایجاد محیط خطرناک توسط دولت‌ها از موجبات تحقق مسئولیت مدنی و نیز مسئولیت بین‌المللی دولت‌هاست. بر این اساس، مدیریت پسماندها، یکی از اقداماتی است که دولت‌ها برای رفع خطرهای مربوط به مضرات این مواد باید انجام دهند. با توجه به این که مدیریت نکردن پسماندها، محیطی مخاطره‌آمیز ایجاد می‌کند، قبل از هر چیز، دولت‌ها مکلفند میزان تولید پسماندها را در کشور خود به حداقل برسانند. در مورد خسارت‌های وارد شده به محیط زیست، در برخی موارد، مسئولیت خطا و در برخی دیگر، مسئولیت مبتنی بر خطر پذیرفته شده است. نظریه مبتنی بر خطا، سنتی‌ترین نظریه در مسئولیت خسارت زیست‌محیطی است. بر این اساس، خسارت زیست‌محیطی قابل مطالبه نیست، مگر این که بتوان تقصیر عامل ورود خسارت را اثبات کرد. این نظریه که تقریباً رویکرد شایع در رژیم مسئولیت مدنی حقوق ایران است، نمی‌تواند مبنایی جامع باشد. در واقع، پذیرش این نظریه، امکان جبران بسیاری از خسارت‌های زیست‌محیطی را دشوار می‌کند. در خصوص مسئولیت مبتنی بر نظریه خطر، نیازی به اثبات تقصیر دولت نیست، بلکه همین که دولت، فعالیتی کند که

۱. موسوی، سید مهدی، «شبه جرم و مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان»، ترجمه از: بیرمنگهام، ورا، خلاصه مسئولیت مدنی، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۱۴۵.

نفعی در آن داشته باشد و منجر به آلودگی و تخریب محیط زیست شود، باید از عهده خسارت‌های وارده برآید، اعم از این که تقصیر داشته یا نداشته باشد.^۱

البته خطر بالای خسارت‌های رخ داده از آلودگی‌های زیست محیطی ناشی از پسماندها نیازمند تجدید نظر در قواعد مسئولیت مدنی است تا این قواعد با اصول مسئولیت مطلق در جایی جای‌گزین شود که دولت‌ها برای اعمال سهل‌انگاره خود، چه مقصر باشند و چه نباشند، مسئول قلمداد خواهند شد.^۲

بند دوم. مسئولیت مدنی دولت در مورد آلودگی هوا

دولت‌ها هماهنگ با پیشرفت تکنولوژی به فعالیت‌هایی درآمدزا در تمام عرصه‌های خدماتی و صنعتی دست زده‌اند. دولت در راستای حقوق و تکالیفی که قوانین بر عهده‌اش محول کرده، ممکن است مانند هر شخص دیگری به فعالیت بپردازد و محیط خطرناکی پیرامون خود ایجاد کند و بدیهی است باید مسئولیت ناشی از این خطر را هم تقبل کند. در ایران، دولت به عنوان یک شرکت تجاری وارد عرصه فعالیت می‌شود و نقش آفرینی می‌کند. بنابراین، اگر محیطی خطرناک ایجاد کند، مسئول شناخته خواهد شد. در ماده ۱ قانون مدیریت بحران از ارتقای توان‌مندی جامعه در امور پیش‌بینی و پیش‌گیری از کاهش خطر و آسیب‌پذیری جامعه سخن به میان آورده است. توان‌مندسازی، دوراندیشی و حسن تدبیر در امور، محصول حاکمیت دولت کشور است که از قدیم به موجب قاعده فقهی حقوقی حربه بر عهده دولت‌هاست.^۳

غلبه‌گفتمان حق محوری، موازی با جهانی شدن و گسترش فناوری‌های ارتباطی که زمینه دسترسی به اطلاعات و نظارت بر عملکرد دیگر شهروندان و دیگر حکومت‌ها را مهیا کرده است، در ایران نیز موجب گشوده شدن گذرگاه تاریخی سیاسی جدیدی شده است. هرچند برخی از مصادیق حقوق هم‌بستگی در قانون اساسی نیز پیش‌بینی شده، اما روند رو به رشد مطالبه اجرای آن،

۱. بهرامی احمدی، حمید و عزیزالله فهیمی، «مبانی مسئولیت مدنی زیست محیطی در فقه و حقوق ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۸۶، سال هشتم، شماره ۲، ص ۶.

۲. طلایی، فرهاد و الهام حیدری، «تعهدات و مسئولیت دولت‌ها در زمینه حمایت و حفاظت از محیط زیست در برابر پسماندها با تأکید بر پسماندهای خطرناک»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۳، شماره ۴۵، ص ۱۷۸.

۳. محمدحسینی حاجی‌ور، یوسف و همکاران، «حفاظت از طبیعت در قبال ریزگردها در دیدگاه‌های حقوق اسلام و غرب»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۹، دوره سیزدهم، شماره ۴۷، ص ۸۶.

محصول دهه اخیر است. برای مثال، آلودگی هوای پایتخت یا آلودگی ناشی از ریزگردها در استان خوزستان و هم‌چنین دیگر بحران‌های زیست‌محیطی امروزه دولت را بر آن داشته تا با اندیشیدن تمهیدات مختلفی درصدد دست و پنجه نرم کردن با چالش‌های جدید حکمرانی برآید. اصل ۵۰ قانون اساسی، حفاظت از محیط زیست را تکلیفی جمعی دانسته است. سیاق این اصل، سلبی و ناظر بر بازدارندگی است و راجع به تکالیف عموم و دولت، بیانی ندارد و گستره آن به فعالیت‌های اقتصادی محدود باقی مانده است. با این حال، با اتکا بر مفاهیم حقوق بشری همانند توسعه پایدار می‌توان گفت تکلیف حداقلی دولت در این زمینه، تدبیراندیشی برای سیاست‌های ضد آلودگی است. در این باره می‌توان به قانون نحوه جلوگیری از آلودگی هوا و آیین‌نامه‌های آن اشاره کرد. این قانون و مقررات مرتبط با آن بیش از آن‌که با هدف جبران خسارت شهروندان وضع شده باشد، مشتمل بر ارائه راهکارهای پیش‌گیرانه است.^۱

امروزه، نظریه خطر، نظریه‌ای مناسب برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی است و می‌تواند نقش مهمی در تقویت حمایت از محیط زیست داشته باشد. در واقع، آلوده‌کننده محیط زیست بر اساس نظریه خطر، مسئولیت عینی پیدا می‌کند. از عملکرد دولت‌ها چنین استنباط می‌شود که قبول اصل مسئولیت مدنی مبتنی بر خطر بر اساس شرایط از پیش تعیین‌شده در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی است. این عملکرد نشان می‌دهد هدف دولت‌ها، ایجاد تعهد در مورد اجتناب از فعالیت‌های خطرناک، تقلیل میزان این فعالیت‌ها و جبران خسارت در صورت وارد آمدن زیان یا لطمه است.^۲

بند سوم. مسئولیت مدنی دولت در زمان بروز بیماری‌های واگیر

نکته مهم در بحث بیماری‌های واگیر، تفکیک ایجاد خطر از گسترش خطر است، به این معنا که ایجاد بیماری ممکن است کاملاً طبیعی باشد، اما نقش اقدامی یا عدم اقدامی دولت در گسترش بیماری، مسئولیت مدنی دولت را در پی دارد. در مورد مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیر دار باید مسئله را در دو فرض عمده بررسی کرد. فرض اول، مربوط به آن دسته از بیماری‌های

۱. رستمی، مریم و همکاران، «تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره سوم، شماره ۶، ص ۳۰.

۲. آرش‌پور، علی‌رضا، مسئولیت بین‌المللی نقض تعهدات زیست‌محیطی، چاپ اول، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۹۲، ص ۳۰.

واگرداری می‌شود که احتمال شایع شدن آن بیماری پیش‌بینی‌ناپذیر باشد. در این جا باید توضیح داد که اصطلاح «پیش‌بینی‌ناپذیر»، مفهوم بسیار مضیق دارد و تنها منحصر در مواردی است که بیماری سابقه نداشته و اتفاق محض غیر تکراری باشد.

بدیهی است که بیماری‌هایی چون طاعون، آنفلوانزا یا دیگر بیماری‌های واگیردار، با یک بار وقوع در تاریخ معاصر در سال‌های بعدی قابل پیش‌بینی است و یک دولت نمی‌تواند به این بهانه که از زمان دقیق شیوع بیماری اطلاع نداشته است، اقدامی پیش‌گیرانه در این باب صورت ندهد؛ زیرا همان طور که گفتیم، هدف از مسئول دانستن دولت در قبال بیماری‌های واگیردار، رسیدن به ثبات و پایداری در پیش‌گیری از این نوع بیماری‌هاست. اقدام دولت در اطلاع‌رسانی به مردم و وضع و اجرای محدودیت‌هایی مانند قرنطینه نیز که در شمول آن قرار می‌گیرد، صرفاً یک راهکار سطحی است و دولت، موظف به از بین بردن علل و ریشه بیماری‌های واگیردار تا حد امکان از طریق اقدامات تحقیقی گسترده و واکسیناسیون عمومی است. معیار پیش‌بینی‌پذیری یا پیش‌بینی‌ناپذیری حادثه، معیاری جهانی است. بنابراین، دولت، موظف به تهیه وسایل پیشرفته برای پیش‌بینی بیماری‌های واگیردار و پیش‌گیری از آن‌هاست و نمی‌تواند به این بهانه که امکانات لازم را در اختیار نداشته است، خود را از مسئولیت مبرا سازد.^۱

بند چهارم. مسئولیت مدنی دولت بر مبنای انجام فعالیت‌های هسته‌ای

در ایران، بهره‌برداری از تأسیسات در اختیار و انحصار دولت است و بخش خصوصی در این زمینه وارد نشده است. پرسش این است که آیا در صورت رخ دادن حادثه هسته‌ای می‌توان از مسئولیت دولت سخن گفت؟ این پرسش از آن جا ناشی می‌شود که بر اساس ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، «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 وارده می‌باشند، ولی هر گاه خسارات وارده، مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات یا مؤسسات مزبور باشد، در این صورت، جبران خسارت بر عهده اداره یا مؤسسه مربوطه است، ولی در

۱. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی کووید ۱۹)»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۱۴۰۰، ص ۱۷۸.

مورد اعمال حاکمیت دولت، هرگاه اقداماتی که بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود، دولت مجبور به پرداخت خسارات نخواهد بود».

بر اساس این ماده، اگر خسارت‌ها، مستند به عمل کارمندان دولت و مؤسسات وابسته به آن‌ها باشد، خود کارمند، مسئول است. طبیعی است که این حکم نمی‌تواند از قربانیان حوادث هسته‌ای حمایت کند و از این نظر قابل انتقاد است؛ چون خسارت‌های ناشی از حوادث هسته‌ای از نظر کمیت و کیفیت چنان گسترده‌اند که جبران آن عموماً در توان اشخاص حقیقی نیست.^۱

چون فعالیت‌های هسته‌ای و اتمی ذاتاً با ایجاد محیط خطرناک همراه است و با در نظر گرفتن شدت و حجم خسارت‌های وارد شده بر اثر فعالیت‌های هسته‌ای، استفاده از نظریه خطر برای جبران زیان‌های ناشی از اقدامات دولت، راهکار مناسبی است؛ چون در این نظریه، احراز تقصیر، شرط نیست و مسئولیت محض پذیرفته شده است.

بند پنجم. رویه قضایی در خصوص مسئولیت مدنی دولت مبتنی بر نظریه خطر

دیوان عدالت اداری به عنوان قاضی دعاوی اداری و مهم‌ترین مفسر قضایی مقررات اداری، حداقل در آرای هیئت عمومی که انتشار می‌یابد، تاکنون به ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی استناد نجسته است. در طول بیش از سه دهه گذشته، موارد متعددی نزد دیوان مطرح شده است که دیوان بایستی بر اساس این ماده، حاکمیتی بودن یا نبودن و قانونی بودن یا نبودن عمل دولت را بررسی می‌کرد. خودداری دیوان عدالت اداری از اعمال چنین تفکیک و کاربست چنین تعبیری به خوبی نشانگر انصراف از استناد به این ماده است.

در دادگاه‌های عمومی، وضع به گونه دیگری است. در رأی مشهور هموفیلی‌ها، قاضی پرونده با این استدلال که وارد کردن خون توسط وزارت بهداشت، عمل حاکمیتی نیست، به محکومیت دولت حکم داد. صرف نظر از انتقادهایی که بر اساس بحث‌های مطرح شده می‌توان بر این رأی وارد کرد، نکته مهم آن است که بدون تردید، وارد کردن خون که به شکلی خطیر با سلامت شهروندان ارتباط

۱. قبولی، سید محمد مهدی و وحید رضادوست، «مطالعه تطبیقی تعیین مسئول و مبنای جبران خسارت در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث مربوط به تأسیسات هسته‌ای در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲، ص ۷۳۶.

دارد، از مصادیق بارز عمل حاکمیت است و از این جهت، این رأی قابل نقد به نظر می‌رسد. البته با توجه به این که محکومیت مدنی دولت در نهایت در راستای ادعای نسخ ماده ۱۱ است، نقد چندان‌ی در محافل علمی در این خصوص طرح نشد.^۱

تا سال ۱۳۹۲، رویکرد غالب در دکتترین حقوقی ایران، پذیرش صلاحیت دیوان در رسیدگی به دعوای خسارت بود. از این رو، نظر مسلط در این خصوص به سمت و سویی بود که بر مبنای آن، رسیدگی به پرونده‌های مسئولیت مدنی دولت بر عهده دیوان اداری بود. با تصویب تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲، فضای حقوقی ناظر بر مسئولیت مدنی دولت با تحولاتی هر چند شکلی مواجه شد. با حدوث وضعیت جدید، در ظاهر امر، این اتفاق شکلی افتاد که تا سال ۱۳۹۲، رسیدگی و احراز ارکان مسئولیت مدنی چه در چارچوب نظام تقصیربنیان و چه در قالب نظام بدون تقصیر بر عهده دیوان عدالت اداری بود.

سابق بر این، قانون‌گذار در پرونده‌های مربوط به خسارت به احراز و «تصدیق خسارت» توسط دیوان عدالت اداری اشاره داشت، اما مشخص نکرده بود که چگونه قضاات دیوان به چنین تصدیقی می‌رسند. در نتیجه، قضاات برای تمسک به نظریه تقصیر یا نظر خطر دست باز داشتند یا دست کم، این راه در عالم نظر باز بود. با تغییرات سال ۱۳۹۲، قانون‌گذار فقط احراز تخلف را مبنای صدور حکم خسارت تلقی کرد. معنای این تغییر چنین است که از یک سو، از این پس، قضاات دیوان عدالت اداری نمی‌توانند به نظریه خطر استناد کنند، مگر آن که قانون‌گذار چنین مجوزی داده باشد و چنین مجوزی به تخصیص تبصره ۱ ماده ۱۰ قابل تعبیر خواهد بود. از سوی دیگر، ظاهراً در نگاه قانون‌گذار، تقصیر فقط در وضعیت تخلف حادث می‌شود یا این که قانون‌گذار خواسته است فقط آن نوع تقصیر را برای مسئولیت مدنی دولت بپذیرد که از طریق تخلف حادث می‌شود، هر چند قضاات دادگاه‌های دادگستری با چنین ممنوعیتی روبه‌رو نیستند. در طول سالیان فعالیت دیوان عدالت اداری، هیچ گاه قضاات دیوان بر اساس نظریه خطر رأی نداده‌اند که نشان می‌دهد نظریه خطر از لحاظ مبانی در نظام حقوقی ایران پذیرفته نشده است.^۲

۱. واعظی، مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی، ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره ۲، ص ۲۰۹.

۲. مولایی، آیت و حسن لطفی، «آسیب‌شناسی تحول صلاحیت در دعوای مسئولیت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱، ص ۲۳۹.

گفتار چهارم. تحلیل مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال زیان‌بار و خطرناک در اعمال حاکمیتی

مبنای اصلی مسئولیت مدنی دولت در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی بیان شده است و قانون‌گذار در حکمی خاص در انتهای ماده، اعمال حاکمیتی دولت را از مسئولیت معاف دانسته است. پرسش این است که آیا دست زدن دولت به اقدامات خطرناک و ایجاد محیط خطرناک را در فرض انجام اعمال حاکمیتی می‌توان از مسئولیت معاف دانست؟

قانون مسئولیت مدنی، اولین قانونی است که به طور خاص به این موضوع پرداخته و دولت را با شرایطی، مسئول شناخته است. در این قانون، به طور عام به مسئولیت مدنی اشخاص خصوصی در قبال هم تصریح گشته، اما در ساحت حقوق عمومی و مشخصاً در ماده ۱۱ به مقوله مسئولیت مدنی دولت اشاره شده است. قانون‌گذار برای نخستین بار به طور عام، مسئولیت مدنی دولت را در قبال اعمال تصدّی شناسایی کرد و در خصوص خسارت ناشی از اعمال حاکمیت، بدون این‌که مسئولیت مدنی دولت را به صورت اطلاقی نفی کند، تحت شرایطی، جبران خسارت ناشی از چنین اعمالی را در حیطه صلاحیت اختیاری دولت تعریف کرد.^۱

ممکن است اقدام دولت در قلمرو اعمال حاکمیتی بر مبنای اضطراب اجتماعی و ناچاری دولت در انجام این قبیل اقدام‌ها حمل شود. در این صورت نیز حتی اگر برای تأمین حقوق عمومی و مصالح هم انجام کاری ضرورت پیدا کند، به نظر می‌رسد بر اساس قاعده «الاضطرار لا یبطل حق الغیر»، تأمین منافع عمومی به صورت یادشده نمی‌تواند مجوزی برای تضییع حق قرار گیرد. البته گاهی ممکن است اقدام دولت برای تأمین نظم عمومی به تصمیم‌هایی فوری، گسترده و خارج از قوانین بیانجامد و مسئولیت داشتن دولت محل تأمل باشد. برای نمونه، اگر دولت از برگزاری راه‌پیمایی به دلیل سیاست‌های امنیتی جلوگیری کند، اما گروه‌هایی راه‌پیمایی کنند و دولت مضطر به اقداماتی خسارت‌بار گردد، برخی معتقدند که اگرچه اقدامات دولت از حاکمیت ریشه می‌گیرد، ولی اگر از چارچوب قوانین خارج باشد، دولت، مسئول جبران خسارت است.^۲

۱. همان، ص ۲۴۶.

۲. ابوالحمد، پیشین، ص ۸۲۲.

مسئولیت مدنی دولت، نتیجه منطقی حاکمیت قانون است و عدالت حکم می‌کند که هیچ‌گونه قانون‌شکنی و زیانی چه مادی و چه معنوی بدون جبران باقی نماند.^۱ به موجب ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، زیان‌های ناشی از اعمال حاکمیت، قابلیت جبران الزامی توسط دولت را ندارند؛ چون در ایجاد این‌گونه زیان‌ها، تقصیری متوجه دولت نیست. چون این نظریه موجب جبران نشدن بسیاری از خسارت‌ها می‌شود، باید به موارد مندرج در نص اکتفا شود و از تفسیر موسّع آن جلوگیری گردد؛ یعنی دولت وقتی از پرداخت خسارت، معاف باشد که در مقام اعمال حاکمیت باشد و آن عمل بر حسب ضرورت، برای تأمین منافع اجتماعی و طبق قانون به عمل آید.^۲ البته با گذر زمان، این نظریه نیز تا حد زیادی تعدیل شده و رویه فعلی به مسئول شناختن دولت حتی در فرضی متمایل است که دولت در مقام انجام اعمال حاکمیتی است.

ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ایران بر مبنای تفکیک میان اعمال تصدّی و حاکمیت انشا شده است. به موجب این ماده، دولت در مورد اعمال حاکمیت با وجود سه شرط، مسئول جبران خسارت وارد شده به افراد نیست:

اول. اعمال حاکمیت صورت گرفته بر حسب ضرورت انجام شده باشد؛

دوم. اقدامات انجام شده برای تأمین منافع اجتماعی صورت گرفته باشد؛

سوم. اقدامات دولت بر اساس قانون بوده باشد.

ضابطه ماده ۱۱ مبهم و نادرست است؛ زیرا نه تنها هدف همه کارهای دولت، تأمین منافع عمومی است، بلکه همه اعمال حاکمیت را قانون پیش‌بینی نمی‌کند و بیش‌تر آن‌ها به تصمیم مأموران قوه مجریه وابسته است. هم‌چنین مصون ماندن دولت از مسئولیت در اموری که در مقام حاکمیت انجام می‌دهد، باعث می‌شود تا بسیاری از اعمال نامشروع دولت دست کم از لحاظ مدنی، مباح جلوه کنند. به این ترتیب، دادگاه‌ها نخواهند توانست در مقابل چنین اعمالی، از حقوق فردی اشخاص حمایت کنند.^۳

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۲۶۳.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، چاپ سیزدهم، تهران: میزان، ۱۳۸۶، ص ۳۲۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری (جلد اول)، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵.

در سال‌های اخیر، شاهدیم که گام‌های مثبتی در این حوزه برداشته شده است. برای نمونه، با تصویب ماده ۲۴ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، دولت دست کم در خصوص یک مورد ویژه یعنی «واگذاری سهام شرکت‌های دولتی»، دایره مسئولیت و پاسخ‌گویی خود را افزایش داده است.^۱ بنابراین، تفسیر منطقی و صحیح از قسمت انتهایی ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، مسئول شناختن دولت در فرض انجام اعمال حاکمیتی بر مبنای نظریه خطر است.

نتیجه‌گیری

بر اساس نظریه خطر، ارتکاب تقصیر، شرط مسئولیت مدنی نیست، بلکه هر کسی که بر اثر فعالیت خود، خطرهایی ایجاد می‌کند و موجب زیان دیگری شود، مسئول و ملزم به جبران خسارت وارده شده است. بنابراین، شخصی که اتومبیلی را به حرکت درمی‌آورد یا کارخانه‌ای راه می‌اندازد، خطر ایجاد می‌کند و چون از منافع این فعالیت بهره‌مند می‌شود، به ناچار باید ضرری را که از این راه متوجه دیگری می‌شود، تقبل و جبران کند.

علت پیدایش نظریه خطر آن بود که حوادث وسایل نقلیه موتوری و رخدادهای زیان‌بار کارخانه‌ها روز به روز توسعه می‌یافت و خسارت‌های زیادی بر دوش زیان‌دیدگان می‌گذاشت و حشاش ضایع می‌شد؛ زیرا عامل زیان زدن از شرایط و موقعیت اقتصادی بهتری برخوردار بود و با استفاده از قانون و امکان‌های خود از مسئولیت معاف می‌شد. به علاوه ضوابط تقصیر نیز در بیش‌تر موارد، مشخص بود و در مورد هر حادثه‌ای، علل مختلفی داشت. خلاصه آن‌که وضع حقوقی و موقعیت زیان‌دیدگان بسیار بد و آسیب‌پذیر بود و یک سلسله مشکل‌ها و نابسامانی‌های اجتماعی ایجاد می‌کرد. به همین دلیل، حقوق‌دانان به فکر بهبود و اصلاح وضع زیان‌دیدگان افتادند و به این نتیجه رسیدند که باید تسهیلاتی در امر اثبات قائل شد. در راه اجرای این نیت، قائل به فرض مسئولیت یا فرض تقصیر شدند و دارنده شیء خطرناک را مسئول جبران زیان وارداآمده به دیگری دانستند. این نظریه، موضوع رأی معروف دیوان عالی کشور فرانسه در سال ۱۹۳۰ بود و از ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی فرانسه استنباط شده است.

۱. سیفی، سید جمال، «رأی پرونده موسوم به هموفیلی‌ها: نگاهی نو به مسئولیت مدنی دولت در رویه قضایی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۸، ص ۲۷۵.

مطابق نظریه خطر، مسئولیت مدنی مابازای نفع و فایده و لذتی است که شخص از شیء متعلق به خود یا از فعالیت خود می‌برد. در واقع، حقوق دانان و دادرسان بدون آن که مفهوم تقصیر را نادیده بگیرند، به جست‌وجوی قاعده جدیدی پرداختند که مبنای جبران زیان قرار گیرد و این قاعده را چنین بیان داشتند که خسارت باید به کسی نسبت داده شود که سبب وقوع آن شده است. بر پایه این نظریه، اگر بر اثر عمل شخص یا اشخاص وابسته به او یا اشیای تحت تصرف او، خسارتی به دیگری وارد شود، عامل زیان، مسئول به شمار می‌رود و باید از عهده جبران زیان وارد شده برآید، مگر آن که بتواند خلاف آن را ثابت کند.

بنابراین، اصل بر مسئول بودن عامل زیان جاری است و اثبات خلاف آن بر عهده اوست. در این صورت، بار اثبات از دوش زیان دیده برداشته می‌شود و کافی است زیان دیده ثابت کند که خسارتی به او وارد شده و این خسارت ناشی از فعل عامل زیان است (اثبات رابطه علیت). این نظریه بعدها توسعه یافت و به دنبال آن، نظریه مطلق خطر پیدا شد. مطابق نظریه اخیر، هر کس موجب زیان دیگری شود، مسئول جبران آن است و اثبات خلاف آن جز در مورد فورس ماژور جایز نیست. علت پیدایش نظریه اخیر، توسعه ماشینیسیم و پیچیدگی زندگی صنعتی کنونی و ضرورت حمایت کامل زیان دیدگان است.

با توجه به این که دولت‌ها نیز برای منافع خود، فعالیت‌های خطرناک انجام می‌دهند، بر اساس نظریه خطر، مسئول شناختن دولت‌ها نیز قابل توجیه است. در حقوق ایران، مبنای مسئولیت مدنی دولت، نظریه تقصیر است، اما رویه قضایی برای شناسایی دیگر مبانی از جمله نظریه خطر کوشیده است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، چاپ هشتم، تهران: توس، ۱۳۸۳.
۲. آرش‌پور، علی‌رضا، **مسئولیت بین‌المللی نقض تعهدات زیست‌محیطی**، چاپ اول، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۹۲.
۳. بادینی، حسن، **فلسفه مسئولیت مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۴. باریکلو، علی‌رضا، **مسئولیت مدنی**، چاپ پنجم، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **الفارق: دایره‌المعارف عمومی حقوق**، تهران: کتاب‌خانه گنج دانش، ۱۳۸۶.
۶. داراب‌پور، مهرباب، **مسئولیت‌های خارج از قرارداد**، تهران: مجد، ۱۳۸۷.
۷. ریپر و بولانژه، **رساله حقوق مدنی (جلد دوم: تعهدات)**، ش. ۹۰۴، ۱۹۹۷.
۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، چاپ سیزدهم، تهران: میزان، ۱۳۸۶.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، **الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری (جلد اول)**، چاپ دوم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۱۱. مازو و تنک، **رساله نظری و عملی مسئولیت مدنی (جلد اول)**، ش. ۶۸، ۱۹۹۵.
۱۲. هاشمی، احمدعلی، **مسئولیت مدنی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.

ب) مقاله

۱. امیرارجمند، اردشیر و مشتاق زرگوش، «تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی دولت؛ مطالعه تحلیلی و تطبیقی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، ۱۳۸۸، شماره ۴۹.
۲. بهرامی احمدی، حمید و عزیزالله فهیمی، «مبانی مسئولیت مدنی زیست‌محیطی در فقه و

۲. حقوق ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۸۶، سال هشتم، شماره ۲.
۳. ثقفی، مریم و همکاران، «ماهیت تعهد ایمنی و کاربرد آن در مسئولیت مدنی پزشک در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۹۶، سال بیست و یکم، شماره ۳.
۴. جعفری تبار، حسن، «از آستین طبیبان: قولی در مسئولیت مدنی پزشکان»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۷، شماره ۴۱.
۵. حیاتی، عباس‌علی، «بررسی و نقد قانون مسئولیت مدنی در حقوق موضوعه کنونی ایران»، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، ۱۳۹۸، شماره ۷۶.
۶. رستمی، مریم و همکاران، «تأملی بر استثنائات مسئولیت مدنی دولت در نظام حقوقی ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، دوره سوم، شماره ۶.
۷. ریاحی، نوربخش، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۷، سال پانزدهم، شماره ۵۸.
۸. السان، مصطفی، «مسئولیت مدنی دولت در قبال بیماری‌های واگیردار (بررسی موردی کووید ۱۹)»، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه حقوق و کرونا، ۱۴۰۰.
۹. سیفی، سید جمال، «رأی پرونده موسوم به هموفیلی‌ها: نگاهی نو به مسئولیت مدنی دولت در رویه قضایی ایران»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۴، شماره ۸.
۱۰. صالحی‌مازندرانی، محمد، «مطالعه تطبیقی مبنا و ماهیت مسئولیت مدنی دولت»، مجله حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، شماره ۱۰۳.
۱۱. طلایی، فرهاد و الهام حیدری، «تعهدات و مسئولیت دولت‌ها در زمینه حمایت و حفاظت از محیط زیست در برابر پسماندها با تأکید بر پسماندهای خطرناک»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۳، شماره ۴۵.
۱۲. قبولی، سید محمد مهدی و وحید رضادوست، «مطالعه تطبیقی تعیین مسئول و مبنای جبران خسارت در مسئولیت مدنی ناشی از حوادث مربوط به تأسیسات هسته‌ای در حقوق ایران، فرانسه و اسناد بین‌المللی»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳۹۴، دوره ششم، شماره ۲.
۱۳. کاشانی، جواد، «مرجع صالح برای رسیدگی به دعوای مسئولیت به طرفیت دولت»، فصل‌نامه

- دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۵، دوره بیست و یکم، شماره ۷۳ و ۷۴.
۱۴. محمدحسینی حاجی‌ور، یوسف و همکاران، «حفاظت از طبیعت در قبال ریزگردها در دیدگاه‌های حقوق اسلام و غرب»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، ۱۳۹۹، دوره سیزدهم، شماره ۴۷.
۱۵. موسوی، سید مهدی، «شبه جرم و مسئولیت مدنی در حقوق انگلستان»، ترجمه از: بیرمنگهام، ورا، خلاصه مسئولیت مدنی، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۱۶. مولایی، آیت و حسن لطفی، «آسیب‌شناسی تحول صلاحیت در دعاوی مسئولیت دولت در ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۸، سال هفتم، شماره ۲۱.
۱۷. مولایی، آیت، «موانع و چالش‌های اعمال مسئولیت مدنی دولت در ایران»، مطالعات حقوق عمومی، ۱۳۹۹، دوره پنجاهم، شماره ۴.
۱۸. هوشمند فیروزآبادی، حسین و همکاران، «مسئولیت مدنی دولت در قبال رفتار زیان‌بار حاکمیتی»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۹، شماره ۹۶.
۱۹. واعظی، مجتبی، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی، ۱۳۹۴، دوره هفتم، شماره ۲.

2. Latin Source

1. Kats, J. and Douglas, J., Prompting health: knowledge and prac, second edition, Macmilian Press LTD, 2014.

بررسی تصدی هم‌زمان مشاغل عمومی و عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها

سجاد افشار^۱

محمدعلی صادقی^۲

چکیده

ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی، تصدی به سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی هنگام اشتغال به سمت‌های دولتی را از استثنائات ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی عنوان کرده است. با این حال، حدود و دامنه ممنوعیت اصل ۱۴۱ و جواز مطرح شده در ذیل آن همواره ابهام داشته است.

مقاله حاضر به طور خاص در پی پاسخ به این پرسش است که حکم تصدی هم‌زمان به مشاغل عمومی و عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها چیست. به این منظور، با نگاهی توصیفی و تحلیلی، نص قانون اساسی و دیگر منابع حقوقی کشور، بررسی و به مجاز بودن این امر حکم شده است. روال عادی نظام اداری کشور به علاوه شماری از مقررات و رأی وحدت رویه سال ۱۴۰۲ دیوان عدالت اداری، همگی به عدم امکان جمع این دو شغل قائل هستند.

با این حال، استدلال‌ها و یافته‌های حقوقی این مقاله نشان می‌دهد که اعضای هیئت علمی آموزشی صرف نظر از ماهیت دانشگاه محل خدمت و صرف نظر از تمام وقت یا پاره وقت بودن اشتغال ایشان، این امکان را دارند که به طور هم‌زمان، پست سازمانی دیگری را در نهادهای عمومی و دولتی تصدی کنند. به این منظور، مقررات اداری باید چنان تدوین شود که شرایط تحقق این تجویز قانون اساسی را فراهم آورند و هر گونه مقرره‌ای که این امر را محدود کند، آشکارا، خلاف قانون اساسی است.

کلیدواژه‌ها: اصل ۱۴۱، اعضای هیئت علمی، مشاغل عمومی، ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل دولتی.

۱. استادیار حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب، تهران، ایران (نویسنده مسئول)، afsharsd@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران، mm.sadeghi.n@gmail.com

مقدمه

حق انتخاب شغل، نتیجه منطقی آزادی کار و به معنی حق تعیین کردن شغل از سوی همه افراد داوطلب کار کردن است.^۱ صدر اصل ۲۸ قانون اساسی ایران بر آزادی انتخاب شغل تأکید دارد. هم‌چنین در مهم‌ترین اسناد بین‌المللی حقوق بشری نیز بر حق انتخاب شغل تأکید شده است. برای مثال، ماده ۲۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر تصریح دارد که هر شخصی حق دارد کار کند و کار خود را آزادانه برگزیند. ماده ۶ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز بر حق کار کردن و انتخاب آزادانه کار برای افراد تصریح دارد. هم‌چنین بند ۱ از ماده ۱۵ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپایی بیان می‌دارد که هر کس حق اشتغال به کار و دنبال کردن آزادانه یک هدف یا شغل مورد قبول را دارد.

از اطلاق این مستندات چنین برمی‌آید که همان‌گونه که افراد در انتخاب شغل خود آزادند، اصولاً منعی در تعدد اشتغال وجود ندارد و بدو هر فرد همان‌طور که در داشتن یک شغل مختار است، می‌تواند به دل‌خواه خود، دو یا چند شغل مختلف داشته باشد. روشن است که اطلاق این حق با منع تصدّی مشاغل مجرمانه یا مشاغل خلاف قانون تخصیص می‌خورد، چنان‌که دنباله اصل ۲۸ قانون اساسی نیز مشاغل مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران را از دامنه حق آزادی مشاغل حذف کرده است.^۲ بر این اساس، اصل بر آزادی انتخاب شغل و کسب درآمد از آن است، مگر در مواردی که قانون‌گذار به صراحت، اشتغال به شغلی را ممنوع ساخته باشد، اعم از آن‌که برای مثال، آن شغل، مخالف مصالح عمومی باشد، مانند خرید و فروش اسلحه یا مخالف موازین شرعی باشد، مثل خرید و فروش مسکرات.

یکی از موارد استثنا بر اصل آزادی انتخاب شغل، در خود قانون اساسی اشاره شده و به این ترتیب، اهمیتی که برای قانون‌گذار اساسی داشته است، روشن می‌شود. اصل ۱۴۱ قانون اساسی صراحت دارد که رئیس‌جمهور، معاونان رئیس‌جمهور، وزیران و کارمندان دولت، از داشتن بیش از یک شغل

۱. عباسی، بیژن، *حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۳۴۰.

۲. اصل ۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد، امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید».

دولتی محرومند و مواردی را احصا کرده است که اشخاص یادشده، حق اشتغال به آن ندارند.^۱ به موجب این اصل، مقامات و کارکنان دولتی نه تنها حق اشتغال به شغل دیگری در نهادهای دولتی دیگر را ندارند، بلکه از تصدی به برخی مشاغل بخش خصوصی هم چون وکالت دادگستری، مشاوره حقوقی و مدیریت در شرکت‌های خصوصی - شامل عضویت در هیئت مدیره یا مدیریت عامل - نیز محروم هستند. در خصوص علت این حکم در قانون اساسی، تصریحی وجود ندارد، اما امکان بروز تعارض میان منافع بخش دولتی و خصوصی را می‌توان یکی از دایه‌های اصلی قانون‌گذار اساسی در وضع این مقرر دانست. هم چنین از دیگر دلایل وجود چنین منعی در قانون اساسی می‌توان به انجام بهتر امور توسط کارمندان و کمک به بهتر شدن وضعیت اشتغال در جامعه اشاره کرد.^۲ با مراجعه به متن مذاکرات مجلس شورای اسلامی و بررسی نهایی قانون اساسی روشن می‌شود که نمایندگان مجلس، دلایلی چون جلوگیری از اعمال نفوذ، انحصار طلبی قدرت و چندشغله شدن کارمندان دولت را در خصوص لزوم تصویب این اصل مطرح کرده‌اند.^۳

مجلس شورای اسلامی، «قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل» را در سال ۱۳۷۳ به منظور تضمین اجرای بهتر اصل ۱۴۱ قانون اساسی تصویب کرد که به موجب این قانون، مسئولیت کیفری^۴ برای متخلفان در نظر گرفته شد. این قانون در دوره‌های بعدی، مطابق برخی مقتضیات و اتفاقات

۱. اصل ۱۴۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «رئیس‌جمهور، معاونان رئیس‌جمهور، وزیران و کارمندان دولت نمی‌توانند بیش از یک شغل دولتی داشته باشند و داشتن هر نوع شغل دیگر در مؤسساتی که تمام یا قسمتی از سرمایه آن، متعلق به دولت یا مؤسسات عمومی است و نمایندگی مجلس شورای اسلامی و وکالت دادگستری و مشاوره حقوقی و نیز ریاست و مدیریت عامل یا عضویت در هیئت مدیره انواع مختلف شرکت‌های خصوصی، جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات برای آنان ممنوع است. سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی از این حکم مستثنی است».

۲. جاوید، محمدجواد و محمود ابراهیمی، «تکالیف شهروندی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۲، سال دوم، شماره ۲، ص ۴۱.

۳. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم: جلسه سی و دوم تا پنجاهم)، تهران: مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴.

۴. تبصره ۵ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل: «متخلف از این قانون به انفصال خدمت موقت از شش ماه تا یک سال محکوم می‌گردد و وجوه دریافتی از مشاغل که در یک زمان، تصدی آن را داشته است، به جز حقوق و مزایای شغل اصلی وی مسترد می‌گردد. در صورت تکرار در مرتبه دوم، علاوه بر استرداد وجوه موضوع این تبصره به انفصال دائم از مشاغل محکوم می‌گردد».

زمانه، الحاقیه‌هایی داشته است. در خصوص این قانون باید دانست که اگرچه قانون اساسی، از کارمندان «دولت» سخن گفته و نهادها و دستگاه‌های دولتی در قانون مشخص هستند، اما تبصره ۹ این قانون با توسعه مصادیق، کارمندان همه سازمان‌ها، نهادها و ارگان‌هایی که به گونه‌ای از بودجه عمومی استفاده می‌کنند و شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و مؤسساتی را که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است، مشمول این قانون قرار داده است. بنابراین، با ملاک یادشده می‌توان نهاد‌های عمومی غیر دولتی و نهاد‌های انقلابی را نیز در شمار دستگاه‌هایی دانست که این ممنوعیت شامل مدیران و کارمندان آن‌هاست. در هر حال، حکم مقرر در قانون اساسی و قانون عادی در خصوص ممنوعیت تصدّی بیش از یک شغل، در نظام حقوق اساسی و اداری ایران چنان اهمیتی یافته است که به عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی تکالیف کارمندان دولت بررسی می‌شود.^۱

مورد ابتلا بودن مسائل مربوط به دو یا چندشغله بودن برخی مقامات بخش عمومی و اختلافات و پرسش‌های ناشی از آن باعث شده تا استفسارات زیادی از شورای نگهبان - به عنوان مفسر رسمی قانون اساسی - درباره اصل ۱۴۱ قانون اساسی طرح شود و این شورا در مواضع مختلفی - به ویژه در دهه ۶۰ و ۷۰ - در این زمینه اظهار نظر کند. یکی از فرازهای چالش‌برانگیز در اصل ۱۴۱ قانون اساسی، جمله آخر آن است که «داشتن سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی» را از شمول نهی مندرج در اصل خارج ساخته است.

در خصوص این استثنا و دامنه آن نیز از گذشته، مباحث فراوانی وجود داشته که مقاله حاضر در پی پاسخ دادن به شماری از آن‌هاست. از عداد این مباحث آن است که آیا عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها را می‌توان در شمار موارد استثنای اصل ۱۴۱ قانون اساسی برشمرد یا خیر. بر این اساس، این مقاله با رویکرد توصیفی - تحلیلی در پی آن است تا بررسی کند که با عنایت به مفاد قانون اساسی - به ویژه اصل ۱۴۱ - و قوانین عادی، حکم تصدّی هم‌زمان به شغل دولتی و عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها چیست.

فرضیه مقاله، تجویز این امر در قانون اساسی و قوانین عادی کشور است. به این منظور، ابتدا متن

۱. رضایی‌زاده، محمدجواد و فاطمه میراحمدی، «بررسی اصل ممنوعیت جمع مشاغل در مورد شهردار»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۳، سال اول، شماره ۴، ص ۴۲.

قانون اساسی و مقررات مربوط در این خصوص تحلیل خواهند شد. سپس ضمن بررسی برخی نکات کلی در خصوص مفهوم شغل و سمت، نظر مخالفان و موافقان با تصدی یادشده تقریر می‌شد و با بررسی ادله و استدلال‌های دو دیدگاه، در این خصوص داوری خواهد شد. در کتاب‌ها و مقالات حقوق اساسی و حتی حقوق اداری، کم‌تر به این موضوع پرداخته شده و ابعاد مختلف حقوقی آن واکاوی نشده است. شاید دلیل این امر آن باشد که پاسخ به پرسش اصلی این مقاله را طبق نص اصل ۱۴۱ بدیهی می‌انگاشته‌اند، در حالی که این مقاله نشان می‌دهد در رویه حقوق اداری کشور، پاسخ به این پرسش چندان نیز بدیهی نیست و به بررسی و واکاوی افزون‌تر نیاز دارد. در اندک مقالاتی که از موضوع حاضر بحث شده، یا تتبع نویسندگان در موضوع کامل نبوده یا استدلال و نتیجه‌گیری ایشان، متفاوت از یافته‌های مقاله حاضر است. به طور مشخص، شماری از این آثار به عدم جواز حکم کرده‌اند که مخالف دیدگاه مختار در این پژوهش است.

گفتار اول. تحلیل متنی مستندات قانونی

روشن است که برای دانستن موضع قانون‌گذار در خصوص موضوعی، اولین و مهم‌ترین گام، تحلیل عبارات متن قانون است. در همین راستا، عبارات اصل ۱۴۱ قانون اساسی و قانون عادی در این خصوص، تحلیل متنی شده است تا موضع اولیه نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه روشن شود. به نظر می‌رسد که مهم‌ترین آوردگاه این اصل، سه مفهوم «کارمند»، «شغل» و «سمت آموزشی» باشند.

بند اول. مفهوم «کارمند»

ممنوعیت تصدی مندرج در صدر اصل ۱۴۱ قانون اساسی، شامل داشتن شغل دولتی دیگر از سوی رئیس جمهوری، معاونان رئیس جمهوری، وزیران و کارمندان دولت است. وضعیت در خصوص سه عنوان اول هیچ گونه ابهامی ندارد و مفهوم و مصداق این عناوین در هر دوره‌ای روشن است. با این حال، در خصوص کارمندان دولت، اولین سؤال این است که اساساً کارمند کیست؟ کارمند در قانون اساسی یا قانون استخدام کشوری - به عنوان قانون اداری حاکم در زمان تصویب قانون اساسی - تعریف نشده بود، اما ماده ۷ قانون مدیریت خدمات کشوری، «کارمند دستگاه اجرایی» را تعریف

کرده است.^۱ بر اساس این ماده، کسی که به موجب حکم یا قرارداد مقام صلاحیت‌دار بر اساس ضوابط و مقررات مربوط به خدمت در یک دستگاه اجرایی پذیرفته شود، کارمند دستگاه اجرایی نامیده می‌شود. از سویی دیگر احراز مفهوم کارمند بدین دلیل حائز اهمیت می‌باشد که برخی بر این باورند که تصدی شغل عمومی یا دولتی دیگر یک تخلف اداری یا انتظامی برای شخص مذکور است، بنابراین اگر نوعاً احراز گردد که اساساً قواعد اداری حاکم بر اعضای هیأت عملی متصدی شغل عمومی مستثنی از قواعد حاکم بر کارمندان عادی می‌باشد، در نتیجه بار نمودن تخلف اداری بر وی دشوار خواهد بود؛ به طور مثال 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، تخف او یک تخلف اداری نیست، بلکه تخلف انتظامی عضو هیأت عملی است.^۲

صحیح است که این قانون در زمان تصویب قانون اساسی وجود نداشت و دستگاه اجرایی تعریف‌شده در این قانون شامل تمام نهادهای بخش عمومی کشور نیست، اما در مجموع، تعریف ماده ۷ و هم‌چنین مصادیق تعیین‌شده از سوی این قانون برای کارمندان می‌تواند ضابطه خوبی در شناسایی مفهوم «کارمند دولت» باشد. از ماده ۴۵ قانون یادشده چنین برمی‌آید که کارمندان دولت شامل نیروهای رسمی و پیمانی هستند. تبصره ماده ۳۲، رابطه قراردادی (کار معین و ساعت معین) را پیش‌بینی کرده که در شمول آن ذیل عنوان حقوقی - و نه عرفی - «کارمند» تردید وجود دارد.

با این حال، به نظر می‌رسد که طبق تبصره ماده یک آیین‌نامه اجرایی قانون رسیدگی به تخلفات اداری، این تردید بی‌وجه است؛ چون این آیین‌نامه، کارمند را شامل نیروهای رسمی، پیمانی و قراردادی دانسته است. مؤید این استدلال آن است که ماده ۵۲ قانون یادشده، هر گونه به‌کارگیری جز در عناوین مندرج در ماده ۴۵ و تبصره ماده ۳۲ (رسمی، پیمانی و قراردادی) را ممنوع کرده است. علاوه بر آن، همان گونه که گذشت، قانون‌گذار اساسی با وضع اصل ۱۴۱ به دنبال جلوگیری از یک

۱. ماده ۷ قانون مدیریت خدمات کشوری: «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».

۲. کریمیان، محمدوزین، ابهام تئوریک در چیستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۱

تعارض منافع اساسی بوده و در این حالت، تفاوتی ندارد که فرد مشمول قانون با دستگاه محل خدمت چه رابطه استخدامی داشته است.

نتیجه آن که صرف نظر از رسمی، پیمانی یا قراردادی بودن کارمند، وی نمی‌تواند مشاغل یادشده در اصل ۱۴۱ قانون اساسی را داشته باشد. به هر ترتیب، می‌توان نتیجه گرفت که احراز رابطه کاری فرد با دستگاه اجرایی برای مشمول قرار گرفتن تحت این قانون کافی است. به تعبیر دیگر، کارمند، کسی است که برای خدمت در یکی از اشخاص حقوقی حقوق عمومی در ایران پذیرفته شده باشد.^۱ مفهوم «کارمند دولت» با مفهوم «مستخدم»^۲ دولت نیز می‌تواند به جای یکدیگر به کار رود. باید توجه داشت که مستقر و ثابت بودن، یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های کارمندان رسمی، پیمانی و قراردادی است. بر این اساس، به افرادی که پست سازمانی مستقر و ثابت نداشته باشند، نمی‌توان عنوان کارمند داد، هر چند با دستگاه‌های عمومی همکاری کنند. این افراد ممکن است در قالب مشاوره و پست‌های انشایی با دستگاه همکاری کنند.

بند دوم. مفهوم «شغل» و «سمت آموزشی»

دو عنوان «شغل» و «سمت»، مهم‌ترین مفاهیمی هستند که در اصل ۱۴۱ قانون اساسی باید تدقیق شوند. اصل یادشده از هر دو عنوان استفاده کرده و از یک طرف، کارکنان دولت را از داشتن بیش از یک شغل دولتی محروم کرده و از طرف دیگر، داشتن سمت‌های آموزشی را از دامنه شمول این ممنوعیت خارج ساخته است. در واقع، بنا بر استثنای مصرّح در پایان این اصل، کارمندان با این تعریف می‌توانند سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی را در اختیار داشته باشند. به نظر می‌رسد که روشن کردن تعریف این دو مفهوم می‌تواند رمزگشای معنای اصل ۱۴۱ قانون اساسی باشد. هیچ یک از این دو مفهوم در قانون اساسی تعریف نشده‌اند و می‌بایست تعریف و حدود و ثغور آن‌ها را از قوانین عادی و عرف حقوقی و زبانی جامعه طلب کرد.

این ابهام در تعریف شغل و سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی همواره یکی از چالش‌های اجرای قانون یادشده است. به طور خاص، پس از تصویب قانون ممنوعیت تصدّی بیش

۱. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، حقوق اداری (جلد اول)، تهران: میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۹، ص ۲۰۲.

2. Employee

از یک شغل، معاونت حقوقی و امور مجلس وقت رییس جمهور در نامه شماره ۲۶۴۵۰۰۱/۱۰/۷۳ مورخ ۱۳۷۳/۱۰/۱۱ خطاب به معاون اول و رییس دفتر رییس جمهور وقت تصریح دارد که برای اجرای قانون، «مهم، تشخیص مشاغل و سمت‌های آموزشی است که اصولاً بر عهده مرجع طبقه‌بندی مشاغل می‌باشد که می‌تواند عنداللزوم، موارد ابهام را برطرف نماید». در ادامه نامه، این معاونت پیشنهاد می‌دهد که هیئت امنای دانشگاه‌ها و در سطح بالاتر، شورای عالی انقلاب فرهنگی در این خصوص، اقدام و مشاغل آموزشی در سطح دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی را راساً تعیین کنند؛ اقدامی که تا زمان حاضر اتفاق نیافتاده است.

«شغل» در زبان فارسی، کار و پیشه معنا شده است^۱ و همین معنا نیز در عرف فارسی‌زبانان به کار می‌رود. بر این اساس، شغل دولتی یعنی کارمند یکی از ادارات دولتی بودن.^۲ هم‌چنین این واژه، معادل «کار» است که آن را تلاش فکری یا جسمی تعریف کرده‌اند که افراد برای تأمین نیازهای مادی، معنوی، فردی و اجتماعی خویش انجام می‌دهند.^۳ از بعد حقوقی، با وجود سکوت قانون مدیریت خدمات کشوری، ماده ۷ قانون استخدام کشوری، شغل را شماری از وظایف و مسئولیت‌های مرتبط و مستمر تعیین شده از سوی سازمان امور اداری و استخدامی کشور تعریف کرده است. تعریف متعارف‌تر از این مفهوم در تبصره ۲ ماده واحده قانون ممنوعیت تصدّی بیش از یک شغل آمده که به موجب آن، شغل عبارت است از «وظایف مستمر مربوط به پست ثابت سازمانی، یا شغل و یا پستی که به طور تمام وقت انجام می‌شود». صرف نظر از دوری که در فراز پایانی این تعریف وجود دارد، شغل از نگاه این قانون با پست سازمانی ارتباط مستقیم دارد.

از سوی دیگر، مفهوم «سمت آموزشی» قرار دارد. سمت در هیچ یک از قوانین کشور تعریف نشده و اصولاً قانون‌گذار عادی کم‌تر از این واژه استفاده کرده است.^۴ سؤال اصلی آن است که تعریف سمت

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی (جلد دوم)، تهران: امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۶۲، ص ۲۵۰.

۲. همان.

۳. هاشمی، سید محمد، حقوق کار، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۲.

۴. برای مثال، قانون مدیریت خدمات کشوری، ۴۸ بار از واژه «پست» و ۶ بار از واژه «سمت» استفاده کرده است. با این حال، همان گونه که در رأی شماره ۱۳۱۶ مورخ ۱۴۰۰/۵/۱۲ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری آمده است، این قانون و سایر قوانین کشور، مفهوم «سمت» را تعریف نکرده‌اند.

چیست و آیا شغل و سمت یک مفهوم واحد هستند؟ در قوانین کشور به مفهوم «پست» توجه شده است، نه «سمت». پست سازمانی در ماده ۶ قانون مدیریت خدمات کشوری تعریف شده و جایگاهی است که در ساختار سازمانی دستگاه‌های اجرایی برای انجام وظایف و مسئولیت‌های مشخص پیش‌بینی شده است و برای تصدی یک کارمند در نظر گرفته می‌شود. بر این اساس، هر کارمند در پستی قرار می‌گیرد و وظایفی را انجام می‌دهد که شغل اوست. به نظر می‌رسد که عنصر اساسی در هر دو مفهوم پست و سمت، مستقر و دایمی بودن آن است. فرد وقتی پست یا سمتی را به عهده می‌گیرد، در آن سمت «قرار» می‌گیرد و تا زمان تغییر پست یا خروج از خدمت، پست و سمت خود را حفظ می‌کند. ضمن آن‌که ویژگی تمام‌وقت بودن را نیز باید به آن افزود.^۱

بر اساس تقسیمی که اصل ۱۴۱ قانون اساسی صورت داده، سمت ممکن است آموزشی باشد یا غیر آموزشی. رایج‌ترین نمونه‌های سمت‌های غیر آموزشی، سمت‌های اداری و سمت‌های سیاسی هستند. سمت‌های سیاسی، پنج دسته‌ای هستند که در ماده ۷۱ قانون مدیریت خدمات کشوری به کار رفته‌اند و رؤسای سه قوه (طبقه اول)، معاون اول رئیس جمهوری، نواب رئیس مجلس شورای اسلامی و اعضای شورای نگهبان (طبقه دوم)، وزیران، نمایندگان مجلس شورای اسلامی و معاونان رئیس جمهوری (طبقه دوم)، استانداران و سفیران (طبقه چهارم) و معاونان وزیران (طبقه پنجم) را شامل می‌شود. تفکیک میان مقامات سیاسی و مقامات عمومی یا مدنی^۲ در نظامات حقوق اداری خارجی به ویژه در نظام پارلمانی انگلستان رایج است. نظام اداره و حکومت یک کشور از یک سری زنجیره و سلسله‌مراتب دستوری پیروی می‌کند که توسط سیاست‌مداران کلان در بالای این سلسله‌مراتب تا مستخدمان دولتی خرد در پایین جریان پیدا می‌کند.^۳ بنابراین، می‌توان سمت‌ها را به آموزشی، سیاسی و عمومی یا مدنی تقسیم کرد.

صرف نظر از مناقشه بالقوه در تعریف هر یک از این مفاهیم، قانون‌گذار اساسی، مفهومی واحد از شغل و سمت در نظر داشته است. به عبارت دیگر، اگر جنس مستثنی و مستثنی منه، متباین باشد،

۱. فخر، حسین، «بررسی قلمرو قاعده ممنوعیت جمع مشاغل دولتی»، فصل‌نامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، سال دوم، شماره ۳، ص ۱۴۸.

2. Civil Servants

3. Cooter, Robert D., *The Strategic Constitution*, Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 135.

اصولاً استثنا، منقطع و قبیح است^۱ و فرض آن است که قانون‌گذار حکیم در مقام قانون‌گذاری از چنین امری مبرا است.^۲ در این جا وقتی قانون‌گذار می‌گوید که «داشتن شغل دولتی برای کارمندان ممنوع است، مگر سمت آموزشی»، نشان می‌دهد که از این دو واژه، معنایی واحد در نظر داشته است. بنا بر این به نظر می‌رسد کوششی که برخی در بیان تفاوت‌های دو مفهوم شغل و سمت به کار برده‌اند،^۳ زاید و بی‌مورد است، به ویژه آن‌که سمت، تعریف حقوقی نشده است و سیاق عبارت قانون‌گذار نیز وحدت معنای این دو واژه را به ذهن می‌رساند. قانون اساسی، تصدّی بیش از یک شغل / سمت / پست دولتی را ممنوع می‌داند، مگر آن‌که آن شغل / سمت / پست، آموزشی باشد.

مباحث پیش رو نشان خواهد داد که عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها، مصداق اجلای این عناوین آموزشی است. در هر حال، کارمندی که مشمول این قانون قرار می‌گیرد، به شکل دائمی و مستقر باید در آن شغل / سمت / پست قرار بگیرد و رابطه کاری از سنخ مشاوره یا اجرای پروژه در این خصوص پذیرفته نیست. در ضمن باید پذیرفت به جز عضو هیئت علمی، سمت آموزشی دیگری در دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی وجود ندارد. در واقع، در صورت رد اعضای هیئت علمی به عنوان مصداق این اصل، مقررّه یادشده بی‌مصادق خواهد شد؛ امری که به قانون‌گذار حکیم قابل انتساب نیست.

گفتار دوم. ادله مخالفت با تصدّی هم‌زمان مشاغل دولتی و عضویت در هیئت علمی

گروهی را عقیده بر آن است که اگر فردی با هر مرتبه‌ای به عضویت هیئت علمی دانشگاه یا مرکز تحقیقاتی درآمده باشد، نمی‌تواند هم‌زمان سمتی در دولت یا بخش عمومی جامعه داشته باشد و برعکس، کارمند بخش عمومی نمی‌تواند به عنوان عضو هیئت علمی در دانشگاه مشغول به کار شود. روشن است که موضوع بحث، اشتغال هم‌زمان به این دو فعالیت است، وگرنه تردیدی در امکان

۱. قمی، ابوالقاسم، قوانین الاصول (جلد اول)، چاپ سنگی، بی تا، قابل دسترس در:

www.lib.eshia.ir/13043/1/256/%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%82.

۲. این سخنان در خصوص متون قانونی است، نه در اطلاعات عرفی و ادبی.

۳. نک: ریاحی، نوربخش، «منع جمع مشاغل در حقوق ایران با تأکید بر مفهوم مؤسسات و مشاغل عمومی»، فصل‌نامه سیاست‌های راهبردی و کلان، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۲۱، صص ۱۵۱-۱۵۳.

استعفا از شغل اول برای تصدی شغل دوم مطابق ضوابط قانونی وجود ندارد. در ادامه، شماری از مهم‌ترین ادله مخالفان تصدی هم‌زمان مشاغل دولتی و عضویت در هیئت علمی دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی را بررسی می‌کنیم.

بند اول. ادله عمومی

همان گونه که پیش‌تر اشاره شد، اصل بر آزادی انتخاب مشاغل مختلف است و ممنوعیت اصل ۱۴۱ قانون اساسی، استثنایی بر این اصل کلی وارد ساخته است. با این حال، جمله پایانی اصل ۱۴۱ قانون اساسی، خود، استثنایی بر این استثناست و از لحاظ اصول تفسیری، هر استثنایی را نسبت به اصل بالایی آن باید تفسیر مضیق کرد. به علاوه، این ممنوعیت با تخصصی شدن امور، استفاده بهینه از زمان شاغلان، افزایش سطح کلی اشتغال در جامعه و جلوگیری از بروز تعارض منافع نیز هم‌راستاست. می‌توان دلایلی هم‌چون برقراری عدالت شغلی و استخدامی و جلوگیری از وقفه در کارها، انحصارطلبی و استبداد، اعمال نفوذ احتمالی و تضییع بودجه عمومی (بیت‌المال) را اصلی‌ترین دلایل عمومی مخالفت با تصدی دو شغل در نظر گرفت.

حتی برخی این ممنوعیت را به ادله شرعی مستند کرده‌اند. بر اساس این دیدگاه، عضویت کارمندان دولت در هیئت علمی دانشگاه موجب گرفتن پول بیش‌تر از بیت‌المال می‌شود و با تساوی افراد در بیت‌المال تعارض دارد؛ چون سیره رسول الله (ص) و علی (ع) در تقسیم بالسویه بیت‌المال بوده است.^۱ با این استدلال، اینان معتقدند که مطابق ضوابط نظام کنونی حقوقی ایران، اصل بر تصدی یک شغل دولتی و دریافت یک حق‌الزحمه از نهادهای عمومی و دولتی است و در موضع منع می‌بایست با اکتفا به قدر متیقن، موارد استثنا را تفسیر مضیق کرد. بر این اساس، تا تصریح روشنی به امکان حضور هم‌زمان در دو شغل یادشده نباشد، نمی‌توان آن را تجویز کرد.

ترجمان حقوقی‌تر این سخن، استناد به تبصره ۲۹ قانون بودجه سال ۱۳۴۴ است که در نظام حقوقی کشور دایمی شده است. به موجب این تبصره که به منع دریافت از بیش از یک صندوق معروف است، دریافت وجه به عنوان حقوق و هر نوع مزایا از وجوه عمومی یا اختصاصی دولت یا مؤسسات

۱. زرگوش‌نسب، عبدالجبار، امرالله معین و سیده معصومه غیبی، «بررسی پدیده «چند شغلی» از منظر فقه و قانون ایران»، فصل‌نامه اندیشه‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۳، سال سوم، شماره ۲، صص ۱۲۸-۱۲۹.

وابسته به دولت جز از یک وزارت خانه یا یک مؤسسه برای کارکنان دولت و مؤسسات وابسته به دولت ممنوع است. با این تعریف، فردی که هم کارمند و هم عضو هیئت علمی دانشگاه باشد، در عمل، از بیش از یک صندوق دریافتی دارد که قانون آن را ممنوع ساخته است.

نکته دیگری که می‌توان به عنوان دلیل عقلی بر مخالفت با این تصدّی هم‌زمان از آن یاد کرد، آن است که تصدّی هم‌زمان دو شغل از نظر عملی امکان‌ناپذیر است؛ کسی که پست دولتی دارد، امکان حضور تمام‌وقت در دانشگاه را ندارد و برعکس. بنابراین، حداقل یکی از این دو سمت یا گاه هر دوی آن‌ها زایل خواهد شد. این در حالی است که امکان انجام این دو وظیفه توسط دو فرد متفاوت به نحو احسن وجود دارد.

بند دوم. ادله حقوق اداری

مبنای این استدلال، استناد به تعریف شغل در قوانین اداری - به ویژه قانون ممنوعیت تصدّی بیش از یک شغل - است که به موجب آن هم کارمندی و هم عضویت در هیئت علمی دانشگاه، شغل است. بنا بر این، اشتغال هم‌زمان به این دو عنوان مشمول ممنوعیت است. اداره کل حقوقی قوه قضاییه از جمله قائلان به این دیدگاه است. بر اساس نظریه مشورتی شماره ۷/۹۳/۲۳۸۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۹ این اداره کل، مستخدمان رسمی و پیمانی صرفاً در خارج از ساعات اداری می‌توانند به تدریس در واحدهای دولتی و غیر دولتی اشتغال داشته باشند. اداره کل حقوقی در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۴/۶۳۷ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۰ نیز تدریس کارکنان در خارج از ساعات اداری را بلامانع دانسته و حتی اعلام موافقت وزارت خانه‌های دولتی با عضویت کارکنان خود در هیئت علمی در ساعات اداری را مغایر با تبصره ۲ قانون ممنوعیت تصدّی بیش از یک شغل عنوان کرده است.

استدلال اداره کل حقوقی در این نظریه مبتنی بر تعریف شغل در تبصره یادشده است که «وظایف مستمر مربوط به پست ثابت سازمانی یا شغل و یا پستی [را] که به طور تمام وقت انجام می‌شود»، شامل می‌شود. از نظر این اداره کل، چون فعالیت کارمندان دولت و فعالیت اعضای هیئت علمی مطابق با این تعریف، شغل است، داشتن هم‌زمان آن‌ها به معنی تصدّی هم‌زمان بیش از یک شغل بوده و مشمول منع قانونی و ضمانت اجراهای آن است. هم‌چنین در ادامه نظریه مشورتی یادشده، استفاده دستگاه‌های دولتی از خدمات اعضای هیئت علمی را تنها در صورت مأمور شدن آن‌ها به

دستگاه مجاز شمرده است. در ضمن، در ادامه تصریح شده است که استخدام رسمی و پیمانی اعضای یادشده توسط دستگاه‌های دولتی مجاز نیست. روشن است که نظریه اداره کل حقوقی مبتنی بر این پیش‌فرض است که این دو عنوان، شغل مستقل هستند. چون داشتن هم‌زمان این دو عنوان مشمول استثنائات قانونی نیست، پس ممنوعیت دارد. در همین راستا، برخی حقوق دانان نیز معتقدند که با تدریس پاره‌وقت یا خارج از ساعت اداری کارمندان در دانشگاه‌ها، مشکل کمبود نیروی انسانی متخصص رفع می‌شود و نیازی به اعطای پست دائمی آموزشی به ایشان نیست.^۱

برخی نهادها هم چون شهرداری تهران نیز با استدلالی مشابه، به صراحت، عضویت کارکنان خود را در هیئت علمی دانشگاه‌ها ممنوع اعلام کرده‌اند. در بخش نامه معاونت منابع انسانی شهرداری تهران چنین آمده است: «با توجه به حساسیت و ممنوعیت تصدی بیش از یک شغل برای هر شخص و مجازات‌های در نظر گرفته در قوانین و نظر به این که عضویت هیئت علمی به صورت تمام‌وقت نیز شغل محسوب شده و اشتغال آنان به هر نحوی در شهرداری تهران از مصادیق تصدی بیش از یک شغل است (به استثنای کارمندان مأمور به خدمت در شهرداری)، این موضوع مجدداً به کلیه مدیران و کارمندان مورد تأکید قرار می‌گیرد». بر همین اساس، نمونه‌هایی از ارجاع پرونده کارمندان عضو هیئت علمی شهرداری تهران به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری شهرداری و صدور حکم محکومیت علیه ایشان نیز مشاهده شده است.

مهم‌تر و بالاتر از همه این موارد، صدور بخش‌نامه هیئت عالی نظارت سازمان اداری و استخدامی کشور به تاریخ ۱۴۰۰/۵/۱۳ به دستگاه‌های مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری است. در بخش‌نامه این هیئت که بر اساس ماده ۲۲ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، مرجع ناظر بر هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری دستگاه‌هاست: «اشتغال تمام‌وقت و هم‌زمان اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی دولتی و غیر دولتی در دستگاه‌های مشمول قانون رسیدگی به تخلفات اداری در صورت احراز، تخلف اداری محسوب شده و قابل رسیدگی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد». همان گونه که مشاهده می‌شود، هیئت عالی نظارت نه تنها به ممنوعیت اشتغال هم‌زمان حکم کرده، بلکه این امر را تخلف اداری و موجب تحقق تنبیهات مقرر در قانون رسیدگی به تخلفات اداری دانسته است.

۱. استوارسنگری، کوروش و زینب بناکار، «ممنوعیت جمع مشاغل در نظام حقوقی ایران با نگاهی به نظام حقوقی هند»، فصل‌نامه حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۱، ص ۱۲۷.

شکایت‌های متعددی از این مقرر به دیوان عدالت اداری صورت گرفته که منجر به صدور رأی هیئت عمومی دیوان به شماره دادنامه ۱۳۱۲۳۳۹۰۰۰۱۴۰۲۳۱۳۹ مورخ ۱۴۰۲/۱/۲۲ گردید. به موجب این رأی، چون این بخش‌نامه صرفاً اشتغال تمام‌وقت کارمندان عضو هیئت علمی دانشگاه را تخلف اداری اعلام کرده است و امکان اشتغال تمام‌وقت در دو محل اشتغال ممکن نیست، بخش‌نامه معترض‌ عنه قابل ابطال تشخیص داده نشد.

بند سوم. مقررات نهادهای آموزش عالی

برخی مقررات تصویب شده از سوی نهادهای آموزش عالی نیز در جهتی است که به صراحت یا در عمل، امکان‌ناپذیر بودن تمدّی هم‌زمان عضویت در هیئت علمی و مشاغل عمومی را موجب می‌شود. برای مثال، دانشگاه آزاد اسلامی در بخش‌نامه «ممنوعیت اشتغال هم‌زمان اعضای هیئت علمی دانشگاه در مؤسسات دولتی و غیر دولتی به طور تمام‌وقت» که به امضای رییس وقت دانشگاه (تاریخ ۱۳۸۹/۱/۸ شماره ۱۹۰۱/۳۵) رسیده بود، اشتغال تمام‌وقت و هم‌زمان اعضای هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی در مؤسسات دولتی و غیر دولتی اعم از آموزشی و غیر آموزشی را ممنوع اعلام کرد. از سوی دیگر، اشتغال به کار پاره‌وقت اعضای هیئت علمی تمام‌وقت دانشگاه در سازمان‌های دولتی و غیر دولتی اعم از آموزشی و غیر آموزشی را در صورتی که منافاتی با وظایف محوله ایشان به عنوان عضو هیئت علمی تمام‌وقت دانشگاه نداشته باشد، بلامانع دانست.

از سوی دیگر، ماده ۲۰ آیین‌نامه استخدامی اعضای هیئت علمی، ساعت خدمت اعضا را ۴۰ ساعت در هفته عنوان کرده که تقریباً مشابه ساعت کاری کارکنان تمام‌وقت دستگاه‌های اجرایی است. بدیهی است فعالیت به این میزان، امکان اشتغال در هر نهاد دولتی یا عمومی دیگری را از عضو هیئت علمی یادشده سلب می‌کند. این آیین‌نامه را وزارت علوم، تحقیقات و فن‌آوری تدوین کرده و برای تصویب در هیئت امنای دانشگاه‌ها قرار داده است. در واقع، به استناد بند «ن» از ماده ۷ قانون «تشکیل هیئت‌های امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی»، مصوب جلسات ۱۸۱ و ۱۸۳ مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۹ و ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ شورای عالی انقلاب فرهنگی، از جمله وظایف و اختیارات هیئت امنای هر دانشگاه، تصویب مقررات استخدامی اعضای هیئت علمی مؤسسه است که به منظور هماهنگی پس از تأیید وزارت خانه مربوط (وزارت علوم) صورت می‌پذیرد.

گفتار سوم. ادله موافقت با تصدی هم‌زمان مشاغل دولتی و عضویت در هیئت علمی

در مقابل دیدگاهی که پیش از این مطرح شد، می‌توان دیدگاهی را یافت که به تجویز این اشتغال هم‌زمان حکم داده است. این گروه نیز نظر خود را به ادله گوناگونی مستند می‌کنند. در ادامه به شماری از مهم‌ترین ادله این گروه می‌پردازیم.

بند اول. ادله عمومی

ابتدا به ساکن، لازم به ذکر است که انتقادهای مطروحه علیه امکان تصدی هم‌زمان شغل عمومی و عضویت در هیأت عملی دانشگاه، به لحاظ منطقی، به جهت برخورداری از مبنای قانون اساسی، مخالفت با یک اصل بوده است و انتقاد به اصل صریح عموماً امری غیرمنطقی بوده و چه بسا از سوی دیگر، حتی استدلال له اصل موجود، به نوعی اجتهاد در مقابل نص صریح قانونی است. با این حال به جهت تعارضاتی که در عمل و اجرای این به وجود آمده است، لازم است که ابتدا موافقت با نظریه مقاله پیش‌رو را از برخی ادله عمومی آغاز کرد. پیش از اثبات، انتظار امکان تصدی هم‌زمان شغل عمومی و عضویت در هیأت عملی دانشگاه‌ها، با توجه به ادله‌ای که در ادامه ذکر خواهد شد، هم انتظاری مشروع بوده، و هم معقول، اگر چه در حقوق اداری میان انتظارات معقول و مشروع قائل به تفکیک و تمییز هستند، ولیکن در ابتدایی‌ترین تصور، یک عضو هیأت عملی دانشگاه با توجه مبنای حمایتی قانون اساسی، تصدی هم‌زمان شغل عمومی را یک انتظار معقول می‌پندارد که با حمایت و رسمیت‌بخشی مرجع قضایی در آراء تبدیل به یک انتظار مشروع نیز می‌گردد.^۱

تردیدی نیست که استادان دانشگاه در شمار نخبه‌ترین اقشار در هر جامعه‌ای هستند و از سوی دیگر، روشن است که از اهداف اصلی تأسیس دانشگاه در جهان و ایران، استفاده عملی از یافته‌های علمی و نظری دانشگاهیان برای حل مسائل جامعه است. از این رو، به کارگیری استادان دانشگاه در امور اجرایی جامعه - به ویژه در مشاغل مدیریتی و تخصصی - اصولاً امری مطلوب است و پیوند میان علم و کاربرد عملی آن را به ارمغان خواهد آورد. از سوی دیگر، در بسیاری از موارد، مقامات اجرایی

۱. رنجبر، احمد، وجوه متمایز اصل انتظارات مشروع در حقوق اداری، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۱.

و کارمندان متخصص دولتی با داشتن مدارک دانشگاهی لازم می‌توانند به عنوان مصداقی از ترکیب تجربه عملی و دانش نظری در محیط‌های آکادمیک سودمند باشند. بر همین اساس، دولت‌ها باید این امکان را داشته باشند تا از علم نیروهای متخصص جامعه در مراکز علمی و دستگاه‌های اجرایی استفاده کنند و به عکس، تجربه اجرایی کارمندان خود را در مراکز علمی به کار گیرند.^۱

به عقیده برخی حقوق دانان، همکاری میان دانشگاه‌ها و مؤسسات دولتی و آثار ارزنده مطلوبی که برای هر دو طرف وجود دارد، جبران‌کننده عیوب احتمالی جمع میان دو شغل خواهد بود. گذشته از آن‌که به طور معمول، دانشگاه‌ها در همه جای دنیا برای تأمین استاد در مضیقه هستند و استثنای اصل ۱۴۱ قانون اساسی ایران عاقلانه به شمار می‌آید.^۲ قانون‌گذار اساسی به مضرات تصدّی بیش از یک شغل دولتی واقف بوده، اما به دلیل فواید پیش‌گفته، استثنایی بر منع اصل ۱۴۱ وارد کرده و استادان دانشگاه را از این ممنوعیت خارج ساخته است.

بر مبنای همین دلیل، در سال‌های اخیر با تکیه بر مفهوم «ارتباط میان صنعت و دانشگاه»، تشویقات و تسهیلات متعددی برای تأسیس شرکت‌های دانش‌بنیان توسط اعضای هیئت علمی دانشگاه‌ها ارائه گردیده که نمونه آن، تبصره ۷ از ماده ۱ قانون «احکام دایمی برنامه‌های توسعه کشور» و هم‌چنین مواد ۲۲ و ۴۳ قانون «الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲)» است.

در واقع، اگر قائل به ممنوعیت تصدّی هم‌زمان عضویت در هیئت علمی و کارمندی دولت باشیم، باید به منع عضویت هم‌زمان استادان در هیئت مدیره شرکت‌ها نیز معتقد شویم، اما قانون‌گذار با همین نگاه، چنین رویکردی نداشته و صراحتاً این عضویت هم‌زمان را نه تنها تجویز که تشویق کرده و حتی معاملات این شرکت‌ها را از شمول قانون منع مداخله خارج ساخته است. علاوه بر همه این‌ها، یکی از مهم‌ترین دلایل ممنوعیت جمع بیش از یک شغل دولتی، جلوگیری از اعمال نفوذ بود، در حالی که استادان دانشگاه از قدرت اجرایی و اعمال نفوذ بی‌بهره هستند و به این ترتیب، هیچ یک از حقوق عمومی هم نقض نمی‌شود.^۳

۱. جاوید و ابراهیمی، پیشین، ص ۴۲.

۲. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم)، چاپ سیزدهم، تهران: میزان، ۱۳۸۵، ص ۱۹.

۳. تقی‌زاده، جواد، «ممنوعیت جمع مشاغل در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۱۲، ص ۶۸.

در واقع، این بند، نقض استدلال عقلی در نفی تصدی هم‌زمان این دو شغل است. قانون‌گذار هر تصدی هم‌زمان مشاغلی را مجاز ندانسته، بلکه صرفاً استفاده از خدمات یک استاد دانشگاه در دستگاه دولتی یا برعکس را به دلیل مزایا و فوایدی که از نگاه قانون‌گذار داشته، مجاز شمرده است. به نظر می‌رسد که مخالفان این دیدگاه بر خلاف نص صریح قانون‌گذار مصلحت‌اندیشی می‌کنند، در حالی که توجه به مصالح و وضع قانون بر اساس آن‌ها اصولاً شأن قانون‌گذار - به ویژه قانون‌گذار اساسی - است. به نظر می‌رسد که مخالفان در دیدگاه خود به خاص و استثنایی بودن این حکم توجه نمی‌کنند.

همان گونه که گذشت، یکی دیگر از استدلال‌های مخالفان آن بود که تصدی هم‌زمان دو شغل عمومی موجب دریافت دو حقوق از بیت‌المال و ناقض اصل تساوی میان مردم است. در پاسخ باید گفت آن چه از نظر عقلی و شرعی نکوهیده است، دریافت مبلغی بیش از کار انجام‌شده است و دریافتی‌های مختلف در مقابل انجام کارهای مختلف منعی ندارد. صرف نظر از حکم عقل و شرع، قانون‌گذار نیز چنین امری را به رسمیت شناخته و هنگامی که به جواز پرداخت اضافه‌کار به کارمندان حکم کرده، دریافت مبلغی زاید بر حقوق متعارف را در ازای انجام کار بیش‌تر پذیرفته است. بالاتر از آن، ماده ۶۸ قانون مدیریت خدمات کشوری است که پرداخت فوق‌العاده‌هایی به عنوان حق التدریس، حق التألیف و حق الترجمة را به کارمندان مقرر داشته است، در حالی که کارمندان در قبال انجام وظایف معمول خود، حقوق دریافت می‌کنند. گذشته از همه این‌ها، تصدی سمت آکادمیک لزوماً در دانشگاه‌های دولتی محقق نمی‌شود و بدیهی است که دریافت حقوق از دانشگاه آزاد یا دانشگاه‌های غیر انتفاعی، نه دریافت حقوق از بیت‌المال است و نه مشمول دریافت از بیش از یک صندوق دولتی خواهد بود.

بند دوم. ادله تفسیری

از قواعد روشن تفسیری در عالم فقه و حقوق آن است که الفاظ و عبارات قانون‌گذار باید به صورتی تفسیر شوند که واجد اثر حقوقی باشند. بنابراین، تفسیری که مستلزم بی‌معنایی بی‌اثر شدن بخشی از الفاظ یا عبارات قانون باشد، تفسیری نادرست است. قانون‌گذار از معایب احتمالی اشتغال به بیش از یک شغل آگاه بوده و اساساً به همین دلیل، اصل ۱۴۱ را وضع کرده است. با این حال، به

دلایلی از سنخ ادله مطرح شده در بند قبل یا به هر غرض دیگری، اشتغال در سمت‌های آموزشی را در کنار داشتن شغل دولتی مجاز دانسته است. بر این اساس، به نظر می‌رسد که تفسیرهایی از جنس نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه هم ناقض متن صریح قانون اساسی و هم ناقض غایتی است که قانون‌گذار اساسی از وضع این اصل در نظر داشته است.

مطابق اصول حقوق اداری، اشتغال کارکنان دولت به مشاغل خصوصی در ساعت اداری ممنوع و در غیر آن، آزاد است.^۱ اداره کل حقوقی، همین قاعده را در خصوص مشاغل دانشگاهی رعایت کرده و با آن به مثابه یک شغل خصوصی برخورد کرده است که اشتغال به آن در ساعت اداری، ممنوع و در خارج از این ساعت، مجاز است. این دیدگاه هم بر اساس تفسیر متن گرا و هم بر پایه تفسیر غایت‌گرا به روشنی خلاف قانون اساسی است. هم مخالف صراحت متن قانون اساسی است که این اشتغال را بلامانع دانسته و هم خلاف جهت و غرضی است که از وضع استثنای یادشده در اصل ۱۴۱ در نهاد قانون‌گذار اساسی بوده است.

همان‌گونه که گذشت، ممکن است این نکته مطرح شود که مطابق قانون اساسی، داشتن سمت‌های آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی هم‌زمان با کار دولتی مجاز است، اما اشاره‌ای به عضویت در هیئت علمی نشده است. پاسخ آن است که قدر متیقن در سمت‌های آموزشی، عضویت در هیئت علمی است. منظور از اعضای هیئت علمی، افرادی در استخدام دانشگاه هستند که با مدارج دانشگاهی مربی، استادیار، دانش‌یار و استاد تمام در قالب آموزشی یا پژوهشی فعالیت می‌کنند و تابع مقررات استخدامی هیئت علمی هستند.^۲ افرادی که بدون عنوان هیئت علمی در دانشگاه‌ها تدریس می‌کنند، اساساً سمت/پست/ شغل آموزشی ندارند و از نظر تخصصی از موضوع اصل ۱۴۱ قانون اساسی خارجند.

به قرینه واژه «آموزشی»، سمت‌هایی که مشمول ممنوعیت صدر ۱۴۱ قانون اساسی نمی‌شوند، باید وصف آموزشی داشته باشند. بنابراین، این اصل قانون اساسی، منصرف از افرادی است که در مراکز

۱. امامی و استوارسنگری، پیشین، ص ۲۵۱.

۲. طه‌زاده، مسعود، «هیئت علمی و جایگاه آن در دانشگاه»، فصل‌نامه موج، ۱۳۹۱، سال چهارم، شماره ۵ (دانشجو و دانشگاه)، ص ۳۱.

تحقیقاتی یا دانشگاهی صرفاً به کار تحقیقاتی - مثل آزمایشگاه‌ها - اشتغال دارند. چون در موارد استثنایی باید به قدر متیقن اکتفا کرد، به نظر می‌رسد که اعضای هیئت علمی پژوهشی دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی ذیل استثنای اصل ۱۴۱ قانون اساسی قرار نمی‌گیرند. چون سمت ایشان وصف آموزشی ندارد، امکان تصدی هم‌زمان به مشاغل عمومی را ندارند.^۱ نکته مهم دیگر آن است که «دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی» در قانون اساسی، مطلق ذکر شده‌اند و بر مبنای جاری کردن قاعده اصالت اطلاق می‌بایست بر شمول آن بر همه دانشگاه‌های دولتی و غیر دولتی حکم کرد. بر این اساس، اعضای هیئت علمی دانشگاه‌های دولتی، پیام نور، آزاد اسلامی و غیر انتفاعی، همگی تحت این حکم قرار می‌گیرند.

از سوی دیگر، پست‌های سازمانی اداری در دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی نیز قطعاً مشمول این استثنا نمی‌شوند، هر چند پست ریاست دانشگاه و دانشکده باشد. شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۸۵۱۳ به تاریخ ۱۳۶۲/۲/۶ صریحاً اعلام کرد که «ریاست دانشگاه، نظر به این که سمت اداری محسوب می‌شود، مانع از اشتغال به سمت نمایندگی است». به سادگی از تعلیل این نظریه تفسیری چنین برمی‌آید که این ممنوعیت، ناظر بر سمت اداری است و اگر صرفاً موضوع سمت آموزشی بود - مثل عضویت در هیئت علمی - چنین ممنوعیتی نیز وجهی نداشت.

چون پرسش مطرح شده از شورای نگهبان، ناظر بر امکان نامزدی رؤسای دانشگاه در انتخابات مجلس با استفاده از استثنای ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی بود، شورای نگهبان چنین پاسخ داده، وگرنه منع یادشده در خصوص جمع شدن ریاست دانشگاه با دیگر مشاغل مطرح در اصل ۱۴۱ قانون اساسی محرز است و نمی‌توان این سمت را ذیل استثنای اصل ۱۴۱ قانون اساسی دانست. نظر به تعلیل صورت گرفته در نظریه تفسیری شورای نگهبان، هر سمت دانشگاهی که جنبه اداری داشته باشد - نظیر ریاست دانشکده، معاونت دانشگاه و دانشکده، مدیر کلی در دانشگاه - نیز همین حکم را دارد. حتی مدیریت گروه‌های آموزشی را که وجه اداری دارد، باید مشمول ممنوعیت دانست.^۲ بنابراین، مقامات اداری دانشگاه نمی‌توانند عهده‌دار سمت‌های دولتی شوند.

۱. جباری، مصطفی، «تأملی در ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی (بحثی در هم‌زمانی دو شغل استادی دانشگاه و وکالت)»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۴، ص ۱۴۱.

۲. تقی‌زاده، پیشین، ص ۶۸.

بر همین امر، بار دیگر در نظریه تفسیری شماره ۶۷۷۲ مورخ ۱۳۷۳/۲/۲۲ شورای نگهبان تأکید شده است. این شورا در نظریه شماره ۲۴۳۲ مورخ ۱۳۶۷/۶/۲۹ خود در خصوص امکان اشتغال هم‌زمان نمایندگان استاد دانشگاه نیز بر بلامانع بودن اشتغال نمایندگان مجلس شورای اسلامی به سمت آموزشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی تأکید ورزیده است. در نتیجه، فرد می‌تواند هم‌زمان عضو هیئت علمی آموزشی دانشگاه‌ها و مراکز پژوهشی و کارمند دولت یا نماینده مجلس باشد، اما نمی‌تواند کارمندی یا نمایندگی را با پست ریاست دانشگاه و دانشکده و مانند این موارد جمع کند. علاوه بر این موارد، اساساً جواز مقررات حوزه آموزش عالی به تصدّی هم‌زمان هیئت علمی دانشگاه و سمت اداری در دانشگاه نیز در راستای استثنای ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی است. در غیر این صورت، این تجویز، خلاف قانون اساسی و قوانین عادی کشور بود.

بند سوم. ادله حقوق اساسی. اداری

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، در خصوص فراز استثنایی پایان اصل ۱۴۱ قانون اساسی نفیاً یا اثباتاً بحث خاصی صورت نگرفته است.^۱ با این حال، به نظر می‌رسد که صراحت متن اصل ۱۴۱ قانون اساسی، تردیدی در جواز تصدّی اعضای هیئت علمی به مشاغل عمومی باقی نگذاشته و دیدگاه‌هایی که بر خلاف آن طرح شده، نافی متن اصل است.

در رویه عملی برخی دستگاه‌های اجرایی، عضویت مدیران و کارمندان در دستگاه‌های اجرایی به طور کلی ممنوع نیست، اما برای داشتن هم‌زمان این دو عنوان، مأمور شدن فرد از دانشگاه به دستگاه اجرایی طلب می‌شود. برای مثال، وقتی یکی از اعضای هیئت علمی دانشگاه به پستی دولتی گمارده می‌شود، می‌بایست از دانشگاه محل خدمت به دستگاه جدید، مأمور گردد. همان گونه که پیش از این گذشت، نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه هم به این رویکرد متمایل است. به نظر می‌رسد که این رویه نیز خلاف صریح متن قانون اساسی است؛ چون مأموریت فرد از یک دستگاه به دستگاه دیگر، قاعده‌ای عمومی است که صرف نظر از عضویت داشتن یا نداشتن کارمند در هیئت علمی امکان تحقق دارد و از نظر ماهوی نیز به جمع بیش از یک شغل ارتباطی ندارد. در

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، پیشین، ۱۳۳۱-۱۳۳۸ و ۱۳۶۱-۱۳۵۸.

واقع، عضو هیئت علمی مأمور، صرفاً با دانشگاه محل خدمت خود رابطه استخدامی دارد و تنها به طور موقت در دستگاه محل مأموریت فعال می‌کند. این موضوع از نظر تخصصی از اصل ۱۴۱ قانون اساسی و قانون ممنوعیت تصدی خارج است؛ چون قوانین یادشده، موضوعی را بیش از قواعد عمومی وضع کرده و حالتی استثنایی در خصوص سمت‌های آموزشی در نظر گرفته‌اند که در مقررات دستگاه‌ها و رویه عملی نیز این استثنا را باید در نظر گرفت. اگر موضوع، مأمور شدن کارمندان باشد، اساساً به استثنای مندرج در اصل ۱۴۱ قانون اساسی نیازی نبود و موضوع مأموریت در قوانین عام استخدامی وجود داشت. همان گونه که ذکر شد، قوانین در نظام اداری باید به گونه‌ای تفسیر شوند که دارای اثر و فایده عملی باشند.

به نظر می‌رسد که حکم استثنایی مندرج در انتهای اصل ۱۴۱ قانون اساسی، مجرای این قاعده عقلی باشد که «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است». توضیح آن که وقتی قانون‌گذار اساسی و عادی می‌پذیرند تصدی هم‌زمان این دو شغل مجاز است، در این که فردی هم‌زمان هر دو عنوان را داشته باشد و از دو محل حقوق دریافت کند، ایرادی وجود ندارد. با توجه به قاعده اصولی - فلسفی یادشده، دانشگاه و دستگاه اجرایی محل خدمت فرد مکلفند در این راستا با وی همراهی کنند. به عبارت دیگر، هنگام استخدام کارمند به عضویت وی در هیئت علمی یا کارمند بودن متقاضی عضویت در هیئت علمی توجه کنند و اگر به چنین امری تمایلی ندارند، وی را جذب نکنند؛ چون طبق قانون، فرد حق تصدی هم‌زمان این دو سمت، دریافت حقوق به سبب هر دوی آن‌ها و تنظیم ساعت کار برای حضور در هر دو شغل را دارد.

به نظر می‌رسد که هر تفسیر دیگری، مقرر مندرج در قانون اساسی را ابرتر و اجرانشدنی خواهد کرد. بر همین اساس، دیدگاه‌هایی از سنخ بخش‌نامه هیئت عالی نظارت نیز به صراحت، خلاف قوانین جاری کشور هستند و امری را که مورد تجویز قانون اساسی و عادی است، تخلف اداری انگاشته‌اند. نکته مهم آن است که در بخش‌نامه یادشده، حتی تفکیکی میان شیوه دریافت حقوق یا دولتی و غیر دولتی بودن دانشگاه محل خدمت هم نشده است.

این مقرر از جهت دیگری نیز خلاف قانون است؛ چون در موضع قانون‌گذاری قرار گرفته و تخلفی جدید را به تخلفات سی و هشت‌گانه مندرج در قانون رسیدگی به تخلفات اداری اضافه کرده است.

نکته مهم‌تر آن است که بند ۲۴ از ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری، «داشتن شغل دولتی دیگر به استثنای سمت‌های آموزشی و تحقیقاتی» را تخلف اداری عنوان کرده است که آشکارا نشان می‌دهد قانون‌گذار، داشتن این سمت‌ها را هم‌زمان با شغل دولتی، تخلف نمی‌داند و بخش‌نامه یادشده، اجتهادی در مقابل نص قانون است.

همه این موارد صرف نظر از آن است که اساساً قانون رسیدگی به تخلفات اداری شأنیتی برای هیئت عالی نظارت در تشخیص و ابلاغ مصادیق تخلفات مندرج در قانون قائل نشده است و این امر در صلاحیت خود هیئت‌های دستگاه‌های مشمول قانون قرار دارد. بر همین اساس، رأی دیوان عدالت اداری - که پیش از این به آن اشاره شد - به صورت شگفت‌آوری بدون توجه به مبانی قانونی صادر شده است. در واقع، دیوان به منطوق اصل ۱۴۱ قانون اساسی، قانون ممنوعیت تصدّی بیش از یک شغل، بند ۲۴ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری و اختیارات هیئت عالی نظارت مطابق ماده ۲۲ قانون اخیرالذکر توجهی نکرده است. این در حالی است که به همه این مقررات در دادخواست‌های شاکیان پرتعداد پرونده استناد شده بود.

رأی هیئت عمومی دیوان بدون هر گونه استناد قانونی و صرفاً بر مبنای مصلحت امکان‌ناپذیری عملی تصدّی دو شغل صادر شده است که توجه به آن، شأن قانون‌گذار اساسی و عادی است، نه دیوان عدالت اداری. همان‌طور که گذشت، قانون‌گذار به جواز امری حکم داده و این امر به معنای تجویز لوازم و آثار آن حکم است، در حالی که تشخیص مصالح و مفاسد، جایگاه قانون‌گذار است و نه قاضی. قاضی صرفاً می‌بایست از طریق تفسیر قوانین موجود، حکم مقرر در قانون را تشخیص دهد و به مصداق مورد بحث حمل کند. این در حالی است که در رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، به هیچ قانون یا مقرره‌ای استناد نشده و صرفاً بر این اساس که انجام هم‌زمان دو کار تمام‌وقت امکان‌ناپذیر است، رأی صادر شده است. دیوان تصریح کرده است که اشتغال تمام‌وقت در دو سمت متفاوت موجب ترک خدمت از یکی از آن‌ها خواهد شد که خود یک تخلف اداری است؛ استدلالی که به وضوح، اجتهادی در مقابل نص بند ۲۴ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری است.

مسئله دیگر آن است که استناد به تبصره ممنوعیت دریافت از بیش از یک صندوق نیز وجهی ندارد که این تبصره، نظر به مورد غالب وضع شده است و مقرر می‌دارد که یک کارمند نمی‌تواند دو

دریافتی جداگانه از دولت داشته باشد. بدیهی است اگر قانون اساسی یا قانون عادی، حکم خاصی در امری داشته باشند، اجرای حکم خاص بر عام مقدم است؛ امری که در ما نحن فیہ تحقق یافته است. به همین ترتیب، مقرراتی از سنخ آیین‌نامه استخدای اعضای هیئت علمی - که پیش از این از آن بحث شد - ناظر به مورد غالب وضع شده‌اند و مغلوب احکام خاص قانونی خواهند شد.

آخرین نکته این است که وکالت دادگستری از مشاغل است که طبق اصل ۱۴۱ قانون اساسی، در کنار مشاغل دولتی نام برده شده و مشمول ممنوعیت‌های آن اصل است. با این حال، در نظام حقوقی کنونی کشور و بر اساس بند ۲ از ماده ۱۰ لایحه قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری، تصدی هم‌زمان شغل وکالت و استادی در دانشکده‌های حقوق پذیرفته شده است و در حال حاضر، اجرا می‌شود و امری بدیهی به شمار می‌رود. این قانون، مقدم بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب شده، اما در ۴۳ سال اخیر، اعتبار آن خدشه‌دار نشده است؛ چون مفاد آن علی‌الاجمال با حکم مقرر در قانون اساسی هم‌راستاست.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار اساسی ایران به دلیل ویژگی‌های خاص دارندگان سمت‌های آموزشی دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی، آنان را مشمول استثنا از قاعده کلی نظام حقوقی در منع جمع بیش از یک شغل دولتی قرار داده است. به نظر می‌رسد که هرگونه اعمال تضییق در اجرای این حکم، نقض اصل ۱۴۱ قانون اساسی باشد. چون اذن در انجام امری، اذن در لوازم و مقدمات آن نیز هست، مقررات و رویه‌های اجرایی باید چنان تنظیم شوند که اجرای این اصل از قانون اساسی را تضمین کنند و به طور خاص، از نظر وضعیت حضور و غیاب، امکان حضور فرد در هر دو سمت را فراهم آورند. در پیش گرفتن هر ایستاری جز این، موجب بی‌اعتبار شدن حکمی خواهد شد که قانون‌گذار اساسی از وضع اصل ۱۴۱ در نظر داشته است.

با این حال و با عنایت به استثنایی بودن حکم مندرج در انتهای اصل ۱۴۱ قانون اساسی، این امر تنها شامل مواردی خواهد بود که نسبت به شمول آن‌ها ذیل این حکم تردیدی وجود ندارد. بر این اساس، داشتن سمت، افرادی را که به شکل موقتی و حق‌التدریس با دانشگاه‌ها همکاری دارند، از شمول این حکم خارج می‌کند؛ چون «سمت»، جنبه مستقر و دایمی دارد. قید «آموزشی بودن

سمت» هم باعث می‌شود که علاوه بر دارندگان سمت‌های اداری، اعضای هیئت علمی پژوهشی نیز در قالب این حکم استثنایی قرار نگیرند. قید «دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی» نیز موجب شده است معلمان آموزش و پرورش یا افرادی که در دستگاه‌های اجرایی فعالیت آموزشی دارند، مشمول این حکم نشوند. برای مثال، رییس و قائم‌مقام بنیاد ملی نخبگان به موجب تبصره ماده ۱۰ اساس‌نامه این بنیاد، سمت آموزشی و پژوهشی دارند. چون بنیاد ملی نخبگان، دانشگاه یا مؤسسه تحقیقاتی نیست، نمی‌توان این دو مقام را مشمول حکم یادشده دانست.^۱

بر این اساس، هیئت علمی آموزشی دانشگاه‌ها و مؤسسات تحقیقاتی تنها مصداق این حکم است که مصادیق آن، امکان تصدّی هم‌زمان به مقامات یا مشاغل اجرایی کشور در چارچوب ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی را دارند؛ اعم از آن که آن دانشگاه‌ها یا مؤسسات تحقیقاتی، دولتی یا غیردولتی باشند. علاوه بر این، اطلاق مستندات قانونی مطرح‌شده نشان می‌دهد که تمام وقت یا پاره‌وقت بودن اشتغال افراد نیز مدخلیتی در این خصوص ندارد و تجویز اصل ۱۴۱ قانون اساسی، هر دو مورد را دربرمی‌گیرد.

۱. حسینی صدرآبادی، ایرج و حسین آیینی، «استثنائات قاعده «ممنوعیت جمع مشاغل دولتی در حقوق ایران: از قانون اساسی تا قانون‌گذاری عادی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، سال ششم، شماره ۱۷، ص ۹۸.

فهرست منابع

۱. فارسی و عربی

الف) کتاب

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران** (جلد دوم: جلسه سی و دوم تا پنجاهم)، تهران: مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۴.
۲. امامی، محمد و کورش استوار سنجری، **حقوق اداری** (جلد اول)، تهران: میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۹.
۳. عباسی، بیژن، **حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین**، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۵.
۴. قمی، ابوالقاسم، **قوانین الاصول** (جلد اول)، چاپ سنگی، بی تا، قابل دسترس در:
www.lib.eshia.ir/13043/1/256/%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%82.
۵. معین، محمد، **فرهنگ فارسی** (جلد دوم)، تهران: امیرکبیر، چاپ پنجم، ۱۳۶۲.
۶. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران** (جلد دوم)، تهران: میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵.
۷. هاشمی، سید محمد، **حقوق کار**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. استوارسنجری، کوروش و زینب بناکار، «ممنوعیت جمع مشاغل در نظام حقوقی ایران با نگاهی به نظام حقوقی هند»، فصل‌نامه حقوق اداری، پاییز ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۱، صص ۱۵۳-۱۱۵.
۲. رنجبر، احمد، **وجوه متمایز اصل انتظاراتهای مشروع در حقوق اداری**، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۱.
۳. کریمیان، محمودزین، **ابهام تئوریک در چిستی تخلف اداری کارمند در جمهوری اسلامی ایران**، فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۱.

۴. تقی‌زاده، جواد، «ممنوعیت جمع مشاغل در حقوق ایران با نگاهی به حقوق فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۱۲، صص ۸۲-۵۷.
۵. جاوید، محمدجواد و محمود ابراهیمی، «تکالیف شهروندی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه بررسی‌های حقوق عمومی، تابستان ۱۳۹۲، سال دوم، شماره ۲، صص ۴۶-۲۵.
۶. جبّاری، مصطفی، «تأملی در ذیل اصل ۱۴۱ قانون اساسی (بحثی در هم‌زمانی دو شغل استادی دانشگاه و وکالت)»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، ۱۳۸۹، دوره چهارم، شماره ۴، صص ۱۵۳-۱۳۹.
۷. حسینی صدرآبادی، ایرج و حسین آیینه‌نگینی، «استثنائات قاعده «ممنوعیت جمع مشاغل دولتی در حقوق ایران: از قانون اساسی تا قانون‌گذاری عادی»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، ۱۳۹۶، سال ششم، شماره ۱۷، صص ۱۰۸-۸۹.
۸. رضایی‌زاده، محمد جواد و فاطمه میراحمدی، «بررسی اصل ممنوعیت جمع مشاغل در مورد شهردار»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۳، سال اول، شماره ۴، صص ۴۸-۳۵.
۹. ریاحی، نوربخش، «منع جمع مشاغل در حقوق ایران با تأکید بر مفهوم مؤسسات و مشاغل عمومی»، فصل‌نامه سیاست‌های راهبردی و کلان، ۱۳۹۷، سال ششم، شماره ۲۱، صص ۱۶۹-۱۴۷.
۱۰. زرگوش‌نسب، عبدالجبار، امرالله معین و سیده معصومه غیبی، «بررسی پدیده «چند شغلی» از منظر فقه و قانون ایران»، فصل‌نامه اندیشه‌های حقوق عمومی، ۱۳۹۳، سال سوم، شماره ۲، صص ۱۳۴-۱۱۷.
۱۱. طه‌زاده، مسعود، «هیئت علمی و جایگاه آن در دانشگاه»، فصل‌نامه موج، ۱۳۹۱، سال چهارم، شماره ۵ (دانشجو و دانشگاه)، صص ۴۷-۲۹.
۱۲. فخر، حسین، «بررسی قلمرو قاعده ممنوعیت جمع مشاغل دولتی»، فصل‌نامه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، سال دوم، شماره ۳، صص ۱۷۴-۱۴۵.

2. Latin Source

1. Cooter, Robert D., the Strategic Constitution, Princeton: Princeton University Press, 2002.

بررسی تأثیر کرونا بر حق دسترسی به عدالت؛ مطالعه موردی تطبیقی

فاطمه اصحابی^۱

چکیده

حق دسترسی به عدالت، از حقوق بنیادین و به نوعی، ابزاری لازم برای حمایت از دیگر حقوق است. شرایط ناشی از بحران بی‌سابقه کووید ۱۹، مجموعه‌ای از محدودیت‌ها را بر حقوق مردم از جمله حق دسترسی آزاد و عادلانه به عدالت تحمیل کرده است. این پژوهش با هدف بررسی صیانت از این حق بشری، با دقت در نظام‌های حقوقی دیگر به روش توصیفی و تحلیلی و با گردآوری منابع به صورت کتاب‌خانه‌ای در مقام پاسخ به این پرسش است که نظام‌های مختلف حقوقی چه رویکردی را در صیانت از این حق در محاکم مختلف در پیش گرفته‌اند.

یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که در نظام‌های حقوقی مورد بحث، حسب مورد، این حق بدون توجه به شرایط بحرانی کرونا به صورت کامل اعمال شده و در برخی نظام‌ها این حق محدود گشته یا در برخی نظام‌های حقوقی به طور موقت تعلیق گردیده است. با این حال، به طور کلی، نقض نشده و با وضع قوانین و مقررات و صدور دستورالعمل‌ها با اتکا به فناوری‌های نوین به صورت مجازی صیانت شده است. در نظام‌های حقوقی که استماع دعاوی به صورت حضوری به دلیل ماهیت دعاوی فوریت داشت، اعمال حق دسترسی به عدالت با رعایت حفظ ایمنی و سلامت افراد به عنوان اولویت اصلی صورت می‌پذیرفت.

کلیدواژه‌ها: دادرسی الکترونیکی، دادگاه، حق دسترسی به عدالت، کرونا.

۱. حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، fatemehashabi1371@gmail.com

مقدمه

حق بر دادخواهی، حق دسترسی افراد به مراجع قضایی یا در صورت لزوم به مراجع اداری و صنفی در مواقع نقض حقوق و آزادی‌هاست. اعمال و اجرای حق دادخواهی مستلزم دسترسی به دادگستری است. به میزانی که این نظام دادرسی کارآمد، اثربخش و قابل دسترس باشد، به همان میزان، اعمال حق دادخواهی کامل‌تر خواهد بود.^۱ اسناد بین‌المللی بسیاری بر تأمین حق دسترسی به عدالت تأکید کرده‌اند. در صدر همه این اسناد، اعلامیه جهانی حقوق بشر قرار دارد که با هدف اعطای حق دسترسی به عدالت از طریق دادرسی عادلانه، مقررات خاصی را در خود گنجانده است. ماده ۸ اعلامیه مقرر می‌دارد: «هر انسانی، سزاوار و محق به دسترسی مؤثر به مراجع دادرسی از طریق محاکم ذی صلاح ملی در برابر نقض حقوق اولیه‌ای است که قوانین اساسی یا قوانین عادی برای او برشمرده است». ماده ۱۰ اعلامیه بیان می‌دارد: «هر انسانی، سزاوار و محق به دسترسی کامل و برابر به دادرسی آشکار و عادلانه توسط دادگاهی بی‌طرف و مستقل است تا در برابر هر گونه اتهام جزایی علیه وی به حقوق و تکالیف وی رسیدگی کند».

ظهور پدیده جدید ویروس کرونا، حق دسترسی به عدالت را همانند بسیاری از حقوق، در نظام‌های حقوقی، دست‌خوش تحولاتی کرده است. اهمیت و ضرورت تبیین این مسئله از این منظر قابل توجه است که دسترسی آزاد، عادلانه و بدون محدودیت به عدالت، وجهی جدایی‌ناپذیر از نظام حقوقی سالم و مؤثر است که تعهد به حاکمیت قانون را به طور مؤثری متجلی می‌سازد.

این مقاله با هدف مطالعه کیفیت صیانت از این حق بشری با مداقه در رویه برخی نظام‌های حقوقی درصدد است به این پرسش پاسخ دهد که در نظام‌های حقوقی مختلف، چه رویکردی برای پاسداری از این حق در پیش گرفته است؟ به عنوان فرضیه می‌توان بیان داشت این حق مهم نقض نشده، اگرچه در برخی نظام‌ها محدود شده یا به طور موقت، تعلیق گردیده است.

بنا بر بررسی‌های صورت‌گرفته در پژوهش‌های موجود، مسئله حق دسترسی به عدالت در بحران کرونا در قالب پژوهش مطالعه نشده است. پرداختن به این موضوع بدیع است و این پژوهش می‌کوشد این موضوع را در دو مبحث دعاوی حقوقی و کیفری و دعاوی اداری بررسی کند.

۱. شهپازی‌نیا، مرتضی و دیگران، «ارزیابی دسترسی به دادگستری در نظام دادرسی مدنی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸، ص ۲۶۴.

گفتار اول. حق دسترسی به عدالت

حق دسترسی عادلانه و بدون محدودیت به عدالت در اصل عدالت طبیعی گنجانده شده است. اگر غایت عدالت، عدالت و روح عدالت، انصاف است، هر یک از طرفین دعوا باید فرصت برابر داشته باشد تا شواهد و مدارک خود را بدون محدودیت و به طور عادلانه در مقابل دادگاه ارائه کند. هیچ جامعه متمدنی نمی‌تواند حق دسترسی به عدالت را انکار کند؛ زیرا یکی از حقوق بنیادین است که با هیچ نوع مداخله یا ایجاد مانعی قابل انکار یا تضعیف نیست. دسترسی آزاد، عادلانه و بدون محدودیت به عدالت، وجهی جدایی‌ناپذیر از نظام حقوقی سالم و مؤثر است که تعهد به حاکمیت قانون را بیش‌تر نشان می‌دهد و اساساً هدف ضروری حاکمیت قانون، دستیابی به عدالت است. در این زمینه، اصطلاح قدیمی لاتین وجود دارد که بیان می‌دارد: «هر جا که حق وجود دارد، طریقه جبران خسارت هم وجود دارد»؛^۱ به این معنا که اگر حقی تضییع شده باشد، صاحب حق می‌تواند جبران خسارت آن را بخواهد. مفهوم «دسترسی به عدالت» که در قانون اساسی همه جوامع مبتنی بر دموکراسی در جهان پیش‌بینی شده است، در ماده ۳۹ منشور کبیر یا مگنا کارتا^۲ ریشه دارد که مقرر داشته است: «هیچ انسان آزادی را نباید دستگیر یا زندانی کرد یا مانع آزادی او شد یا غیر قانونی دانست یا تبعید کرد، مگر به قضاوت قانونی همتایانش یا به حکم قانون کشور».

هیچ مقام یا شخص نمی‌تواند دسترسی به عدالت را مخدوش کند. فقط دادگاه حقوقی می‌تواند آن را در چارچوب مؤلفه‌های قانونی کنترل کند. اگر در دسترسی به عدالت، هر گونه محدودیتی خودسرانه برای فردی اعمال شود، برابری، ارزش واقعی خود را از دست خواهد داد.^۳

جلسات دادرسی شفاهی که در اصطلاح حقوقی، دادرسی اختصاری خوانده می‌شود، جایگاه اصلی را در جریان قضاوت اختصاص می‌دهد. این شیوه از دادرسی شامل جلسه پرسش و پاسخ بین قضات و طرفین دعواست؛ قضات از طرفین دعوا سؤال می‌کنند و طرفین دعوا نیز فرصت ارائه استدلال‌های

1. Ubi jus ibi remedium

2. Magna Cart

3. Gupta, op.cit., p.157

خود را دارند.^۱ شیوع کرونا، این نوع از دادرسی را تحت الشعاع قرار داد و تبادل لوایح به صورت غیر حضوری و دادرسی مجازی را جای‌گزین آن ساخت.

در یک تعریف ساده و کاربردی می‌توان گفت در دادرسی مجازی به حضور فیزیکی همه طرفین دعوا در یک مکان و یک زمان نیازی نیست.^۲ از معایب این نوع دادرسی آن است که صرف تبادل لوایح به صورت غیر حضوری و محرومیت از حضور در جلسه دادگاه نمی‌تواند به میزان دادرسی‌های شفاهی، تضمین‌کننده حقوق طرفین دعوا باشد و اصول دادرسی و شفافیت را به چالش می‌کشد. استفاده از الزامات دادرسی الکترونیکی به صورت ویدئوکنفرانس می‌تواند این نقیصه را تا حدی جبران کند، اما استفاده از آن‌ها با چالش‌هایی روبه‌روست، مانند: دست‌کاری و نفوذ در کاربرد آن،^۳ نبود تماس چهره به چهره که منجر به نبود تشخیص علایم غیر کلامی مانند زبان بدن و ظاهر چهره به ویژه در پرونده‌های خانواده می‌شود که عواطف و احساسات در آن دخیل است. چالش دیگر به شناسایی طرفین دعوا مربوط است و هنگام استفاده از رایانامه، اطمینان از دریافت اسناد توسط شخص طرف دعوا هم چالش به شمار می‌آید. چالش دیگر به کسانی مربوط است که از اینترنت یا داشتن حداقل مهارت در استفاده از فناوری نوین محرومند یا دسترسی محدودی دارند. نبود شبکه آفلاین هم چالشی برای دسترسی به عدالت در موارد خاص است.

دادرسی الکترونیکی ابتدا به صورت سی‌دی‌رام^۴ یا آنلاین برگزار می‌شد و به ارائه اسناد به شکل الکترونیکی محدود بود،^۵ اما هم اکنون از نظر تکنولوژیکی، در مراحل پیش از دادرسی، دادرسی نخستین و نیز رسیدگی در دادگاه تجدیدنظر کاربرد دارد.^۶ با این حال، توجه به این نکته ضروری است

1. Jay N. Krehbiel, **The Politics of Judicial Procedures: A Strategic Theory of Public Oral Hearings**, Department of Political Science, Washington University in St. August 26, 2013, p. 5

2. Lee Seio Kin & Yeong Zee Kin, **Internatinal Conferanance on Electronical Litigation**, Singapore, Academy of Law, p. 60

3. Fillia Makedon, Samuel A. Rebelsky, **Electronic Multimedia Publishing: Enabling Technologies and Authoring Issues**, Springer Science & Business Media, 1998, p. 84

4. CD- ROM

5. Fillia Makedon, Samuel A. Rebelsky, op. cit, p. 90

6. Lee Seio Kin & Yeong Zee Kin, p. 61

که استفاده از ابزار ویدئوکنفرانس به عنوان جای‌گزینی برای سیستم سنتی اجرای عدالت در دادرسی‌ها بر این فرض استوار است که همه افراد به اینترنت و دانش فنی استفاده از آن دسترسی دارند. دادگاه در پرونده‌ای^۱ در هند، چهار وجه اصلی را ذکر کرد که از عناصر اساسی دسترسی به عدالت محسوب می‌شوند:

۱. دولت باید یک سازوکار قضاوت مؤثر فراهم کند

یکی از الزامات اساسی این مؤلفه آن است که سازوکار ارائه‌شده برای قضاوت باید به گونه‌ای باشد که بتواند شکایت افراد را به شیوه‌ای مؤثر استماع کند. سازوکار دادرسی در رویکرد خود باید عادلانه، منصفانه و عینی باشد. با بحران کرونا، تغییر رویکرد دادگاه‌ها از دادرسی‌های حضوری به الکترونیکی رایج شد. با استفاده از ابزار ویدئوکنفرانس، طرفین دعوا در جلسات دادگاه، ادعاها و دفاعیات خود را از طریق جلسات آنلاین به اشتراک می‌گذارند. این امر ممکن است حریم خصوصی طرفین را نقض کند، به این صورت که با هک کردن باعث نفوذ غیر قانونی افرادی غیر از طرفین دعوا و دادگاه شود. هم چنین بعضی افراد استفاده‌کننده از این ابزار در دادگستری نیز به طور دقیق با تکنیک‌های خاص تماس ویدئویی آنلاین آشنا نیستند. بنابراین، کارآمدی دادرسی با استفاده از ابزار الکترونیکی زیر سؤال می‌رود.

۲. سازوکار ارائه‌شده باید به طور معقول قابل دسترس باشد

با همه‌گیری کرونا، استفاده از کنفرانس ویدئویی برای رسیدگی به پرونده‌ها در دادگاه‌ها رایج شد. استفاده از اینترنت و روش‌های فناوری نوین برای کشوری که در آن، داشتن تلفن همراه، کالای لوکس تلقی می‌شود، راه حلی مناسب نیست. برای مثال، روستاها و شهرک‌های زیادی در هند وجود دارند که اتصال اینترنتی در آن‌ها وجود ندارد و در نتیجه، حق دسترسی به عدالت با مشکل روبه‌روست.

۳. فرآیند دادرسی باید از سرعت متناسب برخوردار باشد

چون عدالت به تأخیر افتاده، عدالت انکار شده است، اگر عملکرد دادگاه‌ها در استفاده از ابزارهای الکترونیکی از جمله ویدئوکنفرانس با سرعت متناسبی همراه نباشد، عدالت مخدوش می‌شود.

1. Anita Kushwaha v. Pushap Sadan

هم چنین اگر در زمان بحران، دادرسی ها به مواردی محدود شود که قضات آن را مهم تشخیص داده اند، باز هم عدالت مخدوش می گردد.

۴. دسترسی اصحاب دعوا به فرآیند قضاوت باید مقرون به صرفه باشد

اگر سازوکار دسترسی به عدالت از نظر اقتصادی برای طرفین دعوا مقرون به صرفه نباشد، دسترسی به عدالت صرفاً به حضور فیزیکی در دادگاه ها محدود می شود. استفاده از تماس ویدئویی به عنوان روشی از استماع دعوا در دادگاه نباید به آن دسته از افراد جامعه محدود شود که از منابع اقتصادی کافی برای دسترسی به اینترنت برخوردارند. برای اطمینان یابی از دسترسی به عدالت در طول بحران کرونا بایستی اقدامات عملی در پیش گرفت تا عدالت برای تک تک افراد متعلق به هر پیشینه اقتصادی تضمین شود.

بنابراین، سازوکارها و ساختارهای مناسبی باید در پیش گرفت تا دسترسی به عدالت به صورت منصفانه برای کاهش تنش و اختلافات صیانت گردد. عدالت نباید قربانی همه گیری کرونا شود. البته هر اقدامی که بر اساس الزامات قانونی اجرا می شود، باید از اصول قانون اساسی پیروی کند.

گفتار دوم. دسترسی به محاکم در بحران کرونا

همه گیری بیماری کووید ۱۹، کیفیت دسترسی به دادگاه ها و تضمین حق دادخواهی افراد را دچار تغییراتی چشم گیر کرد. نظام های حقوقی، سازوکارهای متعددی برای تأمین عدالت در این دوره انجام دادند که گزیده ای از عملکرد برخی کشورها را بررسی می کنیم.

بند اول. حق دسترسی به محاکم حقوقی و کیفری

دیوان عالی ایالات متحده آمریکا به عنوان عالی ترین مرجع قضایی در آمریکا، همه دادرسی های شفاهی را که در ماه مارس ۲۰۲۰ تعیین وقت شده بود، به تعویق انداخت. چنین تعویقی در ایالات متحده بی سابقه نبود؛ چون در زمان بیماری همه گیر آنفلوانزا در سال ۱۹۱۸ نیز چنین اتفاقی افتاد. به هر ترتیب، در این دوره، دادگاه ها به روی عموم مردم بسته شد و حق دسترسی فیزیکی به دادگستری ها به موارد الزام به حضور محدود گردید. قابلیت های ویدئوکنفرانس از طریق برنامه

اسکایپ^۱ یا برنامه‌های شنیداری، جای‌گزین دادرسی‌های حضوری و استماع شفاهی دعاوی گشت. البته اولین استماع دعوا به صورت شفاهی از طریق تلفن در ماه می ۲۰۲۰ اتفاق افتاد.^۲ بخش ورشکستگی دادگاه‌های فدرال از چندین فناوری کنفرانس صوتی و تصویری برای استماع استدلال‌های شفاهی در جلسات دادرسی و اعمال مجازات‌ها در برابر جرم و تخلف استفاده می‌کرد.

بسیاری از ابزارهای استماع دعوا که دستگاه قضایی استفاده کرد، شامل تلفن، ویدئوکنفرانس،^۳ تماس از طریق اسکایپ در دعاوی تجاری و سیسکو^۴ و زوم^۵ بود. دادگاه استیناف نیز با توجه به وضعیت اضطراری که اعلام شد، از ۱۷ مارس ۲۰۲۰، همه دادرسی‌های حضوری را به حالت تعلیق درآورد. به طور کلی، جلسات دادرسی که به صورت حضوری تعیین وقت شده بود، با تشخیص قضات به تعویق افتاد یا از طریق ارتباط تلفنی استماع شدند یا بدون استماع دفاعیات طرفین درباره آن‌ها تصمیم‌گیری شد و مستندات پرونده‌ها صرفاً به صورت الکترونیکی به دادگاه ارائه گردید.^۶

استفاده از فناوری ارتباطات از راه دور، جای‌گزینی مطلوب برای تعامل فیزیکی نیست، اما ابزارهایی نجات‌بخش هستند و در حال حاضر، راه اطمینان‌یابی از ادامه دادرسی ایمن در دعاوی است و به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد تا ثبات را در زمان بی‌ثباتی حفظ کنند.^۷ گفتنی است جلسات دادرسی مجازی فقط تا آن جا جایز است که برابری طرفین دعوا تضمین شود و نیز در صورتی که حضور شخصی طرفین دعوا لازم نباشد.^۸

1. Skype

2. Covid-19 – Impact on courts and arbitration Clyde & Co LLP, 22 March 2020 ,available At www.lexology.com/library/detail.aspx?g=21280ae1-a699-4a87-bbc4-f8650748faf7

3. AT&T

4. Cisco Jober

5. Zoom

6. Samek law firm, COVID-19 – LITIGATING IN THE “NEW NORMAL” ENVIRONMENT, available at samek-law.com/covid-19/

7. Courts Deliver Justice Virtually Amid Coronavirus Outbreak, available www.uscourts.gov/news/2020/04/08/courts-deliver-justice-virtually-amid-coronavirus-outbreak, Published on April 8, 2020

8. Olivier Attias and Flore Mahieu, The Impact Of Covid-19 On U.S. Litigation, 21 May 2020, available at: www.

با شیوع ویروس کرونا در انگلیس و ولز، فعالیت بیش از نیمی از دادگاه‌ها به حالت تعلیق درآمد. از ۳۰ مارس ۲۰۲۰، بخش خدمات دادگاه^۱ (بخش اجرایی وزارت دادگستری)، کار همه دادگاه‌ها را در ۱۵۷ ساختمان یعنی ۴۲ درصد از کل دادگاه‌ها ادغام کرد.^۲

دیوان عالی کشور انگلیس از زمان بسته شدن در ۲۰ مارس ۲۰۲۰ به صورت دورکاری فعالیت داشت. در ۲۴ مارس، دیوان عالی کشور، اولین بار با استماع دعوا به طور غیر حضوری، حکم صادر کرد. در دادگاه‌هایی که به مسائل فوری و با اولویت بیش‌تری رسیدگی می‌کردند، دادرسی‌ها به صورت حضوری انجام شد و امکان حضور رسانه‌ها و مردم در جلسات دادرسی به صورت علنی برقرار بود. هم‌چنین جلسات دادرسی در دادگاه‌هایی که تعطیل نشدند و از طرف دیگر، حضور فیزیکی افراد ضروری بود و استفاده از فناوری ارتباطات از راه دور ممکن نبود، به صورت حضوری ادامه یافت. در دیگر موارد، برگزاری جلسات دادگاه‌ها با استفاده از فناوری ارتباطات از راه دور در حال انجام بود، اما در دعاوی مدنی، خانوادگی و تصمیم‌گیری در امور فوری به اختیار مقام قضایی بود. در دادگاه‌های عالی و دادگاه‌های تجدید نظر، دادرسی‌ها با استفاده از ارتباطات از راه دور برگزار شدند. در تاریخ ۱ ژوئیه ۲۰۲۰، استفاده از پلت فرم ویدئویی ابری^۳ که پیش از این در دادگاه‌های شاهی و بخش به کار رفته بود، در دادگاه‌های حقوقی تمدید شد.^۴

پیش‌فرض دادگاه‌ها در استماع دعاوی طبق توصیه رییس کل دادگستری، استفاده از ابزار شنیداری و ویدئویی و از طریق برنامه اسکایپ بود. البته قاضی، اختیار انتخاب شیوه برگزاری جلسه دادرسی را داشت.^۵ برگزاری جلسات دادرسی به شیوه حضوری برای اصحاب دعوا یا نمایندگان آن‌ها به دو

mondaq.com/france/operational-impacts-and-strategy/938378/the-impact-of-covid-19-on-us-litigation

1. Her Majesty's Courts and Tribunals Service

2. David Williams, Litigation in the time of a pandemic COVID-19, 20 July 2020, available at: www.dacbeachcroft.com/en/es/articles/2020/march/covid-19-litigation-in-the-time-of-a-pandemic-latest-updates/

3. Platform Video Cloud

4. HM Courts & Tribunals Service and Ministry of Justice, Coronavirus (COVID-19): courts and tribunals planning and preparation, 13 March 2020, Last updated 22 May 2020, available at: www.gov.uk/guidance/coronavirus-covid-19-courts-and-tribunals-planning-and-preparation#history

5. DACBeachcroft (A leading international law business), COVID-19: Litigation in the time of a pandemic, 20 July

شرط امکان ناپذیری برگزاری جلسات از را دور و دیگری، وجود تمهیدات مقتضی به منظور حفظ ایمنی و سلامت افراد مشروط بود.^۱

برخی دستورهای دادگاه‌ها (شامل اقدامات احتیاطی، تحقیق، بازجویی، کارشناسی و دستورهای دادگاه) و محدودیت‌های زمانی تعیین شده توسط قانون تا پایان مدت دوره اضطراری تمدید شدند.^۲ مهلت‌های دادرسی تمدید شده تا پایان دوره اضطراری، طرفین دعوا را از طرح دعوی خسارت یا اعمال حقوق قانونی خود به هر روش ممکن در طول مدت شرایط اضطراری باز نمی‌داشت. قانون در مورد اعمال شرایط خاص (فورس ماژور) به طور عادی اعمال شد. با این حال، مسئولیت‌های قراردادی متعهد به دلیل اجرا نشدن قرارداد (شرط مسئولیت و شرط انفساخ قرارداد) به منظور در نظر گرفتن مشکلات اجرایی به طور موقت به حالت تعلیق درآمدند.^۳

دولت اسپانیا در ۲۸ آوریل، دستورالعمل سلطنتی ۲۰۲۰/۱۶ را در مورد اقدامات مقابله با کرونا در حوزه مربوط به دادگستری تصویب کرد. محاسبه مجدد مهلت‌ها پس از پایان وضعیت هشدار (تعلیق مهلت‌ها)، دادرسی فوری برخی دعاوی خاص، تشکیل جلسات دادرسی به صورت مجازی در هر زمان که امکان برگزاری جلسات با کیفیت مناسب برای قاضی مقدور باشد، از جمله مفاد این دستورالعمل بود.^۴ پیرو اعلام وضعیت هشدار، شورای قضایی اسپانیا، تعلیق همه دادرسی‌ها و مهلت‌های زمانی مقرر قانونی و قضایی را به صورت ملی اعلام کرد. مواعد در مرحله تجدید نظر نیز درباره همه دادرسی‌ها به حالت تعلیق درآمدند.

2020, available at: www.dacbeachcroft.com/en/gb/articles/2020/march

1. Jones day law firm, Administrative Proceedings in European Countries: COVID-19 Measures at a Glance, April 2020, pp. 1-10, available at: www.jonesday.com/en/insights/2020/04/administrative-proceedings-in-european-countries

2. Ibid, p. 3

3. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, 10 July 2020, available at: <https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments#Spain>

4. European Commission, op.cit., p. 13

با وجود این، دادگاه‌ها به خدمات اساسی مانند مواردی با ماهیت فوری یا تعویق ناپذیر و هر گونه اقدام قضایی که در صورت انجام نشدن می‌توانست خسارت جبران ناپذیری به بار آورد، رسیدگی کردند.^۱ از جمله خدمات ضروری یادشده در این مصوبه، اقدامات پیش‌گیرانه، پرونده‌های کیفری مربوط به شخص بازداشت‌شده، اقدامات مربوط به ثبت احوال و اقدامات حفاظتی در زمینه خشونت علیه زنان بود.^۲ همچنین نسبت به برخی دعاوی خاص از جمله دعاوی مربوط به حمایت از کودکان یا مواردی که به تشخیص دادگاه، رسیدگی قضایی برای جلوگیری از خسارت‌های جبران ناپذیر به حقوق و منافع مشروع طرفین دعوا ضرورت داشت، تعلیق مهلت‌ها اعمال نشد.^۳ در خصوص دستورهای موقت نیز در دادرسی‌هایی که حل و فصل آن‌ها دارای ماهیت فوری و اضطراری داشت و اقدام متناسب با آن ضروری بود، رسیدگی انجام شد. دستورهای موقت مربوط به تحقیق و کارشناسی تا پایان دوره اضطرار تمدید گردید.^۴

در حوزه‌های قضایی اسپانیا، فعالیت دادگاه‌ها بسیار محدود شد، اما ابزارهای ارتباطی به منظور تسهیل امور دادرسی از راه دور برای دادگاه یا دادستانی و دیگر عوامل حقوقی تسهیل شدند.^۵ مواعیدی که به تعلیق درآمدند، با انقضای فرمان سلطنتی دوباره از سر گرفته شد.

به دنبال همه‌گیری کووید ۱۹، دولت پرتغال، وضعیت‌های متفاوتی را اعلام و مصوبات مختلفی را صادر کرد، مانند:

۱. وضعیت اضطراری و صدور دستورالعمل ۱۴-۲۰/۲۰، دستورالعمل ۱۷-۲۰/۲۰، دستورالعمل ۲۰/۲۰، وضعیت اضطراری و صدور دستورالعمل ۲-۲۰/B، قانون ۱-۲۰/A و اصلاحات آن، دستورالعمل قانونی ۱۰-۲۰/A و اصلاحات آن؛

1. Jones day, op.cit., p. 7.

2. Juan Fernando Armengot Iborra Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, 11 May 2020, available at: <https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments>

3. European Commission, op.cit., p. 41

4. Jones day, p. 6

5. European commission Directorate-general justice and consumers, comparative table on covid-19 impact on civil proceedings, 2020/05/29, pp 1-42, p. 41, available at https://ejustice.europa.eu/content_legal_notice-365-en.do?init=true

۲. اعلام وضعیت بحرانی و صدور مصوبه ۳۳- A / ۲۰۲۰، مصوبه ۳۳- C / ۲۰۲۰ قانون ۱- A / ۲۰ و اصلاحات آن، دستورالعمل قانونی ۱۰- A / ۲۰ و اصلاحات آن.

قابلیت اجرایی این دستورالعمل‌ها در همه حوزه‌های قضایی، اداری و مالیاتی، دادگاه قانون اساسی و دیگر سازمان‌های قضایی، نهادهای داوری، دادسرای عمومی، نهادهای جای‌گزین حل و فصل اختلافات، با صلاحیت‌های ذاتی مختلف تا زمان توقف وضعیت استثنایی همه‌گیری کرونا اعمال شدند.

در پرتغال، در همه دادگاه‌ها، اجازه برگزاری دادرسی از راه دور وجود داشت. در شرایطی که انجام دادرسی طبق نظر قاضی، نیازمند حضور فیزیکی اصحاب دعوا، نمایندگان و دیگر افراد دخیل در پرونده باشد، اما تمامیت جسمانی، سلامت روانی، آزادی یا وضعیت معیشتی مداخله‌کنندگان در دادرسی به خطر افتد، ممکن است دادرسی به صورت حضوری انجام شود، مشروط به آن‌که تعداد افراد حاضر در دادگاه از تعداد افرادی که بر مبنای دستورالعمل‌های تعیین‌شده توسط شوراهای عالی صلاحیت‌دار در امر بهداشت و درمان، مجاز دانسته شده است، تجاوز نکند. در دیگر موارد، انجام مراحل مختلف دادرسی با استفاده از وسایل ارتباطی از راه دور متناسب مانند تلگرام و کنفرانس ویدئویی یا موارد مشابه انجام شد.

طبق ماده ۱۵ قانون ۱۰- A / ۲۰، دسترسی از طریق شبکه خصوصی مجازی^۱ به مدیریت موردی پرونده وجود دارد و قاضی تا آن‌جا که به سیستم مدیریت پرونده دسترسی دارد، از راه دور رسیدگی می‌کند. هرگاه هم لازم باشد، آن‌ها برای مراجعه به دادگاه در دسترس هستند. در موارد غیر فوری، به جز مواردی که قضات لازم بدانند، جلسات دادرسی به منظور اجتناب از آسیب‌های جبران‌ناپذیر برگزار می‌شود یا در مواردی که همه طرفین در مورد استفاده از کنفرانس تلفنی و ویدئویی یا برگزاری دادگاه مجازی موافقت کنند (مطابق ماده ۱۴ قانون ۱۰- A / ۲۰)، تعویق دادرسی‌ها نیز پیش‌بینی شده است. نکته قابل توجه آن است که ارائه گواهی پزشکی از وضعیت قرنطینه به عنوان فورس‌ماژور در نظر گرفته شده است و شورای عالی قضایی پرتغال تأکید می‌کند که دادگاه باید ضامن نهایی حقوق اساسی افراد باشد.^۲

1. VPN.

2. Sara Nunest de almeida, *Management of the judiciary - compilation of comments and comments by country*, avail-

مقرر شد مواعد دادرسی در موضوعاتی که برای صیانت از حقوق و آزادی‌های آسیب‌دیده بر اثر اقدامات مغایر با قانون اساسی یا اقدامات مغایر با قانون مندرج در ماده ۶ قانون شماره ۴۴/۸۶ مصوب ۳۰ سپتامبر ۱۹۸۶ اهمیت دارد، باید به صورت فوری و بدون تعلیق یا قطع مرور زمان انجام شود. این موارد، دعاوی مربوط به افراد زیر سن قانونی در معرض خطر یا نیازمند سرپرست، محاکمه متهمان دستگیرشده، اخراج مستأجران، مهلت‌ها برای تشکیل پرونده ورشکستگی تاجر، اجرای احکام ورشکستگی از جمله فروش، تنظیم قرارداد با طلب‌کاران، تسلیم املاک و مستغلات به مراجع قانونی، توقیف، اقدامات مقدماتی آن‌ها و مواردی را دربرمی‌گرفت که منجر به آسیب جدی به معیشت تاجر یا ورود ضرر جبران‌ناپذیری می‌شد. البته همه این موارد به تصمیم قبلی دادگاه بستگی دارد.^۱

با شیوع کرونا، فعالیت‌های عمومی دادگاه‌های آلمان به دلیل نبود کارکنان قضایی طبق مقرر ۲۰۰۱/۱۲۰۶ و ۲۰۰۷/۱۳۹۳ به شدت محدود شد. زمان ارائه شواهد و مدارک از سوی طرفین دعوا برای اجرای درخواست‌ها در اختیار قاضی قرار گرفت. دادرسی‌های حضوری به موارد اضطراری و صدور دستورهای موقت محدود شد. در مرحله تجدید نظر نیز فرآیند دادرسی و استماع دعوا به موارد فوری منحصر گشت، اما صدور دستور موقت در دعاوی در مرحله تجدید نظر بدون تغییر جریان یافت.^۲

قانون آیین دادرسی مدنی آلمان،^۳ دامنه وسیعی از اختیارات را نسبت به وضعیت‌های استثنایی در حال رسیدگی به دادگاه‌ها اعطا کرده و برای دادگاه‌های مختلف و قضات آن، امکان تصمیم‌گیری با رعایت استقلال قضایی حفظ شده است.^۴ در موارد الزام به حضور به تشخیص قاضی، دادگاه برای کاهش خطر ابتلا به کرونا می‌تواند از ظرفیت‌های قانونی هم‌چون دادرسی‌های کتبی یا انجام دادرسی شفاهی توسط کنفرانس ویدئویی مطابق با ماده ۱۲۸ قانون آیین دادرسی آلمان استفاده کند. سؤال از شاهدان به صورت کتبی طبق بند ۳ ماده ۳۷۷ یا دریافت گزارش از شاهدان به صورت

able at: www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments#Portuga & European Commission, op.cit., pp. 27-28

1. Sara Nunest de almeida, op.cit. & European commission, op.cit., p.28

2. European Commission, op.cit., p. 15, Jones day law firm, op.cit., p. 3

3. German Code of Civil Procedure

4. European Commission, op.cit., p.14

کتبی مطابق ماده ۴۱۱ از دیگر ظرفیت‌های قانون آیین دادرسی مدنی آلمان است.

در دادگاه، مانعی برای حضور مردم به دلیل رعایت اصل علنی بودن نبود.^۱ در واقع، رعایت این اصل، از کاهش سطح کیفی رسیدگی‌ها و تزلزل در اجرای عدالت جلوگیری می‌کند. در نهایت، به کارگیری این اصل اساسی در جریان دادرسی، روشی اثرگذار برای تأمین امنیت قضایی، حفظ اعتماد عمومی، تشویق افراد به مشارکت همگانی و از همه مهم‌تر، تمهیدی برای جلوگیری از سوء رفتارهای قضات و کاهش ضریب اشتباه‌هایشان هنگام پرداختن به این کارویژه دادرسی محسوب می‌شود.^۲ در این میان، از فناوری کنفرانس‌های ویدئویی به ندرت استفاده شد. اگر طرفین از اتباع خارجی بودند یا مستند ارائه‌شده در دادگاه گواهی‌های صادرشده خارج از آلمان بودند، قانون، استفاده از این ابزار را مجاز نمی‌دانست.^۳

قانون آیین دادرسی مدنی آلمان، سازوکارها و مقرراتی را درباره تمدید مهلت‌های دادرسی و اقامه دعوا نیز در بر دارد که در جریان دادرسی در بحران کووید ۱۹ کمک‌کننده بود،^۴ مانند ماده ۲۴۵ قانون آیین دادرسی آلمان که تغییر در مهلت‌های دادرسی را فقط در صورت توقف در اجرای عدالت مجاز می‌داند که ویروس کرونا را نیز می‌توان از مصادیق آن در نظر گرفت. به طور کلی، در بحران کرونا نیز مهلت‌ها تمدید نشد، مگر آن‌که فشار شدید کار یا بیماری ناگهانی اتفاق افتد که فرد در این زمینه، هیچ تقصیری مرتکب نشده باشد.

قوه مقننه هلند به منظور حل مشکلات دستگاه قضایی در دوره بحران کووید ۱۹، قانون اضطراری موقتی را به تصویب رسانده است. این قانون از ۲۴ آوریل ۲۰۲۰ لازم‌الاجرا شد.^۵ بین ۱۷ مارس ۲۰۲۰ تا ۱۱

1. Osborne Clarke, What effects does the coronavirus have on civil proceedings in Germany, 23 Mar 2020. Available at: www.osborneclarke.com/insights/effects-coronavirus-civil-proceedings-germany/

۲. حسنوند، محمد و نادر اسدی اوجاق، «امکان سنجی اصل علنی بودن دادرسی در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۴۰۱، ص ۸۶.

3. Jurist, Global Court Functioning and the Impact of COVID-19 on Arbitration, May 17, 2020, Available at: www.jurist.org/commentary/2020/05/sayra-kakkar-court-functioning-covid19/

4. Ibid, p. 14

5. European Commission, op.cit., p.25

مه ۲۰۲۰، همه دادگاه‌ها به استثنای موارد بسیار فوری بسته شدند. موارد فوری فقط امور اضطراری مانند مواردی را دربرمی‌گیرد که تصمیم دادگاه بر حقوق مظنونان یا شاکیان اثر می‌گذارد یا به این مورد‌ها مربوط باشد؛ بازداشت مظنونان، ورشکستگی، جلسات دادرسی مربوط به صدور مجوزهای مراقبت‌های اجباری، موارد فوری در دعاوی خانوادگی مانند اقامت یا نظارت در خارج از خانه^۱ و منافع عمومی مهم. دادگاه‌ها در صورت تشخیص لزوم حفظ منافع عمومی می‌توانند از شورای قضایی، تنظیم لایو استریم^۲ حرفه‌ای را درخواست کنند.^۳

استفاده از کنفرانس‌های ویدئویی در هلند، پدیده‌ای تازه نیست، اما در مقیاس گسترده به ویژه در دادرسی‌های حقوقی استفاده نمی‌شد.^۴ در ۱۸ مارس ۲۰۲۰، رئیس کل دادگستری توصیه‌ای صادر کرد که بر مبنای آن، پیش‌فرض دادگاه‌ها برای استماع دعاوی بایستی استفاده از فناوری ارتباطات از راه دور باشد. قضات نیز به استفاده از تماس‌های تلفنی، تصویری و برنامه اسکایپ توصیه شده‌اند. پروتکلی هم به این منظور در ۲۲ مارس ۲۰۲۰ تنظیم شد که بر دادرسی غیر حضوری تا جای ممکن تأکید می‌ورزد. به موجب این پروتکل، قاضی اختیار دارد حتی در پرونده‌هایی که به صورت حضوری تعیین وقت شدند، دادرسی حضوری یا غیرحضوری را انتخاب کند.^۵ در هلند هیچ تغییری نسبت به مهلت‌های قانونی در پرونده‌های کیفری و حقوقی صورت نگرفته است.^۶

با گسترش ویروس کرونا، دولت ایتالیا هم اقدامات مهمی را با هدف تضمین عملکرد مؤثر و کارآمد سیستم

1. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU Fundamental Rights Implications; Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU Fundamental Rights Implications Country: The Netherlands, 23 March 2020, available at: www.fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/netherlands-report-covid-19-april-2020_en

2. Livestreaming

بخش یک رویداد از طریق اینترنت به صورت زنده را لایو استریم می‌گویند.

3. Jones Day, op.cit., p. 5

4. Emma van Gelder, Xandra Kramer and Erlis Themeli, Access to justice in times of corona, 7 April 2020, available at: www.conflictoflaws.net/2020/access-to-justice-in-times-of-corona/?print=print

5. Jones Day, Ibid

6. European Commission, op.cit., p. 25

قضایی انجام داد. دستورالعمل قانونی شماره ۸۰۲۰/۱۱ مارس ۲۰۲۰ شامل اقدامات فوق‌العاده و فوری در باب موارد تعویق جلسات رسیدگی و تعلیق مهلت‌ها در دادرسی حقوقی، کیفری و نظامی، محدودیت دسترسی به دادگاه‌ها یا ساعت آغاز به کار دادگاه‌ها، شیوه انجام دادرسی‌ها، استثنائات علنی بودن جلسات دادرسی و استفاده از ابزارهای فناوری اطلاعات در جلسات دادرسی است که بر برخی اصول بنیادین در دادرسی‌ها نظیر حق دفاع، برابری در برخورداری از ابزارهای نوین فناوری در تدارک دفاع، مهلت معقول دادرسی مندرج در قانون اساسی ایتالیا، منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اثر می‌گذارد. هدف از این کار، تضمین تعادل بین حق مراقبت از بهداشت و درمان (که در عهدنامه تدوین قانون اساسی اروپا، منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا و کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به رسمیت شناخته شده است) و حقوق طرفین در فرآیند دادرسی است.^۱ اسناد مربوط به دادرسی حقوقی نیز به صورت الکترونیکی ارائه شدند.^۲ به طور کلی، دو روش مختلف حضوری و از راه دور برای برگزاری جلسات دادرسی مدنی در قانون اضطراری مشخص شده است.

در ایتالیا، فعالیت‌های غیر قابل تعلیق یعنی مواردی که به صورت موردی از طرف قاضی یا به شکل ضابطه‌مند از سوی قانون، اضطراری و فوری اعلام شده‌اند و نیز دادرسی‌های حقوقی که به حضور وکلا یا طرفین دعوا با احترام به مشارکت مؤثر طرفین در دادرسی یا افراد دیگری مانند شاهدان، کارشناسان و مترجمان مشروط شده‌اند، ممکن است با استفاده از فناوری‌های از راه دور انجام شود. با این حال، جلسات دادرسی که حضور افراد دیگر به غیر از وکیل ضرورت ندارد، باید از طریق فناوری‌های ارتباط از راه دور انجام شود. شورای عالی قضات دادگاه بخش مطابق بخش‌نامه‌ای در ۱۱ مارس ۲۰۲۰ توصیه می‌کند که دادرسی‌های حضوری مجاز باشد. البته برای آن دسته از دادرسی‌هایی که به صورت حضوری در جریان است، قضات می‌بایست از قبل، تشکیل پرونده‌ها را به صورت الکترونیکی درخواست کنند و مهلت‌هایی را برای تشکیل الکترونیکی پرونده‌ها اختصاص دهند.^۳

1. The European Association of private international law (EAPIL), The Impact of Corona Virus on the Management of Judicial Proceedings in Italy, 13 MARCH 2020. Available at: www.eapil.org/2020/03/13/the-impact-of-corona-virus-on-the-management-of-judicial-proceedings-in-italy

2. European commission, op.cit., p.17

3. Massimiliano Blasone, Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, 23 April 2020, available at: <https://www.google.com/url?q=https://www.coe.int/en/web/cepej/compilationcom->

در ایتالیا، مهلت‌های مقرر قضایی و قانونی در دادرسی‌های مدنی ابتدا در یک بازه زمانی به حالت تعلیق در آمد و سپس به تأخیر افتاد. جلسات دادرسی در حال تعقیب به طور خودکار به بعد از ۱۱ مه ۲۰۲۰ موکول شدند. تعلیق دادرسی‌ها برای همه دادگاه‌های ایتالیا اعمال شد. بنابراین، طبق دستورالعمل قانونی یادشده، همه آیین‌های دادرسی مدنی از جمله مراحل اجرای احکام به حالت تعلیق در آمد. طبق ماده ۲ دستورالعمل یادشده، در این موارد، دادرسی‌ها بدون تعلیق در مهلت‌های مقرر جریان می‌یابد؛ مواردی که در صلاحیت دادگاه نوجوانان قرار دارند، افراد خردسال بیگانه تنها، خردسالانی که از خانواده خود خارج شده‌اند، شرایطی که در آن، صدمات جدی امکان‌پذیر است، موارد مربوط به نفقه یا تعهدات مربوط به حضانت، روابط خانوادگی و خویشاوندی، اقدامات احتیاطی مرتبط با حمایت از حقوق بنیادین، رسیدگی فوری به امور شهروندان ناتوان ذهنی یا جسمی که مورد حمایت دولت هستند، درمان‌های بهداشتی اجباری، اقدامات مربوط به خاتمه داوطلبانه بارداری، محافظت در برابر خشونت در خانواده، اخراج شهروندان اروپایی و غیر اروپایی، دادرسی برای تعلیق اجرای احکام دادگاه‌های بدوی و تجدید نظر، تصمیم در مورد اجرای موقت احکام در دادگاه‌های تجدید نظر و دیوان محاسبات، دادرسی‌های مربوط به انتخابات، همه دادرسی‌هایی که تعویق می‌تواند باعث تبعیض جدی در حقوق طرفین شود، هم‌چنین زمانی که به‌کارگیری میانجی‌گری، مذاکرات حل و فصل اجباری و دیگر شروط حل و فصل اختلاف، شرط پذیرش دادخواست است.^۱

دادگاه‌های فرانسه بین ۱۷ مارس تا ۱۰ مه فقط به پرونده‌های فوری رسیدگی کرده‌اند. این موارد شامل رسیدگی در مورد آزادی مدنی و توقیف و بازداشت در امور حقوقی، حفاظت از کودکان، پرونده‌های فوری دادگاه خانواده، از جمله دستورهای موقت در دادرسی‌های اضطراری بود. از ۱۱ مه مه، دادرسی عادی در همه دعاوی از سر گرفته شد. در صورتی که دادگاهی نمی‌توانست فعالیت کند، دادگاه دیگری برای رسیدگی به پرونده‌های فوری تعیین شد. طرفین دعوا از طریق همه ابزارهای ارتباطی به ویژه ایمیل یا تلفن از تصمیمات دادگاه مطلع شدند. مهلت‌ها در خصوص اقدامات

ments&source=gmail&ust=1595733318674000&usq=AFQjCNFBQkqKBNlJa5RCJ2qaptqZCA1zg and EUROPE-AN COMMISSION, op.cit., p.17

1. Ibid, p. 18

محافظتی لازم برای کودکان و بزرگسالان و مواردی که در مواقع اضطراری منقضی می‌شوند، به طور خودکار تمدید شدند، مگر این که قاضی تصمیم دیگری می‌گرفت. رؤسای دادگاه‌ها می‌توانند در خصوص ورود افراد و تعداد افرادی که اجازه ورود به دادگاه را دارند، مقرراتی تنظیم کنند تا از رعایت فاصله فیزیکی بین افراد اطمینان یابند. در مواردی که از یک وسیله ارتباطی سمعی و بصری یا الکترونیکی برای برگزاری جلسه استفاده می‌شود، جلسه ممکن است در یک مکان واحد برگزار نشود. در نهایت، در دادگاه‌های فرانسه بسیار اهمیت دارد که وسایل ارتباطی مورد استفاده، محرمانه بودن جلسات دادرسی را تضمین کند.^۱

بند دوم. حق دسترسی به محاکم اداری

همه‌گیری ویروس کرونا بر عملکرد دادگاه‌های اداری نیز بی‌تأثیر نبود. برای مقابله با آثار سوء این ویروس، تعطیلی یا تعلیق طولانی مدت دادرسی اداری با حقوق بنیادین اشخاص در تعارض است؛ زیرا نظارت قضایی بر اقدامات و تصمیمات اداره بیش از آن که اجرای حق دادخواهی باشد، حق هر شهروندی است که در اعمال سیاست‌های مقامات عمومی برای دستیابی به اهداف خاص مشارکت داده شود. چنین حقوقی نه تنها نتیجه لازم اصل بنیادین و مهم برابری است، بلکه اجرای آن‌ها از سوی دادگاه‌ها، تضمین‌کننده منافع شهروندان است و موجب ممنوعیت تبعیض‌های ناروا می‌گردد.^۲ از طرفی، نظارت قضایی بر اداره یکی از سازوکارهای پاسخ‌گویی اداره است.^۳ با وجود اصل تداوم خدمات عمومی، تعلیق دادرسی‌های اداری با به چالش کشیدن اصل یادشده، نظارت قضایی را نیز مخدوش می‌کنند که این امر، ثمری جز بی‌نظمی و اطاله دادرسی ندارد.

برای جمع میان این اضداد و تأمین امنیت شهروندان باید طرحی نو در انداخت تا با توجه به اصل غیر حضوری بودن رسیدگی‌ها، ظرفیت دادرسی اداری به گونه‌ای فراهم شود که نتایج ارزشمندی هم‌چون کاهش هزینه رسیدگی برای دادگاه‌های اداری و طرفین دعوا، سرعت و پرهیز از اطاله

1. European commission, op.cit., p. 13-14

2. Christofer Forsyth (Editor), Judicial Review and the Constitution, University of Cambridge, 2008, p. 418

3. Jurgen de Poorter, Ernst Hirsch Ballin, Saskia Lavrijssen. Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State, Springer, 2019, p. 5

دادرسی‌ها، دقت و شفافیت، فراغت بیش‌تر قضات و کاهش فساد در رسیدگی را در بر داشته باشد. بررسی دادرسی‌های اداری در نظام‌های حقوقی به رویکرد استمرار اجرای قوانین و دستیابی به عدالت در حوزه‌های قضایی مربوط گرایش دارد.

در پرتغال مطابق با دستورالعمل شماره ۴-۲۰۲۰/A، دادرسی اداری در موارد فوری با توافق طرفین به صورت حضوری انجام شد، اما در موارد غیر فوری، دادرسی با استفاده از ابزار الکترونیکی یا به طور خاص، ویدئوکنفرانس ادامه یافت و اگر طبق تشخیص دادگاه به برگزاری جلسه دیگری نیاز نباشد، دادگاه تصمیم نهایی را خواهد گرفت.^۱ دادرسی‌های اداری فوری بدون محدودیت در حوزه صلاحیت‌های اداری و صدور دستور موقت در حوزه امور اداری بدون تعلیق و قطع مرور زمان ادامه یافت. امکان تعلیق موارد فوری یا استثنایی به دلیل ناممکن بودن یا کفایت نداشتن انجام دادرسی از راه دور یا چهره به چهره وجود ندارد. در موارد غیر فوری که امکان انجام دادرسی با استفاده از ابزار ارتباط از راه دور یا حضوری امکان‌پذیر نباشد، می‌توان ترتیبات تعلیق دادرسی‌های غیر فوری را به کار بست. مهلت تقدیم دادخواست طرح دعوا نسبت به یک عمل یا تصمیم اداری بدون تغییر باقی ماند، اما دادگاه‌ها نسبت به این مواعد به دلیل همه‌گیری ویروس کرونا، منعطف‌تر رفتار کردند. در مرحله تجدید نظر نیز مواعد بدون تغییر جریان داشتند.^۲

رسیدگی در دادگاه‌های اداری آلمان به طور معمول در جریان بود. مهلت‌ها برای تقدیم دادخواست بدون تغییر باقی ماند. با این حال، دادگاه‌ها به دلیل بحران کرونا، رویکردی منعطف‌تر را دنبال کردند و در برخی موارد، دادرسی‌های حضوری به موارد اضطراری و صدور دستورهای موقت محدود شد. این امر در مراحل تجدید نظر بی‌تأثیر بود.^۳

با شیوع کرونا، به موجب فرمان سلطنتی شماره ۲۰۲۰/۴۶۳، همه مهلت‌های مقرر در قوانین برای همه دادرسی‌ها از جمله دادرسی‌های اداری در دادگاه‌های اداری اسپانیا به حالت تعلیق در آمد. با این حال، قاضی می‌توانست به منظور جلوگیری از تبعیض یا تضییع حقوق و منافع افراد ذی‌نفع، به

1. Sara Nunest de almeidea, op.cit.

2. European commission , op.cit., p.28

3. Jones Day, op.cit., p. 3

ادامه دادرسی تصمیم بگیرد. برای مثال، برخی از تصمیمات کمیسیون امنیت و مبادلات اروپایی^۱ لازم‌الاجراست و تصمیم‌گیری درباره آن‌ها در مواردی که اثر مطلوبی برای افراد ایجاد می‌کند، قابل تعلیق نیست. همه مواعد مربوط به انجام اقدامات اداری که به حالت تعلیق در آمده بود، پس از اتمام آثار وضعیت هشدار و انقضای مهلت‌های تمدیدشده از سر گرفته شد.^۲ تعلیق‌ها نباید تحت تأثیر حوادثی مشابه حوادث توجیه‌کننده این تعلیق‌ها قرار بگیرد. دادگاه‌های اداری در اسپانیا، رویکرد مضیقی را در پیش گرفتند. همه دادرسی‌ها با ماهیت فوری به صورت تعلیق ناپذیر انجام شدند. تقدیم اسناد و مدارک مربوط به دعوا به صورت حضوری ممنوع گشت و ارسال الکترونیکی اسناد دادرسی فقط برای دادرسی‌های مربوط به امور فوری و غیر قابل تعلیق پذیرفته شد.

در بحران کرونا، فعالیت دادگاه اداری فرانسه به حالت تعلیق در نیامد. دادگاه‌ها می‌توانستند از هر وسیله‌ای برای ارائه اسناد و مدارک از سوی طرفین استفاده کنند. قاضی دادگاهی که در دسترس نیست، ممکن است توسط قاضی دیگری جای‌گزین شود. جلسات دادرسی می‌توانست بدون تماشاگر یا از طریق ویدئوکنفرانس برگزار شود. دادگاه‌ها می‌توانستند در دادرسی اضطراری بدون استماع دفاعیات تصمیم بگیرند، اما در این گونه موارد، فرآیند تجدید نظر ویژه در دسترس خواهد بود (نه صرفاً بر مبنای درخواست مستقیم از دادگاه عالی).^۳ جلسات دادرسی از راه دور توسط اسکایپ یا نسخه‌های جای‌گزین ارتباط ویدئویی، گاهی از ارائه فرصت‌هایی می‌کاهد که در یک دادرسی زنده در یک دادگاه وجود دارد. با درک این موضوع باید دانست این رویه باید از اجرای عدالت درباره کسانی اطمینان یابد که نسبت به هم‌تایان خود چنین ظرفیتی ندارند. این وظیفه همه افراد دخیل در دعوا در تمام مراحل دادرسی است که بررسی کنند آیا عدالت برای همه طرفین حاصل شده است یا نه.^۴

شیوع کرونا منجر به تعطیلی دادگاه‌های اداری از ۱۹ مارس ۲۰۲۰ در انگلستان و منطقه ولز شد.

1. CNMV

2. Jones Day, op.cit., p.5

3. Ibid, p.3

4. AlexRuck Keene, Capacity in the time of Coronavirus, International Journal of Law and Psychiatry, London: King'sCollegeLondonand39EssexChambers, pp.1-11

تشکیل پرونده و ارسال لوایح و دادخواست‌ها تنها به صورت الکترونیکی انجام می‌شد^۱ و یک ایمیل اختصاصی برای ارائه دادخواست‌هایی تعیین گردید که به رسیدگی فوری قضایی نیاز داشتند.^۲ جلسات دادرسی نیز مطابق دستورالعمل ۷۵۱ به صورت شنیداری یا ویدئویی برگزار می‌شد. هم‌چنین دستورالعمل ۵۱۷۲ در ۲ آوریل ۲۰۲۰ در مورد افزایش مهلت‌ها و شفاف‌سازی دستورالعمل ۷۵۱ اجرایی شد و دادگاه‌ها ملزم گردیدند تأثیر این همه‌گیری را به میزانی در نظر بگیرند که به تعطیلی موقت و معافیت از مسئولیت‌ها می‌انجامد. این دستورالعمل هم‌چنین تصریح می‌کند به درخواست شخصی که به دنبال مجوز برای استماع یا مشاهده یک جلسه دادرسی ضبط شده است، صرفاً با درخواستی ترتیب اثر داده می‌شود که به رعایت تشریفات رسمی مقرر در قواعد و آیین دادرسی مدنی انگلستان نیاز ندارد. در مناطقی که دادگاه‌ها تعطیل شدند، قضات و کارمندان برای پیشرفت پرونده و حمایت از دادرسی‌ها، اقدامات مقتضی را با استفاده از فناوری از راه دور برای اطمینان‌یابی از دسترسی به عدالت انجام دادند.^۳

در هلند، هیچ تغییری نسبت به مهلت‌های قانونی در پرونده‌های اداری صورت نگرفت. با این حال، برخی نهادهای اداری ممکن است اقداماتی ویژه‌ای را در پیش بگیرند که نتایجی را برای دادرسی‌های اداری در پی داشته باشد و البته دستگاه اداری مربوط باید آن را تأیید کند. از سوی دیگر، هیچ تغییری در اجرای تصمیم‌های اداری نیز صورت نپذیرفت.^۴

در ایتالیا، همه شروط و ضوابط خواه اجباری یا مقدماتی که در دادرسی اداری قابل اجراست، از ۲۳ فوریه ۲۰۲۰ تا ۱۵ مه ۲۰۲۰ به حالت تعلیق در آمدند. هر مرجعی باید اقدامات لازم را برای به حداقل رساندن آثار تعلیق به ویژه با اولویت‌بندی امور فوری در پیش می‌گرفت. این موارد در امور مربوط به تأمین اجتماعی که طیف وسیعی از مصادیق را تشکیل می‌دهد و هم‌چنین درباره حقوق و مستمری صدق نمی‌کرد. همه دادرسی‌های اداری از ۸ مارس ۲۰۲۰ تا ۱۵ آوریل ۲۰۲۰ به حالت تعلیق در آمدند. استثنائات، محدود به صدور دستورهای موقت بودند که ممکن بود در دوره تعلیق صادر شوند.

1. Jones day, op.cit., p. 7

2. David Wiliam, Litigation in the Time of a Pandemic latest updates, Published 20 July 2020,

3. Jones day, Ibid

4. European commission, op.cit., p. 25

مواعد دادرسی در دعاوی مربوط به مطالبه ضرر و زیان، تمامی شروط مقرر در قانون برای شروع دادرسی در مرحله تجدید نظر از ۸ مارس تا ۳ می ۲۰۲۰ و اقدامات مربوط به دستور موقت در دوره تجدید نظر نیز به حالت تعلیق در آمد، مگر آن‌که در رویه‌ای ساده تصمیم‌گیری می‌شدند. اجرای احکام مربوط به اخراج و دادرسی‌های مربوط به امور انضباطی و انتظامی که در جریان بود یا از تاریخ ۲۳ فوریه آغاز شده بود، به حالت تعلیق در آمد. احکام مربوط به دادرسی‌های حضوری که بین ۱۵ آوریل ۲۰۲۰ و ۳۰ ژوئن ۲۰۲۰ تعیین وقت شده بود، بر اساس مستندات ارائه‌شده به دادگاه بدون استماع اظهارات طرفین صادر شد.^۱

نتیجه‌گیری

همه‌گیری کرونا، زندگی شهروندان را به محدودیت بسیاری در همه عرصه‌های زندگی اجتماعی از جمله حق دسترسی به دادگاه‌ها دچار کرد. این پژوهش با هدف بررسی میزان صیانت از این حق بشری مهم، دسترسی به محاکم حقوقی، کيفری و اداری را در برخی نظام‌های حقوقی به صورت تطبیقی مطالعه کرده است. بحران کرونا، دسترسی به عدالت را با چالش‌هایی مواجه ساخت و در برخی نظام‌های حقوقی منجر به تعلیق دادرسی‌ها در دعاوی با ماهیت غیر فوری شد، اما در دعاوی با ماهیت فوری مانند دعاوی مربوط به کودکان و افراد زیر سن قانونی یا دعوایی که تعویق رسیدگی منجر به خسارت جبران‌ناپذیر می‌شود یا محاکمه افراد بازداشت‌شده، دادرسی‌ها به صورت عادی جریان یافت.

در بیش‌تر نظام‌ها، انتخاب دادرسی حضوری یا مجازی برای قاضی محفوظ بود و دادگاه در همه موارد دادرسی حضوری بر رعایت ایمنی و سلامت افراد طبق مصوبات مراجع در حوزه بهداشت و درمان نظارت می‌کرد. هیچ نظام حقوقی به ساحت حق دسترسی به عدالت از طریق محاکم دادگستری خدشه وارد نکرد و با صدور مقررات و دستورالعمل‌های متناسب و برخورداری از فناوری‌های نوین در صیانت از این حق بشری مهم در محاکم کوشیدند.

1. Elisabetta Silvestri, Extraordinary Measures Concerning Civil Justice Adopted by the Italian Government in Connection with the Emergency Caused by Coronavirus, 2020-04-27, available at: [septentrio.uit.no/index.php/SapReps/article/view/5465&jones day, p. 4](http://septentrio.uit.no/index.php/SapReps/article/view/5465&jones%20day,%20p.%204)

بر اساس یافته‌های پژوهش حاضر و در مقام ارائه راهکارها می‌توان بیان داشت عدالت بازمی‌تواند بیش از یک دسترسی فیزیکی به دادگاه باشد. استفاده از فناوری ارتباطات از راه دور با چالش‌هایی نظیر دسترسی محدود و گاه ناکافی بودن دانش فنی، دست‌کاری و نفوذ در کاربرد آن^۱ و ناممکن بودن تعامل فیزیکی چهره به چهره و تشخیص دشوار شخص واقعی طرف دعوا روبه‌روست. با این حال، همین مورد نیز ابزاری نجات‌بخش است که در بحران‌هایی مانند شیوع ویروس کرونا، تنها راه اطمینان‌یابی از ادامه دادرسی ایمن در دعاوی به شمار می‌رود و به دادگاه اجازه می‌دهد تا ثبات را در زمان بی‌ثباتی حفظ کند. به نظر می‌رسد استفاده از فناوری ارتباطات از راه دور را باید به عنوان نسل بعدی عدالت در نظر گرفت. مسائل جدید نظیر همه‌گیری کرونا ممکن است باعث ایجاد حالت عادی جدید شود. نگاهی به گذشته وجود ندارد و راه پیش رو، ترکیبی از دادگاه‌های مجازی و دادگاه‌های فیزیکی خواهد بود. نقش قوه قضاییه بیش از هر زمان دیگری، محوری است و باید از حقوق و آزادی شهروندان به صورت مطلوب صیانت کند.

1. Fillia Makedon, Samuel A. Rebelsky, Electronic Multimedia Publishing: Enabling Technologies and Authoring Issues, Springer Science & Business Media, 1998, p. 84

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. شهبازی‌نیا، مرتضی و دیگران، «ارزیابی دسترسی به دادگستری در نظام دادرسی مدنی ایران»، فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و نهم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۸، صص ۴۶۳-۴۸۲.
۲. حسنوند، محمد و نادر اسدی اوجاق، «امکان‌سنجی اصل علنی بودن دادرسی در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال چهارم، شماره ۱۲، پاییز ۱۴۰۱، صص ۸۳-۱۰۲.

2. Latin Source

1. AlexRuck Keene, "Capacity in the time of Coronavirus", International Journal of Law and Psychiatry, London: King's College London and 39 Essex Chambers, 2020, pp.1-1.
2. CHRISTOFER FORSYTH (Editor), Judicial Review and the Constitution, University of Cambridge.
3. David Wiliam, Litigation in the Time of a Pandemic LATEST UPDATES, Published 20 July 2020
4. Fillia Makedon, Samuel A. Rebelsky, Electronic Multimedia Publishing: Enabling Technologies and Authoring Issues, Springer Science & Business Media, 1998
5. Gupta, A., "Indian Legal System and Access to Justice during COVID-19", International Journal of Law Management & Humanities, No. 3, 2020, 149-163
6. Jay, N. Krehbie, The Politics of Judicial Procedures: A Strategic Theory of Public Oral Hearings, Department of Political Science, Washington University in St, 2013
7. Jurgén de Poorter, Ernst Hirsch Ballin, Saskia Lavrijssen, Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State, Springer, 2019
8. Miklós Kengyel, Zoltán Nemessányi(2012), Electronic Technology and Civil Procedure:

New Paths to Justice from Around the World, Springer Science & Business Media

9. Singh, P., & Ramchandran, G., “Judicial activism during the time of coronacrisis”, Jus Corpus Law Journal, 1 (4), 2021, 541–558

3. Website

1. Covid-19 – Impact on courts and arbitrationClyde & Co LLP, 22 March 2020 ,available At: www.lexology.com/library/detail.aspx?g=21280ae1-a699-4a87-bbc4-f8650748faf7
2. Samek law firm, COVID-19 — LITIGATING IN THE “NEW NORMAL” ENVIRONMENT, available at samek-law.com/covid-19/
3. Courts Deliver Justice Virtually Amid CoronavirusOutbreak,available www.uscourts.gov/news/2020/04/08/courts-deliver-justice-virtually-amid-coronavirus-outbreak, Published onApril 8, 2020
4. David Williams, Litigation in the time of a pandemic COVID-19, 20 July 2020, available at: <https://www.dacbeachcroft.com/en/es/articles/2020/march/covid-19-litigation-in-the-time-of-a-pandemic-latest-updates/>
5. HM Courts & Tribunals Service and Ministry of Justice, Coronavirus (COVID-19): courts and tribunals planning and preparation, 13 March 2020, Last updated 22 May 2020, available at: www.gov.uk/guidance/coronavirus-covid-19-courts-and-tribunals-planning-and-preparation#history
6. DACBeachcroft (A leading international law business) ,COVID-19: Litigation in the time of a pandemic, 20 July 2020, available at: www.dacbeachcroft.com/en/gb/articles/2020/march
7. Jones day law firm, Administrative Proceedings in European Countries: COVID-19 Measures at a Glance, April 2020, pp1–10–, p7, available at: www.jonesday.com/en/insights/2020/04/administrative-proceedings-in-european-countries

8. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, 10 July 2020, available at: <https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments#Spain>
9. European commission Directorate-general justice and consumers, comparative table on covid-19 impact on civil proceedings, 2020/05/29, pp 1-42, p 41, available at https://ejustice.europa.eu/content_legal_notice-365-en.do?init=truE
10. Juan Fernando ARMENGOT IBORRA, Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, 11 May 2020, available at: [at https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments](https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments)
11. Sara Nunest de almeida, Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, available at: <https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments#Portuga>
12. Osborne Clarke, What effects does the coronavirus have on civil proceedings in Germany, 23 Mar 2020. Available at: www.osborneclarke.com/insights/effects-coronavirus-civil-proceedings-germany/
13. Jurist, Global Court Functioning and the Impact of COVID-19 on Arbitration, May 17, 2020, Available at: www.jurist.org/commentary/2020/05/sayra-kakkar-court-functioning-covid19/
14. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU Fundamental Rights Implications; Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU Fundamental Rights Implications Country: The Netherlands, 23 March 2020, available at: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/netherlands-report-covid-19-april-2020_en
15. Emma van Gelder, Xandra Kramer and Erlis Themeli, Access to justice in times of corona, 7 April 2020, available at : <https://conflictoflaws.net/2020/access-to-justice-in-times-of->

corona/?print=print

16. The European Association of private international law (EAPIL), The Impact of Corona Virus on the Management of Judicial Proceedings in Italy, 13 MARCH 2020. Available at: <https://eapil.org/2020/03/13/the-impact-of-corona-virus-on-the-management-of-judicial-proceedings-in-italy>
17. Available at: <https://eapil.org/2020/03/13/the-impact-of-corona-virus-on-the-management-of-judicial-proceedings-in-italy>
18. Massimiliano Blasone, Management of the judiciary – compilation of comments and comments by country, 23 April 2020, available at: <https://www.google.com/url?q=https://www.coe.int/en/web/cepej/compilationcomments&source=gmail&ust=1595733318674000&usg=AFQjCNFBQkcqKBnlJa5RCJ2qaptqZCA1zg> and EUROPEAN COMMISSION
19. AFQjCNFBQkcqKBnlJa5RCJ2qaptqZCA1zg and EUROPEAN COMMISSION
20. Elisabetta Silvestri, Extraordinary Measures Concerning Civil Justice Adopted by the Italian Government in Connection with the Emergency Caused by Coronavirus, 2020-04-27, available at [septentrio.uit.no/index.php/SapReps/article/view/5465&jones day](http://septentrio.uit.no/index.php/SapReps/article/view/5465&jones%20day)

Abstract

The Relationship Between Administrative and Political Action: Dichotomy or Beyond Dichotomy

Fahime Asadi¹

Mohammad Emami²

Seyyed Mojtaba Vaezi³

Abstract

For a long time, political officials, who also had administrative discretions, tried to escape accountability by making their administrative decisions look political. Therefore, in the last century, the relationship between administrative and political actions as “policy-administration dichotomy” or “politics-administration dichotomy” was attract attention of scholars in this field. In this article, efforts have been made to clarify the relationship between political and administrative actions and the concept of dichotomy, and we found that the meaning of dichotomy has shifted from differentiation and conflict to interaction and compatibility between them; Therefore, the aforementioned dichotomy is no longer seeking substansive or organizational separation of these two actions, but has gone beyond this concept and made the conflict interwoven with interaction. In this way, the decision of an administrative political official can be both political and administrative at the same time, and the complementarity dichotomy of Svava shows the relationship between these two concepts well. For the purpose of the article and in order to provide a solution to create relative separation, three practical ways are suggested: first, paying attention to the dominance of administrative or political function, second, paying attention to the motivation and purpose and third, identifying dichotomy as a constitutional principle that end the argument.

Keywords: Administration, Politics-Administration Dichotomy, Politics, Policy.

1. PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran. (Corresponding Author), fahimeassadi@gmail.com

2. Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran, dr-emi27@yahoo.com

3. Associate Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran, mojtaba_vaezi@yahoo.com

Analysis of the legal system of knowledge-based companies in the light of the concept of economic development

Jalil Ebrahimzadeh¹

Dr. Kheyrollah Parvin²

Dr. Seyed Javad Mirghasemi³

Abstract

Policy-making is one of the important means of government intervention in various fields, including the economic field. Today, development has different dimensions and economic development is one of its most important dimensions. On the other hand, in modern economic discourses, knowledge-based economy has been mentioned. A term that was used for the first time by the Economic Cooperation and Development Organization and it refers to the use of knowledge and technology in economic activities. One of the methods of applying knowledge-based economy is the use of knowledge-based companies in the structure of the economic system. In Iran, in the past decade, knowledge-based companies have grown significantly, but these companies need various supports from the governing institutions to improve their performance. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources. The results of this research show that the implementation of the government's support policies for knowledge-based companies in the long term has significant effects on the knowledge-based economy. Also, the mentioned companies play an important role in realizing the economic independence and self-sufficiency of Article 43 of the Constitution. Despite the provision of some legal support for knowledge-based companies, there are still legal and executive challenges in reaching the desired point.

Keywords: economic development, government, knowledge-based company, policy-making, economic self-sufficiency.

1. Phd Student of Public Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Shaheen1344@yahoo.com

2. Professor, Department of Public Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (corresponding author), khparvin@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Public Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, j.mirghasemi@outlook.com

Jurisprudence and legal examination of claims arising from land acquisition with emphasis on the authority of the municipality

Maryam Zoormand¹

Hossein Ahmari²

Reza Abbaspoor³

Abstract

The acquisition of urban land in public law is one of the important issues raised in public law, which is in conflict with the private ownership of individuals. However, institutions such as the municipality sometimes have the possibility of expropriating private property. An important element that makes government institutions able to rely on it to take away private property if necessary is the priority of the public and society's interests over the individual interests of individuals. Based on this, the theoretical foundations of ownership, as one of the examples of administrative actions of the government, is based on the theory of public service, because ownership is realized in the position of eliminating the conflict between collective interests and individual interests, and because of public service, and the application of the preferential rules of administrative law. In possession, this service is also provided on the basis of this. Lawsuits arising from land acquisition are mainly legal, and the authorities for resolving disputes in this field are divided into two categories: specialized authorities and general authorities. The basic question that this research seeks to answer is how can claims arising from the acquisition of land by government institutions be evaluated from a jurisprudential and legal point of view? The research method in this article is descriptive-analytical and the library method was used to collect the sources. The results of this study indicate that from a jurisprudential point of view, private ownership of real estate has been recognized based on the rule of Yad and Qa'id Taslat.

Keywords: expropriation, public services, administrative contract, specialized authorities, administrative court of justice.

1. Ph.D. student of fundamentals of Islamic law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran, ma290zd@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran, ahmari.hosein@yahoo.com

3. Assistant Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran, abbaspor@yahoo.com

Guaranteeing freedom of business in the light of judicial procedure The General Board of the Administrative Court of Justice

Alireza Dabirnia¹

Ayat Jalili²

Ehsan Movahedipoor³

Abstract

Economic freedom is the basis of business freedom in any economic and legal system, whereby the citizens of each society have the right to choose any business according to their ability, expertise and personal creativity. This important and fundamental principle and the duty of the government to guarantee and support it has been recognized and standardized in the Constitution of the Islamic Republic of Iran, domestic laws and international documents. In order to judicially monitor general decisions, realize the principle of the rule of law and assert individual and social rights, the General Board of the Court of Administrative Justice has issued numerous opinions in various lawsuits in order to support and guarantee this right and perform its inherent special task. The findings of this research, which were issued in a descriptive-analytical method and along with the criticism of lawsuits and judicial opinions, indicate that the most important aspects of dealing with cases are: compliance with the principle of licensing authority, paying attention to the principles of competition rights in licensing, The subject departure of some professions such as notary and attorney from the concept of business, which shows the more accurate understanding and special support of the Administrative Court of Justice of this economic right compared to other regulatory authorities or executive institutions. The interpretation and explanation of the concept of freedom of business in the Administrative Court of Justice can be a judicial guide for legislative and regulatory institutions in applying and implementing the freedom of business and guaranteeing and protecting this economic right in its true sense.

Keywords: freedom, judicial supervision, administrative court of justice, business.

1. Associate Prof , Department of public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran, dr.dabirnia.alireza@gmail.com

2. Ph.D. in (Public Law), Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran, Ayatjalili@yahoo.com

3. Ph.D. Student in Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran(Corresponding Author), ehsanmovahedi1986@gmail.com

Criticism of recruitment and selection criterias in Iran's administrative law in the light of human rights standards

Hasan Haghighi 1

Manuchehr Tavassoli Naini 2

Seyed Mohammadsadeh Ahmadi 3

Abstract

Today, human rights have become a global discourse in such a way that different legal fields are affected by human rights. In the meantime, administrative law also does not benefit from this influence and in today's world, there is talk of administrative human rights. Administrative human rights are administrative rights that adhere to and are bound by human rights standards and criteria. One of the stages of the manifestation of human rights in administrative law is recruitment and entry into government service. In entering service and employment, it is necessary to observe principles such as equality, justice and respect for human dignity. Basic laws as well as ordinary laws have considered general and specific conditions for entering the service. As long as the mentioned conditions are in accordance with the principles of human rights, there will be no problem, but sometimes it is observed that the legislators consider criteria and conditions in the recruitment and selection stage that conflict with the principles of equality, justice and competency. In Iran's legal system, the regulations related to employment are included in the Civil Service Management Law and the Country's Selection Law. The study of these laws show that although in the Civil Service Management Law, the legislator has tried to approach the standards of human rights, but the inclusion of some criteria in the Selection Law is not consistent with the said principles and deserves criticism. The research method in this study is descriptive and analytical, and the library method was used to collect the sources

Keywords: human rights, administrative law, entry into service, employment, equality, human dignity, Selection Law.

1. Department of Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran. Email: Haghighi.h1330@yahoo.com

2. Associate Prof., Department of Law, University of Isfahan, Isfahan, Iran (corresponding author), tavassoli2000@hotmail.com

3. Associate Prof., Department of Law, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran. Email: ahmadi.sadegh@yahoo.com

The role of the welfare organization in reducing sexual abuse of children in the light of the concept of administrative police

Vahid Ghasemi¹

Seyyed Asgar Hosseini Moghaddam²

Javad Habibi³

Abstract

The country's welfare organization is one of the important support organizations among the country's administrative organizations, which fulfills the principles 21 and 29 of the Islamic Republic of Iran's constitution by performing its governance duties. The founding document of this organization is a legal bill regarding the establishment of the country's welfare organization approved by the Revolutionary Council. In addition to the aforementioned law, which is the main basis for the formation of the organization, and the duties of the organization are basically specified by the legislator, in some other laws, the welfare organization is also responsible for responsibility, including the approved law on the protection of children and adolescents. It is 2019. One of the important areas in which the welfare organization is obliged to provide services is "children", and considering the accession of the Islamic Republic of Iran to the International Convention on the Rights of the Child, supporting this vulnerable group is one of the most important duties of the welfare organization. . The actions of the welfare organization, especially in the field of child victimization, are carried out in the form of preventive measures and in the capacity of the administrative police. The results of this research show that if the welfare organization acts as an administrative police, sexual abuse of children and related injuries will decrease. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: administrative police, sexual abuse of children, the country's welfare organization, child rights convention.

1. PhD student in criminal law and criminology, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran, Vahidqassemi@gmail.com

2. Associate Professor, Department of Theology, Faculty of Law, Sari Branch, Islamic Azad University, Sari, Iran, (corresponding author), dhoseini@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Qaimshahr Branch, Islamic Azad University, Qaimshahr, Iran, j.habibi.vakil@gmail.com

The development of whistleblowing, based on the development of participative management, in administrative organizations, in Iran (legal approach)

Zahra Hadizadeh Esfahani¹

mohammad vazin karimian²

Abstract

The management style that is formed based on the conscious and voluntary participation of employees in order to achieve the goals of the organization is called Participative management. One of the most important issues that hinders the achievement of the organization's goals is the occurrence of illegal actions and corruption within the organization. In such a situation, it is necessary to find out the occurrence of a crime or violation, and identify the criminal or the violator. Employees, as one of the most important stakeholders of the organization, are more aware of the events of the organization than others. Therefore, creating a legal platform for the participation of employees can lead to the reporting of illegal actions by employees; a process called whistle-blowing. This research, which was carried out in a descriptive-analytical way, by studying library sources and related laws and regulations of Islamic Republic of Iran, with the aim of investigating the effect of participative management on the development of whistle-blowing in administrative organizations, has shown that Participative management has results, such as: developing knowledge and information, facilitating intra-organizational communication, increasing commitment and responsibility, enhancing culture of participation, increasing motivation and activating marginal employees and empowering them, can be effective on the development of whistle-blowing. Nevertheless, investigating the laws and regulations of the subject in our country indicated the necessity of development of them.

keywords: administrative organization, Whistle blowing, Corruption report, Participative management, suggestion system.

1. Ph.D. Student in Decision making and public policy, Department of Leadership and command, Faculty of Management and Economics, University of Imam Hossein, tehan, iran, zahrahadizadeh313@yahoo.com.

2. Associate Prof, Department of public and international law, Faculty for Registration and Judicial Management, University of Judicial Sciences and Administrative Services, tehan, iran, karimianmo1@yahoo.com.



Preventive civil liability in administrative actions, a comparative study of Iranian and British law

Narges Eskafi¹

Dr. Esmail Shahsavandi²

Dr. Amir Abbas Bozorgmehr³

Abstract

Nowadays, due to social developments and the changing face of human civilization, a special place is given to civil responsibility. "The principle of not harming others and the need to compensate for unjustified harm, which is one of the three principles of ethics and rights, has doubled the importance of civil responsibility. Providing the best and most efficient way to compensate the victims and reduce their number and intensity and reduce social costs is the least that preventive civil responsibility can do. The concept of preventive civil responsibility has emerged with an economic analysis of responsibility. Preventive civil responsibility of the government in administrative actions is also one of the basic issues that can be proposed considering the scope of the government's activities in matters such as the environment, transgenic products, etc. Therefore, in this article, by using the analytical and descriptive method and taking into account the principle of personal responsibility and the need for accuracy in interpretation and analysis, the special conditions and rulings governing this responsibility in Iranian law in a comparative manner with England will be criticized and examined. The results show that despite the similarities in the laws of these two countries, there are also certain differences in terms of function and implementation in this area.

Keywords: Preventive civil liability, Iranian law, English law, compensation, administrative law.

1. Department of Law and Political Science, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, narges.eskafi@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (corresponding author), Es.shahsavandi@ymail.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Drabozorgmehr@gmail.com

Investigating strategies for the protection of national and state lands in the administrative structure

Ali Rasti¹, Dawood Nasiran Najafabadi², Reza Soltani³

Abstract

The protection of national and state lands is one of the important and fundamental issues that the legislator should pay attention to. The most important law passed in Iranian law regarding national lands is the law on the nationalization of forests and pastures of the country (1962). In Imamiyyah jurisprudence, national lands are considered under the title of "Anfal" and are considered public property in terms of their nature. With the aim of explaining the problems and dealing with the inefficiency of the current laws with a descriptive and analytical method and with the aim of achieving the desired model in realizing efficiency by relying on the appropriate approaches to overcome these problems, this research has looked at the shortcomings in the three legislative, judicial and executive areas. And he has expressed the strategies to get out of the problems caused by the inefficiency of the laws. In the laws regarding national lands, the multiplicity of laws and their internal conflicts, the absence of a comprehensive land law and unified management, non-compliance with the rule of proportionality of crime and punishment, the adoption of incentive laws leading to the unauthorized occupation of national lands, the absence of a special court to deal with national land issues and Failure to properly implement judicial rulings regarding national lands is one of the reasons for the ineffectiveness of laws regarding national lands. In contrast to the consolidation, compilation and revision of laws, harmonization of the governing approach to laws, fundamental changes in the ownership structure of these lands and the way they are used, reforming the method of determining punishment and changing ineffective laws, strengthening the interference removal commission, specializing the competent courts to deal with the issue. Lands, modification of monitoring methods, protection and transfer of national and state lands and use of new registration and cadastre methods are among the efficient methods of laws in the maintenance of these lands.

Keywords: government laws, national and state lands, legal system, legislation.

-
1. PhD student in private law, Department of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran. aliirastii1969@gmail.com
 2. Assistant Professor, Department of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran. Dawood-nassiran@yahoo.com
 3. Assistant Professor, Department of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran, Rezasoltani156@gmail.com

The position of the concept of the doctrine of “responsibility to protect” in the principles and foundations of the legal system of the Islamic Republic of Iran with an emphasis on administrative law

Karim Mohammadi¹

Heybatollah Najandimanesh²

Soudeh Shamlou³

Abstract

“Responsibility to support” is a newly emerging rule that was created at the beginning of the 21st century following the evolution of concepts such as sovereignty, the principle of non-intervention and humanitarian intervention, and according to this, the main responsibility to protect civilians against genocide, crimes War, crimes against humanity and ethnic cleansing are the responsibility of governments. The purpose of this research, which is based on a descriptive-analytical method, is to raise the question, what is the position of the concept of the doctrine of “responsibility to support” in the foundations of the legal system of the Islamic Republic of Iran? In this research, from the point of view of changing the discourse of the concept of “humanitarian intervention” to “responsibility to protect” in international law, we first evaluate the legitimacy of the doctrine of “responsibility to protect” and then discuss its position in the principles and foundations of the legal system of the Islamic Republic of Iran. Also, the principle of protection has an internal dimension, according to which protection of people in various aspects is considered one of the tasks of the government, and according to this, this dimension is also significant in administrative law. The results of this research show that the application of the principle of protection in the domestic and international dimension, according to the constitution as the highest legal document of the country, is one of the duties of the government of the Islamic Republic of Iran.

Keywords: humanitarian intervention, responsibility to support, international community, oppressed people of the world, administrative law.

1. Phd Student of International Law, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Karim.mohammadi71@gmail.com

2. Assistant Professor of International Law, Department of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), hnajandimanesh@gmail.com

3. Assistant Professor of International Law, Department of Law and Political Science, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, Sou.shamlou@gmail.com

Governance and Tenure of Cultural Heritage in the light of Article 83 of the Constitution

Hossein Alaei¹

Abstract

Given the undoubted importance of cultural heritage for each country, our constitution is devoted only one principle (83) to this topic. Applying the government sovereignty over the cultural heritage means the areas where governments are able to apply exclusive jurisdiction and powers over cultural heritage. Exercising of sovereignty in this section include policy, planning and supervision. But the State tenures in this field are actions that the government acts like the private sector and in many cases are transferable to the private sector, such as enterprises in the tourism sector including hotels management, tenure of museums. In this article we intend to study the applying of the governance and tenures over cultural heritages and explain national precious heritages criteria mentioned in the constitution and the transfer of cultural heritage and role of Parliament on this decision and the challenges to the rule of the cultural heritage and their proper administration.

Keywords: Cultural heritage, government, exercise of sovereignty, tenure practices, constitution, national precious heritage.

1. Assistant Professor and Faculty Member of the Department of Public Law, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, Iran: alaei1364@yahoo.com



The Principle of Reasoning, Documenting and Justifying the Judgments of Quasi-Judicial Authorities by studying the Judicial Precedent

Parviz Hajipoor¹

Tawakkul Habibzadeh²

Abstract

The principle of documenting, reasoning and justifying the opinions of quasi-judicial authorities is one of the important elements of a fair and just trial. Given that administrative decisions are linked to the public interest, the application of this principle in decisions and rulings issued by these authorities, as well as the oversight of the Court of Administrative Justice as a judicial institution on the rulings issued by these authorities can be a reason to evaluate the performance of the government and the judiciary. Be equal to the public conscience of society. Examining the judicial procedure of quasi-judicial authorities and the Court of Administrative Justice, it seems that paying attention to the principles of fair trial in general and monitoring the reasoning and documenting of opinions and decisions in particular has not yet found its proper place. Although in some cases these principles and their importance have been mentioned in the judicial procedure of the Court of Administrative Justice, this issue has not been considered by the quasi-judicial authorities. In addition, this issue has not yet reached its true place in the jurisprudence of the Administrative Court of Justice, and this issue has become more and more important due to the pervasiveness of fair trial in legal systems. In this article, we examine the position of the reasoned principle, documenting and justifying the opinions of quasi-judicial authorities in judicial procedure.

Keywords: Court of Administrative Justice, administrative decisions, reasoning and documentation, statement of reasons, right to defense.

1. Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran.Iran, p.hajipoor94@yahoo.com

2. Member of the faculty of Imam Sadiq University, habibzadeh@gmail.com

Feasibility of applying risk theory as the basis of civil responsibility of the government in Iranian law

Mostafa Amiri¹

Mohammad Taghi Dashti²

Abstract

Civil liability is one of the basic issues in private law, and based on it, in relationships between individuals, anyone who causes harm to another will be obliged to compensate for the loss. For many years, the idea of the sanctity of the state had prevented the issue of civil responsibility for the government, but with the passage of time and the entry of the government into the field of economic and commercial activities, the idea of the sanctity of the state gradually lost its color, and jurists began to discuss the necessity of accepting They paid the civil responsibility of the government. The civil responsibility of the government has different bases, which include: the theory of fault, the theory of risk, the theory of safety obligation, etc. The theory of risk is based on the premise that everyone creates a dangerous environment by performing their actions and damages are caused to people due to the risks. , will be obliged to compensate damages without establishing fault. This theory has been accepted in domestic law with the approval of Western law, and of course, it has a concept close to the rule of “Man Leh Al-Ghanm Faleh Al-Ghoram” among the foundations of jurisprudence. Studying Iran’s civil liability law approved in 1339, the basis of civil liability is based on the theory of fault, but due to some risky actions of the government, in many cases, the theory of risk can be accepted as the basis of the civil liability of the government. Of course, with the emergence of new theories about the foundations of civil responsibility of the government, traditional theories have been criticized. The research method in this study is descriptive-analytical, and the library method was used to collect the sources.

Keywords: civil responsibility, theory of risk, theory of fault, theory of conflict of risk, government.

1. PhD student, Department of Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, (Corresponding Author), mostafaamiri09@gmail.com

2. Assistant Professor, Department of Public Law, Imam Baqir University, Tehran, Iran, t.d.dashty@yahoo.com



Examining Holding Public Jobs and Being a Member of the University Faculty at the Same Time

Sajad Afshar¹

Mohammad Ali Sadeghi²

Abstract

According to Principle 141 of the Constitution, holding educational positions in universities and research institutions while holding government positions is one of the exceptions to the prohibition of holding more than one government job. However, the limits and scope of the prohibition of Principle 141 and the permission under it have always been ambiguous. The present article specifically seeks to answer the question of what is the ruling on simultaneously holding public jobs and being a member of the faculty of universities. For this purpose, with a descriptive-analytical view, the text of the Constitution and other legal sources of the country have been examined and finally it has been decided that this matter is permissible. Based on this, teaching faculty members, regardless of the nature of the university where they serve, have the possibility to hold another organizational position in public and government institutions at the same time, and the administrative regulations must be formulated in such a way that the conditions of this basic legislative prescription are met.

Keywords: Principle 141, Faculty Members, Public Jobs, Prohibition of Holding More than One Government Job

1. Assistant Prof. in Public law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran, afsharsd@gmail.com

2. Ph.D. Student in Public Law, Allameh Tabatabaei University, Tehran, Iran, mm.sadeghi.n@gmail.com

Examining the impact of Corona on the right to access to justice;A comparative case study

Fatemeh Ashabi¹

Abstract

The right to access to justice is one of the fundamental rights and in a way a necessary tool to protect other rights. The conditions caused by the unprecedented crisis of Covid-19 have imposed a series of restrictions on people's rights, including the right to free and fair access to justice. This research aims to study the protection of this human right by looking at other legal systems in a descriptive-analytical way and by collecting sources in a library as an answer to the question of what approach different legal systems have in protection. They have adopted this right in different courts. The findings of the research indicate that in the discussed legal systems, depending on the case, this right has been fully applied regardless of the critical situation of Corona, and in some systems this right is limited or temporarily in some legal systems. It has been suspended, but it has not been violated in general, and it has been virtually protected by establishing rules and regulations and issuing instructions, relying on new technologies. In legal systems where lawsuits were heard in person due to the nature of urgent lawsuits, exercising the right to access to justice while respecting the safety and health of individuals was considered as the main priority.

Keywords: electronic proceedings, court, right of access to justice, Corona.

1. Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran, fatemehashabi1371@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law

Sixth Year / 18th Issue / Spring 2024

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 Vijeh

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*



Sixth Year / 18th Issue / Spring 2024



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Sixth year :: 18th issue :: Spring 2024

Title of Articles

- ▶ The Relationship Between Administrative and Political Action: Dichotomy or Beyond Dichotomy
- ▶ Analysis of the legal system of knowledge-based companies in the light of the concept of economic development
- ▶ Jurisprudence and legal examination of claims arising from land acquisition with emphasis on the authority of the municipality
- ▶ Guaranteeing freedom of business in the light of judicial procedure The General Board of the Administrative Court of Justice
- ▶ Criticism of recruitment and selection criterias in Iran's administrative law in the light of human rights standards
- ▶ The role of the welfare organization in reducing sexual abuse of children in the light of the concept of administrative police
- ▶ The development of whistleblowing, based on the development of participative management, in administrative organizations, in Iran (legal approach)
- ▶ Preventive civil liability in administrative actions, a comparative study of Iranian and British law
- ▶ Investigating strategies for the protection of national and state lands in the administrative structure
- ▶ The position of the concept of the doctrine of "responsibility to protect" in the principles and foundations of the legal system of the Islamic Republic of Iran with an emphasis on administrative law
- ▶ Governance and Tenure of Cultural Heritage in the light of Article 83 of the Constitution
- ▶ The Principle of Reasoning, Documenting and Justifying the Judgments of Quasi-Judicial Authorities by studying the Judicial Precedent
- ▶ Feasibility of applying risk theory as the basis of civil responsibility of the government in Iranian law
- ▶ Examining Holding Public Jobs and Being a Member of the University Faculty at the Same Time
- ▶ Examining the impact of Corona on the right to access to justice; A comparative case study