

پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال دوم: شماره سوم: تابستان ۱۳۹۹



عنوان مقاله‌ها

- ▶ سنجش آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت‌پذیری - حامد نیکونهاد-شبنم اورنگی
- ▶ مسئولیت کیفری دولت در حوزه اکوساید- آیدا حیدری-سید مجتبی واعظی
- ▶ تحولات حقوق اداری آلمان- خدیجه شجاعیان
- ▶ بدون تاریخ، بدون امضا: حکایت ممنوع‌الکاری اداری/ قضایی هنرمندان در حقوق ایران- وحید آگاه
- ▶ موانع حقوقی انعقاد قراردادهای مشارکت در شهرداریها از منظر حقوق اداری ایران- مسعود آرائی-غلامحسن مزارعی
- ▶ تأملی بر چیستی و چرایی ظهور حقوق اداری نوین- علی طاهری-سارا خاکپور
- ▶ مطالعه ی تطبیقی حق اداره ی خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب- زهره رحمانی
- ▶ موانع و محدودیت‌های حقوق اداره در ایران در فرآیند تأسیس «حقوق اداری ایران»- آیت مولائی
- ▶ مفهوم کاداستر ، کارکرد و آثار آن- بهنام حبیبی درگاه





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال دوم / شماره سوم / تابستان ۱۳۹۹

◀ شاپا چاپی: ۲۷۱۷-۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

دکتر محمد امامی، دکتر محمد راسخ، دکتر حسین زارعی متین، دکتر عباس زراعت، دکتر سید محمد قاری سید فاطمی، دکتر علی مشهدی، دکتر مرتضی نجابت خواه، دکتر محمد رضا ویژه، 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 ولی رستمی، دکتر محمد جواد رضایی زاده، دکتر محمد حسین زارعی، دکتر حامد گرمی، دکتر سید مجتبی واعظی، دکتر مهدی هداوند

ویراستار ادبی فارسی:

نفیسه فتحعلی

کارشناس نشریه و صفحه آرا:

مهدی حسنونند

مسئول هماهنگی:

محمد مهدی هدایتی

ویراستار انگلیسی:

حدیثه داوودی

فصلنامه علمی پژوهش های 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 می گردد. و مستند به ماده ۶ آیین نامه نشریات علمی مصوب ۱۳۹۸/۹/۲ وزارت علوم تحقیقات و فناوری و مصوبه مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۱۸ هیات مدیره انجمن ایرانی حقوق اداری واجد درجه علمی محسوب می گردد. شایان ذکر است بر اساس آیین نامه جدید عناوین علمی پژوهشی و علمی ترویجی حذف شده و نشریات دارای مجوز از وزارت علوم همگی دارای عنوان علمی بوده که در فرایند ارزیابی سالیانه حسب برخورداری از ویژگی های مندرج بر اساس نمره اخذ شده رتبه بندی می گردند.



آدرس: تهران، خیابان ولیعصر، خیابان توانیر، میدان شهید عباس پور، 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 مآخذ بدون مانع است.
مقالات درج شده بیان دیدگاه های نشریه نمی باشد.
مسئولیت صحت مطالب بر عهده نویسنده می باشد.
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 ۵۰۰ و حداکثر ۹۰۰۰ کلمه در قطع A4 باشد.
- ۲- حاشیه سمت راست و چپ صفحه ۴.۵ سانتیمتر و حاشیه بالا و پایین صفحه ۶ سانتیمتر باشد.
- ۴- برای بخش بندی محتوای بدنه مقاله از ترتیب گفتار، بند، ۱-، الف، ب... الی آخر استفاده شود.
- ۵- چکیده فارسی و ترجمه آن به انگلیسی حداقل در ۱۵۰ و حداکثر در ۲۵۰ کلمه باشد.
- ۶- 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 انتهایی 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 سازمان های بین المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.

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

ب. مقاله ها: 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 ۶۹۱-۷۱۳.

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

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

- ممتاز، جمشید (۱۳۹۱). «یونسکو و تدوین و توسعه حقوق بین الملل در حمایت از اموال فرهنگی» در: مجموعه مقالات همایش حمایت از اموال فرهنگی و تاریخی در حقوق بین الملل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، چاپ اول، صص ۹۵-۱۰۱.
- Scovazzi, Tullio (2006). «The Protection of Underwater Cultural Heritage: Article 303 and the UNESCO Convention», in: D. Freestone, R. Barnes and D. Ong (eds.), *The Law of the Sea Progress and Prospects*, Oxford University Press, pp. 136-120.

۳- عناوین کتاب ها و مقالات باید به صورت توپر (Bold) باشد.

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

الف، مقاله پژوهشی اعم از کاربردی، بنیادین، نظری و توسعه ای

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 عنوان هایی نظیر مهندس، دکتر و... در ابتدای اسامی نویسندگان مقاله خودداری گردد.

۴- حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین المللی: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

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

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

ه. مسئول مکاتبات و تماس های تلفنی از سوی فصلنامه

تمامی مکاتبات (ایمیل و پیامک) و تماس های 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 و یا دبیر اجرایی فصلنامه) نیازمند بازنگری یا اصلاح شناخته شده باشد، صرفاً نویسنده مسئول می تواند موارد اصلاح یا بازنگری را در کارتابل خود در سامانه مشاهده، آن ها 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، نویسنده ای است که مسئولیت تمامی مکاتبات و تماس ها 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 هیچ گونه مسئولیتی در خصوص تأخیر در فرایند رسیدگی و داوری و 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 می گردد، 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 فرایند رسیدگی و داوری و در هنگام صدور گواهی پذیرش مقاله، امکان تغییر «نویسنده مسئول» وجود دارد. تأکید می‌گردد چنین امکانی به هیچ وجه اضافی 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 پژوهش های 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 تعهدنامه ای از طریق سامانه ارسال نماید مبنی بر اینکه مقاله برای همایش یا مجله دیگری ارسال نشده یا در حال داوری یا چاپ نبوده و یا قبلاً در جایی چاپ نشده است.
- ۶- دانشجویان باید مقاله خود را به همراه یک عضو هیئت علمی دانشگاه یا شخص دارای مدرک دکتری به صورت مشترک ارسال نمایند.
- ۷- مقاله‌ای که مطابق این راهنما تهیه نشده باشند، توسط کارشناس نشریه جهت اعمال تغییرات، برگشت داده می‌شود.
- ۸- مقاله ارسالی حداقل توسط دو داور ارزیابی خواهد شد. چاپ مقاله منوط به پذیرش دو داور و تصویب نهایی هیأت تحریریه خواهد بود. مقاله در صورت تصویب، برای انتشار و چاپ ویرایش می‌شود.
- ۹- هیأت 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 هزینه های اداره نشریه، داوری و چاپ مقاله مبلغ یک میلیون ریال بابت هزینه داوری اولیه مقاله و در صورت پذیرش نهایی مبلغ سه میلیون ریال بابت هزینه چاپ اخذ خواهد شد. فرآیند دریافت وجه از طریق سامانه صورت می‌گیرد.



فهرست مطالب

سنجش آیین نامه نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت پذیری - **شبنم اورنگی - حامد نیکو نهاد**

۱۱

مسئولیت کیفری دولت در حوزه اکوساید
آیدا حیدری - سید مجتبی واعظی

۳۷

تحولات حقوق اداری آلمان
خدیجه شجاعیان

۶۹

بدون تاریخ، بدون امضا: حکایت ممنوع الکاری اداری / قضایی هنرمندان در حقوق ایران
وحید آگاه

۹۳

موانع حقوقی انعقاد قراردادهای مشارکت در شهرداری ها از منظر حقوق اداری ایران
مسعود آرائی - غلامحسن زارعی

۱۱۹

تأملی بر چیستی و چرایی ظهور حقوق اداری نوین
علی طاهری - سارا خاکپور

۱۴۵

مطالعه ی تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب - **زهره رحمانی**

۱۶۶

موانع و محدودیت های حقوق اداره در ایران در فرآیند تأسیس «حقوق اداری ایران»
آیت مولایی

۱۹۵

مفهوم کاداستر ، کارکرد و آثار آن
بهنام حبیبی درگاه

۲۲۷

سنجش آیین نامه نویسی شورای نگهبان؛ مبانی، قلمرو و نظارت پذیری

حامد نیکونهاد*

شبنم اورنگی**

چکیده

آیین نامه نویسی از صلاحیت های تأثیرگذار و حساس حکمرانی است. مقامات حکومتی با بهره مندی از این ابزار قاعده گذاری، به صورت مستقیم و غیرمستقیم چهارچوب های رفتاری برای شهروندان تعریف می کنند. شورای نگهبان به مثابه یگانه مرجع پاسدار تقنینی قانون اساسی، با صلاحیت های منحصر به فردی در قانون اساسی تثبیت شده که تفسیر قانون اساسی و نظارت بر انتخابات در شمار این کارویژه هاست. ملاحظه سوابق تقنینی حاکی از آن است که این شورا در راستای ایفای وظایف اساسی خود، رأساً یا حسب تصویب قانونگذار عادی مبادرت به وضع آیین نامه های گوناگون کرده است. این نوشتار دل مشغول شناسایی مبنای موجهه صلاحیت آیین نامه نویسی شورای نگهبان، دامنه موضوعی و حکمی این صلاحیت و امکان نظارت بر آیین نامه های مصوب این شورا است. یافته های تحقیق نشان می دهد که شورای نگهبان به اقتضای صلاحیت های مقرر در قانون اساسی و اقتضات اداری آنها صلاحیت آیین نامه نویسی دارد. قلمرو صلاحیت شورا در آیین نامه نویسی به لحاظ موضوعی محدود به صلاحیت های مقرر در قانون اساسی و عمدتاً موضوع اصول ۴، ۸۵ و ۹۱ تا ۹۹ است. حد و مرز این صلاحیت شورا به لحاظ حکمی، وفاداری به نصوص قانون اساسی، رعایت حریم صلاحیتی سایر نهادها و ارکان حقوق اساسی و نیز اکتفا به ضرورت در وضع قاعده است. به لحاظ نظارت پذیری نیز چنین حاصل شد که نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مصوبات شورا نافذی استقلال شورا نیست و لازمه تضمین قانونمندی و عمل به اصل ۱۷۳ است.

کلیدواژه ها: آیین نامه نویسی، اصل ۹۹ قانون اساسی، اصل ۱۳۸ قانون اساسی، شورای نگهبان، مقررگذاری، نظارت بر شورای نگهبان.

مقدمه

در نظام حقوق اساسی ایران، شورای نگهبان به عنوان نهادی مستقل صلاحیت‌های مهم و تأثیرگذاری دارد. اموری چون نظارت بر مصوبات مجلس و اساسنامه‌های مصوب دولت از جهت عدم مغایرت با قانون اساسی و احکام شرع، تفسیر قانون اساسی، نظارت بر انتخابات و همه‌پرسی، این شورا را در جایگاهی بی‌همتا در میان نهادهای حکومتی قرار داده است.^۱ همچنین فقهای این شورا مطابق اصل ۴ ضامن اسلامی بودن نظام در بعد قانونگذاری و مقررہ‌گذاری هستند. هیچ‌یک از اصول قانون اساسی، وضع آیین‌نامه و به طور کلی مقررہ‌گذاری را به‌صراحت در شمار وظایف و اختیارات این شورا بیان نکرده است. مقررہ‌گذاری و به‌عبارت دقیق‌تر وضع آیین‌نامه «به‌مثابه روش و شیوه‌ای خاص از حکمرانی به مفهوم وضع و اعلام مقررات از سوی سازمان‌های اداری است. دراین مفهوم، مقررہ‌گذاری مجموعه‌ای از قواعد و مقرراتی است که معمولاً توسط سازمان‌های اداری برای کنترل و اجرای قانون به‌کار می‌رود».^۲

وضع آیین‌نامه به استناد اصل ۱۳۸ به صراحت در صلاحیت هیئت‌وزرا، هریک از وزیران و کمیسیون متشکل از چند وزیر (با تأیید رئیس جمهور) قرار گرفته و این مصوبات در شمار مقررات عمومی و الزام‌آور برای عموم قرار می‌گیرد. علاوه‌بر صلاحیت مراجع سه‌گانه مذکور در اصل ۱۳۸ برای وضع آیین‌نامه،^۳ رئیس قوه قضاییه به اقتضای جایگاه و مسئولیت قانونی خود مقرر در اصول ۱۵۷ و ۱۵۸ و بنا به نظر تفسیری شورای نگهبان^۴ در حدود اختیارات مقرر در قانون اساسی اجازه وضع آیین‌نامه را دارد. افزون بر این، قانون اساسی صراحتاً صلاحیت مشارکت در وضع مقررات را برای برخی نهادها از جمله مجلس خبرگان رهبری (اصل ۱۰۸)، مجمع تشخیص مصلحت نظام (ذیل اصل ۱۱۲)، شورای عالی امنیت ملی (ذیل اصل ۱۷۶) و شوراهای اسلامی محلی (مستفاد از اصول ۷،

۱. نک: اصول ۴، ۸۵، ۹۱-۹۹ قانون اساسی

۲. زارعی، محمدحسین؛ شمس، عرفان، «در آمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، مجله تحقیقات

حقوقی، دوره شانزدهم، ۱۳۹۲، شماره ۶۲، ص ۱۷۱.

۳. آیین‌نامه‌نویسی و مقررہ‌گذاری در این نوشتار، به یک معنا به کار رفته‌اند. همچنین مراد از شورا، شورای نگهبان است مگر قرائن موجود در عبارت، دلالت دیگری داشته باشد.

۴. نظر تفسیری شماره ۱۰۹۰۲۹ به تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲۹: «بدیهی است رئیس قوه قضاییه نمی‌تواند برای دستگاه‌های خارج از این قوه آیین‌نامه وضع نماید، اما می‌تواند در حدود اختیارات مذکور در قانون اساسی، آیین‌نامه تصویب کند. در این صورت آیین‌نامه مصوب ایشان برای همه دستگاه‌ها لازم‌الاتباع است».

ذیل ۱۲، ۱۰۳ و ۱۰۵) را پیش‌بینی نموده است. رئیس مجلس شورای اسلامی نیز به موجب «تبصره ۷ ماده واحده قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ ق.ا.ج.ا. در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸/۱۰/۲۶» با اصلاحات بعدی، صلاحیت وضع آیین‌نامه در رابطه با اعمال نظارت بر مصوبات دولت موضوع اصول مذکور را دارد. موضوع قابل بحث و شایسته تأمل، وضع آیین‌نامه از جانب شورای نگهبان در راستای اجرای قوانین (عادی و اساسی) است که این مقررات دارای ماهیت و جایگاهی متفاوت با آیین‌نامه داخلی این شورا به عنوان متنی درون‌ساختاری به نظر می‌رسد. شورای نگهبان در رویه عملی به تصویب آیین‌نامه‌هایی همانند آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان (مصوب ۱۳۶۱) پرداخته که با توجه به محتوا و جایگاه اجرایی آن، تأثیراتی غیرقابل انکار بر نظام حقوقی دارند. درحالی‌که قانون اساسی درخصوص وضع آیین‌نامه توسط شورای نگهبان ساکت بوده و این نهاد را در شمار نهادهای صالح برای وضع قواعد حقوقی بیان نکرده است، اما وضع آیین‌نامه توسط این شورا در مقام عمل با توجه به کارکرد خطیری که شورا و آیین‌نامه‌های مصوب آن دارد، ابهامات و چالش‌هایی را درخصوص صلاحیت مقررات‌گذاری این نهاد پدید آورده است. ماهیت آیین‌نامه‌های مصوب شورا با توجه به واضع آنها و نیز نظارت‌پذیری آیین‌نامه‌های مصوب ازجمله چالش‌ها است. به منظور بررسی صلاحیت شورا در وضع آیین‌نامه باید نخست مبنا و قلمرو صلاحیت شورا در قانون اساسی و برخی قوانین عادی واکاوی شود. در فرض قائل شدن به صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی برای شورای نگهبان، لازم است دامنه موضوعی این صلاحیت روشن شود و آن‌گاه امکان یا عدم امکان نظارت بر این نوع آیین‌نامه‌ها و چگونگی آن نیز بحث شود. بدین ترتیب سوال اصلی این پژوهش چنین مطرح می‌شود که با عنایت به موقعیت شورای نگهبان در نظم کنونی حقوق اساسی ایران، مبنا و قلمرو و نظارت‌پذیری صلاحیت شورا در وضع آیین‌نامه چگونه تحلیل می‌شود. درخصوص مراجع واضع آیین‌نامه از منظر قانون اساسی و در حقوق اداری و همچنین در مورد قلمرو و محدوده صلاحیت این مراجع در وضع آیین‌نامه در کتب، مقالات و آثار حقوقی گوناگون، مطالب مفیدی طرح شده است. اما با تتبع در ادبیات موجود، اثر پژوهشی که به طور خاص و مستقل درخصوص صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان به صورت تحلیلی و جداگانه پرداخته باشد ملاحظه نشد؛ لذا موضوع این مقاله از این جهت نوآورانه است. تحلیل موضوع مبتنی بر نگاه درون‌گفتمانی به مبانی نظام حقوقی ایران و نیز توجه به رویه تجربه شده، از دیگر ابعاد ابتکاری این نوشتار است.

برای نیل به پاسخ به پرسش تحقیق، نخست به صورت توصیفی تحلیلی، مبنای صلاحیت آیین نامه نویسی شورا از حیث ذاتی یا تبعی بودن این صلاحیت با تتبع در قانون اساسی و برخی قوانین عادی بررسی شده است. در ادامه پژوهش، به بررسی قلمرو و حدود صلاحیت مذکور به منظور روشن شدن دامنه آن پرداخته شده و نهایتاً در بخش دوم نیز، امکان یا عدم امکان نظارت بر این نوع آیین نامه ها و چگونگی اعمال این نظارت تحلیل شده است.

گفتار نخست. مبنای صلاحیت شورا در وضع آیین نامه در نظم کنونی حقوق اساسی

برای تبیین صلاحیت آیین نامه نویسی شورای نگهبان، ابتدا لازم است مبنا و قلمروی این صلاحیت به لحاظ موضوعی و حکمی و الزاماتی که باید رعایت شود، بررسی شود.

آیین نامه، قواعد کلی لازم الاجرائی است که مقامات اداری در حدود صلاحیت خویش وضع می کنند؛ در واقع «آیین نامه، قواعدی است که برای افراد به طور عام و عینی ایجاد حق و تکلیف می کند»^۱. تفاوت بین قانون و آیین نامه در واضع آنهاست؛ بدین ترتیب که «قانون توسط قانون گذار و آیین نامه توسط یک مقام اداری و اجرایی وضع می شود»^۲. «وضع آیین نامه گاهی به حکم صریح قانون گذار و گاهی به طور ضمنی و یا به اعتبار اختیار ناشی از مسئولیت اداری از سوی مقامات و مراجع صلاحیت دار اجرایی صورت می گیرد»^۳؛ بنابراین «آیین نامه از لحاظ ماهوی با قانون یکی بوده، چراکه هر دو به وضع قاعده لازم الاجرا به صورت عام و عینی می پردازند»^۴. «آیین نامه و قانون از لحاظ صوری هم متفاوت بوده؛ آیین نامه ناشی از قوه مجریه است ولی قانون ناشی از قوه مقننه است. بدین ترتیب آیین نامه عملی اداری و قانون عمل تقنینی محسوب می شود. به همین خاطر، قانون می تواند آیین نامه را لغو کند و یا

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص ۳۲۴.

۲. رضایی زاده، محمد جواد، حقوق اداری ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۶۵.

۳. موسی زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۵۱.

۴. فلاح زاده، علی محمد، تفکیک تقنین و اجراء، تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، تهران: انتشارات تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۹۱، ص ۲۱۳.

آن را تغییر دهد ولی آیین‌نامه نمی‌تواند قانون را تغییر دهد و یا لغو کند»^۱.

بند اول: صلاحیت وضع آیین‌نامه توسط مراجع مقرر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی

با کاوش در قانون اساسی مشخص می‌شود که تهیه و تدوین آیین‌نامه از اختیارات خاص قوه مجریه محسوب می‌شود. اصل ۱۳۸ قانون اساسی وضع آیین‌نامه را در صلاحیت قوه مجریه ذکر کرده که مقامات اجرایی برای انجام وظایف و اختیارات اداری و همچنین برای انتظام‌بخشی به روابط اجتماعی و امور عمومی به وضع آن اقدام می‌نمایند. در واقع وضع آیین‌نامه توسط قوه مجریه یک امر ضروری برای اداره امور کشور است. علاوه‌بر مواردی که هیئت‌وزیران و یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت‌وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع آیین‌نامه بپردازد.

بنابراین قوه مجریه به عنوان بازوی اجرایی کشور، مسئولیت اجرای قوانین و اداره امور اجرایی را عهده‌دار است که در بسیاری از موارد تصمیمات بدیع و جدید اتخاذ می‌نماید. از سوی دیگر، قوه مجریه دارای «قدرت نظامنامه‌ای» است. «یعنی با تصویب آیین‌نامه‌های ماهوی و یا تصویب‌نامه‌ها، خود تصمیم قابل‌اجرا می‌گیرد».^۲ آیین‌نامه بر دو قسم اجرایی و مستقل است. قسم اول مجموعه مقرراتی است که «مقام صلاحیت‌دار اداری با اجازه و بنا به دعوت صریح یا ضمنی قانون‌گذار برای تکمیل یا تشریح قانون مصوب، وضع می‌کنند».^۳ وضع آیین‌نامه اجرایی از سوی واضع آن نباید مخالف قانون مصوب باشد و یا اینکه واضع، وارد صلاحیت خاص قانون‌گذاری شود یا موجب محدودیت حقوق ناشی از قانون گردد یا تکالیفی مضاعف بر تکالیف قانونی پیش‌بینی نماید؛ بنابراین باید در چهارچوب قانون مصوب، مقرراتی

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص ۳۲۴.

۲. قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۲۳۴.

۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۱، ص ۳۲۵.

صرفاً اجرایی وضع شود تا آن قانون قابلیت اجرا پیدا کند. قسم دیگر آیین‌نامه، آیین‌نامه مستقل است که از طرف مقامات اداری (هیئت‌وزیران، کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر و هریک از وزرا) در اجرای وظایف خود بدون اینکه از جانب قانون‌گذار مجاز شده باشند وضع می‌شود. وضع آیین‌نامه مستقل با توجه به مسئولیتی است که قانون اساسی برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری برعهده مقامات اداری قرار داده است؛ بنابراین آیین‌نامه مستقل «مربوط به قانون معین یا اجرای قانون معینی نیست و ناشی از ماهیت وظایف اجرایی قوه مجریه است».^۲

بر اساس قانون اساسی، مفاد آیین‌نامه نباید با متن و روح قوانین و مقررات عمومی کشور مخالف باشد؛ بنابراین آیین‌نامه زمانی اعتبار قانونی دارد که دارای شرایط ماهوی و شکلی (صوری) لازم باشد. به لحاظ ماهوی علاوه بر اینکه آیین‌نامه باید از طرف مقامات صلاحیت‌دار اداری صادر شود، نباید در صلاحیت و ویژه‌مقتن و ناقض قانون اساسی و قوانین عادی باشد. همین‌طور آیین‌نامه باید شرایط شکلی از قبیل کتبی بودن، مورخ و ممضی بودن را دارا بوده و از طرق مناسب و با وسایل مقتضی به آگاهی عموم برسد؛ چراکه در حکم قانون بوده و برای افراد ایجاد حق و تکلیف می‌نماید. بر انواع آیین‌نامه (علاوه بر نظارتی درونی و سلسله‌مراتبی) دو نوع نظارت قابل اعمال است؛ نظارت رئیس مجلس که به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آنها با قوانین و مقررات عمومی کشور صورت می‌گیرد تا در صورتی که آنها را بر خلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیئت‌وزیران بفرستد. نوع دیگر، نظارت قضایی (دقیق‌تر، بازبینی قضایی) است که توسط دیوان عدالت اداری مطابق با اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی بر عدم مخالفت آیین‌نامه‌های دولتی با قوانین و مقررات اسلامی یا عدم خروج آنها از حدود اختیارات اعمال می‌شود.

بند دوم: وضع آیین‌نامه توسط سایر مقامات و نهادهای اساسی

برخی به درستی بیان کرده اند که «با استناد به اصول حقوقی و مقتضیات اعمال اداری، وضع آیین‌نامه نه تنها منحصر به قوه مجریه، بلکه هر جا عمل اداری و اداره مطرح باشد، امکان و جواز وضع آیین‌نامه نیز وجود دارد».^۲ پرسش اینجاست که آیا حکم اصل ۱۳۸ دارای مفهوم حصری است و این مفهوم در صدد نفی صلاحیت سایر

۱. همان، ص ۳۲۸.

۲. راسخ، محمد، وضع مقرر در قوه قضاییه، تهران: انتشارات دراک، ۱۳۹۴، صص ۶۵-۶۶.

مقامات در این خصوص است؟ به عبارت دیگر، از آنجاکه اصل ۱۳۸ مقامات صالح برای آیین‌نامه‌نویسی در قوه مجریه را نام برده، این صلاحیت را می‌توان برای دیگر مقامات و نهادها نیز قائل شد؟

اصل ۱۳۸ جهات وضع آیین‌نامه را برشمرده که عبارت‌اند از: انجام وظایف اداری، تأمین اجرای قانون و تنظیم سازمان‌های اداری. این جهات را می‌توان برای نهاد و مقامات دیگری به جز هیئت‌وزیران و وزرا نیز در راستای انجام وظایف مقرر و در چهارچوب اختیارات مقرر قانونی قائل شد. از جمله مقاماتی که اختیارات و صلاحیت‌های آنها، اختصاصی بوده و نمی‌توان این صلاحیت و اختیارات را با رویکردی کلی به مقامات مصرح در اصل ۱۳۸ واگذار کرد، رئیس‌جمهور و رئیس‌قوه قضاییه است. مسئولیت اجرای قانون اساسی به موجب اصل ۱۱۳ برعهده شخص رئیس‌جمهور گذاشته شده که هرچند به عقیده برخی «این وظیفه به‌عنوان رئیس‌کشور (حداقل در بخشی که به مقام رهبری واگذار نشده) برای رئیس‌جمهور پیش‌بینی شده نه به عنوان رئیس‌قوه مجریه»^۱. اما با توجه به نظر تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲ شورای نگهبان،^۲ به نظر می‌رسد قلمرو مسئولیت اجرای قانون اساسی و آنچه که در اصل ۱۱۳ مقرر شده، مختص به قوه مجریه به معنای اخص است.^۳ تصور صلاحیت وضع آیین‌نامه برای رئیس‌جمهور را می‌توان از تعبیر ماده ۱۴ «قانون تعیین حدود و وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست‌جمهوری مصوب ۱۳۶۵» دریافت. طبق این ماده «در صورت توقف یا عدم اجرای اصلی از اصول قانون اساسی، رئیس‌جمهور در اجرای وظایف خویش برای اجرای قانون اساسی به نحو مقتضی اقدام

۱. واعظی، مجتبی، **گفتارهایی در حقوق اداری**، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶، ص ۹۰.

۲. نظر تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۲ شورای نگهبان: ۱- مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی آن است که مقصود از مسئولیت اجرا در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است. ۲- مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی تشخیص برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضاییه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آنها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است. ۳- در مواردی که به موجب قانون اساسی رئیس‌جمهور حق نظارت و مسئولیت اجراء ندارد، حق ایجاد هیچ‌گونه تشکیلاتی هم ندارد.

۳. به بیان دیگر، اختیارات ناشی از مسئولیت اجرای قانون اساسی، در حوزه صلاحیتی رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس‌قوه مجریه به معنای اخص است و این اختیارات را باید از نوع مضیق در نظر گرفت؛ چراکه تلقی

می‌نماید...^۱ از جمله «اقدامات مقتضی» رئیس‌جمهور می‌تواند وضع آیین‌نامه الزام‌آور باشد؛ علاوه بر این، رئیس‌جمهور به اقتضای ریاست بر قوه مجریه و هیئت وزیران موضوع اصول ۱۱۳ و ۱۳۴ می‌تواند در راستای اجرای این اصل، با وضع آیین‌نامه به سازماندهی امور و اجرای وظایف اداری اقدام نماید.

رئیس قوه قضاییه نیز در راستای وظایف مقرر در اصول قانون اساسی^۲ می‌تواند به اتخاذ تصمیمات موردی و عام‌الشمول یا همان آیین‌نامه اقدام نماید. مطابق اصل ۱۵۸، ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به عهده ایشان است که می‌تواند به صدور آیین‌نامه تشکیلاتی و سازمان‌دهنده خدمات عمومی در حوزه صلاحیت قوه قضاییه نیز منجر شود. با پیش‌بینی حق وضع آیین‌نامه برای دیگر مقامات و نهادها در قوانین متعدد^۳ می‌توان نتیجه گرفت که مقاماتی غیر از مقامات مقرر در اصل ۱۳۸ صلاحیت وضع آیین‌نامه، البته در چهارچوب وظایف قانونی، دارند و شورای نگهبان نیز با تأیید قوانین مذکور، موافقت و دست کم عدم مخالفت خود را در این باره اعلام نموده است.

بند سوم: صلاحیت وضع آیین‌نامه توسط شورای نگهبان به استناد قوانین

اصل ۹۱ به عنوان اصل پایه‌گذار نهاد شورای نگهبان در قانون اساسی، به کارویژه این نهاد یعنی صلاحیت رسیدگی به مصوبات مجلس به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی اشاره دارد. در کنار وظیفه پاسداری تقنینی از قانون اساسی، امر نظارت بر انتخابات نیز به دلیل اهمیت موضوع، به شورای نگهبان واگذار شده که قانون اساسی در اصل ۹۹ با هدف تضمین صحت و سلامت و قانونی بودن انتخابات،

۱. شورای نگهبان در نظر شماره ۶۰۶۱ مورخ ۱۳۶۵/۳/۱ در خصوص طرح تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست‌جمهوری ایران مصوب ۱۳۶۵/۲/۱۶ مجلس شورای اسلامی در مورد این ماده که البته در طرح مذکور به عنوان ماده ۱۷ درج شده بود و صرفاً به برخی از اقدامات اشاره کرده بود، این‌گونه نظر داده است: «مستفاد از قانون اساسی این است که رئیس‌جمهور در مورد توقف یا عدم توقف اجرای اصول قانون اساسی به هر نحو مقتضی بداند عمل می‌نماید و حصر مذکور در این ماده مغایر قانون اساسی است». به این ترتیب قید «به نحو مقتضی» در ماده ذکر می‌شود.

۲. اصول ۱۵۶-۱۵۸، ۱۶۱، ۱۶۴، ۱۷۳ و ۱۷۴.

۳. از جمله ماده ۲۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۲ ماده ۳۰ یا ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که به صلاحیت رئیس قوه قضاییه برای وضع و تصویب آیین‌نامه دلالت دارد.

نظارت این نهاد را پیش‌بینی کرده است. بر اساس این اصل: «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست‌جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را برعهده دارد». همان‌طور که پیش‌ازاین اشاره شد شورای نگهبان در راستای این نظارت و به موجب تجویز قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری مبادرت به تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی نموده است؛ لذا اگرچه قانون اساسی در مورد اعطای صلاحیت وضع آیین‌نامه به شورای نگهبان تصریحی ندارد، این شورا با توجه به اینکه از وضع آیین‌نامه در قانون اساسی منع نشده، در راستای اجرای تکالیف مقرر در قانون اساسی و به‌ویژه در اعمال نظارت بر انتخابات به وضع آیین‌نامه اقدام نموده که با توجه به محتوا و جایگاه اجرایی، این آیین‌نامه‌ها تأثیراتی انکارناپذیر دارند. ضمن اینکه مفاد آیین‌نامه‌های مصوب شورای نگهبان به لحاظ ماهیتی تفاوتی با آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه ندارد.

بدین ترتیب که آیین‌نامه‌های مصوب شورای نگهبان همانند آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه برای تأمین اجرای قوانین وضع شده‌اند.

با سکوت قانون اساسی در رابطه با آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، این نهاد در تاریخ ۱۳۷۹/۴/۲۲ آیین‌نامه داخلی خود را تصویب کرد. «آیین‌نامه‌های داخلی هر نهادی دربردارنده ساختار و اختیارات همان نهاد است».^۱ ماده ۱ آیین‌نامه داخلی شورا مقرر کرده: «وظایف و اختیاراتی که به موجب اصول ۹۱ الی ۹۹ و دیگر اصول قانون اساسی و سایر قوانین برعهده شورای نگهبان قرار دارد به ترتیب مذکور در این آیین‌نامه اجرا می‌شود». بدین ترتیب این آیین‌نامه دربردارنده ساختار و ترتیبات شورا از جمله مسائل مربوط به اعضای شورا، چگونگی فعالیت و شرکت آنها در جلسات شورا، وظایف شورا، تعداد لازم برای تشکیل جلسات و تعطیلات و مرخصی‌ها است. در ماده ۲ آیین‌نامه موصوف بیان شده «کلیه آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های مربوط به وظایف و اختیارات این شورا در حدود قوانین به تصویب شورای نگهبان می‌رسد». طبق این ماده شورای نگهبان خود را مقام صالح برای وضع آیین‌نامه در راستای انجام وظایف و اختیاراتی که برعهده دارد اعلام نموده است.

۱. عباسی (لاهیجی)، بیژن، مبانی حقوق اساسی، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳، ص ۱۴.

از سوی دیگر برخی از قوانین و مقررات انتخاباتی نیز صلاحیت آیین نامه نویسی را به عهده شورای نگهبان نهاده است. همانند «آیین نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۰/۰۴/۲۳» که در راستای اعمال ماده ۱۱ «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۰/۰۴/۱۰» توسط این شورا به تصویب رسیده است. همچنین ماده ۹ «قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری» اصلاحی ۱۳۶۱/۰۵/۱۲ مقرر کرده که آیین نامه اجرایی این قانون به تصویب شورای نگهبان برسد.^۱ قانونگذار با ذکر کلیات و ارکان اصلی انتخابات در قانون موصوف، ضمن پیش بینی ماده ۹ پیش بینی جزئیات اجرای این قانون را به وضع آیین نامه احاله کرده^۲ که شورای نگهبان برای اعمال قوانین فوق و سامان دهی امور و «تعیین جزییات نظارت و تکالیف ناظرین در چهارچوب قانون اساسی و قانون مصوب مجلس»^۳ به وضع آیین نامه اجرایی مبادرت نموده است. شورای نگهبان آیین نامه های دیگری تحت عناوین متفاوت به تصویب رسانده؛ از جمله «تعریف، معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست جمهوری مصوب ۱۳۹۶/۱۰/۲۰» که در راستای اجرای جز ۵ بند ۱۰ سیاست های کلی انتخابات به تصویب این شورا رسیده است.^۴

آیین نامه «نحوه اطلاع رسانی شورای نگهبان» که در تاریخ ۱۳۹۲/۷/۱۷ به تصویب شورا رسیده را می توان در زمره آیین نامه های مستقل قلمداد کرد. «آیین نامه مستقل، آیین نامه ای است که از طرف مقام صالح جهت اجرای وظایف خود رأساً و بدون دستور صریح یا ضمنی قانونگذار وضع می گردد».^۵ در واقع «در تدوین این نوع آیین نامه، قانون خاصی مبنای کار نیست بلکه این آیین نامه متکی به مقتضیات اجرایی است و امری

۱. ماده ۹: مجری انتخابات مجلس خبرگان، وزارت کشور است. آیین نامه اجرایی انتخابات به پیشنهاد وزارت کشور به تصویب شورای نگهبان خواهد رسید.

۲. بنا به ماده ۹، شورای نگهبان آیین نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان را در تاریخ ۱۳۶۱/۷/۱۸ به تصویب رسانده است.

۳. مدنی، جلال الدین، (۱۳۶۶)، **حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران**، قم: انتشارات سروش، ۱۳۶۶، ص ۹۵.

۴. در مقاله حاضر مجالی برای بحث در خصوص ماهیت این تعریف نیست.

۵. مزارعی، غلامحسین، **جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان**، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۳۳.

تدبیری برای اجرای صحیح امور محسوب می‌شود.^۱ این آیین‌نامه شورای نگهبان، به ضوابط نحوه اطلاع‌رسانی عمومی در خصوص تصمیمات، مواضع و سایر اموری که شورای نگهبان لازم تشخیص می‌دهد^۲ پرداخته است. وضع آیین‌نامه مستقل از سوی شورای نگهبان ناشی از ماهیت وظایف شورای مذکور است؛ این شورا همانند هر نهاد دیگری، اهدافی را دنبال می‌کند که ممکن است قوانین در مورد برخی از اهداف حکمی نداشته باشد؛ بنابراین شورا موجه می‌نماید که بتواند در راستای تحقق اهداف تعریفی خود، در چهارچوب اختیارات و در مواردی که در قلمروی اختصاصی قانون نیست، آیین‌نامه مستقل وضع نماید.

نکته مهم به لحاظ حقوق اداری این است که «آیین‌نامه مستقل در مواردی وضع می‌شود که قانون مصوب مجلس در این خصوص وجود ندارد».^۳ درواقع این آیین‌نامه بدون وجود یک قانون عادی وضع شده و از این لحاظ مستقل محسوب می‌شود. درمقابل، آیین‌نامه‌ای که بدون وجود یک قانون عادی و مستقیماً به استناد اصلی از اصول قانون اساسی، برای فراهم کردن زمینه اجرای قانون اساسی و وظایف مقرر وضع می‌شود، به نظر می‌رسد آیین‌نامه اجرایی باشد که در مقام اجرای تکالیف و مأموریت‌های مقرر در قانون اساسی وضع شده است. در آیین‌نامه اجرایی نمی‌توان حق و تکلیفی جدید، زائدبر آنچه مقنن مقرر داشته، ایجاد کرد؛ درحالی‌که آیین‌نامه مستقل چون مستند به قانون خاصی نیستند ممکن است حق و تکلیف جدید مقرر کرده که سایر نهادها و افراد را متعهد سازد. تکالیف ابرازشده از طریق آیین‌نامه مستقل وضع‌شده از سوی شورای نگهبان را می‌توان از مقتضیات وظایف و اختیارات این نهاد تلقی کرد. ضمن اینکه مفاد آیین‌نامه علاوه‌براینکه نباید مخالف متن و روح قوانین باشد (اصل ۱۳۸) به اقتضای اصل ۴ قانون اساسی باید بر اساس موازین اسلامی باشد؛ در غیر این صورت در عدم اعتبار آن تردیدی نیست. قانون اساسی درخصوص شمول صلاحیت این شورا نسبت به وضع آیین‌نامه حکم صریحی ندارد. می‌توان اظهار کرد که صلاحیت شورای نگهبان برای وضع آیین‌نامه، از لحاظ قانون اساسی، صلاحیت ذاتی نبوده بلکه این صلاحیت در پرتو قانون عادی به شورا اعطا شده و از این جهت که

۱. هاشمی، محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۳۲۰.

۲. ماده ۱ آیین‌نامه نحوه اطلاع‌رسانی شورای نگهبان.

۳. امامی، محمد؛ استوارسنجری، کورش، حقوق اداری، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶، ص ۵۶.

صلاحیت اعطایی از سوی قانون اساسی نیست، صلاحیتی تبعی به‌شمار می‌رود. بدین ترتیب، از یک سو این صلاحیت چون متکی به قانون اساسی نیست، صلاحیتی تبعی تلقی می‌شود؛ اما از سوی دیگر، با توجه به پذیرش این صلاحیت برای شورا بنا به مقتضیات وظایف و اختیارات مقرر در قانون اساسی، می‌توان گفت شورا از این لحاظ صلاحیت ذاتی برای وضع آیین‌نامه نیز دارد.

بنابراین ضمن اینکه قانون اساسی شورای نگهبان را از وضع آیین‌نامه منع نکرده اما می‌توان گفت این شورا صلاحیت وضع آیین‌نامه به‌عنوان ابزار لازم برای اعمال وظایف و اختیارات را داراست.

گفتار دوم. قلمرو و حدود صلاحیت شورا در وضع آیین‌نامه

پس از تعیین صلاحیت وضع آیین‌نامه و تبیین ابعاد حکم مقرر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی، ضروری است که محدوده و قلمرو صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان نیز تبیین شود. در همین راستا این پرسش مطرح می‌شود که آیا شورای نگهبان در خصوص آیین‌نامه‌نویسی صلاحیت مطلق داشته و می‌تواند در هر موضوع مبتلاهی به وضع آیین‌نامه بپردازد؟ به عبارت دیگر صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورای نگهبان از لحاظ موضوعی شامل چه موضوعاتی می‌شود و شورا در این راستا ملزم به رعایت چه مواردی است؟

بند اول. صلاحیت مقررده‌گذاری در راستای ایفای تکالیف انتخاباتی

در ابتدا برای پاسخ به سوال مطرح شده باید گفت اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصول ۹۱ تا ۹۹، بیانگر این است که شورای نگهبان از صلاحیت‌های متعددی از جمله تطبیق مصوبات با احکام اسلام و قانون اساسی، تفسیر قانون اساسی و نظارت بر انتخابات برخوردار است؛ اما این شورا در رابطه با انتخابات و در راستای انجام وظیفه مقرر در اصل ۹۹ و مطابق با قوانین موجود در این زمینه به تهیه و تصویب آیین‌نامه مبادرت نموده‌است.

در نظام حقوقی ایران، وظیفه نظارت بر انتخابات براساس اصل ۹۹ به نهاد شورای نگهبان واگذار شده ولی سازوکار و فرآیند این نظارت در قانون اساسی مشخص نیست؛ لذا شورای نگهبان در راستای انجام این وظیفه و برای اجرایی و محقق کردن امر نظارت بر انتخابات، مقرراتی در قالب آیین‌نامه تدوین کرده که «هدف از این آیین‌نامه‌ها، تسهیل و تشریح قوانین موضوعه است»^۱. از جمله این آیین‌نامه‌ها «آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان مصوب ۱۳۶۱/۷/۱۸ با اصلاحات بعدی» است که به استناد ماده ۹ «قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری مصوب ۱۳۵۹/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان با تصویب نهایی مقام رهبری با اصلاحات بعدی فقهای شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری» توسط فقهای شورای نگهبان

براساس اصل ۱۰۸ تصویب و سپس به تصویب نهایی رهبری رسید. این آیین‌نامه همان‌گونه که از نام آن پیداست به امور مربوط به انتخابات مجلس خبرگان رهبری پرداخته است. همین‌طور آیین‌نامه اجرایی «نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری مصوب ۲۳ و ۱۳۸۵/۱/۳۰» به استناد تبصره ۱ ماده ۹ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری به تصویب نهاد شورای نگهبان رسیده که عمده‌تاً به وظایف هیئت مرکزی نظارت پرداخته شده است. آیین‌نامه دیگری که به تصویب شورای نگهبان رسیده «آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» با ۴۰ ماده و ۳ تبصره در تاریخ ۱۳۶۰/۴/۲۳ است. شورای نگهبان با استناد به ماده ۱۱ «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۰/۴/۱۰ مجلس شورای اسلامی» اقدام به تهیه و تصویب این آیین‌نامه نموده است. تهیه و تصویب آیین‌نامه مذکور، این فرضیه که این شورا وضع آیین‌نامه در این خصوص را از صلاحیت ذاتی خود می‌داند، نیز تقویت می‌کند. دلیل اینکه شورای نگهبان این ماده را مغایر اصل ۱۳۸ اعلام نکرده، شاید ناشی از نظارت استصوابی است که این شورا بر انتخابات دارد؛ چراکه نظارت استصوابی بر امر انتخابات، زیر نظر مستقیم و با تصویب این شورا به عنوان نهاد ناظر انجام می‌شود. شورای نگهبان به تناسب وظایفی که قانون اساسی در رابطه با نظارت بر انتخابات برعهده او گذاشته و برای تحقق هدف قانون اساسی در رابطه با نظارت بر انتخابات و تضمین سلامت برگزاری آن و پذیرش مسئولیت صحت آن، صلاحیت وضع آیین‌نامه را برای خویش پذیرفته است.

۱. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۱۵۲.

شورا، این آیین‌نامه را که به استناد قانون فوق تصویب کرده، به انتخابات مجلس شورای اسلامی هم تسری داده است. این موضوع در حالی است که «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۵۹/۷/۳ کمیسیون داخلی مجلس» درباره تهیه و تصویب آیین‌نامه اجرایی این قانون توسط شورای نگهبان ساکت است. البته ماده ۲۰ قانون مذکور مقرر کرده: «چون طبق قانون اساسی نظارت بر انتخابات با شورای نگهبان است، هر قانون و آیین‌نامه و هرگونه تصمیم و نظارت که معارض یا مخالف با نظارت و تصمیم شورای نگهبان باشد اعتبار قانونی ندارد»؛ شاید بتوان گفت شورای نگهبان بر اساس اطلاق این ماده «آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» را به انتخابات مجلس شورای اسلامی هم تسری داده است.

از آنجاکه نظارت شورا بر انتخابات مستلزم بیان جزئیات و تفصیل موضوع است و می‌تواند به عنوان رکن ناظر جزئیات وظایف خود را مقرر کند، منطقی است که چگونگی اعمال نظارت را در قالب آیین‌نامه (اعم از آیین‌نامه اجرایی یا مستقل) و به عنوان ابزار اعمال نظارت پیش‌بینی نماید و به جهت اینکه نظارت بر انتخابات برعهده شورای نگهبان بوده و نهاد هم‌عرضی برای امر نظارت بر انتخابات متصور نیست، آیین‌نامه‌نویسی را می‌توان ازجمله صلاحیت برای شورا درنظر گرفت؛ هرچند قانون اساسی درخصوص صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی این نهاد تصریحی ندارد.

درخصوص آیین‌نامه‌های فوق، قلمرو صلاحیت آیین‌نامه‌نویسی شورا در راستای نظارت بر انتخابات است که بر هیئت مرکزی نظارت صورت می‌پذیرد. تبعاً نظارت شورای نگهبان مستلزم این است که سازوکار و فرآیند نظارت و انطباق تصمیمات و اقدامات مجریان را خود شورا به عنوان نهاد ناظر پی‌ریزی کند؛ همان‌گونه که شورا در «آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی» به بیان انتخاب، وظایف و نحوه عملکرد هیئت مرکزی نظارت پرداخته است.



بند دوم. آیین‌نامه‌نویسی ناظر به ساختار داخلی شورا و سایر تکالیف اساسی

علاوه‌بر آیین‌نامه‌های موصوف که به بیان وظایف و نحوه عملکرد هیئت مرکزی نظارت پرداخته و درواقع تکالیفی را متوجه این هیئت کرده، در آیین‌نامه داخلی شورا یا آیین‌نامه نحوه اطلاع‌رسانی شورای نگهبان الزاماتی مقرر شده که موجد حق و تکلیف برای نهادهایی غیر از شورا است. برای مثال ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورا مقامات و مراجع صالح استفسار را بیان می‌کند که تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع یا درخواست آنها صورت می‌گیرد.^۱ ماده ۱۹ مقرر کرده که: «... سوالات فقهی دیوان عدالت اداری و قضات درباره مغایرت قوانین و مقررات با شرع حسب مورد از طریق رئیس دیوان یا رئیس قوه قضاییه به شورای نگهبان ارسال می‌شود».

بدین ترتیب تکلیف ارسال سوالات فقهی در موارد مغایرت با شرع متوجه مقامات تصریح شده است. همین‌طور مطابق ماده ۲۰: «نظریات تفسیری شورای نگهبان به مرجع درخواست‌کننده تفسیر و رئیس جمهور اعلام می‌گردد و برای روزنامه رسمی و رسانه‌های همگانی فرستاده می‌شود»، بنابراین روزنامه رسمی و رسانه‌های همگانی موظف به انتشار نظریات تفسیری شده‌اند.

ماده ۳ آیین‌نامه داخلی شورا مقرر کرده: «شورای نگهبان دارای سازمان اداری می‌باشد که وظایف و اختیارات و نمودار تشکیلاتی آن به پیشنهاد دبیر شورا به تصویب شورای نگهبان می‌رسد». از طرف دیگر «قانون تشکیلات شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۷/۰۸/۱۰ مجلس شورای اسلامی» مقرر داشته: «شورای نگهبان می‌تواند به منظور انجام هرچه بهتر وظایفی که به موجب قانون اساسی بر عهده دارد تشکیلات خود را تهیه و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی به مرحله اجرا درآورد». طبق این قانون ایجاد هرگونه تشکیلات توسط شورای نگهبان منوط به تصویب مجلس است و بدین ترتیب، تشکیلات تهیه شده توسط شورای نگهبان توسط مجلس قابل نظارت و

۱. ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی: «تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع مقام معظم رهبری و یا درخواست رئیس جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی و رئیس قوه قضاییه و یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می‌گیرد».

تغییر است. با وجود این قانون، شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۸۶/۳۰/۲۱۹۳۴ مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ در پاسخ به استفسار عضو حقوقدان شورای نگهبان نسبت به مرجع تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی این شورا اعلام کرده: «مستفاد از اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی این است که تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آن است، برعهده خود این شورا می‌باشد».^۱ شورای نگهبان ضمن غیرالزامی تلقی کردن قانون موصوف، این نظر تفسیری را حاکم بر آن اعلام نمود.^۲

تفسیر قانون اساسی، «بیان دقیق و روشن مفاد قانون در جایی است که آن قانون فاقد وضوح کافی است؛ درواقع زمانی که مدلول هنجارهای مندرج در قانون به دلایلی از جمله ابهام، اجمال یا تعارض، مبهم جلوه می‌کند، تفسیر، آن هنجار را تبیین می‌کند»^۳ نظر تفسیری فوق، تصویب مقررات و ضوابط مربوط به وظایف شورای نگهبان را به عنوان «نهادی مستقل با کارویژه مشخص به منظور جلوگیری از تداخل قوا و ایجاد تعادل میان قوای حاکم»^۴ و همچنین برای حفظ و تضمین استقلال مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی این نهاد از قوای دیگر، برعهده شورا قرار داده تا به این ترتیب، شورای نگهبان در اعمال صلاحیت و در زمینه تأمین لوازم مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی وابسته به دیگر قوا نباشد.

۱. مجموعه نظرات تفسیری مشورتی قانون اساسی، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵، ص ۳۴۳.

۲. رجوع کنید به مکاتبه شورای نگهبان با دیوان محاسبات کشور قابل دسترسی در <http://nazarat.shora-rc.ir>. نکته قابل ذکر اینکه تفسیر قانون اساسی در زمره مهم‌ترین هنجارهای نظام حقوقی است که بر قوانین عادی و مآلاً سایر مقررات مادون قوانین عادی برتری دارد. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: «جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با متن قانون اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، محمد بهادری جهرمی، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱۴ صص ۶۷-۴۷.

۳. بهادری جهرمی، محمد، «جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با متن قانون اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، ص ۱۴.

۴. فتاحی زفرقندی، علی، شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات (تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن)، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷، ص ۱۲۱.

از یک طرف، مبنای نظر تفسیری مذکور را می‌توان مبتنی بر قاعده وجوب مقدمه واجب تلقی کرد؛ به این ترتیب که مقدمه ایفای صحیح تکالیف قانونی مقرر برای شورای نگهبان، برخورداری از صلاحیت تصویب ضوابط و مقررات مربوط است. از سوی دیگر، این شورا به عنوان نهادی که وظایف و مسئولیت‌هایی دارد باید بتواند جهت ایفای وظایف و مسئولیت‌ها به وضع آیین‌نامه نیز بپردازد. بدین ترتیب می‌توان قاعده مسئولیت فرع بر اختیار را مطرح و ادعا کرد که اگر نهاد و مرجعی، اختیار تصویب ضوابط و مقررات مربوط به وظایف خود را نداشته باشد، نمی‌توان او را پاسخگو دانست. به عبارت دیگر، اگر مسئولیتی متوجه نهادی باشد، مقتضای این مسئولیت در نظر گرفتن اختیارات متناسب با آن است تا از این طریق زمینه پاسخگویی آن نهاد فراهم شود.

نکته آنکه وضع آیین‌نامه مستقل از قانون عادی توسط شورای نگهبان در حوزه اختیارات و وظایف مصرح در قانون اساسی، مبتنی بر جایگاه ویژه نهاد پاسدار تقنینی قانون اساسی و لزوم استقلال نظامنامه‌ای آن توجیه می‌شود. استقلال ساختاری و کارویژه‌ای شورای نگهبان در برابر قوه مجریه، مانع از ورود آن قوه به تنظیم مقررات بنابرین شورای نگهبان نه به صورت مطلق، بلکه در حدود وظایف قانونی و حفظ استقلال ساختاری خویش می‌تواند به وضع آیین‌نامه اقدام نماید. این آیین‌نامه‌ها باید بر مدار قانون باشند؛ یعنی لازم است منطبق با قانون بوده یا لااقل مغایرتی با قانون نداشته باشند. به عبارت دیگر، آیین‌نامه‌ها زمانی قانونی و لازم‌الاجرا هستند که به لحاظ ماهیتی و شکلی شرایطی را داشته و الزاماتی نیز در آن رعایت شده باشد که پیش از این بیان شد. توقف شورا برای ایفای وظایف به وضع آیین‌نامه به تشخیص شورا، دیگر شرط ضروری برای وضع آیین‌نامه از طرف شورا است. همان‌طور که از نظر تفسیری مزبور هم استنباط می‌شود، چنانچه قانونی در مورد ایفای وظایف شورا به تصویب رسیده باشد آن قانون حاکم بر اقدامات و تصمیمات شورا است و شورا صلاحیت قانونگذاری ندارد. نظارت‌پذیری این دسته از آیین‌نامه‌ها، با توجه به مرجع واضح آن موضوعی است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد. شورا می‌شود.

گفتار سوم. امکان سنجی نظارت بر مصوبات شورای نگهبان

آنچه پس از اثبات صلاحیت شورای نگهبان در وضع آیین‌نامه‌های در حدود اختیارات، ضروری به نظر می‌رسد، بررسی امکان نظارت بر آیین‌نامه‌های صادرشده از سوی این نهاد در چرخه نظام حقوقی است. به عبارتی، با توجه به خصیصه نظارت‌گری شورای نگهبان، نظارت بر مصوبات این نهاد به منظور جلوگیری از وقوع این مغایرت چگونه امکان‌پذیر خواهد بود؟

پیش از بررسی امکان نظارت بر آیین‌نامه‌های صادرشده، می‌توان به این مورد اشاره داشت که هم‌راستا با اثرات درون و برون‌سازمانی مصوبات شورا دو گونه نظارت درونی و بیرونی نیز می‌توانند مدنظر قرار گیرند.

بند اول. نظارت درونی قابل اعمال توسط شورا

به‌مانند قوانین، صدور مصوبات مختلف با اثرگذاری عام از جانب شورای نگهبان، قبل از آنکه مشمول هرگونه نظارت قرار گیرند، از ابتدا با محدودیت‌های شکلی و ماهوی روبه‌رو خواهند بود. ضرورت رعایت شرایط شکلی و ماهوی همانند کتبی، مورخ یا ممضی بودن، صلاحیت مرجع واضع، عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی، اطلاع‌رسانی همگانی و مانند آن به منظور رسمیت‌یافتن مصوبات، خود گونه‌ای کنترل و نظارت درون‌ساختاری یا خودکنترلی از سوی از ورود آن قوه به تنظیم مقررات شورا می‌شود.

مصوبات، خود گونه‌ای کنترل و نظارت درون‌ساختاری یا خودکنترلی از سوی شورا را طلب می‌کند که این امر با دقت در نقش و گستره اختیارات شورا در اصول متعدد قانون اساسی و نیز ترکیب تخصصی و عادل بودن اعضای شورا، مورد انتظار و قابل تحقق به نظر می‌رسد؛ به عبارت دیگر، شورای نگهبان که خود نهاد ناظر بر مصوبات گوناگون است نمی‌تواند آیین‌نامه‌هایی را وضع نماید که مغایر با شرع یا قانون یا خارج از قلمرو صلاحیت باشند که در صورت صدور چنین مصوباتی همانند سایر مقررات، به مصوبه مورد نظر به کلی ترتیب اثر داده نمی‌شود.

بند دوم. نظارت بیرونی قابل اعمال بر شورا

با فرض عدم تحقق نظارت درونی و یا مغایرت آیین‌نامه‌های مصوب از سوی شورا با شرع و قانون، باید بتوان آنها را مورد کنترل و نظارت قرار داد. در این موضع می‌توان نظارت‌های برون‌ساختاری یا کنترل مصوبات از سوی نهادهای خارج از شورای نگهبان را مطرح نمود که مطابق با قانون اساسی رسیدگی به شکایات از آیین‌نامه‌ها را بر عهده دارند.

مطابق بند ۳ اصل ۱۵۶ «نظارت بر حسن اجرای قوانین» که یکی از وظایف قوه قضاییه است، صلاحیت این قوه برای کنترل اعمال اداری نیز قابل استنباط است؛ قوه قضاییه این صلاحیت را از طریق محاکم عمومی دادگستری (اصول ۶۱ و ۱۵۹)، دیوان عدالت اداری (۱۷۳) یا سازمان بازرسی کل کشور (اصل ۱۷۴) اعمال می‌کند. «اصولاً محاکم عمومی صلاحیت رسیدگی به دعاوی اشخاص نسبت به اعمال اداری را ندارند؛ چراکه با وجود دیوان عدالت اداری، نظارت محاکم عمومی دادگستری منتفی است».^۱ فلسفه وجودی سازمان بازرسی کل کشور براساس حق نظارتی است که قوه قضاییه نسبت به اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری داراست که در صورت «مشاهده سوءجریان‌ات اداری و مالی و جرم در نهادهای مشمول بازرسی، حسب مورد به مقامات و مراجع اداری و انضباطی مربوط و مراجع قضایی صالح گزارش می‌دهد».^۲ دیوان عدالت اداری در نظام قضایی ایران از این نظر که مغایر با قوانین یا موازین شرعی یا خارج از حدود اختیارات نبوده و حقی از شهروندان ضایع نکنند، متصدی اعمال نظارت بر مصوبات دولتی است. اصل ۱۷۳ به عنوان اصل پایه‌گذار دیوان عدالت اداری در قانون اساسی در مقام تبیین گستره صلاحیت دیوان مقرر کرده: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند».

۱. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، **حقوق اداری**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶، ص ۸۹.

۲. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: انتشارات دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۳۰۴.

اصل ۱۷۰ مقرر داشته: «قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارت قوه مجریه است خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات از دیوان عدالت اداری تقاضا کند». بنا به این اصل، «قضات دادگاه‌ها مکلف شده‌اند از التزام به این‌گونه از مقررات خودداری نمایند؛ چراکه قضات، مرجع ابطال نیستند و ابطال در صلاحیت دیوان عدالت اداری است».^۱ اصطلاح دولت در اصل ۱۷۳ دلالت بر دولت به معنای عام و به عبارتی نهادهای حاکمیتی عهده‌دار امر اداری دارد؛ چراکه «هدف از تأسیس دیوان عدالت اداری، در راستای حمایت از حقوق مردم در مقابل دولت به معنای اعم است».^۲ درواقع دیوان برای احقاق حق مردم، صلاحیت رسیدگی به مقررات مصوب همه نهادهای اعم از قوه مجریه و سایر قوا و دیگر نهادهای را دارد.

اما تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^۳ مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان را از شمول صلاحیت هیئت عمومی دیوان خارج کرده است. درحالی‌که «براساس نظریه اعمال اجرایی در حقوق اداری، مصوبات و تصمیم‌گیری‌های اداری از قبیل آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها و تصمیمات اداری که از سوی این شورا صادر می‌شود، قابل نظارت قضایی دیوان است».^۴ آیین‌نامه‌هایی که شورای نگهبان به تصویب رسانده، ماهیتی اداری همچون آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه دارد که برای تأمین اجرای قوانین وضع شده‌اند. بدین ترتیب مقررگذاری شورا جزء اعمال اداری و نه سیاسی، محسوب می‌شود که با استناد به اصل حاکمیت قانون باید تحت نظارت قضایی دیوان قرار گیرد. درواقع دیوان بر حسب وظیفه اختصاصی خویش که رسیدگی به مصوبات دولت در راستای احقاق حق مردم است، اقدام می‌نماید و پذیرش این نظارت تنافری با استقلال ساختاری و کارکردی شورا ندارد. بدین‌خاطر که دیوان عدالت اداری در اعمال صلاحیت‌های

۱. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، **حقوق اداری**، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶، ص ۹۱.

۲. مولابیگی، غلامرضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۵، ص ۱۰۵.

۳. تبصره ماده ۱۲: «رسیدگی به تصمیمات قضایی قوه قضاییه و صرفاً آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات رئیس قوه قضاییه و مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان و شورای عالی امنیت ملی از شمول این ماده (ماده ۱۲) خارج است».

۴. مشهدی، علی، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی**، تهران: انتشارات

اختصاصی شورا مانند نظارت بر انتخابات یا تطبیق مصوبات با موازین اسلامی و قانون اساسی اساساً مداخله‌ای ندارد. نظارت دیوان عدالت اداری، از سویی تضمینی جهت قانونمندی شورا در وضع مقرره خواهد بود و از سوی دیگر پذیرش این نظارت مبین عمل به قانون و اصل ۱۷۳ است. به بیان دیگر، وقتی اعطای صلاحیت وضع آیین‌نامه برای شورای نگهبان در راستای انجام وظایف مقرر در قانون اساسی امری مطلوب ارزیابی شود، پاسخگویی شورا در مقابل چنین صلاحیتی نیز مطلوب و قابل مطالبه است. همان‌طور که پیش‌بینی بازبینی قضایی بر مصوبات قوه مجریه ناقض استقلال قوا و مسئولیت‌پذیری نهادهای اداری نیست، پذیرش صلاحیت دیوان عدالت اداری بر نظارت بر آیین‌نامه‌های مصوب شورای نگهبان، نافی استقلال عملکرد این شورا نخواهد بود.

اگر طبق نظر تفسیری شماره ۳۰۸۳/۹۳۸۷ به تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱ شورای نگهبان^۱، تعبیر «دولتی» در اصل ۱۷۰ را قوه مجریه بدانیم^۲ و بنا به صراحت تبصره ماده ۱۲ قائل به عدم صلاحیت دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به مصوبات و تصمیمات شورا باشیم، استناد به اصل ۱۵۹ و یا ۳۴ دلالتی برای اثبات مرجعیت رسمی دادگستری در رسیدگی به تظلمات و شکایات و صلاحیت رسیدگی به مصوبات شورا را در پی نخواهند داشت. عمومات صلاحیتی و ساختاری قوه قضاییه، مقرر در اصول یادشده و دیگر اصولی همچون اصول ۶۱ و ۱۵۶، با تعبیه مرجعی اختصاصی در بدنه قوه قضاییه به نام دیوان عدالت اداری موضوع اصل ۱۷۳ برای رسیدگی تخصصی به دعاوی اداری علیه نهادهای حکمرانی تخصیص خورده است. ساده آنکه اگر بنا باشد مرجعی در قوه قضاییه به این موضوع رسیدگی قضایی کند، دیوان عدالت اداری است و این مفهوم، صلاحیت اختصاصی است؛ دقیقاً همان‌طور که اصل ۱۷۲ در مورد جرائم مربوط به وظایف خاص نظامی و انتظامی مرجعی اختصاصی در بدنه قوه قضاییه ایجاد کرده است.

نظارت بر اعمال اداری شورا در راستای اصول کلی حقوق اداری از جمله اصل قانونی بودن است؛ «اصلی بنیادین در حقوق اداری که اصول دیگر از قبیل اصل صلاحیت،

۱. نظر تفسیری شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱ شورای نگهبان: «با توجه به قرینه «قوه مجریه» در قسمت اخیر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی مقصود از تعبیر دولتی در این اصل قوه مجریه است».

۲. روشن است که این اصل نه در مقام بیان قلمرو و حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری بلکه در مقام تبیین تکلیفی برای قضات دادگاه‌ها است.

اصل مسئولیت، اصل اقتدار در پرتو همین اصل تحلیل می‌شود.^۱ این اصل اختیارات مقامات عمومی را چهارچوب‌بندی نموده که رعایت آن از سوی مقامات عمومی و اداری از لوازم تبلور دولت قانونمدار تلقی می‌شود. آیین‌نامه‌های مصوب شورا از نظر جایگاه و ارزش حقوقی بعد از قانون اساسی و قوانین عادی قرار می‌گیرند؛ بنابراین نباید خلاف قوانین باشد. به همین لحاظ وجود یک مرجع قضایی برای کنترل و نظارت بر این‌گونه آیین‌نامه‌ها ضروری است.

نتیجه و پیشنهادها

قانون اساسی برای شورای نگهبان به عنوان نهادی مستقل در نظام حقوق اساسی ایران صلاحیت‌ها، وظایف و اهدافی مهم ترسیم می‌کند که با وجود احصاء وظایف و اختیارات این شورا، به نظر می‌رسد، قانون اساسی از تصریح به برخی دیگر از صلاحیت‌های این نهاد غافل مانده است. یکی از صلاحیت‌های مغفول، صلاحیت وضع آیین‌نامه از سوی شورای موصوف است. وضع آیین‌نامه هرچند به طور صریح در زمره وظایف و اختیارات این نهاد قرار نگرفته، اما این شورا در راستای اجرای قوانین به وضع آیین‌نامه اقدام نموده است. آیین‌نامه‌های مصوب شورا جایگاهی متفاوت با آیین‌نامه داخلی این شورا داشته که با توجه به محتوا و جایگاه اجرایی آن، تأثیراتی غیرقابل‌انکار بر نظام حقوقی دارند که همین موضوع باعث پدیداری ابهامات و چالش‌هایی شده است. با توجه به اینکه این شورا از وضع آیین‌نامه در قانون اساسی منع نشده، در راستای اجرای تکلیف مقرر و به‌ویژه در انجام نظارت بر امر انتخابات (اصل ۹۹) با هدف تضمین صحت و قانونی‌بودن انتخابات، مبادرت به تدوین آیین‌نامه نموده است. بدین ترتیب که شورا با توجه به قوانین و مقررات انتخاباتی، برای اعمال قوانین و سامان‌دهی امور و همچنین تعیین جزئیات نظارت و تکالیف ناظرین در چهارچوب قانون اساسی و قوانین مصوب مجلس، به وضع آیین‌نامه اجرایی پرداخته است. شورای نگهبان بنا به مقتضیات وظایف و اختیارات و همچنین در راستای تحقق اهداف تعریف‌شده، به تدوین آیین‌نامه مستقل پرداخته است. آیین‌نامه‌های مصوب شورای نگهبان، همانند آیین‌نامه‌های مصوب قوه مجریه برای تأمین اجرای قوانین وضع شده‌اند؛ بنابراین شورا برای وضع آیین‌نامه دارای

۱. هداوند، مهدی؛ مهدی، علی، **اصول حقوق اداری** (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵.

صلاحیت مطلق نبوده و نمی‌تواند در هر موضوع مبتلا بهی اقدام به وضع آیین‌نامه نماید. به عبارت دیگر، شورا در محدوده صلاحیت‌های مقرر شده در قانون اساسی (به‌ویژه اصول ۴ و ۹۱-۹۹) و قوانین عادی می‌تواند به وضع آیین‌نامه پردازد که این آیین‌نامه‌ها باید شرایط شکلی و ماهوی لازم را داشته باشد. شورا باید برای وضع آیین‌نامه، حدود مقرر در قانون اساسی را رعایت کرده و در حیطه صلاحیت و اختیاراتی که قانون پیش‌بینی کرده اقدام نماید. همچنین این شورا برای مقررگذاری و وضع مصوبات نباید به حوزه تخصصی قوای مقننه و مجریه ورود کند.

نظارت قضایی بر مصوبات شورا به منظور تضمین رعایت قوانین برتر و رعایت حقوق و آزادی‌های عمومی صورت می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران با پذیرش اصل نظارت قضایی، دیوان عدالت اداری، صلاحیت نظارت بر مصوبات شورا را نیز دارد. این نظارت نافی استقلال شورا نیست؛ بلکه لازمه تضمین قانون‌مداری و عمل به اصل ۱۷۳ قانون اساسی، پذیرش چنین نظارتی است.

تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که رسیدگی به شکایت از مصوبات شورای نگهبان را از شمول نظارت هیئت عمومی دیوان خارج کرده است، قابل انتقاد و برخلاف مفاد اصل ۱۷۳ قانون اساسی ارزیابی می‌شود.

ازجمله چالش‌های نظارت‌پذیری مصوبات شورای نگهبان که اقتضای تأمل بیشتر دارد آن است که با عنایت به اینکه شورای نگهبان خود مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی است، با چه مبانی توجیهی می‌توان تشخیص دیوان عدالت اداری مبنی بر مغایرت مصوبه شورای را با قانون اساسی پذیرفت. در حوزه گستره موضوعی صلاحیت مقررات‌نویسی شورای نگهبان این پرسش شایسته بررسی است که نحوه و معیار تشخیص موضوعاتی که شورای نگهبان می‌تواند درخصوص آنها وضع مقرر کند به‌ویژه در همجواری با صلاحیت عام قانونگذاری مجلس چیست؟

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کورش، (۱۳۹۶)، حقوق اداری، جلد دوم، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۲. راسخ، محمد، (۱۳۹۴)، وضع مقرر در قوه قضاییه، چاپ نخست، تهران، انتشارات دراک.
۳. رضایی زاده، محمدجواد، (۱۳۸۷)، حقوق اداری ۱، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، (۱۳۹۱)، حقوق اداری، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات سمت.
۵. عباسی (لاهیجی)، بیژن، (۱۳۹۳)، مبانی حقوق اساسی، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل، جاودانه.
۶. عباسی، بیژن، (۱۳۹۵)، حقوق اداری، چاپ چهارم، تهران، انتشارات دادگستر.
۷. فتاحی زفرقندی، علی، (۱۳۹۷)، شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات (تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن)، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۸. فلاح زاده، علی محمد، (۱۳۹۱)، تفکیک تقنین و اجراء، تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، چاپ اول، تهران، انتشارات تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
۹. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۸۸)، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ سی و سوم، تهران، نشر میزان.
۱۰. مجموعه نظرات تفسیری مشورتی قانون اساسی، (۱۳۹۵)، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۱. مدنی، جلال الدین، (۱۳۶۶)، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، جلد چهارم، قم، انتشارات سروش.
۱۲. مزارعی، غلامحسین، (۱۳۹۵)، جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی.
۱۳. مشهدی، علی، (۱۳۹۵)، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی.
۱۴. موسی زاده، رضا، (۱۳۹۲)، حقوق اداری ۱ و ۲، چاپ سیزدهم، تهران، نشر میزان.
۱۵. مولاییگی، غلامرضا، (۱۳۹۵)، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ سوم، تهران، انتشارات جنگل.

۱۶. واعظی، مجتبی، (۱۳۹۶)، گفتارهایی در حقوق اداری، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۱۷. هاشمی، محمد، (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، حاکمیت و نهادهای سیاسی، چاپ بیست و یکم، تهران، نشر میزان.
۱۸. هداوند، مهدی؛ مهدی، علی، (۱۳۹۵)، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، چاپ چهارم، تهران، انتشارات خرسندی.

ب. مقاله‌ها

۱۹. بهادری جهرمی، محمد، (۱۳۹۵)، «جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با متن قانون اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره چهاردهم.
۲۰. زارعی، محمدحسین؛ شمس، عرفان، (۱۳۹۲)، «در آمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره شانزدهم، شماره ۶۲.

ج. قوانین و مقررات

۲۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲۲. قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان رهبری مربوط به اصول پنجم، یک صدو هفتم و یک صدو هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۹/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان.
۲۳. قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۰/۰۴/۱۰ مجلس شورای اسلامی.
۲۴. قانون انتخابات مجلس خبرگان مصوب ۱۳۷۰/۰۴/۰۹ مصوب شورای نگهبان.
۲۵. قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۵۹/۷/۳ کمیسیون داخلی مجلس.
۲۶. قانون تعیین حدود و وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۶۵.
۲۷. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۹۲/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
۲۸. قانون تشکیلات شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰ مجلس شورای اسلامی.
۲۹. قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸/۱۰/۲۶ با آخرین اصلاحات تا تاریخ ۱۳۸۸/۱/۳۰.
۳۰. آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲ شورای نگهبان.
۳۱. آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۰/۴/۲۳ شورای نگهبان.

۳۲. آیین نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری مصوب ۱۳۶۱/۷/۱۸ شورای نگهبان با اصلاحات بعدی.
۳۳. آیین نامه نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری مصوب ۲۳ و ۱۳۸۵/۱/۳۰ شورای نگهبان.
۳۴. آیین نامه نحوه اطلاع رسانی شورای نگهبان مصوب ۱۳۹۲/۷/۷ شورای نگهبان.

مسئولیت کیفری دولت در حوزه اکوساید

آیدا حیدری*

سیدمجتبی واعظی**

چکیده

گذار از دولت ژاندارم به دولت رفاه و گسترش حوزه اختیارات و مسئولیت‌های دولت زمینه را برای وقوع جرائم بسیار و در نتیجه تولد موضوع مسئولیت کیفری دولت ایجاد کرد. در ایران با به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری دولت در سال ۱۳۹۵ و تصریح در ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی، مباحثات و اختلاف‌نظرها پایان یافت. از دغدغه‌های این نوشتار مسئولیت کیفری دولت در حوزه جرم اکوساید است که موجبات نابودی گونه‌های گیاهی و جانوری را ایجاد می‌کند؛ در نتیجه با پذیرش مسئولیت مطلق دولت‌ها در عرصه بین‌المللی سعی بر آن است تا راه مناسبی برای جبران خسارت‌های وارده بر محیط‌زیست در نظر گرفته شود. یکی از عوامل مؤثر در این زمینه تولید و استفاده از محصولات تراریخته است که قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران بدان پرداخته و در تبصره ماده ۳۱ قانون برنامه ششم توسعه مسئولیت دولت در باب آزمایش فراورده‌های تراریخته و اطلاع‌رسانی به مردم را مورد تصریح و تأکید قرار داده است.

کلیدواژه‌ها:

اکوساید، دولت، محصولات تراریخته، محیط‌زیست، مسئولیت کیفری.

*. دانشجوی دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز (نویسنده مسئول)

aidaheidari40@yahoo.com

mojtaba_vaezi@yahoo.com

** . دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

مقدمه

مسئولیت کیفری مبتنی بر شرایطی است که در خصوص اعمال مجازات بر انسان ذی‌شعور مورد توجه است^۱ اما در مقوله جدید، مسئولیت کیفری دولت و اشخاص حقوقی نیاز به توضیح و رفع ابهام دارد. مخالفان بی‌شماری در مقابل پدیده نوظهور مسئولیت کیفری دولت قد علم کرده‌اند و دلایلی از جمله عدم امکان اعمال برخی مجازات‌ها، عدم نیل به اهداف مجازات‌ها و مهم‌تر از همه نقض اصل شخصی بودن مجازات‌ها را بیان می‌کنند. در مقابل گروهی نیز با توجه به تغییر نقش دولت‌ها و اختیارات و صلاحیت‌های روزافزونی که در زمره وظایف دولت قرار می‌گیرد او را هم‌سان اشخاص حقیقی دارای مسئولیت می‌دانند و با توجه به گستردگی این وظایف داشتن مسئولیت را امری بدیهی برای اشخاص حقوق عمومی در نظر می‌گیرند و با استناد به اصول متعددی که سرلوحه کشورهای مختلف قرار گرفته، سعی در توجیه مسئولیت کیفری دولت دارند از جمله اصل مجرمیت اکتسابی، برابر انگاری، مغز متفکر و مجرمیت عاریه‌ای که توسط کشور آمریکا مطرح شد و سرلوحه کشور فرانسه نیز قرار گرفت؛ اما در ایران ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی با پذیرش مسئولیت کیفری دولت شرایط حدوث مسئولیت را بیان و در ماده ۲۰ به تبیین مجازات‌هایی پرداخته که هر کدام چالشی جدید را در این زمینه موجب شده‌اند از جمله آنکه مسئولیت کیفری دولت را به‌راستی بر چه مبنایی و با چه اصولی می‌توان توجیه کرد؟

نکته قابل‌تأمل دیگر آنکه با توجه به نقش روزافزون دولت‌ها در عرصه اقتصادی و تغییر نقش دولت ژاندارم به دولت رفاه و تصدی‌گری‌هایی که دولت فاعل آن است، توجه‌مان به فعالیت‌هایی جذب می‌شود که برای انسان‌ها و محیط‌زیست بسیار خطرناک است. آلودگی‌های زیست‌محیطی که در دهه‌های اخیر به مرز بحران رسیده موجب فتح باب مسئولیت دولت در آلودگی‌های محیط‌زیست شده‌است. آلودگی‌های محیط‌زیست که در سطح گسترده به اکوساید تعبیر می‌شود به معنای زیست‌کشی واژه‌ای جدید است که به‌تازگی با توجه به

۱. مجتبی جعفری. مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، ص ۷ تا ۳۲.

حجم جنایاتی که در سطح جهان علیه محیط‌زیست و به تبع آن انسان، به وقوع پیوسته وارد دستور زبان ما شده‌است. هرچند که واژه مذکور در هیچ کدام از مواد قانونی به چشم نمی‌آید اما اقداماتی در این زمینه انجام شده که می‌تواند به مثابه سنگ بنای حمایت‌هایی در زمینه محیط‌زیست تلقی شود؛ از جمله قانون پنج‌ساله برنامه ششم توسعه که مسئولیت دولت را در تبصره ماده ۳۱ به صراحت بیان کرده است: «دولت موظف است تا آزمایش‌های لازم را جهت تشخیص مواد غذایی تراریخته به عمل آورد و مردم را از مواد غذایی تراریخته باخبر سازد و خطرات احتمالی این مواد را که بر اساس آزمایش‌های معتبر معلوم می‌شود به مردم اعلام کند». از این رو رویکرد این نوشتار پس از بررسی مبانی و اصول مسئولیت کیفری دولت در ق.م.ا، تمرکز بر حوزه اکوساید و محصولات تراریخته و مسئولیت‌های دولت در این حوزه است.

گفتار اول. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی

بند اول. تعریف مسئولیت کیفری و مبانی آن

جرم، مسئولیت کیفری و مجازات سه ضلع طلایی حقوق کیفری هستند. اعمال مجازات به احراز مسئولیت کیفری و احراز مسئولیت کیفری به احراز مجرمیت وابسته است.^۱ منظور از مسئولیت کیفری «برخورداری از تکلیف به پاسخگویی در برابر هرگونه رفتار ناهنجاری است که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده، خواه آن رفتار در عالم خارج نتیجه ملموسی داشته باشد، خواه نداشته باشد.»^۲ اما احراز مسئولیت کیفری به خودی خود کار آسانی نیست. در حقوق کیفری کلاسیک که تنها اشخاص حقیقی دارای مسئولیت بودند مسئولیت کیفری دارای شرایط سه‌گانه‌ای بود، اول آنکه مرتکب دست به ارتکاب فعل یا ترک فعلی بزند که جرم تلقی می‌شود. دوم آنکه فرد مرتکب دارای اهلیت و ظرفیت ارتکاب جرم باشد به عبارتی از اهلیت جنایی^۳ برخوردار باشد؛ زیرا که ممکن است جرم حتی به واسطه فعل یک حیوان یا بلایای طبیعی رخ دهد و منجر به آسیب و یا ورود خسارت گردد اما به هیچ عنوان نمی‌توان

۱. ایرج گلدوزیان، بهمن حسین جانی، مبانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حوزه ادیان، الهیات و حقوق، بهار و تابستان ۱۳۸۴، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۱۲۷ تا ۱۴۶.

۲. مجتبی جعفری، مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی، ص ۷ تا ۳۲.

حیوان و یا بلایای طبیعی را موضوع مسئولیت کیفری قرار داد.^۱ از این رو داشتن اهلیت جنایی یعنی اراده و قصد ذهنی ارتکاب جرم که فقط از انسان که یک موجود ذی شعور است برمی آید^۲ و بدین نحو نمی توان حتی تلف یک انسان به واسطه حریق طبیعی یا حمله یک حیوان را مورد مجازات قرار داد. پس بر این اساس، منظور از اهلیت جنایی مجموع عوامل روانی لازم برای امکان انتساب رفتار مجرمانه به فاعل است که بر پایه دو رکن اراده و آگاهی استوار است؛ اما نباید این گونه تصور شود، هر انسانی که هنجارهای مورد نظر قانونگذار را نفی می کند موضوع مجازات قرار می گیرد بلکه باید شرط سومی را افزود که از آن به عنوان اهلیت جزایی یاد می شود. منظور آن است که تنها انسان های دارای رشد و عقل در صورت ارتکاب جرم مجازات خواهند شد و انسان های فاقد شعور و رشد عقلی به دلیل فقدان اهلیت جزایی^۳ نمی توانند موضوع مجازات قرار گیرند زیرا اهلیت و ظرفیت تحمل مجازات را ندارند؛^۴ بنابراین کودکان و مجانین از دایره مسئولیت کیفری خارج اند، زیرا در هنگام ارتکاب جرم اراده و قصد کافی برای ارتکاب جرم نداشته و با قصد قانون شکنی دست به عمل مجرمانه زده اند و از طرفی قادر به درک ارزش ها قانونگذار نمی باشند. با توجه به رویه جدید کشورهای مختلف در تبیین مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی و دولت این سؤال پیش می آید که با وجود شرایط مذکور در تحقق مسئولیت کیفری دولت ها را توجیه نمود؟ به نظر می رسد در پاسخ به این سؤال توسل به دو دلیل عمده «عدالت» و «نفع اجتماعی» راهگشا باشد.

– عدالت: از مهم ترین اهداف حقوق کیفری تحقق عدالت است و در واقع هدف از تبیین جرائم و مجازات ها توجه به عنصر عدالت است؛^۵ زیرا اگر تفاوتی میان آن هایی که قانون را پاس می دارند و هنجارها را مراعات می کنند با افراد قانون شکن و نافی هنجار نباشد دیگر عدالتی هم وجود نخواهد داشت. از این رو، پذیرش عنصر عدالت در تحقق مسئولیت کیفری از اهمیت به سزایی برخوردار است. در دهه های اخیر با تغییر رویه کشورها و پذیرش مسئولیت

۱. مرتضی محسنی، دوره حقوق جزای عمومی، ج ۳، مسئولیت کیفری، چ ۱، کتابخانه گنج دانش ۱۳۷۶، ص ۶ به بعد.

۲. منصور میرسعیدی، مسئولیت کیفری، قلمرو و ارکان، بنیاد حقوقی میزان، چاپ سوم، زمستان ۱۳۹۰، ص ۲۱.

3-Penal capacity

۴. جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، انتشارات طرح نو ۱۳۸۴، ص ۷۶ به بعد.

5-Andrew Ashworth.Principles of criminal law. Six edition. OXFORD 2009. P 17

کیفری دولت و اشخاص حقوقی می‌توان دید که قانونگذار در راستای تحقق عدالت گامی بزرگ برداشته و به دلیل گستردگی اختیارات و وظایفی که از جهت تأمین نظم و خدمات عمومی برای دولت‌ها قائل شده مسئولیت آن‌ها را نیز به رسمیت شناخته تا به تحقق عدالت فردی و عدالت اجتماعی دست یابد. در زمینه عدالت فردی به دلیل گستردگی اموری که دولت بدان اقدام می‌کند بدیهی است که دایره وسیعی از افراد را در برگیرد در نتیجه اگر اقدام دولت غیرقانونی باشد دایره اثر آن هم به همان اندازه گسترده خواهد شد و نسبت به جرائم افراد و اشخاص حقیقی با تعداد وسیعی از بزه‌دیدگان روبه‌رو خواهیم بود که در پی عدالت چشم به مجازات متخلف دارند. از این منظر، ارتکاب هرگونه رفتاری که توسط اشخاص حقوقی منافع واقعی یا احتمالی افراد جامعه را به خطر اندازد شایسته مجازات است. عدالت اجتماعی نیز با ترسیم مقررات روشن و تبیین جرائم و مجازات‌ها از طرفی اشخاص حقوقی متخلف را در پناه اصل قانونی بودن جرم و مجازات قرار می‌دهد و از طرفی دیگر افراد پایبند به قانون تحت حمایتی معنوی قرار می‌گیرند و از مجازات شدن افراد متخلف اطمینان حاصل می‌کنند.

- نفع اجتماعی: منظور آن است که در هر جامعه‌ای منافع عمومی ایجاب می‌کند تا افراد بزهکار و متخلف بر اساس قانونی از پیش تعیین شده به دلیل شکستن هنجارهای جامعه مجازات گردند. به عبارتی منافع جامعه حکم می‌کند که در برابر مجرمین ایستادگی کرد تا مصلحت‌هایی که اجتماع بر اساس آن شکل گرفته دست‌نخورده و سالم باقی بمانند.^۱ به نظر می‌رسد که این مبنا را بتوان به تحقق مسئولیت کیفری دولت نیز تسری داد؛ زیرا که مهم‌ترین دلیل آن جلب اعتماد مردم است. بدیهی است که مردم از دولت خویش انتظار دارند تا قانون را در جامعه اجرا کند و متخلفین از قانون را به سزای عملشان برساند حال اگر متخلف اشخاص حقوقی باشند و با دست‌اندازی به اختیارات و صلاحیت‌های عدیده خویش از مجازات فرار کنند و یا براساس قانون برای خویش مصونیت ویژه‌ای قائل شوند، در طول زمان اعتراض و سرخوردگی مردم بیشتر شده و اعتمادشان سلب خواهد شد. از طرفی دیگر با توجه به گستردگی روابط دولت و ارتباطاتی که با شهروندان و افراد خصوصی دارد بدیهی است در صورت آلوده شدن دولت به جرم، تعداد افرادی که دنباله‌رو این مسیر خواهند شد بسیار گسترده خواهد بود. از این منظر با به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی و دولت می‌توان از نتایج زیان‌باری که در پی خواهد داشت جلوگیری کرد.^۲

۱. جان کلی همان، ص ۱۸۰ به بعد.

۲. جعفری، همان، ص ۷ تا ۳۲.

علی‌رغم تمامی مبانی و دلایل پیش‌گفته با ظهور عقل‌گرایی و انسان‌گرایی در عرصه نوین حقوق «اراده» به مهم‌ترین عامل در تبیین مسئولیت کیفری بدل شد که خود منجر به ایجاد چالشی اساسی در زمینه پذیرش مسئولیت کیفری دولت بود. در ادامه با بیان نظریه‌های مخالفین و موافقین به این پرسش پاسخ می‌دهیم که آیا می‌توان برای دولت‌ها مسئولیت کیفری شناخت؟

بند دوم. مخالفان و موافقان مسئولیت کیفری دولت

مخالفان در رد نظریه مذکور، مهم‌ترین دلیل خود را فقدان عنصر اراده می‌دانند؛ از این رو برای انتساب جرم، ما نیاز به تقصیر داریم و تقصیر نیازمند برخورداری فاعل از قدرت تعقل، ادراک و اراده مستقل است که منحصر به موجود انسانی است و موجودات دیگر از آن بی‌بهره‌اند. به عبارتی برای تحقق هر جرم علاوه بر عنصر مادی که تحقق فعل یا ترک فعلی مجرمانه است، احراز عنصر معنوی دارای اهمیت است. بدین معنا که مجرم از لحاظ روانی برای ارتکاب جرم قصد و عمد داشته باشد (جرم عمدی) و یا بدون قصد مرتکب خطایی گردد که بتوان او را مستحق جزا دانست (جرم غیرعمد یا خطای محض)؛ بنابراین تحقق عنصر مادی به‌تنهایی برای تحقق مسئولیت کیفری ملاک نیست و باید اراده یا خطای جزایی به‌عنوان عنصر معنوی محقق شود. با این وجود، چگونه می‌توان برای اشخاص حقوقی که فاقد اراده می‌باشند مسئولیت کیفری قائل شد؟ موافقان در پاسخ ضمن پذیرش دلیل ارائه‌شده پاور دارند که روان و قوه تعقل در اشخاص حقیقی و حقوقی یکسان نیست و مشخصاً با هم تفاوت‌هایی دارد از این رو نمی‌توان برای انتساب جرم با همان دلایلی که درباره اشخاص حقیقی وجود دارد به انتساب جرم درباره اشخاص حقوقی رسید. لاجرم باید از ادله متفاوتی بهره جست تا مسئولیت محقق شود؛ زیرا دولت‌ها به‌عنوان قدرت‌های مدرن امروزه از وسائل و امکانات بسیاری بهره‌مندند که برای جامعه ایجاد خطر کرده و می‌تواند صدمات جبران‌ناپذیری بر جای گذارد. بدیهی است که معیار لازم برای مسئولیت کیفری این اشخاص باید بسیار وسیع‌تر از اشخاص حقیقی باشد. از طرفی اراده یک امر تکوینی خارجی نیست و همان‌طور که می‌توان عدم وجود اراده را درباره طفل و اعمالی که در نتیجه فقدان اراده از او سر می‌زند مفروض دانست درباره اشخاص حقوقی هم می‌توان با مفروض دانستن اراده این اثر حقوقی را بر آن بار کرد و تصمیماتی که توسط رأی اکثریت برای شخص حقوقی اتخاذ می‌شود را نتیجه اراده

شخص حقوقی و متمایز از اراده افراد تصمیم‌گیرنده مفروض دانست.^۱ دومین دلیل بر مبنای اصل اختصاصی^۲ بیان می‌شود؛ بدین معنی که تنها اشخاص حقیقی می‌توانند مرتکب جرم شوند و اشخاص حقوقی که از وجود واقعی بی‌بهره‌اند و تنها یک وجود اعتباری دارند نمی‌توانند مرتکب جرم گردند. به موجب این اصل «اعتبار اشخاص حقوقی و موجودیت آنان تا بدان جاست که در محدوده تجویز شده از سوی مقنن عمل کنند. از آنجاکه ارتکاب جرم ورای این محدوده است موجودیت این اشخاص در این حالت بی‌مفهوم شده و در نتیجه فاقد شخصیت می‌گردند.» اما موافقان، استدلال می‌کنند که حتی اگر نتوان قائل به ارتکاب جرم توسط اشخاص حقوقی شد اما بازهم نمی‌توان منکر این نکته شد که فعالیت برخی از تشکلات به گونه‌ای است که می‌تواند ارتکاب جرم را در پی داشته باشد به عنوان مثال کارخانه‌ای را در نظر بگیرید که پسماندهای خود را به آب می‌ریزد و منجر به آلودگی زیست‌محیطی می‌شود آیا می‌توان این کارخانه را از مسئولیت کیفری مبرا دانست؟

سومین دلیل، عدم امکان اجرای برخی مجازات‌ها در قبال جرائم اشخاص حقوقی است. از این رو مجازات‌هایی از جمله سلب حیات و حبس برای اشخاص حقوقی قابل اجرا نبوده و هدف از مجازات که اصلاح مجرم است محقق نخواهد شد. در پاسخ موافقان اظهار می‌کنند که با وجود تمایزات بدیهی میان اشخاص حقوقی و حقیقی باید با توجه به ماهیت ویژه این اشخاص و اعمالی که مرتکب می‌شوند، نوع ویژه‌ای از مجازات‌ها را در نظر گرفت که از مجازات اشخاص حقیقی متمایز باشد؛ نظیر مصادره اموال، انحلال، جریمه نقدی، ممنوعیت در انجام برخی فعالیت‌ها که به نوبه خود منجر به تحقق اهداف بازدارندگی و ارعاب خواهند شد؛ اما دلیل آخر که می‌توان بدان به عنوان مهم‌ترین بینه مخالفان استناد کرد؛ تقابل مسئولیت کیفری دولت و اشخاص حقوقی با اصل شخصی بودن مجازات است؛ اما پیش از تعریف «اصل شخصی بودن مجازات» باید میان این اصل و سه اصل «فردی کردن مجازات»، «شخصی بودن مسئولیت کیفری» و «فردی بودن مسئولیت کیفری» تفاوت قائل شد؛ زیرا هر کدام از مضمون و محتوایی متمایز برخوردارند. اصل فردی بودن مسئولیت کیفری در راستای زدودن مسئولیت کیفری

۱. محمدرضا باقرزاده، **بحثی درباره مسئولیت کیفری دولت، معرفت، مهر و آبان ۱۳۷۹**، شماره ۳۶، ص ۴۳ تا ۵۱.

۲. استفانی، گاستون و لواسور، ژرژ و بولوک، برنار، **حقوق جزای عمومی**، چاپ دوم، جلد اول و دوم، انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۳، ص ۴۰۳.

جمعی ایجاد شد، در گذشته‌های دور جمع، واحد اجتماعی به شمار می‌آمد و هرگاه یکی از افراد اجتماع مرتکب جرمی می‌شد بر همه تأثیر می‌گذاشت و از این رو همه مسئول بودند؛ در نتیجه با تغییر واحد اجتماعی از جمع به فرد، مسئولیت کیفری فردی نمود یافت. در ادامه اصل شخصی بودن مجازات بنیان نهاده شد. بر مبنای آن تنها فرد مرتکب و خاطی مستحق مجازات است نه اقوام و خانواده او و آثار مجازات هم تنها باید بر فرد مرتکب اثر گذارد نه بر اشخاص ثالث؛ زیرا پیش از این مجازات جنبه شخصی نداشت و علاوه بر مجرم بر اطرافیان او هم اعمال می‌شد؛ اما با گذشت زمان، احراز مسئولیت کیفری به عنوان شرط لزوم اجرای مجازات در نظر گرفته شد؛ از این رو شرایطی برای احراز مسئولیت کیفری شخصی بیان شد، نظیر انتساب تقصیر به مرتکب، آگاهی، عقل و داشتن اختیار که می‌توانست زمینه‌ساز مسئولیت کیفری شخصی و در نتیجه منجر به اعمال اصل شخصی بودن مجازات شود^۱؛ اما پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی با این اصل تناقض دارد؛ زیرا بر فرض تصمیم‌گیری چند تن از یک واحد دولتی و مجرمانه بودن تصمیم مذکور همان‌ها باید مجازات شوند نه تمامی افراد تشکیل‌دهنده واحد حقوقی، زیرا در اتخاذ تصمیم نقشی نداشته‌اند^۲. با اعمال مجازات‌هایی نظیر انحلال، تعطیلی موقت و حتی جرائم مالی، عملاً مجازات بر تمامی افراد زیرمجموعه واحد حقوقی اعمال می‌شود و این در تناقض آشکار با اصل شخصی بودن مجازات است؛ اما موافقین در مقابل با استناد به ادله زیر این چالش را مرتفع کرده‌اند: اولاً شناسایی مسئولیت کیفری شخص حقوقی رافع مسئولیت کیفری شخص حقیقی نیست و در صورت وقوع جرم شخصی، شخص حقیقی باید دارای مسئولیت کیفری و موضوع مجازات قرار گیرد. ثانیاً حوزه حقوقی اشخاص حقوقی بایستی از حوزه حقوقی اشخاص حقیقی جدا شود. وقتی از مسئولیت کیفری دولت صحبت می‌کنیم، منظورمان جرائمی است که دولت از منظر دولت بودن مرتکب شده نه از منظر افرادی که منتسب دولت‌اند. ثالثاً پذیرفتن شیء به معنای پذیرفتن لوازم آن است.

نمی‌توان چیزی را پذیرفت و لوازم عقلی، عرفی و حقوقی آن را نادیده گرفت؛ از این رو اعضای یک واحد حقوقی با پذیرفتن عضویت در آن مسئولیت کیفری و مدنی را که از لوازم آن است پذیرفته و همگام با بهره‌مند شدن از تسهیلات و امتیازات عضویت در

۱. رضا فرج‌اللهی، **مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه**، چاپ اول، نشر میزان ۱۳۸۸، ص ۵۴.

۲. محمدجواد صفار، **شخصیت حقوقی**، نشر دانا ۱۳۷۳، ص ۷۳.

۳. رضا فرج‌اللهی، **تأثیر جرم‌شناسی اثبات‌گرا بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی**، تحقیقات حقوقی، زمستان ۱۳۸۹، ویژه‌نامه شماره ۲، ص ۴۴۱ تا ۴۹۰.

شخص حقوقی در صورت لزوم مسئولیت را نیز متقبل می‌شوند «من له الغنم فعلیه الغرم»^۱. رابعاً گاهی بنا به دلایلی نظیر اعمال نظارت جهت پیشگیری از وقوع جرم قانون‌گذار با تصریح به مسئولیت فردی غیر از مرتکب به‌نوعی اتمام حجت کرده تا در صورت ارتکاب جرم بتواند به جبران خسارت وارد بر بزه‌دیده اقدام کند. نظیر مسئولیت عاقله که در قانون مجازات اسلامی تصریح شده و منافاتی با اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری و یا شخصی بودن مجازات ندارد.^۲

با پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی باید با بررسی اصول حاکم بر مسئولیت کیفری به رویکرد قانونگذار در تصویب ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی و تبیین مسئولیت کیفری برای اشخاص حقوقی پی ببریم.

بند سوم: رویکرد جمهوری اسلامی در خصوص مسئولیت کیفری

در راستای ایجاد مسئولیت کیفری برای مجرم آنچه اهمیت دارد، انتساب جرم به فاعل معین یا به عبارتی ایجاد رابطه سببیت میان جرم و فاعل آن است که از آن به عنصر مادی یاد می‌کنند و دیگری انتساب جرم به اراده آزاد فاعل و خودآگاه است که به‌عنوان عنصر معنوی تعبیر می‌شود. اسناد مادی امری موضوعی است و با وضعیت روانی مرتکب ارتباطی ندارد و تنها نکته مهم آن است که بتوان میان فعل ارتكابی و فاعل رابطه سببیت ایجاد کرد، اسناد مادی به‌خودی‌خود موجب مسئولیت کیفری مرتکب نیست مگر فاعلی که دارای علم و اراده باشد. ازاین‌رو مهم‌ترین دلیل مخالفت مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی فقدان اهلیت مادی و معنوی این اشخاص است زیرا نه اندامی دارند که بتوانند خود فاعل یک فعل مجرمانه شوند و نه دارای اراده و علم می‌باشند که مقصر در نظر گرفته شوند؛ اما با پذیرش مسئولیت کیفری و رویکرد جدید قانون مجازات اسلامی در ماده ۱۴۳ این سؤال پیش می‌آید که قانونگذار با چه عنوانی و با توسل به چه اصولی جرم را به اشخاص حقوقی منتسب می‌داند؟

۱. کسی که سود ببرد زیان هم متوجه اوست.

۲. محمد رضا باقر زاده، همان، ص ۴۳ تا ۵۱.

الف. اصل عاریه‌ای بودن مجرمیت؛ مسئولیت نیابتی^۱

طبق این اصل انتساب عناصر مادی و معنوی جرم به شخص حقوقی عاریه‌ای است و شخص مذکور عناصر مادی و معنوی جرم را از اشخاص حقیقی که کارکنانش هستند به عاریه می‌گیرد.^۲ به عبارتی چون اشخاص حقیقی نمایندگان اشخاص حقوقی محسوب می‌شوند، اعمال و تصمیماتشان هم به نمایندگی است و اگر در راستای اعمال وظیفه مرتکب جرم و جنایتی گردند شخص حقوقی نیابتاً مسئولیت کیفری خواهد داشت. این نظریه توسط حقوقدان‌ها آمریکایی و برای پاسخ به حقوقدان‌ها انگلیسی بیان شد که صرفاً مسئولیت دولت را بر مبنای نظریه مسئولیت اکتسابی و در جرائمی که نیازمند اثبات عنصر روانی نبود می‌پذیرفتند و برای تبیین مسئولیت کیفری دولت در چارچوب جرائمی که اثبات آن‌ها نیازمند تحقق عنصر روانی بود تلاش کردند تا با نظریه‌هایی نظیر مغز متفکر و یا برابرانگاری مبنایی برای مسئولیت کیفری متصور شوند اما به نتیجه نرسیدند. نظریه نیابتی تا حدودی مشکلات را برطرف کرد و موجبات مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی را مهیا کرد از این‌رو مورد توجه حقوقدان‌ها فرانسوی هم قرار گرفت. به موجب این نظریه تردیدی نیست که اشخاص حقیقی اهداف شخص حقوقی را دنبال می‌کنند از این‌رو اگر جرمی انجام دهند به نمایندگی از شخص حقوقی مرتکب جرم گشته و شخص حقوقی نیابتاً دارای مسئولیت کیفری خواهد بود اما اشکال وارد بر این نظر، گستردگی بیش‌ازحد مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی است. مطابق این اصل حتی اگر شخص حقیقی در راستای انجام وظیفه، بدون مجوز و خودسرانه جرمی مرتکب شود باز هم شخص حقوقی مسئول خواهد بود.^۳

ب. نظریه مسئولیت مستقیم؛ مغز متفکر

این نظریه به منظور حمایت هرچه بیشتر حقوق زیان‌دیده ایجاد شد و از آن به‌عنوان اصل شخصیت ثانویه^۴ هم یاد می‌شود. مطابق اصل مذکور مدیران عالی‌رتبه تجسمی از

1-Vicarious liability.

۲. محسن شریفی، محمدجعفر حبیب‌زاده، محمد عیسایی تفرشی و محمد فرجیها، **دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران**، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۲، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۲، از ص ۱۱۷ تا ۱۶۰.

۳. مجتبی جعفری، همان، ص ۷ تا ۳۲.

4-identification.

شخص حقوقی محسوب می‌شوند؛ در نتیجه افکار، تصمیمات و حالات روحی آنها همان افکار، تصمیمات و حالات روحی شخص حقوقی است. به عبارتی هر شخص حقوقی دارای یک مرکز فرمان و یک مرکز عصبی است که همان مدیران و کارمندان تحت امر مدیر می‌باشند. شخص حقوقی از این مرکز کنترل و اداره می‌شود پس اگر جرمی مرتکب گردند به معنای آن است که شخص حقوقی خود مرتکب جرم شده و می‌تواند موضوع مسئولیت کیفری قرار گیرد. این نظریه از باب تحقق عنصر معنوی از نظریه قبل کامل‌تر است، اما ایراد وارده به این نظریه، از باب امکان تفویض اختیار مدیران به کارمندان زیردست خود است و دگرزینی برای تبیین مسئولیت کیفری بر این اساس وجود ندارد.^۱

ج. نظریه تقصیر جمعی^۲

مطابق این نظریه تحقق یک جرم حاصل تقصیر یک قوه هدایتگر نیست، بلکه عناصر مادی و معنوی جرم در تمامی اعضای شخص حقوقی توزیع شده و همین امر انتساب جرم به یک شخص واحد را بر نمی‌تابد.^۳ در نتیجه مطابق این نظریه می‌توان از اصل مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی دفاع قابل توجهی به عمل آورد و در این حالت شخص حقوقی را موضوع مسئولیت کیفری دانست.^۴

د. اهداف طلایی^۵ شخص حقوقی؛ نظریه خطمشی

این نظریه که می‌تواند برآیند نظریات پیش‌گفته و راه صوابی جهت توجیه مسئولیت کیفری دولت باشد را می‌توان در سیستم حقوقی کشور استرالیا دید که در سال ۱۹۱۵ با پذیرش نظریه سیاست و خطمشی اشخاص حقوقی^۶ توانست مشکلات ناشی از عدم امکان انتساب برخی جرائم از جمله قتل غیرعمد به اشخاص حقوقی را مرتفع کند.^۷

۱. محسن شریفی، همان، ص ۱۱۷ تا ۱۶۰.

2-Aggregation.

۳. در سال ۱۹۸۷ در پرونده مربوط به حادثه تلخ غرق کشتی متعلق به شرکت کشتیرانی کشور انگلستان به واسطه باز بودن پنجره‌های دماغه رخ داد این دیدگاه مطرح شد که اشخاص زیادی از کمپانی گرفته تا رئیس کشتی، افسر ارشد، کمک ملوان و مسئول نظارت بر خدمه و تجهیزات کشتی مقصر بودند. هرچند این نظریه رد شد و دادگاه شرکت را مسئول شناخت.

۴. همان. محسن شریفی.

5-Golden Goals .

6-Wagner, Markus, Corporate Criminal Liability. National and International Responses. 1999.pp4-5.

۷. محسن شریفی، همان، ص ۱۱۹ تا ۱۲۵.

مطابق این نظر که در اینجا با عنوان اهداف طلایی مطرح شد، مسئولیت کیفری دولت فارغ از قصد و اراده اشخاص حقیقی و یا تصمیمات متخذه مدیران و رهبران شخص حقوقی که قوه عصبی اشخاص حقوقی در نظر گرفته می‌شوند، می‌تواند مسئولیت کیفری دولت را در جرائم متعدد توجیه و به اثبات برساند. در این نظریه مسئولیت کیفری دولت با توجه به سیاست و خط‌مشی شخص حقوقی و با تدقیق و بررسی اساسنامه، اصول، شیوه رفتار، قواعد و احکامی که به کارمندانش دیکته می‌کند تا در مسیر دست‌یابی به اهداف طلایی خود قرار گیرد مشاهده کرد. از این‌رو مسئولیت کیفری شخص حقوقی لزوماً ناشی از تصمیم و تفکر یک فرد نیست بلکه می‌تواند نتیجه اهدافی باشد که یک شخص حقوقی برای خود متصور است. جرائمی که بدین‌گونه صورت می‌گیرد کم نیست و مثال‌های بی‌شماری از آن دیده می‌شود که در پی اهدافی نظیر سودآوری بیشتر، کار مضاعف و کاهش هزینه‌ها به وقوع می‌پیوندد. به‌طورمثال شرکتی را در نظر بگیرید که در راستای سودآوری بیشتر ساعت کار کارمندان خود را افزایش داده، اگر در اثر خستگی و بی‌دقتی کارمندان جرمی رخ دهد و یا در اثر خواب‌آلودگی راننده شرکت، تصادفی منجر به کشته‌شدن سرنشینان هر دو خودرو گردد چه کسی پاسخ‌گو است؟ از این‌رو بررسی سیاست‌های شخص حقوقی و اصولی که برای رسیدن به آن اهداف دنبال می‌کند خود مهم‌ترین ابزار ارتکاب جرم است و نتیجه آن گریزناپذیری شخص حقوقی از مسئولیت کیفری به‌خصوص در جرائم مرگبار است.

اما این سوال ایجاد می‌شود که رویکرد قانون مجازات اسلامی در پذیرش مسئولیت کیفری دولت بر کدام یک از نظریات پیش گفته استوار است؟ پیش از هر چیز باید بگوییم در یک تقسیم‌بندی کلاسیک اشخاص حقوقی به دو دسته خصوصی و عمومی تقسیم می‌شوند. در باب اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، خواه انتفاعی باشند خواه غیرانتفاعی، با پذیرش مسئولیت کیفری این دسته از اشخاص با توسل به اصل برابری در اکثر نظام‌های حقوقی بحثمان را بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی عمومی متمرکز خواهیم کرد. با نگاهی کلی به ماده ۱۴۳: «در مسئولیت کیفری اصل بر مسئولیت شخص حقیقی است و شخص حقوقی در صورتی دارای مسئولیت کیفری است که نماینده قانونی شخص حقوقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرمی شود. مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی مانع مسئولیت اشخاص حقیقی مرتکب جرم نیست». به نظر می‌رسد رویکرد قانونگذار ایران در مسئولیت کیفری را بتوان بر مبنای اصل مجرمیت عاریه‌ای توجیه کرد؛ زیرا شخص حقوقی زمانی دارای مسئولیت است که شخص حقیقی به نام یا در راستای منافع آن مرتکب جرم شود. ذکر این نکته خالی از لطف نیست که اصل مذکور برای اولین بار جهت

توجیه مجازات معاون جرم مطرح شد؛^۱ مجرمیت معاون از آن رو است که مجرمیت خود را از مباشر به عاریه گرفته و همچون مباشر مسئول است اما به دلیل عدم مشارکت مستقیم در ارتکاب فعل مجرمانه، مجازات کمتری برایش متصور است. هرچند در ماده ۱۴۳ قانونگذار به این اصل اشاره‌ای نکرده اما به‌وضوح با مسئول شناختن شخص حقیقی که به نمایندگی شخص حقوقی مرتکب جرم می‌گردد می‌توان این اصل را برداشت کرد؛ اما معاونت در اینجا موضوعیت ندارد زیرا شخص حقیقی نه بر اثر تحریک و تشویق شخص حقوقی مرتکب جرم شده و نه شخص حقوقی از اراده‌ای برخوردار است که بر شخص حقیقی تأثیرگذار باشد. از این رو می‌توان اصل مباشرت معنوی ناشی از عمل غیر را بیان کرد که برخی آن را مباشرت معنوی تغییر یافته می‌دانند^۲؛ اما نکته آخر رویکرد متفاوت قانونگذار در تبصره ماده ۱۴ ق.م.ا است: «چنانچه رابطه علیت بین رفتار شخص حقوقی و خسارت وارد شده احراز شود دیه و خسارت، قابل مطالبه خواهد بود... اعمال مجازات تعزیری بر اشخاص حقوقی مطابق ماده ۲۰ خواهد بود». به نظر می‌رسد در این تبصره با توجه به لزوم احراز رابطه علیت میان فعل مجرمانه و شخص حقوقی، نظریه مجرمیت اکتسابی پذیرفته شده و مبنای مسئولیت کیفری و مدنی شخص حقوقی، در صورت ورود خسارت به جان یا مال اشخاص جهت پرداخت خسارت یا دیه، نظریه مجرمیت اکتسابی است که وجه تمایز آن با نظریه مجرمیت عاریه‌ای در این نکته است که در مجرمیت عاریه‌ای فرد لوازم ارتکاب جرم (اهلیت مادی و معنوی) را از مرتکب اصلی به عاریه گرفته و هر دو موضوع مسئولیت کیفری خواهند بود و مجازات خواهند شد؛ اما طرفداران نظام یگانگی جرم، اکتسابی بودن مجرمیت را در باب معاونت بیان کرده و معتقدند که معاون جرم که با تطمیع و تحریک موجبات وقوع جرم را مهیا کرده وابسته به مجرم اصلی است و از او اکتساب مجرمیت می‌کند. به عبارتی سبب اقوی از مباشری است که شخصاً مسئول است. همچنین با توجه به قسمت اخیر تبصره ماده ۱۴ که اعمال مجازات تعزیری را وفق ماده ۲۰ می‌داند، خود مثبت این مدعی است که ماده ۱۴ صرفاً از باب تعیین تکلیف در باب جنایات و مسئولیت مدنی است. در حالی که ماده ۲۰ در مقام بیان مجازات‌های تعزیری و حدی است.^۳ اگر مبنای پذیرش مسئولیت کیفری دولت اصل مجرمیت عاریه‌ای یا نیابتی باشد به نظر می‌رسد این پرسش مطرح می‌شود که اگر شخص حقیقی به‌نوعی از مجازات معاف شود آیا تأثیری در مجازات شخص حقوقی خواهد داشت؟ در این زمینه باید دو وضعیت متمایز را از یکدیگر تفکیک کرد؛ حالت اول برخورداری مجرم از یکی از علل موجهه جرم مثل امر قانونی مقام ذی‌صلاح و یا اجرای قانون اهم

۱. مرتضی محسنی، همان، ص ۱۱۷ تا ۱۶۰.

۲. مجتبی جعفری، همان، ص ۷ تا ۳۲.

۳. همان، ص ۷ تا ۳۲.

در این حالت مطابق ماده ۱۵۸ ق.م.ا به دلیل زائل شدن وصف مجرمانه عمل ارتكابی قابل مجازات نخواهد بود. به عبارتی جرمی محقق نشده که بتوان با توسل بدان مجازاتی را اعمال کرد. از این رو نه شخص حقیقی و نه شخص حقوقی مسئولیت کیفری نخواهند داشت.^۱ حالت دوم برخورداری شخص حقیقی مرتکب جرم از یکی از عوامل رافع مسئولیت است مثل ارتکاب جرم در اثر اجبار یا اکراه؛ بدیهی است در این صورت عوامل رافع مسئولیت صرفاً برای شخص حقیقی قابل اعمال است و تأثیری در مسئولیت کیفری شخص حقوقی نخواهد داشت؛ اما منظور قانونگذار از عبارت «ارتکاب جرم در راستای منافع شخص حقوقی» چیست؟ آیا تحقق منافع اعم از مشروع و نامشروع مدنظر قانونگذار بوده یا در صورت عدم تحقق هم می‌توان مسئولیتی برای شخص حقوقی متصور شد؟ برای پاسخ به این سؤال الزاماً باید میان سوءنیت عام و خاص تمایز قائل شویم. منظور از سوءنیت عام، قصد مجرمانه مرتکب در نقض هنجارهای قانونی و ارتکاب یک عمل مجرمانه است که خود می‌تواند دلیلی برای مسئول شناختن مرتکب و مجازات وی باشد؛ اما این سوءنیت به خودی خود برای مجازات شخص حقوقی کفایت نمی‌کند. از این منظر باید مرتکب در راستای تحقق منافع شخص حقوقی، دست به ارتکاب عمل مجرمانه زده باشد با احراز این سوءنیت، قاضی می‌تواند مسئولیت کیفری شخص حقوقی را به رسمیت بشناسد. اما با احراز مسئولیت کیفری دولت در قانون مجازات باید بدین مهم پرداخت که با توجه به اصل ۵۰ قانون اساسی و تأکید بر حفاظت از محیط زیست آیا می‌توان دولت را درخصوص حمایت از محیط زیست و آلودگی‌های زیست محیطی دارای مسئولیت کیفری دانست؟

گفتار دوم. اکوساید و مسئولیت کیفری دولت

در جهان امروز نقش اشخاص حقوقی در امور اقتصادی و اجتماعی بر کسی پوشیده نیست. اشخاص حقوقی در قالب شرکت، سندیکا، موسسه، انجمن به فعالیت‌های متعددی دست می‌زنند و موجبات فوایدی انکارناپذیر می‌شوند؛ اما از طرفی فعالیت‌های گسترده این اشخاص گاهی دارای عواقب سوئی است که حوادث هولناکی را رقم می‌زند و برای حیات بشر تهدیدی جدی به شمار می‌رود. در کشورهای در حال توسعه که عموم صنایع و فعالیت‌های اقتصادی در دست اشخاص حقوقی است زمینه وقوع جرائم بسیاری مهیا می‌شود که موجبات مسئولیت کیفری دولت را مهیا می‌کند؛ از جمله این جرائم می‌توان به جرائم زیست محیطی اشاره کرد که معضل زندگی مدرن بشر در قرن حاضر است.

۱. مرتضی محسنی، همان، ص ۱۲۰ به بعد.

از آنجاکه دولت حافظ منافع عموم است و مردم نیز به موجب قوانین و مقررات مختلف حق برخورداری از محیط زیست سالم را دارند، بحث مسئولیت دولت در آلودگی های زیست محیطی دارای اهمیت بنیادین و حیاتی است؛ زیرا که محیط زیست، موهبت و نتیجه لطف الهی به بشر است و بر همین اساس، به تمام انسان‌ها تعلق دارد تا همانند سایر نعمت‌ها و مواهب الهی، مورد استفاده خردمندانه قرار گیرد. با توجه به آیه ۵۵ سوره مبارکه یوسف (إجعلنی علی خزائن الأرض إئنی حفیظ علیّ) امر تدبیر و اداره سرمایه‌های طبیعی تنها باید بر عهده اشخاصی باشد که ویژگی حفیظ بودن و مسئولیت‌شناسی و تخصص را دارا باشند.^۱

بند اول. محیط‌زیست، آلودگی زیست‌محیطی و اکوساید

داشتن محیط‌زیست سالم، شرط بقای موجودات و به تبع آن بشر بر این کره خاکی است که تا پیش از صنعتی‌شدن جوامع موضوع چندان پراهمیتی به شمار نمی‌رفت و استفاده از منابع طبیعی نه تنها ایجاد مشکل نکرده بود که به رونق گونه‌های گیاهی و جانوری هم کمک شایانی می‌کرد اما با پیشرفت علم و صنعتی‌شدن جوامع و عدم توجه به عواقب دست‌اندازی به یافته‌های جدید در مدت نسبتاً کوتاهی، بشر با مشکلاتی دست‌به‌گریبان شد که برای آن پاسخ مناسبی نداشت. مهم‌ترین معضلی که نتیجه پیشرفت تکنولوژی و استفاده نامناسب از دست‌آوردهای علم نوین است آلودگی‌های محیط‌زیستی است که اکثر کشورهای دنیا را درگیر کرده است؛ گرم شدن هوا، آلودگی، انقراض گونه‌های جانوری، از بین رفتن گونه‌های گیاهی، نازک شدن لایه اوزون و فرسایش خاک همه عناوینی است که سرفصل خبرهای روز را می‌سازد. از این‌رو توجه به محیط‌زیست و حمایت از آن یک وظیفه عمومی است. در قانون اساسی ایران اصل ۵۰ به این امر اختصاص دارد.^۲ آلودگی محیط‌زیست در سراسر جهان به نسبت از موضوعات نگران کننده است، شهرنشینی و صنعتی شدن همراه با توسعه اقتصادی منجر به افزایش مصرف انرژی و دفع زباله شده است. آلودگی جهانی محیط زیست از جمله انتشار گازهای گلخانه‌ای و رسوب اسید و همچنین آلودگی آب و مدیریت پسماند به عنوان مشکلات بهداشتی بین المللی در نظر گرفته شده است که باید از زوایای مختلفی از جمله مدیریت سیستم های اجتماعی، اقتصادی، قانونی و سیستم های مهندسی محیط زیست بررسی شود.

۱. تاریمرادی، احسان، محمدتقی فخلعلی، مبانی و احکام فقهی محیط زیست، مطالعات اسلامی، ش ۷۱، ۱۳۸۴، ص ۴۳.

۲. در جمهوری اسلامی حفاظت از محیط‌زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات روبه‌رشدی داشته باشند وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این‌رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن، که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن لازمه پیدا کند ممنوع است.

آلودگی های زیست محیطی از ابتدای حیات تأثیرات مخربی بر سلامتی داشته ند؛ از جمله مرگ و میر نوزادان، اختلالات تنفسی، حساسیت، اختلالات قلب و عروقی، افزایش استرس و حتی اختلالات روانی^۱.

الف. محیط زیست

در تعریف محیط زیست ما با دو مفهوم سروکار داریم. محیط زیست طبیعی که از علوم طبیعی ناشی می شود و محیط زیست انسانی که با سازوکارهای بشری مرتبط است^۲ که هر کدام طیف وسیعی از موضوعات را پوشش می دهد؛ اما به معنای عام محیط زیست کل منابع تجدیدشونده شامل جنگل ها، مراتع و منابع آبی و... بوده و طیف گسترده ای از تعاریف تخصصی مربوطه را دربر می گیرد که همین امر در تفسیر ماهوی مربوط به معنای قانونی محیط زیست، اشکالات عدیده ای را ایجاد کرده است^۳.

با توجه به اهمیت غیرقابل انکار محیط زیست در چرخه حیات بشر و تأثیر به سزای آن بر فعالیت های اقتصادی انسان و جایگاه حقوق محیط زیست، قوانین بسیاری در ایران بدین مسئله پرداخته اند. علاوه بر اصل ۵۰ قانون اساسی که به بهترین شکل اهمیت محیط زیست را تبیین کرده، مسئله مورد بحث در قوانین دیگری نیز مطرح شده است؛ از جمله مواد ۱۷۹ و ۱۸۹ قانون مدنی ۱۳۰۷/۲/۱۸، قانون شکار مصوب ۱۳۳۵/۱۲/۴ قانون شکار و صید ۱۳۴۶/۳/۱۶ که در ارتباط با محیط زیست طبیعی بوده اند؛ اما شاید اولین قانونی که به طور نسبی تمامی ابعاد محیط زیست را در نظر گرفت «قانون حفاظت و به سازی محیط زیست» باشد که در سال ۱۳۵۳ تصویب شد در ماده ۹ این قانون اقدام به هر عملی که موجبات آلودگی محیط زیست را فراهم نماید ممنوع اعلام شد و در ادامه آلوده ساختن محیط زیست بدین صورت تعریف شد که:

«پخش یا آمیختن مواد خارجی به آب یا هوا یا خاک یا زمین، به میزانی که کیفیت فیزیکی یا شیمیایی یا بیولوژیک آن را به طوری که زیان آور به حال انسان یا سایر موجودات زنده و یا گیاهان و یا آثار و ابنیه باشد تغییر دهد».

1-Kelishadi. Environmental Pollution; Health Effects and Operational Implications for Pollutants Removal.2012

۲. بارو کریستوفر جی، اصول و روش های مدیریت محیط زیست، مهرداد اندرودی، تهران نشر کنگره، ۱۳۸۰، ص ۱۰ تا ۱۸.

۳. مجید عباس پور، مهندسی محیط زیست، تهران: انتشارات دانشگاه آزاد ۱۳۷۷، جلد اول، چاپ دوم، ص ۳.

ب. آلودگی های زیست محیطی

آلودگی ترجمه فارسی واژه Pollution است که از معنای ناپاکی و کثیفی گرفته شده است. طبق ماده ۹ قانون حفاظت و به‌سازی محیط‌زیست (مصوب ۱۳۵۳/۳/۲۸ و اصلاحیه ۱۳۷۱/۸/۲۴): «منظور از آلوده ساختن محیط زیست عبارتست از پخش یا آمیختن مواد خارجی به آب یا هوا یا خاک به زمین به میزانی که کیفیت فیزیکی یا شیمیایی یا بیولوژیک آن را به‌طوری که زیان آور به حال انسان یا سایر موجودات زنده یا گیاهان و یا آثار و ابنیه باشد، تغییر دهد. پس با توجه به این تعریف، هر تغییر در محیط زیست آلودگی محسوب نمی‌شود، بلکه باید آن تغییر برای موجودات یا ابنیه مضر باشد.^۱ انواع آلودگی‌های محیط‌زیست را می‌توان شامل: تهدید علیه بهداشت عمومی، آتش‌زدن اموال و منابع طبیعی، شکار و صید، تخریب منابع طبیعی، آلودگی آب، هوا، خاک، آلودگی‌های صوتی، آلودگی‌های شیمیایی و هسته‌ای و آلودگی ناشی از زباله دانست که عواملی نظیر ازدیاد جمعیت، مصرف بی‌رویه منابع طبیعی، تولید محصولات شیمیایی، افزایش کارخانجات صنعتی، جنگ‌های میان کشورها در عرصه بین‌المللی و تولید محصولاتی که بر اساس علم نوین ژنتیک دست‌کاری شده (محصولات تراریخته) را می‌توان از دلایل اصلی آلودگی‌های زیست‌محیطی در عصر جدید دانست که دارای اثرات بلندمدت و گسترده‌ای هستند و محیط‌زیست را برای زمانی بس طولانی دچار بحران می‌کنند.^۲ به دلیل اثبات توانایی بشر در آلودگی و نابودی محیط‌زیست و نتایج فجیعی که ظرفیت بالای ابتکارات و نبوغ انسانی رقم زده، کارشناسان اصطلاح جدیدی را وارد فرهنگ واژگان جهانی کرده‌اند که برای اولین بار در سال ۲۰۱۰ توسط سازمان ملل استفاده شد و عنوانی برای تعریف جرائم علیه محیط‌زیست محسوب می‌شود.

ج. جنایات زیست محیطی

پروفسور اگو تدوین کننده طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها با انشای ماده ۱۹ بر آن بود تا اعمال نامشروع بین‌المللی را با توجه به اهمیت و دامنه تعهدات نقض شده طبقه بندی کند. بدین ترتیب برای اولین بار در یک سند بین‌المللی، جرائم بین‌المللی را در دو دسته جنایت بین‌المللی و جنحه بین‌المللی از هم تفکیک نماید به موجب بند ۲ ماده ۱۹

۱. حمید بهرامی احمدی، اعظم علم‌خانی، مبانی مسئولیت مدانی دولت در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، بهار ۱۳۹۳، شماره ۷، ص ۹۵-۱۱۳.

۲. ناصر قاسمی، حقوق کیفری محیط‌زیست انتشارات سازمان محیط‌زیست، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۱۲ تا ۱۶.

پیش نویس طرح کمیسیون حقوق بین الملل راجع به مسئولیت دولت ها (۱۸۹۰) «چنانچه تخلف بین المللی دولت ناشی از نقض تعهدی بین المللی باشد که رعایت آن برای صیانت از منافع اساسی جامعه بین المللی آن چنان ضروری است که نقض آن از سوی جامعه بین المللی به طور کلی جنایت شناخته می شود، تخلف مزبور «جنایت بین المللی» محسوب می شود». متعاقب تعریف جنایت بین المللی، کمیسیون حقوق بین الملل در بند ۳ همین ماده در مقام ارائه مصادیقی از این نوع جرم بوده است. به موجب بند ۳ با توجه به مفاد بند ۲ و براساس قواعد حقوق بین الملل جاری، یک جنایت بین المللی ممکن است، از موارد زیر ناشی شود:

- الف. نقض شدید تعهدی بین المللی که برای صلح و امنیت بین المللی اهمیت اساسی دارد، مانند تعهد به منع تجاوز؛
- ب. نقض شدید تعهدی بین المللی که برای صیانت از حق تعیین سرنوشت ملت ها اهمیت اساسی دارد، مانند تعهد به منع استقرار یا حفظ سلطه استعماری به زور؛
- ج. نقض شدید تعهدی بین المللی در مقیاسی گسترده که برای صیانت بشر اهمیت اساسی دارد، مانند تعهد به منع بردگی، کشتار دسته جمعی و تبعیض نژادی؛
- د. نقض شدید تعهدی بین المللی که برای صیانت و حفظ محیط زیست انسانی اهمیت اساسی دارد، مانند تعهد به منع آلودگی وسیع جو یا دریا.
- این موارد جنایی که پیرامون نقض شدید صلح، حق تعیین سرنوشت ملت ها و حقوق بشر یا میراث مشترک بشریت یعنی محیط زیست می باشد، لیکن در طرح مواد مربوط به مسئولیت دولت، عنوان «جنایت» یعنی crime در معنای تخصصی آن، یعنی شدیدترین جرم به صورت آگاهانه به کار رفته است؛ زیرا گزارشگر ویژه در مقابل آنها به جنحه یعنی Delict که از شدت درجه خطرناکی کمتری در حقوق جزا برخوردار است، اشاره می کند. بند ۴ همین ماده نیز اشعار می داشت: «هر تخلف بین المللی که طبق بند ۲ این ماده، جنایت بین المللی محسوب نشود، جنحه بین المللی تلقی خواهد شد».^۱

از طرفی مطابق ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی در راستای تبیین جنایات بر ضد بشریت به تصریح اعمالی از جمله قتل، به بردگی گرفتن، قلع و قمع کردن، کوچ اجباری، حبس و محرومیت شدید آزادی، حاملگی اجباری و عقیم کردن اجباری، آزار گروه ها به لحاظ سیاسی، قومی یا نژادی، مذهبی یا جنسی و سایر اعمال ضد انسانی مشابه که

۱. علی حسین نجفی ابرندآبادی، مسئولیت کیفری بین الملل تحقیقات حقوقی، شماره ۱۵، ۱۳۷۳.

عامداً به قصد ایجاد رنج زیاد یا صدمه شدید به جسم یا سلامت جسمی یا روحی صورت پذیرد، اقدام کرد هرچند تمایل چندانی برای رسیدگی به جرائم زیست‌محیطی در رویه کاری دیوان دیده نمی‌شد. با گذشت زمان انسان درصدد تلاش برای دستیابی به رفاه و آسایش بیشتر به محیط‌زیست به‌عنوان وسیله‌ای برای تأمین نیازهای خویش متوسل شد که ورود خسارت جبران ناپذیری به محیط زیست را سبب شد. همین عامل منجر بدان شد که اسناد بین‌الملل در سال‌های اخیر تخریب زیست‌محیطی را مصداق جرم علیه بشریت مطرح کنند. پس از انتقادهای فراوان، دیوان نیز در یک جهش در کانون فعالیت‌هایش در ۱۵ سپتامبر ۲۰۱۶ (شهریور ۱۳۹۵) اعلام داشت که جرائمی را که منجر به تخریب محیط‌زیست، استثمار منابع طبیعی و تصرف غیرقانونی زمین گردند در اولویت قرار می‌دهد.^۱

د. اکوساید

اکوساید^۲ اصطلاحی است که به معنای زیست‌بوم‌کشی، طبیعت‌کشی، جنایت علیه محیط‌زیست و هرگونه خسارت و تخریب گسترده چشم‌اندازهای طبیعی و ایجاد اختلال یا نابودی اکوسیستم‌های یک منطقه است به عبارتی کشتن یک آهو یا قطع یک گیاه اکوساید نیست اما اگر تعداد زیادی از یک نوع حیوان یا یک نوع گیاه نابود شود، اکوساید محقق شده که هم یک معضل جدی است و هم گسترده و مداوم است و اهمیت و جدیت آن می‌تواند هم به دلیل میزان خسارت وارده و هم به دلیل گستردگی دایره انسان‌ها و گونه‌های گیاهی و جانوری باشد که تحت تأثیر این آسیب‌ها قرار می‌گیرند. این واژه در کنفرانس جنگ و مسئولیت ملی واشنگتن در ۱۹۷۰ ثبت شد که در آن آرتور گالستون^۳ زیست‌شناس آمریکایی و کاشف عامل نارنجی^۴ نقش بسیار مهمی در یک توافق بین‌المللی برای ممنوعیت جنایت زیست‌محیطی ایفا کرد. در کنفرانس زیست‌محیطی استکهلم ۱۹۷۲، اولاف پالمه، نخست وزیر سوئد در افتتاحیه سخنرانی خود به صراحت جنگ ویتنام را به عنوان یک جنایت زیست‌محیطی نامید. به موازات کنفرانس محیط‌زیستی استکهلم، سازمان ملل، مبحث اکوساید توسط جریانهای غیررسمی نیز پیگیری شد. یک گروه کاری در رابطه با اکوساید در این کنفرانس تشکیل شد اما هیچ اشاره‌ای به جنایت زیست‌محیطی

۱. ندا محمدعلی‌خانی، مرتضی محمدعلی‌خانی، تبیین مفاهیم جنایت علیه محیط‌زیست، فصلنامه علمی - ترویجی مطالعات بین‌المللی پلیس، شماره ۳۰، ۱۳۹۶.

2-Ecocide

3-Arthur Galston

4-Defoliant

5-United Nations Environment programm

، دولت‌ها برای رسیدگی به این موضوع تحت فشار قرار گرفتند. در دهه ۱۹۷۰ ایده گسترش کنوانسیون نسل‌کشی ۱۹۴۸ سبب تحقیق گسترده درباره امکان قرار دادن اکوساید در کنار کنوانسیون نسل‌کشی شد.^۱

بند دوم. اکوساید و مسئولیت دولت

آلودگی‌های زیست‌محیطی را می‌توان به‌عنوان جرائم محیط‌زیست به اشکال اولیه و ثانویه تقسیم‌بندی کرد. در شکل اولیه آلودگی و آسیبی که به‌طور مستقیم ناشی از تخریب منابع زمین است و یا جرائمی هستند که در اثر هم‌زیستی با اعمال اولیه یا وابسته به چینی تخریب‌هایی و برای تنظیم یا جلوگیری از این اعمال می‌باشد که از آنها به‌عنوان جرائم سبز یاد می‌شود. جرائم سبز ثانویه می‌توانند ناشی از سواستفاده از شرایطی باشند که متعاقب بحران‌ها یا خسارات زیست‌محیطی ایجاد می‌شوند مثل بازارهای غیرقانونی مواد غذایی، دارو و آب؛ یا در نتیجه نقض قوانینی باشند که در صدد تنظیم آسیب‌های زیست‌محیطی هستند. اکوساید یکی از این جرائم سبز و به تعبیر دیگری «سبب یا اجازه ایجاد آسیب به محیط‌زیست طبیعی در مقیاس گسترده است» که منعکس‌کننده «نقض وظیفه حمایتی است که به‌طور کلی وادار انسانیت است». این امر مهم و جلوگیری از هرگونه ارتکاب جرائم سبز از وظایفی است که برعهده دولت است و به زعم راقم این سطور حتی می‌تواند با توجه به مطالب پیش‌گفته برای دولت مسئولیت کیفری به همراه داشته باشد.^۲

بر اساس ماده پ کنوانسیون مونته‌ویدئو مورخ ۱۹۳۳ در باب حقوق و تکالیف دولت، دولت را به‌عنوان تابع حقوق بین‌الملل دارای شرایط زیر می‌داند:

۱. جمعیت دائمی؛ ۲. سرزمین معین؛ ۳. حاکمیت (توانایی برقراری ارتباط با سایر دول)؛ ۴. حکومت.

و مطابق تعریف ابوالفضل قاضی: «دولت جامعه سیاسی سازمان‌یافته و نهادبندی شده‌ای است که از سایر جوامع متمایز بوده و شخصیت مشخص و متمایزی از عناصر ترکیبی خود دارد.»^۳ و از آنجایی که مدیر و گرداننده یک جامعه است، ناگزیر طرف حق و تکلیف هم قرار می‌گیرد که لازمه آن شناختن شخصیت حقوقی مستقل برای دولت و جدای از شخصیت هیئت حاکمه یا زمامداران آن است، «وجود شخصیت حقوقی دولت امری بدیهی و

1-Hornfeldt.Isabel. A Law on Ecocide, A Way to End Mass Destruction of the World's Ecosystem.2016

2-Protecting the Planet; A Proposal for a Law of Ecocide. Short. South. Higgins

۳. ابوالفضل قاضی، **بایسته‌های حقوق اساسی**، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۶۳-۶۵.

انکارناپذیر است و دولت نه تنها بزرگ‌ترین شخصیت حقوقی حقوق عمومی، بلکه بزرگ‌ترین شخصیت حقوقی هر کشور است، اما نکته جالب این است که معمولاً در متون قانونی به این امر تصریح نشده و شاید جزء بدیهیات حقوقی محسوب می‌گردد.^۱

از طرفی با توجه به تغییر نقش دولت‌ها و تبدیل دولت ژاندارم به دولت رفاه حجم گسترده‌ای از وظایف، بر عهده دولت است که پیش از این سابقه نداشت. دولتی که تنها در عنوان تأمین‌کننده نظم خلاصه می‌شد با تغییر دایره وظایفش در حوزه خدمات عمومی با موضوعات جدیدی روبه‌رو شد که مسئولیت را می‌توان یکی از کلیدی‌ترین مباحث آن دانست. در سال‌های اخیر تأمین نظم عمومی در حوزه امنیت، آسایش و بهداشت و سلامت و تأمین خدمات عمومی نظیر آموزش و پرورش، توزیع آب و برق و بهداشت عمومی از جمله وظایف ذاتی دولت‌ها به شمار می‌رفت. از طرفی دولت‌ها با عهده‌دار شدن بخش عمده‌ای از فعالیت‌های اقتصادی حوزه فعالیت خود را گسترده‌تر کردند که در کشورهای در حال توسعه امری رایج و بدیهی است که خود موجبات آلودگی‌های زیست‌محیطی را فراهم کرده است و ناقض دو دسته از مهم‌ترین حقوق انسان‌ها از جمله «حق سلامت» و «حق حیات» است. در نتیجه با توجه به پذیرش شخصیت حقوقی مستقل برای دولت‌ها در حقوق عمومی و مسئولیت که از تبعات آن است، می‌توان مسئولیت دولت در آلودگی‌های زیست‌محیطی را به رسمیت شناخت.

در عرصه بین‌المللی تلاش‌های اولیه و اوراق سازمان ملل متحد نشان می‌دهد که اعضا و نمایندگان نهادهای مختلف سازمان ملل متحد از جمله کمیسیون فرعی منع تبعیض و حمایت از اقلیت‌ها، کمیته حقوقی مجمع عمومی و کمیسیون حقوق بین‌الملل در طی زمان‌های مختلف، یک دوره چهل ساله، به تعریف جرمی که از محیط زیست محافظت کند، پرداخته‌اند؛ از جمله اکوساید. پیش‌نویس ۱۹۹۱ به وسیله اولین مطالعات کمیسیون حقوق بین‌الملل در چهل و سومین نشست پذیرفته شد و با گنجاندن جنایت فردی از آسیب عمدی و شدید به محیط زیست تصویب شد.^۲ هرچند که کشورهای هلند، بریتانیا و آمریکا مخالف گنجاندن اکوساید در پیش‌نویس لایحه بودند. تلاش بعدی چهل و هشتمین جلسه کمیسیون حقوق بین‌الملل سال ۱۹۹۶ برای گنجاندن جنایت آسیب‌های زیست‌محیطی بود که هیچ‌یک از پیشنهادات کریستین تاموشات^۱ مبنی بر قراردادن و محسوب کردن جنایات زیست‌محیطی به مثابه یک جنایت متمایز و علیه بشریت پذیرفته نشد و «آسیب عمدی و

۱. محمد امامی و کوروش استوارسنگری، حقوق اداری، تهران نشر میزان، جلد اول، ۱۳۸۹، ص ۴۹-۵۰.

2-Meghan Nicholson. 2012. Evaluating Ecocide: Invaluable or Invalid university of otago .

شدید به محیط‌زیست» به‌عنوان بخشی از مسئولیت دولت و جنایت زیست‌محیطی حذف شد.^۲ علی‌رغم این امر، مسئولیت دولت در حوزه جرم اکوساید به رسمیت شناخته شده و با تکیه بر اصل «مسئولیت مطلق»^۳ تلاش شد تا با توجه به اهمیت موضوع مورد بحث و گستردگی دایره آسیب‌دیده‌های این جنایت بهترین راه برای تشویق دولت‌ها به رفتارهای پیشگیرانه محقق گردد تا هم راه جبران خسارت را باز گذارد و هم موجبات پیشگیری از جرائم علیه محیط‌زیست را ممکن کند این اصل مورد مخالفت عده‌ای قرار گرفت؛ زیرا قرار دادن اکوساید در حوزه جرائم کیفری بین‌الملل را موجب ارتقا اهداف اجتماعی ندیده و پیشنهاد می‌کردند که با بالا بردن سطح کار و ایجاد یک سیستم جبران خسارت، موجبات پیشرفت چنین موضوعی را فراهم کنند، زیرا فعل یا ترک فعلی که اکوساید تلقی می‌شود می‌تواند منطبق بر اراده شخص باشد مثل تخریب عمدی گونه‌های در حال انقراض و یا کوتاهی در جلوگیری از ارتکاب جرم مذکور یا در اثر سهل‌انگاری باشد. مانند بهره‌برداری از منابع یا اعطای وام‌هایی جهت توسعه بهره‌برداری بدون توجه به عواقب و خطرات آن و یا غفلت مثل بر عهده گرفتن پروژه‌های توسعه نامناسب، با اصل مسئولیت مطلق که مسئولیت اشخاص را فارغ از اراده و انگیزه آنها به رسمیت می‌شناسد قابل توجیه نیست. از طرفی شناختن اکوساید به‌عنوان یک جرم بین‌المللی خود مشکل دیگری ایجاد می‌کند و آن نبود یک مکانیزم اجرایی مناسب برای مجازات دولت مجرم است. این گروه معتقدند اکوساید بایستی با توجه به نقشی که در زمره حق سلامت و حق حیات بشر ایفا می‌کند به‌عنوان نسل سوم حقوق بشری شناخته شود تا استانداردهای حیات را ارتقا بخشد.^۴ از این رو توجه به راهکارهای پیشگیرانه از حمایت بیشتری برخوردار است. چنان‌که در سال‌های اخیر جهت هدایت فعالیت‌های بشر و جلوگیری از صدمه به محیط‌زیست و در نتیجه آن صدمه به انسان اصل جدیدی در حقوق بین‌الملل محیط‌زیست پدیدار گشت که به اصل «اقدامات احتیاطی» معروف است که با پذیرش اعلامیه ریو در سال ۱۹۹۲ در کنفرانس ملل متحد در باب محیط‌زیست جایگاه مهم‌تری به دست آورد. مطابق این اصل دستیابی به سیاست‌های پایدار و حفاظت از محیط‌زیست باید همگام با ارزیابی‌های پیشگیرانه و با توجه

1-Christian Tomuschat

2-Anja Gauger, Mai Pouye Rabatel- Fernel, Louise Kulbicki. 2013. The Ecocide Project Ecocide is the missing 5th crime against peace the Human Rights. school of Advanced Study University London

3-Strict liability

4-Mark Allan Grey. The international crime of ECOCIDE. California Western International Law Journal. Vol 26.1995.

.No 2

به علل تخریب انجام شود تا آلودگی‌های زیست‌محیطی و جرائم علیه اکوسیستم به حداقل خود برسد.^۱ در آخر اینکه طرفداران اکوساید معتقدند اگر عمل انجام شده شدید، طولانی و گسترده باشد، تبعات بین‌المللی داشته باشد و توجیه‌ناپذیر محسوب شود یک جنایت بین‌المللی شناخته شده و برای دولت‌ها مسئولیت در پی خواهد داشت، زیرا که به لحاظ اخلاقی نمی‌توان این جنایت را نادیده گرفت.^۲

اصل ۵۰ قانون اساسی ایران با بیان ممنوعیت برخی اعمال درصدد بوده تا با در نظر گرفتن اصل اقدامات احتیاطی در راستای حمایت و حفاظت از محیط‌زیست گام بردارد؛ اما در قوانین داخلی ایران واژه اکوساید در متن هیچ‌یک از قوانین حمایتی محیط‌زیست به چشم نمی‌خورد و همچون معنای بین‌المللی خود، به‌عنوان جرم شناخته نشده است هرچند که توجه قوانین سال‌های اخیر به موضوع مهم محصولات تراریخته که خود یکی از انواع جرائم اکوساید است قابل توجه به نظر می‌رسد.

بند سوم: محصولات تراریخته در مرکز توجه قانون^۳

یکی از پاسخ‌ها به نیاز روزافزون بشر به مواد غذایی تولید محصولات تراریخته است که علاوه بر منفعتی که در این راستا برای جوامع مختلف به‌خصوص کشورهای پرجمعیت به ارمغان آورده، چالش‌ها و مسائلی را با خود همراه داشته است. ویژگی‌های منحصربه‌فرد این نوع محصولات آثار زیست‌محیطی، انسانی و حقوقی بسیاری داشته که اهمیت بحث در این زمینه را به‌خصوص در عالم حقوق دوچندان کرده است.

موجودات زنده تراریخته به موجوداتی گفته می‌شود که دارای ترکیب مواد ژنتیکی جدید بوده و از طریق استفاده از فناوری زیستی جدید به دست می‌آیند. محصولات تراریخته هم به موجودات زنده تراریخته یا ترکیبات غذایی، دارویی یا علوفه‌ای اطلاق می‌شود که در تولید آنها از موجودات زنده تراریخته استفاده شده است.^۴ تولید این محصولات در سال‌های اخیر پاسخی مناسب به کمبود مواد غذایی در جهان و تغذیه دام‌ها و تولید انبوه محصولات کشاورزی و دارو و نجات جان انسان‌های بیمار بوده

۱. مهرداد جلیلیان، بررسی وظایف دولت در جلوگیری از آلودگی محیط‌زیست، مطالعات علوم سیاسی حقوق و فقه، زمستان ۱۳۹۵، دوره دوم، شماره ۱/۴، ص ۱۰ تا ۱۸.

۲. ندا محمد علیخانی، مرتضی محمد علیخانی، تبیین مفاهیم جنایت علیه محیط زیست.

3-Genetically Modified

۴. ملاحظات اخلاقی و حقوقی در کاربرد محصولات تراریخته با نگاهی به قانون ملی ایمنی زیستی، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری شماره ۱، ۱۳۹۰، ص ۳۵، مهاجر و همکاران.

اما علاوه بر فواید مذکور استفاده از محصولات تراریخته موجبات نگرانی عدیده‌ای در حوزه حوزه سلامت انسان‌ها و محیط‌زیست شده است. ازجمله امکان ایجاد آلرژی و حساسیت در میان انسان‌ها، رهاسازی موجودات تغییریافته ژنتیکی در محیط‌زیست و به دنبال آن تغییر ساختار جمعی موجودات زنده در حیات‌وحش و محیط‌زیست و یا عواقب استفاده از برخی محصولات در تغییر ژنتیکی محصولات تراریخته که گاهی موجبات بیماری و مرگ انسان‌ها را فراهم کرده است. در این زمینه می‌توان به قضیه معروف شرکت مونسانتو اشاره کرد؛ شرکتی چندملیتی در حوزه صنایع کشاورزی و بیوتکنولوژی که در زمینه تولید علف‌کش و آفت‌کش‌های شیمیایی و همچنین در حوزه مهندسی ژنتیک فعال بوده و با محصولات خود بازار کشاورزی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. سرلانکا یکی از کشورهای مصرف‌کننده محصولات شرکت مذکور پس از مدتی متوجه موجی از بیماری کشنده کلیه در میان کشاورزان برنج این ناحیه شد. تعداد زیادی از شالیکاران این منطقه بدون داشتن بیماری زمینه‌ای ازجمله دیابت نوع دو به از کارافتادگی شدید کلیه مبتلا شده و طی مدت کوتاهی جان خود را از دست می‌دادند. همین امر توجه پزشکان را به مسئله آفت‌کش‌های مورد استفاده از شرکت مونسانتو جلب کرد. نتیجه تحقیقات حاکی از آن بود که محصولات این شرکت حاوی مقادیر زیادی سم گلیفوسات است که می‌تواند موجبات بیماری کلیه در مردان و سرطان‌های سینه و رحم در زنان را فراهم کند. علاوه بر آن محصولات تولیدی این شرکت که برای تغذیه دام و طیور استفاده می‌شد، نتایج ژنتیکی هولناکی به همراه داشت که می‌توان به متولد شدن حیوانات و حتی انسان‌هایی که شرایط جسمی غیرمعمولی را تجربه می‌کردند اشاره کرد. شکایت علیه این شرکت همچنان در دادگاه کیفری بین‌المللی جریان دارد اما بسیاری از کشورها با توجه به تأثیرات مخرب این نوع محصولات شرکت مذکور را تحریم کردند.

استفاده از محصولات تراریخته یکی از چالشی‌ترین مسائل جهان امروز است و با توجه به ادعاهایی که در این زمینه مبنی بر امکان ابتلا به انواع سرطان‌ها ازجمله کبد، کلیه، سینه و حتی سقط‌جنین مطرح می‌شود به موضوع مهمی در حوزه حقوق بدل شده است. اولین قانونگذاری در این حوزه به دهه ۱۹۹۰ برمی‌گردد^۱ در سال ۱۹۹۲ کنوانسیون بین‌المللی تنوع زیستی ریودوژانیرو زمینه‌ساز پروتکل ایمنی-زیستی کارتاژنا شد که در سال ۲۰۰۰ به تصویب رسید و ۳ سال بعد به مرحله اجرا درآمد، این پروتکل برای کمک و همیاری در جهت تضمین سطح مناسب حفاظت در زمینه انتقال، به‌کارگیری و استفاده ایمن از موجودات زنده اصلاح‌شده ژنتیکی یا تراریخته است که ایران در سال ۱۳۸۲ پس از تصویب

۱. مهاجر و همکاران، همان، ص ۳۷.

مجلس شورای اسلامی بدان پیوست. نکته‌ای که باید بدان اشاره کرد موضوع مسئولیت دولت در حوزه محصولات تراریخته است که تنها در ماده ۲۷ مذکور بدان اشاره شده و با عنوان مسئولیت مدنی خاتمه یافته است. پروتکل ناگویا کوالامپور نیز در راستای اجرایی شدن ماده ۲۷ در ۱۵ اکتبر ۲۰۱۰ به تصویب رسید و ایران نیز آن را امضا کرد هرچند به‌طور رسمی بدان نپیوست. این پروتکل در راستای تدوین و فراهم آوردن قوانین بین‌المللی و روش‌هایی جهت جبران خسارت و مسئولیت ناشی از موجودات اصلاح‌شده ژنتیکی است اما باز هم عنوان مسئولیت کیفری در آن دیده نمی‌شود. به دنبال پروتکل کارتاها در سال ۱۳۸۸ ایران با تصویب قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی گامی در راستای تعریف محصولات تراریخته و قانونمند نمودن آن‌ها برداشته است. در ماده ۳ این قانون شورایی به نام «شورای ملی ایمنی زیستی» به‌عنوان ناظر پیش‌بینی شده‌است؛ اما شناسایی مسئولیت دولت را شاید بتوان با توجه به تبصره ماده ۳۱ قانون پنج‌ساله برنامه ششم توسعه که در سال ۱۳۹۵ تصویب شد، به رسمیت شناخت. مطابق این تبصره دولت موظف است اقدام لازم برای آزمایش مواد غذایی و فراورده‌های غذایی وارداتی را جهت تشخیص مواد تراریخته به عمل آورد و با اطلاع‌رسانی مردم را از مواد غذایی تراریخته باخبر ساخته و خطرات احتمالی این مواد را که بر اساس آزمایش‌های معتبر معلوم می‌شود به مردم اعلام نماید.

بند چهارم: ضمانت اجرای مسئولیت کیفری دولت در حوزه اکوساید و محصولات تراریخته

با به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری دولت در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و اختصاص ماده ۱۴۳ این قانون بدان مجازات‌های اشخاص حقوقی در ماده ۲۰ تصریح شد: «در صورتی که شخص حقوقی بر اساس ماده ۱۴۳ این قانون مسئول شناخته شود با توجه به شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان‌بار آن به یک تا دو مورد از موارد زیر محکوم می‌شود این امر مانع از مجازات شخص حقیقی نیست:

الف. انحلال ب. مصادره کل اموال پ. ممنوعیت از یک یا چند فعالیت موقت یا دائم ت. ممنوعیت از دعوت عمومی برای افزایش سرمایه موقت یا دائم ث. ممنوعیت از اصدار برخی اسناد تجاری ج. جزای نقدی چ. انتشار حکم محکومیت به وسیله رسانه‌ها. علاوه بر آن در

۱. امین بدیع صنایع اصفهانی و سعید بیگدلی، مبنای مسئولیت مدنی ناشی از محصولات غذایی تراریخته، مطالعات حقوق تطبیقی، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۶ تا ۸.

تبصره ماده ۱۴ در صورت احراز رابطه علیت میان فعل شخص حقوقی و خسارت وارد شده دیده و خسارت هم قابل مطالبه است. و خسارت هم قابل مطالبه است. به نظر می‌رسد مجازات انتشار حکم محکومیت شخص حقوقی به‌وسیله رسانه‌ها که برابر ماده ۱۹ مجازات درجه ۶ محسوب می‌شود و در حقوق بسیاری از کشورها به رسمیت شناخته شده را بتوان برای دولت‌ها در زمره جرائم زیست‌محیطی اعمال کرد؛ زیرا با توجه به اهمیت روزافزون جرائم زیست‌محیطی از طرفی و لزوم مشارکت مردم در انتخابات دولت‌ها (هرچند در کشور ما اصولاً مردم فردگرا هستند و احزاب فعالیت چندانی ندارند) از طرف دیگر، انتشار حکم محکومیت دولت‌ها در رسانه‌های ملی نمی‌تواند بی‌تأثیر باشد و بر آراء مردم اثری نداشته باشد، از این‌رو محکومیت مذکور منجر بدان می‌شود که دولت‌ها در زمینه جرائم زیست‌محیطی بیش‌ازپیش محتاط باشند و برای حفاظت از محیط‌زیست تلاش فعال داشته باشند. در نتیجه مجازات انتشار از جنبه بازدارندگی مناسبی برخوردار است و با توجه به تأثیری که بر حیثیت و وجهه دولت در جامعه دارد، بهتر است در مورد جرائم ساده اعمال نشود. با توجه به صدر ماده ۲۰ که دست قاضی را در انتخاب مجازات باز گذاشته و متناسب با شدت جرم ارتكابی و نتایج زیان‌بار آن می‌تواند یک یا دو مورد از مجازات‌های مطرح در ماده ۲۰ را تعیین کند، به نظر می‌رسد جرائم زیست‌محیطی با توجه به تأثیری که بر چرخه حیات و سلامت مردم دارند حائز درجه‌ای از اهمیت می‌باشند و می‌توانند موضوع مجازات مذکور قرار گیرند.^۱

علی‌رغم به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری دولت در قانون مجازات جدید و تبیین مجازات‌های اشخاص حقوقی در این قانون و توجه به موضوع محیط‌زیست و آلودگی‌های زیست‌محیطی و تأثیری که محصولات تراریخته بر سلامت و حیات مردم دارند و تبیین آن در قانون پنج‌ساله برنامه ششم توسعه هشت سال پس از قانون ایمنی زیستی و امکان اعلام وقوع جرم در این زمینه مطابق ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که بیان می‌کند: «سازمان‌های مردم‌نهادی که اساسنامه آنها در زمینه حمایت از اطفال و نوجوانان، ... محیط‌زیست، منابع طبیعی، میراث فرهنگی، بهداشت عمومی و حمایت از حقوق شهروندی است می‌توانند نسبت به جرائم ارتكابی در زمینه‌های فوق اعلام جرم کنند و در تمام مراحل دادرسی شرکت کنند» خود مبین توجه ویژه قانونگذار به جرائم زیست‌محیطی و اهمیت آن است.

۱. ادر بوگری، مسئولیت کیفری دولت در آلودگی‌های زیست‌محیطی، فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی، شماره

ششم، تابستان ۱۳۹۵، از ص ۸ تا ۱۰.

نتیجه

فارغ از دلائلی که مبنی بر عدم امکان اعمال برخی مجازات‌ها، عدم تحقق اهداف اهداف مجازات و فقدان عنصر مادی و معنوی جرم برای تحقق مسئولیت کیفری توسط مخالفان در زمینه مسئولیت کیفری دولت مطرح شد، بسیاری از کشورها با پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی خط بطلانی بر دلائل ارائه‌شده توسط مخالفان کشیدند. کشور ایران در سال ۱۳۹۲ ضمن اصلاح قانون مجازات اسلامی با پذیرش مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ماده ۱۴۳ این قانون از قافله عقب نماند و با در نظر گرفتن مجازات‌هایی نظیر انحلال، جزای نقدی، ممنوعیت افزایش سرمایه، انتشار حکم محکومیت در رسانه‌های عمومی و... به مباحثه‌ها و اختلاف‌نظرهای موجود پایان داد که به نظر می‌رسد راه صوابی در راستای تحقق عدالت، به‌عنوان هدف اصلی حقوق کیفری و نفع اجتماعی به‌عنوان شرط لازم حفظ مصالح اجتماعی، در پیش گرفت.

اما با یک نگاه کلی به اصول متعددی که برای توجیه مسئولیت کیفری دولت بیان شد به نظر می‌رسد اصل مجرمیت عاریه‌ای مبنای ماده ۱۴۳ قانون مجازات اسلامی قرار گرفت زیرا شخص حقوقی زمانی دارای مسئولیت کیفری است که شخص حقیقی به نام یا در راستای منفعت شخص حقوقی مرتکب جرم گردد. به عبارتی از آنجایی که شخص حقیقی به نمایندگی شخص حقوقی مرتکب جرم شده، شخص حقوقی نیابتاً با عاریه گرفتن عناصر مادی و معنوی جرم از شخص حقیقی دارای مسئولیت کیفری خواهد بود.

مضاف آنکه شناسایی مسئولیت دولت‌ها در زمینه تولید محصولات تراریخته یا محصولات تغییر یافته ژنتیکی که در پاسخ به نیازهای سیری‌ناپذیر بشر به خوراک و بهبود صنعت دامداری و کشاورزی جهت تولیدات انبوه در کوتاه‌ترین زمان ممکن ایجاد شد، به بحث‌های بی‌شماری دامن زده که قریب به اتفاق از بین بردن محیط زیست را نتیجه آن می‌دانند. به همین دلیل از سال ۲۰۱۰ واژه جدیدی وارد دستور زبان شد که از آن به اکوساید یا زیست‌بوم‌کشی یاد می‌شود. اکوساید در زمره جنایات علیه محیط زیست محسوب شده و تلاش‌های بین‌المللی حاکی از گنجانیدن این جرم در اسناد بین‌الملل و تبیین مجازات مناسب با توجه به گستره وسیع تأثیرات مخرب جرم فوق‌الذکر بر تمامی جانداران است. از این‌رو به دنبال اصل ۵۰ قانون اساسی که حفاظت از محیط زیست را وظیفه‌ای عمومی می‌داند، ایران در سال ۱۳۸۸ با به تصویب رساندن «قانون ایمنی زیستی جمهوری اسلامی ایران»، گامی بزرگ در راستای توجه به محصولات تراریخته برداشت و ضمن تعریف این محصولات به وجود شورایی به نام «شورای ایمنی زیستی» به‌عنوان ناظر اشاره کرد؛ اما

شناسایی مسئولیت دولت در این زمینه را می‌توان با نگاهی به تبصره ماده ۳۱ قانون پنج‌ساله برنامه ششم توسعه مصوب سال ۱۳۹۵ به رسمیت شناخت که دولت را موظف دانسته تا اقدامات لازم جهت آزمایشات مواد غذایی وارداتی انجام داده و با اطلاع‌رسانی مردم را از محصولات تراریخته و خطرات ناشی از آن آگاه کند. را از محصولات تراریخته و خطرات ناشی از آن آگاه کند.

با جمع تمامی نکات فوق و توجه به فلسفه وجودی دولت که در راستای تأمین نظم عمومی و ارائه خدمات عمومی پا به عرصه وجود گذاشت، به‌راستی نمی‌توان منکر مسئولیت کیفری دولت در عرصه‌ای چنین پراهمیت شد. هرچند که خلأ و نقصان‌هایی در این راستا به چشم می‌خورد که امید است با گذر زمان و توجه روزافزون به مسئله محیط‌زیست و اکوساید مرتفع گردد.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. استفانی، گاستون و لواسور، ژرژ و بولوک، برنار (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، ج اول و دوم، دانشگاه علامه طباطبائی.
۲. امامی، محمد، (۱۳۸۹)، استوارسنگری، کوروش. حقوق اداری، ج ۱، تهران: نشر میزان.
۳. صفار، محمدجواد، (۱۳۷۳)، شخصیت حقوقی، نشر دانا.
۴. عباس پور، مجید، (۱۳۷۷)، مهندسی محیط‌زیست، ج ۱، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی.
۵. فرج‌اللهی، رضا (۱۳۸۸)، مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در حقوق فرانسه، ج ۱، میزان.
۶. قاسمی، ناصر، (۱۳۸۰)، حقوق کیفری محیط‌زیست، ج ۱، انتشارات سازمان محیط‌زیست.
۷. قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۲)، بایسته‌های حقوق اساسی، ج ۳، نشر دادگستر.
۸. کریستوفر جی، بارو (۱۳۸۰)، اصول و روش‌های مدیریت محیط‌زیست، ترجمه مهرداد اندرودی تهران.
۹. کلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، انتشارات طرح نو.
۱۰. محسنی، مرتضی (۱۳۷۶)، دوره حقوق جزای عمومی، مسئولیت کیفری، ج ۳، ج ۱، کتابخانه گنج دانش.
۱۱. میرسعیدی، منصور (۱۳۹۰)، مسئولیت کیفری قلمرو و ارکان، بنیاد حقوقی میزان. زمستان، ج ۳.

ب. مقاله‌ها

۱۲. احمدپور، محمد، (۱۳۸۱)، «شرکت‌های مادر؛ الزام یا اختیار»، ماهنامه تدبیر، مرداد، ش ۱۴۷.
۱۳. باقرزاده، محمد، (۱۳۷۹)، «بحثی درباره مسئولیت کیفری دولت»، فصلنامه معرفت، مهر و آبان، ش ۳۶.
۱۴. بدیع صنایع اصفهانی، امین؛ بیگدلی، سعید (۱۳۹۳)، «مبنای مسئولیت مدنی ناشی از محصولات غذایی تراریخته»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۵، پاییز و زمستان، ش ۲.
۱۵. بوگری، نادر، (۱۳۹۵)، «مسئولیت کیفری دولت در آلودگی‌های زیست‌محیطی»،

۱۵. بوگری، نادر، (۱۳۹۵)، «مسئولیت کیفری دولت در آلودگی‌های زیست‌محیطی»، فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی، تابستان، ش ۶.
۱۶. تاریمرادی، احسان. فخلعلی، محمدتقی (۱۳۸۴)، «مبانی و احکام فقهی محیط زیست»، مطالعات اسلامی، ش ۷۱، ص ۶۶-۳۱.
۱۷. جعفری، مجتبی، (۱۳۹۵)، «مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، پاییز و زمستان، دوره ۷، ش ۲.
۱۸. جلیلیان، مهرداد، (۱۳۹۵)، «بررسی وظائف دولت در جلوگیری از آلودگی محیط زیست»، مطالعات علوم سیاسی و حقوق و فقه، زمستان، دوره ۲، ش ۴/۱.
۱۹. شریفی محسن و همکاران، (۱۳۹۲)، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، آموزه‌های حقوق کیفری، پاییز و زمستان، ش ۶.
۲۰. شریفی، محسن؛ حبیب زاده، جعفر؛ عیسایی تفرشی، محمدجعفر؛ فرجیها، محمد، (۱۳۹۲)، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، تابستان، دوره ۷۷، ش ۸۰.
۲۱. فرج‌اللهی، رضا، (۱۳۸۹)، «تأثیر جرم‌شناسی اثبات‌گرا بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، زمستان، ویژه‌نامه ش ۲.
۱۵. بوگری، نادر، (۱۳۹۵)، «مسئولیت کیفری دولت در آلودگی‌های زیست‌محیطی»، فصلنامه تحقیقات جدید در علوم انسانی، تابستان، ش ۶.
۱۶. تاریمرادی، احسان. فخلعلی، محمدتقی (۱۳۸۴)، «مبانی و احکام فقهی محیط زیست»، مطالعات اسلامی، ش ۷۱، ص ۶۶-۳۱.
۱۷. جعفری، مجتبی، (۱۳۹۵)، «مبانی و اصول مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات اسلامی»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، پاییز و زمستان، دوره ۷، ش ۲.
۱۸. جلیلیان، مهرداد، (۱۳۹۵)، «بررسی وظائف دولت در جلوگیری از آلودگی محیط زیست»، مطالعات علوم سیاسی و حقوق و فقه، زمستان، دوره ۲، ش ۴/۱.
۱۹. شریفی محسن و همکاران، (۱۳۹۲)، «انتساب مسئولیت کیفری به اشخاص حقوقی در نظام کیفری ایران و انگلستان»، آموزه‌های حقوق کیفری، پاییز و زمستان، ش ۶.
۲۰. شریفی، محسن؛ حبیب زاده، جعفر؛ عیسایی تفرشی، محمدجعفر؛ فرجیها، محمد، (۱۳۹۲)، «دگرگونی‌های مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، تابستان، دوره ۷۷، ش ۸۰.
۲۱. فرج‌اللهی، رضا، (۱۳۸۹)، «تأثیر جرم‌شناسی اثبات‌گرا بر مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، زمستان، ویژه‌نامه ش ۲.

۲۲. گلدوزیان، ایرج و حسین جانی، محسن (۱۳۸۴)، «میانی اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری در حوزه ادیان»، فصلنامه الهیات و حقوق، بهار و تابستان، ش ۱۵ و ۱۶.
۲۳. محمدعلیخانی، ندا، محمدعلیخانی، مرتضی، «تبیین مفاهیم جناین علیه محیط زیست»، فصلنامه علمی-ترویجی مطالعات بین‌الملل پلیس، سال هفتم، ش ۳۰، تابستان، ص ۱۹۳-۲۱۹.

۲۴. مهاجر، مینا و صفایی، حسین (۱۳۹۰)، مهدوی دامغانی، «عبدالمجید. ملاحظات اخلاقی و حقوقی در کاربرد محصولات تراریخته با نگاهی به قانون ملی ایمنی زیستی»، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، بهار، سال ۶، ش ۱، بهار ۱۳۹۰.

۲۵. نجفی ابرنآبادی، علی حسین، «مسئولیت کیفری بین‌المللی»، تحقیقات حقوقی، ش ۱۵، ۱۳۷۳.

۲. منابع انگلیسی

- 26-Ashworth, A., & Horder, J. (2013). Principles of criminal law. Oxford University Press. P.17
- 27-Gauger. A. Rabatel. M. Kulbicki. L. The Ecocide Is the Missing 5th Crime Against Peace the Human Rights. School of Advanced Study University London. 2013
- 28-Higgins.P. Short.D. South. N. (2013). Protecting the Planet; a Proposal for a Law of Ecocide
- 29-Hornfeldt.I. A Law on Ecocide, A Way to End Mess Destruction of the World`s Ecosystem. Law Faculty of Lund. 2016
- 30-Kelishadi, R. (2012). Environmental Pollution; Health Effects and Operational Implications for Pollutants Removal. Journal of Environmental and Public Health
- 31-Mark Allan. G. (1996). The International Crime of Ecocide. California Western International Law Journal: 26(2), 3
- 32-Nicholson.M. Evaluating Ecocide: Invaluable or Invalid? University of Otago. 2012
- 33-Wagner, M. (1999). Corporate criminal liability: National and international responses. Commonwealth Law Bulletin, 25(2), 600-608

تحولات حقوق اداری آلمان

فلورین بکر

ترجمه و تحقیق: خدیجه شجاعیان *

چکیده

ساختار و عملکرد حقوق اداری آلمان را باید با توجه به مسائل تاریخی و الزامات قانون اساسی درک کرد. در قرن ۱۹ فضای سیاسی در جهت حمایت از حقوق بشر و گسترش اصل اداره قانونمندار تغییر یافت و میزان مداخله دولت در حقوق افراد افزایش یافت؛ در نتیجه نظارت قضایی برای حمایت از فرد در مقابل اداره مطرح شد. مشخصه این قرن آلمان نه فقط جنبش حقوق اساسی بلکه همچنین ایجاد حقوق اداری ماهوی است. حقوق اداری تبدیل به رشته‌ای مجزا از حقوق اساسی شد. قانون اساسی ۱۹۴۹ باعث ایجاد تغییرات اساسی در حقوق اداری شد؛ شکل اداره و قواعد حاکم بر آن را تعیین کرده است و در اصول مختلف تضمیناتی را برای اداره قانونمندار مقرر کرده است و نظارت قضایی موثری را تضمین کرده است. در سال‌های اخیر انتقاداتی به حقوق اداری آلمان مطرح شده و گروهی از اندیشمندان برای پاسخ به پیچیدگی‌های اجتماعی، اداری و مطالبات اروپایی شدن خواستار ایجاد حقوق اداری جدیدی شده‌اند و معتقدند که حقوق اداری سنتی آلمان دیگر برای تحقق اهداف موردنظر مناسب نیست.

کلیدواژه‌ها:

حقوق اداری، نظارت قضایی، دادگاه‌های اداری، حاکمیت قانون

*. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده علوم انسانی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران

مقدمه

اتو مایر^۱: «قانون اساسی می‌آید و می‌رود؛ اما حقوق اداری می‌آید که بماند». فریتز ورنر^۲: «حقوق اداری، حقوق اساسی عینیت یافته است». همه دانشجویان حقوق آلمان با این دو نقل قول آشنا هستند؛ چراکه بخش عمده‌ای از تاریخ حقوق اداری آلمانو همچنین چالش‌های امروزی آن را بیان می‌کنند. اتو مایر به عنوان یکی از بنیان‌گذاران حقوق اداری مدرن آلمان شناخته می‌شود. بیانیه وی در مقدمه ویرایش سوم کتاب حقوق اداری آلمان آمده است^۳ که یک کتاب سه جلدی عالی است، وضعیت متعارف را حفظ کرده و محورهای حقوق اداری را تقریباً در طول یک قرن کامل شکل داده است. این جمله منعکس‌کننده تفکیک نهادی ساختار اساسی دولت^۴ و قوه اجرائی آن (اداره آن) است. علاوه بر این، جمله معروف مایر تأکید می‌کند که قواعد حاکم بر حقوق اساسی تأثیر کمی بر قواعد حاکم بر حقوق اداری دارند.

سخن مایر برای آمریکایی‌ها تکان دهنده و وحشتناک به نظر می‌رسد. مایر که از سال ۱۸۴۶ تا ۱۹۲۴ می‌زیست، شاهد آمدن و رفتن چندین قانون اساسی بود، از جمله قانون اساسی وایمار، که نشان دهنده گذار آلمان از سلطنت به دموکراسی پارلمانی بود. در مقابل در ایالات متحده، حقوق اداری مقدم بر ایجاد قانون اساسی دموکراتیک بود. تا حدی، اظهارات مایر به خاطر مشاهدات تجربی بود؛ اما بیانگر آرزوی حقوقی نیز است. در طول هر بحران و حتی در نقاط عطف مهم تاریخ مشروطه و سیاسی آلمان، اداره در همه سطوح، فدرال، ایالتی، شهرداری، به عملکردهای عادی خود ادامه می‌داد: مجوزهای ساختمانی و مجوزهای رستوران صادر و لغو می‌شد، خیابان‌ها باید طراحی و ساخته می‌شدند؛ ایمنی تأسیسات فنی مورد بررسی قرار می‌گرفتند؛ استخدام بخش دولتی می‌بایست سازماندهی می‌شد و مالیات‌ها می‌بایست گرفته می‌شدند. در حالت ایده‌آل، تمام این کارکردهای مهم باید به صورت قانونی و بی‌طرف انجام شود. به هر حال، این مسائل آرزو و تمایل مایر بود. اگر مایر آلمان را در سال ۱۹۳۳ و سال‌های بعد از آن^۵ مشاهده می‌کرد، قطعاً نظر خود را تغییر می‌داد. در این دوره وحشتناک تاریخ آلمان نیز مجوزهای ساختمانی و مجوزهای رستوران‌ها صادر و لغو می‌شدند، خیابان‌ها باید طراحی و ساخته می‌شدند،

1-Otto Mayer

2-Fritz Werner

3-Deutsches Verwaltungsrecht (1924)

4-The states constitutional organization

۵. قدرت یافتن هیتلر در ۱۹۳۳ تا سقوط حزب نازی در ۱۹۴۵

ایمنی تأسیسات فنی می‌بایست مورد بررسی قرار می‌گرفت و مالیات‌ها گرفته می‌شد؛ اما در عین حال، دادرسی‌های خودسرانه و قتل‌های سازمان یافته به طور مرتب توسط مأمورین دولتی انجام می‌گرفت و به طبقاتی از شهروندان به دلیل نژاد، اعتقاد یا عقاید سیاسی، مجوز اعطا نمی‌شد. دولت شهروندانی را که به نظم جدید متعهد نبودند از بخش دولتی اخراج می‌کرد. تصور یک اداره منفک از چارچوب حقوق اساسی، منسوخ شد؛ زیرا ایده جدید دولت سوسیالیست ملی‌گرا اکثر جنبه‌های حقوق اداری را فراگرفت. حقوق اداری صرفاً ابزاری برای مقابله با مشکلات روزمره نبوده و البته شاید هرگز چنین نباشد؛ بلکه ابزار برنده حاکمان جدید برای شکل دادن آلمان به دلخواه خود بود.

تجربه وحشتناک دوران نازی، نیروی محرکه اظهارات بسیار متفاوتی است که پس از جنگ و بازسازی توسط فریتز ورنر، رئیس دادگاه جدید اداری فدرال مطرح شد.^۱ ورنر با توصیف حقوق اداری به عنوان «حقوق اساسی عینیت یافته»، بر پیوندهای محکم و وابستگی متقابل بین این دو شاخه از حقوق عمومی تأکید می‌کرد. به موجب قانون اساسی مصوب ۱۹۴۹، اکنون اصول قانون اساسی شکل اداره و قانون حاکم بر آن را تعیین می‌کنند. اصل اول قانون اساسی^۲ حمایت از کرامت انسانی را محور قرار داده است و بیان می‌کند که همه قوای حکومت متعهد به حمایت از تمام حق‌های مقرر در قانون اساسی هستند. علاوه بر این، همه قوانین باید مطابق با قواعد رویه‌ای و ماهوی قانون اساسی وضع شوند. این دستورات بنیادی تأثیر عمیقی بر تقنین قواعد اداری و کاربرد آنها دارند.

با این حال، اصول قانون اساسی جدید بر اساس حقوق اداری از قبل موجود اجرا شد، یک مجموعه بسیار قوی، تثریزه و نظام یافته که منعکس‌کننده قرن‌ها تجربه و تفکر علمی است. بنابراین، حقوق اداری مدرن آلمان صرفاً تدوین دقیق‌تر و خاص اصول انتزاعی قانون اساسی نیست؛ بلکه به عنوان یک ترکیب شناخته می‌شود که ساختار و عملکرد آن باید هم از دید تاریخی و هم با توجه به الزامات قانون اساسی درک شود.

در قسمت اول این مقاله، تاریخچه مختصری از حقوق اداری آلمان، از آغاز آن به عنوان یک رشته مستقل، تا اساسی‌سازی مدرن آن ارائه شده است. بخش دوم مباحث نظری و رویه قضایی را همراه با تحولات تاریخی و با تأکید ویژه بر «روش حقوقی» مطرح شده توسط اتو

1-Bundesverwaltungsgericht

۲. کرامت انسان مصون از تعرض می‌باشد. رعایت و حمایت از آن برعهده هیات حاکمه است.

مایر و شاگردانش توضیح می‌دهد. بخش سوم در مورد حقوق اداری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری فدرال بحث می‌کند. قسمت چهارم برخی از چالش‌های معاصر را تشریح می‌کند.

گفتار اول. تاریخچه مختصر حقوق اداری آلمان

بند اول. حقوق عمومی و حقوق مدنی (خصوصی)

حقوق اداری و حقوق اساسی جزو حقوق عمومی هستند. از منظر حقوق قاره‌ای بین حقوق اداری و حقوق مدنی تفاوت مشخصی وجود دارد. این تمایز توسط رومیان توسعه یافته است. حقوق مدنی روابط بین اشخاص برابر را تنظیم می‌کند که همه طرفین می‌توانند به شیوه یکسان متعهد یا قدرت داده شوند؛ اما حقوق اداری عمدتاً با سیستم تبعیت تعریف می‌شود. مقام عمومی به طور یک جانبه (برای انجام کاری) تکلیف دارد یا قدرت دارد و در بسیاری از مواقع از نظر قانونی نسبت به مخاطب تصمیمات خود، برتر است.

در امپراتوری روم، قدرت پلیس در اختیار مقامات منتخب قرار داشت که در قرون وسطا به قدرت ذاتی اربابان فئودال تبدیل شد. مناصب عمومی مورد معامله سیاسی قرار می‌گرفتند و به ارث می‌رسیدند، فروخته می‌شدند و یا گرو گذاشته می‌شدند. با توجه به اینکه انتصاب به یک سمت عمومی می‌توانست با یک معامله صرفاً خصوصی انجام شود تفاوت واضح حقوق عمومی و مدنی از بین رفت. زوال قانون به همین ترتیب در دوره فئودالی ادامه یافت. در این دوره زمین در قالب قرارداد تیول توزیع می‌شد و اختیارات حکومتی مانند مالیات نیز به مالکان زمین واگذار می‌شد.

حقوق آلمان با احیای مجدد حقوق روم در قرن شانزدهم تغییر اساسی پیدا کرد. اقتباس از حقوق رومی از اوایل قرن یازدهم با کشف مجدد منابع باستانی در مدارس پاپوا و بولونیا آغاز شد، که بیشتر متشکل از قطعات متون حقوقی، احکام و مباحثی بود که به پاندکته‌ها^۱ (خلاصه حقوق رومی که توسط امپراتور روم شرقی، ژوستینین، گردآوری شد) و مجموعه قوانین کلیسایی^۲، تقسیم شده بود. اقتباس از پاندکته‌ها آغازگر فرآیندی بود که در زمان دولت مطلقه قرن‌های هفدهم و هجدهم به پایان رسید. تمایز آشکار بین حقوق عمومی

1-Pandect

2-The Corpus Juris Canonici

و خصوصی که امروزه می‌شناسیم به اوج خود رسید. تمایز بین حقوق خصوصی و عمومی مجدداً مورد توجه قرار گرفت و حقوق عمومی به یک رشته مستقل تبدیل و از قواعد تثبیت شده مدنی و کلیسایی جدا شد.

تحول اساسی در قرن هفدهم به وجود آمد. فتوادل‌ها با ایجاد بوروکراسی محکم و توسعه بیشتر ارتش، شروع به تحکیم قدرت خود کردند. طبقه جدیدی از بوروکرات‌ها و سربازان ظهور کردند. این مسئله یکی از پایه‌های اساسی و عوامل تثبیت کننده دولت مطلقه بود؛ زیرا وفاداری مستخدمان نه به امپراتور بلکه فقط به حاکم محلی خود مطرح بود. حاکمان فقط به طور رسمی تحت قانون امپراتوری روم مقدس قرار داشتند. این امر منجر به ایجاد قدرتی شد که از بیرون قابل اعتراض و به چالش کشیدن نبود. قدرت داخلی اربابان توسط «حقوق حاکمیت»^۱ وسیع تأمین می‌شد. این حقوق به حاکمان قدرت تجاوز به حقوق مکتسبه اشراف^۲ را به گونه‌ای که آنها را در اختیار و اسیر حاکمیت می‌نمود، اعطا کرد. کنترل از طریق حقوق حاکمیت به عنوان اقدام استثنایی برای اطمینان از رونق مناطق آغاز شد. این امر به سرعت تبدیل به یک هنجار شد و به پایه و اساس آنچه امروزه «حاکمیت» می‌نامیم، تبدیل شد.

بند دوم: علوم پلیسی^۳ و کامرالیسم^۴

قواعد پلیس^۵ و کامرالیسم^۶ اولین زمینه‌های مطالعاتی بود که علوم اداره آلمانی به آن پرداخت. مفهوم آلمانی «Polizei» در قرن شانزدهم پدیدار شد. به مراتب جامع‌تر از مفهوم مدرن «پلیس»، کل سیستم حاکمیت داخلی را دربر می‌گرفت و اقتدار حاکم را برای تنظیم زندگی افراد تابع خود توصیف می‌کرد. پلیس بیانگر یک دولت تنظیم‌کننده و مداخله‌گر است که از زندگی اتباع خود حمایت می‌کند؛ اما آزادی‌های آنها را به شدت محدود می‌کند. نظریه یا «علم» استفاده از این اختیارات، قواعد پلیس است. کامرالیسم (برگرفته از

1-Ius eminens

2-Iura quaesita

3-Sovereignty

4-Policing

5-Cameralism

6-Policywissenschaft

7-Kameralistik

کلمه «camera» لاتین، به معنای اتاق یا خزانه) بر اداره امور مالی حاکمیت متمرکز بود. به معنای وسیع‌تر، یک سیاست مالی و اقتصادی فعال را توصیف می‌کند که در همه سطوح، دولت عامل اصلی است.

نخستین تلاش‌ها برای توسعه حقوق اداری مدرن مبتنی بر نظریه حقوق طبیعی کریستین وولف^۱ و آموزه‌های هابز در مورد قرارداد اجتماعی بود. اداره خوب شیوه حاکم برای حمایت از زندگی و رفاه شهروندان بود. در عوض قرار بود این امر توجیهی برای تبعیت شهروندان از حاکم باشد. اقدامات حاکمیتی برای خدمت به منافع مشترک بود و می‌بایست ایده «پلیس خوب» را به معنای محافظت از و تقویت «وضعیت خوب» و سالم جامعه پیگیری نمود. قواعد حقوق ماهوی با تنظیم تعاملات اجتماعی مانند تجارت و وام این اهداف را ارتقا بخشید.

هویت ملی دولت مطلقه تا حدودی مبهم بود. در حالی که هدف اصلی آن، بیشتر کردن منافع ملی بود؛ اما یک ویژگی پدرسالارانه^۲ نیز داشت. تقویت منافع ملی فقط به معنای پیشرفت جامعه نبود. این امر همچنین بدان معنی بود که رفاه یا خوشبختی شهروندان به عنوان یک موضوع سیاست عمومی دنبال می‌شود. این مسئله منجر به نظامی شد که می‌تواند همزمان هم به عنوان دولت رفاه و هم به عنوان یک دولت پلیسی شناخته شود.

از آنجا که حکومت مطلقه هرگونه اعتراض یا مقاومت در برابر اقدامات خود را ممنوع می‌کرد، تابعین مجبور به تحمل اقدامات عمومی بدون امکان جبران بودند و حکومت از یک مصونیت قانونی مطلق برخوردار بود. بنابراین، محافظت از فرد نیاز به یک ساختار نظری به نام «تئوری مالی»^۳ داشت و از طرف شخص آسیب‌دیده استفاده از راهکار مالی، نیاز به ارائه دادخواست مدنی داشت. برای این منظور پذیرفته شد که حاکم و خزانه دو شخص حقوقی جداگانه هستند. دولت مطلقه و حاکم در قبال تخلفات مسئولیت نداشتند و امکان شکایت از آنها وجود نداشت. در مورد سوءاستفاده دولت از قدرت، خزانه به عنوان یک شخص حقوقی خصوصی در دادگاه مورد شکایت واقع می‌شد. این امر به شهروندان امکان داد که با وجود تداوم دولت مطلقه، برای جبران خسارت اقدام کنند؛ زیرا اقتدار عمومی واگذار شده به سلطنت مصون از اعتراض بود.

1-Christian Wolff

2-Paternalistic

3-Fiskustheorie (fiscal theory)

بند سوم: بخش دولتی^۱

تامین تقاضاهای فزاینده اداری یک کشور مرکانتلیستی^۲ و فعال کردن سیستم پلیس جامع مستلزم افزایش اندازه، شدت و تخصص اداره بود. نوآوری اساسی سازمان اداری، ایجاد طبقه اجتماعی جدید کارمندان حرفه‌ای بود. طبقات کارمندان و سربازان به اساس قوه مجریه تبدیل شدند. وجود آنها به تغییر تصویر حاکمیت منجر شد. مفهوم «دولت من هستم»، بیان شده توسط لوئی چهاردهم، دیگر مطابق با هستی و سازمان واقعی دولت نبود. فردریک کبیر^۳ خود را به عنوان رئیس دولت یا خادم اول می‌دید، که بیانگر دگرگونی حقوقی مقام عمومی از خدمتگزار حاکم به خدمتگزار ملت بود.

1-Civil Service

2-Mercantilist

مرکانتیلیسم (سوداگرایی) عبارت است از ملی‌گرایی اقتصادی جهت دستیابی به جامعه ثروتمند و قدرتمند. آدام اسمیت اصطلاح «نظام مرکانتیلی را برای توصیف نوعی از نظام اقتصاد سیاسی وضع کرد که در پی آن است که با محدود کردن واردات و تشویق صادرات به ثروت کشور بیفزاید. این نظام از قرن شانزده تا اواخر قرن هجده میلادی بر تفکر و سیاست‌های اقتصادی اروپای غربی حاکم بود. مهم‌ترین مبنای اقتصادی مرکانتیلیسم در قرن شانزده، ادغام مراکز قدرت منطقه‌ای دوره فئودالی توسط دولت - ملت‌های بزرگ بود. در خلال دوره‌ای که مرکانتیلیسم رواج یافت درگیری‌های نظامی میان دولت - ملت‌ها بیشتر، شدیدتر و گسترده‌تر از هر زمان دیگری در تاریخ بود. ارتش و نیروی دریایی به نیروهای حرفه‌ای و تمام وقت تبدیل شده بودند. در داخل، دولت‌ها برای صنایع نوپا سرمایه فراهم می‌آوردند، صنایع نوپا را از پرداخت مالیات و تبعیت از قوانین صنفی معاف می‌ساختند، در بازارهای محلی و استعماری به ایجاد انحصار کمک می‌کردند و به تولیدکنندگان موفق عنوان و پول اعطا می‌کردند. دولت‌ها همچنین در سیاست‌های تجاری خود با اعمال تعرفه و سهمیه بر واردات کالاهایی که به رقابت با محصولات تولیدکنندگان محلی می‌پرداختند یا با ممانعت از ورود این تولیدات، به صنایع محلی کمک می‌کردند. آنها همچنین از صادرات ابزارها و تجهیزات سرمایه‌ای و مهاجرت نیروی کار ماهر به کشورهای خارجی و حتی مستعمرات خودشان در صورتی که باعث می‌شد این کشورها در تولید کالای خاصی با کشور متبوع‌شان به رقابت بپردازند جلوگیری می‌کردند. در عین حال، دیپلمات‌های این دولت‌ها تولیدکنندگان خارجی را ترغیب می‌کردند که به کشورشان مهاجرت کنند. لاهای لورا، مترجمان: الحسینی، محمدصادق و آفاکثیری، پریسا، در دسترس در آدرس زیر:

<https://donya-e-eqtesad.com/%D8%A8%D8%AE%D8%B4-%D8%AE%D8%A8%D8%B1-64/609389%D9%85%D8%B1%DA%A9%D8%A7%D9%86%D8%AA%DB%8C%D9%84%DB%8C%D8%B3%D9%85>

کتاب جامع قوانین پروس^۱، به عنوان اولین قانون حاکم بر دولت مدرن در سال ۱۷۹۴ تدوین شد. این قانون انتصاب کارمندان دولت و شرایط اشتغال را به گونه‌ای تنظیم کرد که به مفهوم فعلی بخش دولتی شبیه است. قواعد مذکور باعث تغییر ماهیت بخش دولتی شدند. این بخش مشمول حقوق عمومی تلقی شد. به عنوان مثال، اصول مدنی فسخ دیگر در قراردادهای استخدامی کارمندان دولتی قابل اجرا نبود و راه را برای اصل جدید تصدی هموار کرد. کارمندان دولت برای تأمین معیشت شخصی خود به کارفرمای خود وابسته شدند. خدمت مادام العمر در ازای حمایت مادام-العمر، بخش دولتی را مطلوب ساخت. این مسئله باعث جذب نخبگان روشنفکر شد و با هجوم کارمندان بسیار ماهر، سیستم را بهبود بخشید.

با وجود این، قانونی متشکل از مجموعه کامل قواعد عمومی حقوق اداری توسط ایالات آلمان یا در سطح فدرال تا اوایل قرن بیستم به تصویب نرسید و به طور جدی دنبال نشد. قانون‌گذاران ایالتی بر قواعدی متمرکز بودند که اعمال اداری موردی^۲ را در زمینه‌های خاص اداری تنظیم و توجیه می‌کرد. این مسئله با توزیع صلاحیت‌های قانونگذاری بین ایالت‌ها و فدراسیون حمایت شد.

با صنعتی شدن و تمرکز بخش بزرگی از جمعیت در مراکز شهری، نیاز اجتماعی به حمایت‌های دولتی از شهروندان به شدت افزایش یافت. برای اطمینان از برابری اجتماعی، به یک زیرساخت کارآمد و اقدامات متعادل نیاز بود. این نیازها، پیش‌شرط‌هایی برای توسعه بیشتر حقوق اداری به معنای مدرن فراهم کردند. اساس این حقوق در قانون اساسی ایالتی قرن نوزدهم ایالت‌های باواریا، بادن، وورتمبرگ و هسن‌دارمشتات (۱۸۱۸-۱۸۱۸) قرار دارد. تفکیک قوا و حقوق بنیادین اعطا شده در قانون اساسی مستلزم تنظیم صریح صلاحیت‌ها و اختیارات اداره عمومی بود.

تفکیک کارکردی قدرت دولت در امور اجرایی، قضایی و تقنینی از مدت‌ها قبل به رسمیت شناخته شده بود؛ اما این ایده که اعمال اقتدار باید بین شاخه‌های جداگانه و مستقل دولت تقسیم شود، جدید بود. مونتسکیو اولین کسی بود که این ایده را در اثر پیشگامانه خود «روح القوانين» تدوین کرد. جدا کردن اختیارات به معنای کاهش خطر

1-Allgemeines Preussisches Landrecht

2-Individual administrative acts

تجاوز خودسرانه به حقوق فردی و کاهش چشمگیر اقتدار حاکم بود. حاکم دیگر کانون قدرت دولت نبود. از نظر مونتسکیو، آزادی سیاسی به معنای این است که فرد بتواند هر آنچه را که قانون مجاز می‌داند، انجام دهد و از انجام آنچه طبق قانون ممنوع است، خودداری کند. در عوض، شهروندان باید بتوانند به نهادها برای عمل به شیوه قانونی اعتماد کنند.

این امر منجر به دو تغییر اساسی در اداره عمومی شد. تغییر اول اینکه، دیگر وظیفه یک تبعه وفادار، تحمل هرگونه اقدام اداری نبود. تغییر دوم این بود که می‌بایست قانون رعایت می‌شد و اعمال اداری در چارچوب قانون انجام شوند که می‌توان آن را با اصول معاصر «حفظ قانون»^۱ و «تقدم قانون»^۲ توصیف کرد. اصل اول مستلزم اقدام دولت براساس قوانین پارلمان است و اقدامات فاقد چنین بنیادی را مغایر قانون اساسی می‌داند. این مفهوم بیشتر با «اصل جدیت و اساسی بودن»^۳ شرح داده شده است که مقرر می‌دارد اگر عملی پیامدهای مهمی برای حقوق اساسی یک شهروند به همراه داشته باشد، نیاز به مجوز پارلمان دارد. در غیر این صورت، آیین‌نامه یا سایر قوانین تفویضی، مبنای کافی برای عمل اداری است. اصل تقدم قانون این اصل بنیادین را تکمیل می‌کند. بر اساس این اصل همه مقامات عمومی به رعایت قانون (قانون پارلمان، قوانین تفویضی، آیین‌نامه و غیره) و همچنین خود قانون اساسی ملزم هستند؛ اما پارلمان فقط به قانون اساسی محدود است.

بند پنجم. نظارت قضایی

تمرکز بر اعمال اداری و دولت قانونمند این سؤال را مطرح می‌کند که قانونی بودن چگونه باید تضمین و اجرا شود. یکی از راه‌های تحقق این هدف، نظارت قضایی است. در حالی که اعمال اصول لیبرال مورد حمایت بورژوازی در انقلاب شکست خورده ۱۸۴۸-۱۸۴۹

1-Vorbehalt des Gesetzes

2-Vorrang des Gesetzes

3-The principle of substantiality, Wesentlichkeitstheorie

طبق این اصل نحوه تنظیم مداخلات دولت به موضوع بستگی دارد. اگر موضوع موردنظر برای شهروند یا عموم، اهمیت قابل ملاحظه‌ای دارد، قانون پارلمان لازم است. بنابراین درخصوص تصمیماتی که تأثیرات جدی بر آزادی و برابری شهروندان دارند، پارلمان باید با تصویب قانون این امور را تنظیم کرده و موضوع را به صلاح‌دید مجریه واگذار نکند. (مترجم)

عقب افتاد، حاکمیت قانون حرکتی رو به جلو داشت. نکته اصلی در این تحول ایجاد نظام جداگانه‌ای از دادگاه‌ها بود که وظیفه داشتند اقدامات حاکم را مشمول نظارت قضایی نمایند. استقرار (تدریجی) این سیستم جدید دادگاه اداری در قلمرو برخی از ایالات آلمان به دلیل درک نظارت قضایی به عنوان یکی از عوامل مؤثر برقراری قانون و نظم و همچنین به عنوان سنگ بنای تضمین یک اداره پاسخگو بود.

اولین ایالت آلمان که نظام دادگاه اداری مستقل از سایر دادگاه‌ها را ایجاد کرد، بادن (۱۸۶۳) بود. تا سال ۱۸۷۶، ایالت‌های دیگر نیز از این روش پیروی کردند. با این حال، با توجه به اینکه بیشتر دادگاه‌ها فقط در مورد تعداد محدودی از قوانین خاص صلاحیت داشتند، هنوز حمایت مؤثر قانونی حاصل نشده بود. اعمال اداری مهم از نظارت قضایی معاف بودند. نقص در حمایت حقوقی دادگاه‌های تازه تأسیس، تشدید شده بود. قضات هنوز از اداره عمومی، مستقل نبودند و مانند سایر کارمندان عمومی منصوب می‌شدند. برای اساس، دادگاه‌های اداری متعلق به شعبه سوم نظام قضایی (در کنار دادگاه‌های کیفری و مدنی) نبودند؛ بلکه درواقع یکی از بخش‌های نهادی اداره بودند. با وجود این، از منظر حاکمیت قانون، حتی این نظام دادگاهی ضعیف، بهبود قابل توجهی در مقایسه با وضعیت امور قبل از سال ۱۸۶۳ ایجاد کرد. این وضعیت نسبتاً ضعیف دادگاه‌های اداری تا سال ۱۹۶۰ ادامه داشت که قانون عام حاکم بر دادگاه‌های اداری، یعنی قانون دادگاه‌های اداری، تصویب و بالاخره الزام قانون اساسی برای ایجاد نظام دادگاه مستقل اداری و حمایت قانونی مؤثر محقق شد.

گفتار دوم. از علوم سیاسی تا روش حقوقی

دانش قرن هجدهم بر اثربخشی و ضرورت سیاسی یک عمل اداری خاص متمرکز بود. با توجه به ماهیت اداره مرکانتیلیستی و مصونیت آن در برابر نظارت قضایی، رویکرد اساساً حقوقی به معنای ارزیابی تصمیمات اداری براساس قواعد رویه‌ای و ماهوی بالاتر (یعنی قانون اساسی) و توضیح نتیجه با ابزارهای استدلال حقوقی-توسعه نیافت؛ اما سرانجام این وضعیت با ایده الزامی بودن قانون برای همه نهادهای عمومی تغییر یافت و همه نهادها باید در محدوده آن عمل کنند. روش موسوم به «روش مبتنی بر حقوق اساسی»^۱، اولین تلاش برای ایجاد حقوق اداری به عنوان یک دانش حقوقی در آلمان بود. لورنز فون اشتاین، حامی

1-Constitutional method - staatswissenschaftliche Methode

2-Verwaltungslehre

پیشرو روش مبتنی بر حقوق اساسی، نظریه‌ای به نام «اداره عمومی»^۲ را تدوین کرد که جنبه‌های حقوقی اداره را با ابعاد اقتصادی در هم می‌آمیزد. فون اشتاین از قواعد قدیمی پلیس استفاده کرد و آنها را به رشته‌ای تبدیل کرد که برای سازگاری با مطالبات زمان خود مناسب باشد. وی در پی گردآوری، مرتب‌سازی و اظهارنظر در مورد قواعد موجود به عنوان مبنای مشروعیت اعمال اداری بود. طبق نظر لورنز فون اشتاین^۱، تنها در صورت ادغام کلیه قوانین و مقررات مربوطه در یک مجموعه قانونی جامع، توسعه منسجم حقوق اداری به دست می‌آید. از دیدگاه وی، حقوق اداری فقط در صورت تدوین می‌تواند وجود داشته باشد. نظریه فون اشتاین و سایر ایده‌های مشابه با ملاحظات حقوق اساسی در ارتباط بودند. اولین رویکردهای منظم به حقوق اداری به عنوان فصل-هایی در کتاب‌های درسی حقوق اساسی منتشر شد. علاوه بر این، در نظام‌مند کردن قواعد پلیس توسعه یافته در حوزه‌های مختلف، فون اشتاین روی یک زمینه متمرکز شد که در مطالعات نوین به جای حقوق اداری عام به عنوان «حقوق اداری خاص»^۳ طبقه‌بندی می‌شود.

تحولات قرن نوزدهم و ظهور دادگاه‌های اداری به طور خاص پایان روش مبتنی بر حقوق اساسی را رقم زد و پایه و اساس «روش حقوقی»^۳ را ایجاد کرد که تا به امروز روش اصلی حقوق اداری آلمان باقی مانده است. نمایندگان آن نه تنها به تدوین قانون موضوعه توجه داشتند؛ بلکه بر توسعه نظری سیستم‌ها و ساختارهای استخراج شده از قواعد خاص تأکید دارند. روش حقوقی به دنبال ایجاد یک نظام نظری بود که این تغییرات را در اجرای حقوق اداری اعمال کند. بر این اساس، مسائلی مانند بررسی مجوز ساخت و ساز، دعاوی مالیاتی یا طرح ساخت خیابان، دارای ویژگی‌های مشترکی هستند؛ اگرچه با موضوعات کاملاً متفاوت و پیچیده‌ای سروکار دارند. این بینش و تلاش برای توسعه آن، نشانه آغاز حقوق اداری عام به معنای امروز است.

کار پیشگامانه در این رابطه توسط اتو مایر تکمیل شد. تفسیر او از اصول اداری زیربنای حقوق اداری، تا به امروز بر نظریه آلمان تأثیر داشته است. روش وی با الهام از علوم اداری فرانسه مطرح شد و از رویکردی منظم و اثبات‌گرایانه پیروی کرد. مایر حقوق اداری آلمان را به عنوان یک نظام جامع اعمال دولتی / اداری ارائه داد. روش اتو مایر، دکترین حقوق اداری آلمان را در جهت ایجاد یک نظام منسجم مبتنی بر این ایده شکل داده است که تمام

1-Lorenz von Stein

2-Special administrative law

3-Juristische Methode

معنای نظری در خود متن هنجاری قانون موجود می باشد. عوامل بیرونی نباید هیچ تاثیری بر اعمال قاعده داشته باشند. نظام اداری از طریق کاربرد صحیح متن هنجاری توسعه و پیشرفت می کند. پیشرفت بیشتر توسط قوه مقننه یا سیستم دادگاهها انجام می شود. رویه قضایی به عنوان یک روند مداوم انطباق با شرایط جدید و به عنوان الهام بخش فرآیند قانونگذاری عمل می کند. تضمین اداره قانونمند از طریق نظاممند کردن حقوق ماهوی حاصل می شود که حدود حقوق اساسی و پیش نیازهای نظارت قضایی بر اعمال اداری را مشخص می کند.

مایر «اداره» را اقدامات لازم برای تحقق مسئولیت های دولتی و اداری توصیف می کند. او از استفاده از مفاهیمی که در حقوق مدنی فرانسه و آلمان ایجاد شده بود، غافل نماند و نظریه خود را پیرامون مفهوم عمل اداری موردی یا شخصی¹، بنا نهاد. به همین منظور، مایر از عبارت acte administratif فرانسوی به عنوان الگو استفاده کرد و بر اثر حقوقی آن، در قیاس با یک تصمیم قضایی، متمرکز شد.

اگرچه نظریه و روش مایر به شدت تحت تأثیر مدل فرانسوی بود؛ اما بر شکل عمل اداری متمرکز شد. رویکرد فرانسوی بر صلاحیت و اختیارات اداره متمرکز بود. اساس سیستم مورد نظر مایر بر این فرض استوار بود که یک عمل اداری موردی، صرف نظر از قانونی بودن آن، بطور کلی تا زمان اعتراض به آن الزام آور است. از منظر حاکمیت قانون، این امر به دلایل قابل قبولی در شیوه وی مطرح شده بود؛ چراکه بنا بود اعمال اداری موردی در معرض نظارت گسترده قضایی قرار گیرند.

طبق نظریه حقوقی مایر، عمل اداری موردی ناظر بر حقوق و تکالیف شهروند در روابط خود با دولت است. بیشتر تعهدات و حق هایی که در قانون تصریح شده است، انتزاعی هستند. عمل اداری موردی برای شهروند و دولت به طور یکسان روشن می کند که کدام قاعده خاص در یک مورد خاص قابل اجرا است. بنابراین، هدف از عمل اداری موردی ایجاد پل ارتباطی بین قواعد انتزاعی مندرج در قوانین و شرایط خاص است.

برخی از محققان به دلیل شباهت این نظریه با حقوق فرانسه از سیستم مایر انتقاد کردند. دیگران از منظر تفکیک قوا روش حقوقی را زیر سؤال بردند و استدلال کردند که

1-Verwaltungsakt- the individual administrative act

عمل اداری موردی باید مانند تصمیم قضایی، مستقل باشد و بنابراین فقط در خود دستگاه اجرایی قابل اعتراض باشد؛ اعتراضات به این روش کوتاه مدت بود؛ چراکه همگان بر این باور بودند که نظام اداری فاقد نظارت قضایی به سمت استبداد حرکت می‌کند.

والتر یلینک^۱، از شاگردان مایر، کار وی را ادامه داد و حقوق اداری را در قرن بیستم پیش برد. اگرچه امروز دولت مدرن به سمت یک دولت رفاهی بسیار مداخله‌گر پیش رفته است، توضیحات یلینک در مورد اداره هنوز هم ارزشمند است. بخش کلی کتاب درسی وی به منابع و موضوعات حقوق اداری، حقوق فردی شهروندان و نظارت قضایی می‌پردازد. همچنین حوزه‌های خاص اداره و قواعد آنها را نیز بیان کرده است. یلینک به عنوان یکی از آخرین اساتید لیبرال پیش از نازی‌ها و آشنا با حاکمیت قانون، کوشید تا اختیارات اداره را در رابطه با فرد محدود کند، در حالی که سعی داشت برای پیگیری منافع عمومی لزوم اعطای اختیارات لازم به دولت و اداره را توجیه کند. سوسیالیست‌های ملی‌گرا یلینک دانشمند یهودی‌تبار را از سمت خود برکنار کردند. توسعه حقوق اداری به معنای مدرن متوقف شد و دکتترین تأسیس شده توسط آن با «اصل پیشوا»^۲ جایگزین شد. با پایان یافتن استبداد سوسیالیست ملی و تصویب قانون اساسی، توسعه حقوق اداری دوباره آغاز شد و کار تدوین حقوق اداری آلمان آغاز شد.

گفتار سوم. تحقق حقوق اداری از طریق قانون اساسی

وضع قانون اساسی جدید آلمان پس از جنگ، یعنی قانون اساسی سال ۱۹۴۹، باعث ایجاد تغییرات اساسی در حقوق اداری آلمان شد. تصویب قانون اساسی، حقوق اداری ماهوی را با ایجاد حدودی برای اعمال اداری تغییر داد.

قانون اساسی آلمان بسیاری از حوزه‌های صلاحیت اداری را مشمول محدودیت‌های قانون اساسی قرار داده و در این فرآیند ساختار حقوقی مورد نظر مایر را تغییر یا جایگزین ساخته است. از مثالی استفاده می‌کنم: مایر رابطه حقوقی کلی را از رابطه خاص میان دولت و

1-Walter Jellinek

2-fuhrer principle

بر اساس این اصل، راه‌حل تمام مشکلات در دستان پیشوا است. پیشوا هرکاری انجام دهد، لازم است. پیشوا هیچ‌گاه مرتکب اشتباه نمی‌شود و همه تصمیمات او درست است، پس مصون از هر نوع نظارتی است. بالاترین مقام و فرستاده خدا است.

قدرت از آن اوست و همه باید بی چون و چرا از دستوراتش تبعیت کنند. (مترجم)

شهروندان متمایز می‌کرد. شخصی که در مقایسه با شهروندان معمولی به دولت نزدیک‌تر است، رابطه‌ای خاص با دولت دارد. طبق نظر مایر، اعمال اداری فردی در این روابط خاص مشمول نظارت کامل قضایی نیستند و حقوق فردی مندرج در قانون اساسی از حمایت محدود برخوردار است. در سال ۱۹۷۲ دادگاه قانون اساسی فدرال وجود این روابط خاص را رد کرد و خواستار اعمال کامل حق‌های اساسی و حاکمیت قانون در آن موارد شد.

با وجود این، جمهوری فدرال تصویری از پیروزی یک طرفه آرزوهای بزرگ حقوق اساسی بر حقوق اداری ارائه نمی‌دهد، آنگونه که با روش حقوقی درک و توسعه یافته است. در عوض، تعامل به بهترین شکل به عنوان یک ترکیب مورد پذیرش قرار گرفته است. تجربه دوره نازی باعث شد تا متخصصان حقوقی خیلی بیشتر به پیش‌نیازهای نظم دموکراتیک لیبرال مطابق با حاکمیت قانون و مندرج در قانون اساسی فکر کنند. حقوق اداری اتو مایر به وضوح نتوانسته است سدی بر ضد خودکامگی و استبداد فراهم کند. با این وجود، مفهوم شکلی آن و به ویژه تأکید آن بر قانونمند بودن برای وظیفه مهم اعمال احکام کلی و انتزاعی قانون اساسی در کار روزانه دولت اداری لیبرال و دموکراتیک موثر بوده است.

بند سوم اصل ۱^۱ و بند چهارم اصل ۱۹^۲ منابع اصلی این رویکرد هستند که حمایت حقوقی جامعی را در برابر عمل مقام عمومی تضمین می‌کنند. این اصول تضمین می‌کنند که همه اعمال عمومی تأثیرگذار بر حقوق شهروندان، مشمول نظارت قضایی قرار گیرند. قابلیت نظارت قضایی هر عملی به بند دوم ماده ۴۲ قانون آیین دادرسی دادگاه اداری^۳ بستگی دارد. این ماده بیان می‌دارد که «دعوای حقوقی علیه هر عمل عمومی قابل قبول است؛ در صورتی که شخص متأثر بتواند امکان نقض حق خود را اثبات کند». این حق می‌تواند منشأ قانون اساسی یا قانون پارلمان یا قانون تفویضی داشته باشد. طیف گسترده‌ای از نظارت قضایی آلمان در بند چهارم اصل ۱۹ قانون اساسی تضمین شده است. این امر نشان دهنده شرایط اساسی دولت مشروطه آلمان است: هیچ حوزه حقوقی وجود ندارد که شهروندان مجبور به پذیرش نقض حق‌های بنیادین خود باشند.

۱. حقوق اساسی نامبرده ذیل قوای مقننه، مجریه و قضاییه را به منزله قانون نافذی متعهد می‌سازد.

۲. هر گاه حق کسی از ناحیه مقامات رسمی مورد تجاوز قرار گیرد راه مراجعه او به دادگاه باز خواهد بود و اگر هیچ دادگاه دیگری صلاحیت اختصاصی نداشته باشد به دادگاه های عادی می‌توان مراجعه کرد.

این مسئله در بند سوم اصل ۱ و بند سوم اصل ۲۰ بیشتر مورد تاکید قرار گرفته و اصل اداره قانونمند توسط این دو اصل مقرر شده است. حقوق اداری ماهوی و رویه‌ای با توجه به مرزهای جدید اصلاح شد. حق‌های بنیادین به عنوان عوامل تعیین کننده کلیه اقدامات و تصمیمات اجرایی حتی کارکردهای درونی دولت تعیین شد. قبلاً قانونی بودن به معنای مطابقت با قانون موضوعه بوده؛ اما اکنون با طرح «طبق قانون اساسی بودن» تکمیل شده است. ایده حقوق اداری به عنوان حقوق اساسی عینیت یافته متولد شد. اثر الزام‌آور تصمیمات دادگاه قانون اساسی فدرال و امکان دادرسی اساسی به عنوان راهی برای نظارت بر کلیه اقدامات قانونی به منظور سازگاری آنها با حق‌های بنیادین، این تغییرات را نهادینه کرد.

نظام دادگاه اداری از تصمیمات دادگاه قانون اساسی فدرال به عنوان پایه و اساس رویه قضایی خود استفاده کرد. این امر باعث نفوذ حق‌های بنیادین به همه ابعاد حقوق اداری شد. حقوق بنیادین همچنین به عنوان نشانگر تغییرات ارزشی جامعه عمل می‌کنند و به دادگاه‌ها کمک می‌کنند تا با پویایی و تحولات اجتماعی سازگار شوند. این کارکرد با ورود اخیر فناوری و امنیت داده‌ها به عنوان یک حق اساسی در قانون اساسی آلمان آشکار شد. این حق جدید، بند اول اصل ۲ قانون اساسی^۱ و حق حفاظت از اطلاعات شخصی را تغییر داده است. حق مذکور از شهروندان در برابر جستجوهای سایبری دولت محافظت می‌کند و به سیستم‌های اطلاعاتی مانند رایانه‌ها و تلفن‌های همراه مانند مکاتبات شخصی سطح مشابهی از امنیت اعطا می‌کند.

تعامل بین احکام قانون اساسی و سنت‌های حقوق اداری از طریق سه بحث حقوقی نشان داده می‌شوند: اصل تناسب، تمایز بین دولت و جامعه و تدوین حقوق اداری.

بند اول: اصل تناسب

کلیه اعمال عمومی که حقوق فردی شهروندان را محدود می‌کند، تحت نظارت قضایی قرار می‌گیرند و این اعمال باید متناسب باشند. اصل تناسب به صراحت در قانون اساسی

۱. قوه مقننه تابع مقررات قانون اساسی و قوای مجریه و قضاییه پیرو قانون خواهند بود.

آلمان مقرر نشده است. برخی معتقدند که این اصل بخشی از بند سوم اصل ۲۰ و اصل ۱ قانون اساسی است. در حالی که دیگران آن را مقرر شده در بندهای دوم^۱ و سوم اصل ۲۰ و بند اول اصل ۳^۲ و بند دوم اصل ۱۹^۳ می‌دانند. با این وجود، این اجماع وجود دارد که قانون اساسی اصل تناسب را تضمین می‌کند و تناسب یکی از عناصر اساسی حاکمیت قانون است.

ایده نظامی که مانع انجام اقدامات نامتناسب علیه شهروندان می‌شود، به قانون پلیس و رویه قضایی دادگاه‌های اداری پیروس بازمی‌گردد. امروزه قانون اساسی اصل تناسب را به یک تضمین عام تبدیل کرده است. این اصل بر همه اعمال حکومتی محدود کننده حقوق شهروندان تحمیل می‌شود. اگر اقدامی مناسب^۴، ضروری^۵ و متعادل^۶ باشد، پس متناسب و بنابراین مطابق با قانون اساسی است. این سه عنصر معیار نظارت قضایی را برای کلیه اعمال اداری تشکیل می‌دهد. اقدامی مناسب است که بتواند هدف مورد نظر را محقق سازد. اگر عمل مورد نظر در بین تمام شیوه‌های تحقق هدف که به یک اندازه مناسب هستند، کمترین محدودیت را برحق‌ها بار کند، یک عمل ضروری است.

عنصر تعادل یا تناسب به معنای مضیق، نسبت مناسب بین شدت آسیب به حقوق فردی از یک سو و منافع عمومی از سوی دیگر را ارزیابی می‌کند. اگر زیان شهروندان از مزایای دولت بیشتر باشد، عمل اداری موردنظر نامتناسب است، بنابراین مغایر با قانون اساسی و غیرقانونی است.

متناسب بودن در زمان ارزیابی عمل اداری بسیار شدیدتر است. در زمان نظارت بر قوانین پارلمان یا حتی قانون تفویضی، دادگاه‌ها تمایلی به پیش‌بینی ملاحظات سیاسی قانونگذاران ندارند.

۱. هر فردی حق ترقی و پیشرفت آزاد شخصیت خود را تا حدی که به حقوق دیگران تجاوز نشود و به نظمی که حقوق اساسی مقرر داشته و یا به موازین اخلاقی لطمه وارد نسازد، داراست.
۲. سرچشمه قدرت دولت از ملت است. این قدرت از طریق انتخابات و اخذ رای و به وسیله نهادهای خاص قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه اعمال خواهد گردید.
۳. در هیچ موردی در ماهیت اصلی یک حق اساسی خللی نمی‌توان وارد کرد.

4-Geeignetheit

5-Erforderlichkeit

6-Angemessenheit

بند دوم. دولت و جامعه

همانطور که قبلاً توضیح داده شد، تفکیک میان مدیریت عمومی و خصوصی و حقوق مدنی پایه و اساس حقوق آلمان در طول قرن‌ها بوده است. در دهه‌های اخیر، این موضوع بحث برانگیز شده است و گاهی به عنوان یک ساختار ایدئولوژیک قرن نوزدهمی به دو دلیل رد می‌شود: دلیل اول اینکه بسیاری از ویژگی‌های دولت مدرن «ترکیبی» از اعمال عمومی و خصوصی است؛ دلیل دوم آنکه در یک سیستم دموکراتیک جامعه به پایه و اساس حاکمیت دولت تبدیل می‌شود. با این حال، قانون اساسی تفکیک را می‌پذیرد و در عین حال آن را از مفاهیم و پیامدهای اقتدارگرایانه تاریخی خود جدا می‌کند.

قانون اساسی، نظام استبدادی را با نظام دموکراتیک جایگزین کرد. شهروندان (به جای یک حزب یا یک فرد) دوباره منشا حاکمیت شدند. از یک طرف، قانون اساسی با ایجاد محدودیت‌هایی بر تفکیک قوای حکومت تأکید می‌کند و از جامعه با شناسایی حقوق بنیادین حمایت می‌کند. به عنوان یک اصل، حقوق بنیادین در روابط حقوقی بین اشخاص خصوصی کاربرد ندارد، با این وجود، وقتی پای دولت به میان آید، اهمیت پیدا می‌کنند. به عنوان مثال، صاحبخانه می‌تواند قرارداد اجاره مسکن را تحت شرایط خاص فسخ کند؛ اما، زمانی که دادگاه‌ها موظف هستند مستأجر را اخراج کنند، باید در تصمیمات خود حقوق وی (حریم خصوصی، حق زندگی خانوادگی و غیره) را در نظر بگیرند.

مردم کشور به شیوه دموکراتیک قدرت را در اختیار دولت قرار می‌دهند. آزادی فردی است که قانون اساسی مدرن را از پیشینیان استبدادی خود متمایز می‌کند. این آموزه‌های تا حدودی فلسفی، اهمیت عملی زیادی دارند. اگر استفاده از حقوق اداری اجباری نباشد و اداره به قدرت اجباری آن وابسته نباشد، به عنوان مثال در امور مالیاتی، ممکن است عملکرد خود را با استفاده از ابزارهای حقوق مدنی مانند قراردادهای انجام دهد. این قدرت انتخاب هم به شکل سازمانی نهادها و هم به شکل روابط حقوقی بین دولت و شهروندان تعمیم می‌یابد. قانون اساسی اقدامات و تصمیمات اداری را الزامی می‌کند و حتی اگر اداره تصمیم بگیرد که طبق حقوق مدنی عمل کند، مانع از فرار به سمت «حقوق مدنی» می‌شود. اعمال حقوق مدنی توسط دولت به موجب بند اول اصل سوم قانون اساسی^۱، با ممنوعیت

۱. همه افراد در مقابل قانون برابرند.

اعمال خودسرانه و الزام به رعایت اصول حقوق اساسی حاکم بر حقوق اداری از جمله اصل تناسب، محدود شده است.

این محدودیت‌ها منجر به ایجاد حقوق مدنی ویژه‌ای برای اداره می‌شود. به صورت مبهم زمینه‌هایی از مقررات وجود دارد که جنبه‌هایی از حقوق اداری و مدنی را در بر می‌گیرند. آنچه قبلاً با شعب خاص حقوق اداری اداره می‌شد، اکنون از طریق انبوهی از قوانین تنظیم می‌شود که فقط از نظر هدف حمایتی حقوق اساسی با هم در ارتباط هستند. البته زمانی که نهادها طبق حقوق عمومی عمل نمی‌کنند و تصمیم می‌گیرند به عنوان نهادهای حقوق مدنی عمل کنند، درخصوص میزان تاثیر این تضمینات تردید وجود دارد. به عنوان مثال، شرکت فرودگاه فرانکفورت «فراپورت»^۱ یک شرکت با مسئولیت محدود است که دولت به عنوان سهامدار اکثریت در آن حضور دارد. این سوال مطرح شد که آیا فراپورت باید به قانون اساسی آلمان پایبند باشد و آزادی تجمع را مطابق بند اول اصل ۸ قانون اساسی^۲ در اماکن خود تضمین کند. لازم به ذکر است که شرکت خصوصی بر اساس حقوق مالکانه خود می‌تواند به تظاهرکنندگان اجازه تجمع ندهد. با این حال، دادگاه قانون اساسی فدرال تأکید کرد که فراپورت طبق قانون اساسی موظف است و بنابراین نمی‌تواند مانع ورود تظاهرکنندگان شود، اگرچه مالکیت دولت مبتنی بر مقررات حقوق مدنی است. این تصمیم حاکی از این قاعده اساسی است که تضمین حمایت حقوقی و اداره قانونمند همواره مرتبط هستند و دولت نمی‌تواند با استفاده از حقوق خصوصی از محدودیت‌های حقوق عمومی خود فرار کند.

بند سوم. تدوین و صلاحیت اختیاری

تدوین حقوق اداری، یعنی وضع قانون واحد برای همه دستگاه‌های عمومی، ممکن است صرفاً یکی از مشکلات سازمان و مدیریت بوروکراتیک به نظر رسد. در آلمان این سوال همواره با نگرانی‌های گسترده‌تر درباره دولت قانونمند مطرح بوده است. لورنز فون اشتاین طرفدار تدوین کامل حقوق اداری بود؛ اما این ایده که اداره می‌تواند به طور کلی تنظیم شود، با شک و تردید روبه‌رو شد. در سال ۱۹۱۰، نظر فون اشتاین در مورد تدوین بار دیگر در محافل علمی مورد بحث قرار گرفت که امکان ایجاد یک اداره قانونمند بدون وجود یک

1-Fraport

۲. تمام افراد آلمانی حق خواهند داشت با رعایت آرامش و بی‌اسلحه دور هم جمع شوند بدون آن که به مقامی قبلاً اطلاع داده و یا کسب اجازه کرده باشند.

قانون جامع را زیر سوال می‌برد. بسیاری از اندیشمندان آلمانی این نظر را نپذیرفتند و اظهار داشتند که عمل اداری یک مسئله صرفاً حقوقی نیست و بنابراین وضع یک قانون واحد امکان‌پذیر نیست. آنها استدلال کردند که اداره به مواردی فردی می‌پردازد و مجموعه‌ای از قواعد کلی، انعطاف لازم برای رسیدگی به این امور را ندارد.

قبل از به قدرت رسیدن سوسیالیست‌های ملی‌گرا، تلاش‌هایی برای تدوین «بخش عمومی» حقوق اداری انجام شده بود؛ اما به تصویب نرسید. فقط در سال ۱۹۷۶، مجموعه قوانینی برای اداره فدرال وضع شد. همه ایالات آلمان کدهای اداری برای اداره ایالت خود وضع کردند. بیشتر این کدها با کدهای فدرال یکسان هستند. بنابراین صلاحیت تصویب قانون اداری عام به طور مساوی بین ایالت‌ها و دولت فدرال تقسیم شد. در حالی که ممکن است قانون ماهوی بسته به ایالت مربوطه متفاوت باشد، وضع قانون رویه‌ای مربوط به دولت فدرال است و به طور یکنواخت توسط دولت فدرال تنظیم می‌شود.

اما برخی از حوزه‌های حقوق اداری، به ویژه موضوعاتی که از پیچیدگی بالایی برخوردار هستند، مانند تصمیمات مربوط به طرح کاربری اراضی یا مجوز تأسیسات عظیم فنی، در برابر وضع مقررات قانونی مقاوم هستند؛ چراکه این حوزه‌ها از پیچیدگی زیادی برخوردارند و به دلیل اینکه این تصمیمات نه فقط بر متقاضیان یا شاکیان منفرد، بلکه بر بسیاری از طرفین دیگر نیز تأثیرگذار هستند، نیاز به انعطاف زیادی دارند. برای رعایت حد وسط میان مسئولیت پارلمان و انعطاف اداری، قوانین از عبارات موسع استفاده می‌کنند و صلاحیت‌های اختیاری را به دولت واگذار می‌کنند. خطرهای مربوط به مقررات موسع و انعطاف‌پذیر و تضعیف سیستم تدوین از طریق تصمیمات اختیاری گسترده تا حدی با ضمانت نظارت قضایی عمومی تعدیل می‌شوند. نظارت قضایی هم شامل مطابقت تصمیمات اداری با قانون و هم عینیت^۱ و تناسب اعمال صلاحیت‌های اختیاری است و در ملاحظات عملی معمولاً نظر مقامات اداری از سوی قضات پذیرفته می‌شود.

این سؤال باقی می‌ماند که آیا تدوین حقوق اداری از منظر حقوق اساسی ضرورت دارد یا خیر. تدوین به معنای ایجاد قطعیت قانونی و وضع مجموعه قانونی که برای همگان قابل درک و فهم باشد و برای ترسیم قانونی بودن یک عمل اداری مناسب است. علاوه بر این، تدوین منجر به پیش‌بینی بیشتر اقدامات اداری می‌شود. این امر به نوبه خود به حمایت

1-Objectivity

بهتر از وضعیت حقوقی شهروندان می‌انجامد. در عین حال، تلاش برای تدوین کلیه موضوعات حقوق اداری به معنای پوشش تمام جزئیات مربوط به زندگی اجتماعی و اقتصادی است. آنچه برای حفظ امنیت حوزه آزادی قانونی مورد حمایت، لازم است، ممکن است به یک اداره عمومی کاملاً محدود و انعطاف‌ناپذیر منجر شود. با این وجود قانون آیین اداری^۱ گامی مهم برای نظام حقوقی آلمان است که یکپارچه‌سازی رویه‌های اداری را در پی داشته است، محدودیت‌های قانون اساسی عمل دولت را شفاف کرده و کار دادگاه‌ها را کاهش داده است و در عین حال، کارایی اداری و حقوق شهروندان را تقویت کرده است.

گفتار چهارم. چالش‌های حقوق اداری آلمان

آیا هنوز نظام اداری آلمان برای مواجهه با چالش‌های قرن بیست و یکم مناسب است؟ حامیان «حقوق اداری نوین» معتقدند که حقوق اداری آلمان با دو بحران مواجه است: (۱) افزایش پیچیدگی‌های اجتماعی و اداری و (۲) مطالبات رو به رشد جهانی شدن و اروپایی شدن. مدیریت مناسب هر دو تحول به روش‌های حقوقی تثبیت شده نیاز دارد.

بند اول. پیچیدگی‌ها

این استدلال مطرح می‌شود که شرایط اعمال اقتدار اداری به دلیل افزایش کارکردهای اداری و پیچیدگی آنها اساساً تغییر کرده است. معجزه اقتصادی آلمان در دهه ۱۹۶۰ منجر به خوش‌بینی گسترده و وعده پیشرفت اجتماعی و اقتصادی پایدار شد. با گذار از یک دولت لیبرال به سمت یک دولت رفاهی فعال و چالش‌های اضافی حمایت از محیط زیست، افزایش قابل توجهی در کارکردها و مسئولیت‌های دولت به وجود آمد. برنامه‌ریزی دولتی^۲ از بودجه و برنامه‌ریزی پروژه تا برنامه‌ریزی کاربری اراضی، آموزش، مراقبت‌های بهداشتی، حمل و نقل محلی، دفع زباله و غیره گسترش یافته است. پیوند میان تصمیمات پیچیده اتخاذ شده توسط مقامات دولتی و مبنای قانونی این روند ضعیف‌تر شد. ساختار سنتی قواعد قانونی شرطی («اگر ... سپس»)^۳ برای اهداف برنامه‌ریزی باید تعدیل می‌شد. در نتیجه

1-Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)

2-State planning

3-if...then

یعنی شرایط و الزامات تصمیم‌گیری در زمینه خاص از قبل در قوانین مقرر شده و اداره ملزم به توجه به آنها است. در واقع قانون الزامات و نوع عمل و تصمیم مقام اداری را تعریف کرده است. (مترجم)

به عنوان یک نظم حقوقی جداگانه، شبیه به حقوق بین‌الملل عمومی شناخته می‌شد - نظامی با تأثیر مجزا و بیرونی بر حقوق آلمان و چیزی بیگانه که هنگام مواجهه با آن می‌بایست مورد بررسی قرار گرفته یا آن را نپذیرفت. البته این رویکرد اکنون وجود ندارد. امروزه، حقوق اتحادیه اروپا بخشی جدایی‌ناپذیر از سیستم حقوقی ملی است. مرحله جدید با همبستگی متقابل بین کشورهای اروپایی مشخص می‌شود که مستلزم لزوم انطباق نظام‌های حقوقی ملی با حقوق اتحادیه است. در بسیاری حوزه‌ها، اداره اروپا شبیه به یک ساختار شبکه‌ای است که در آن سطوح مختلف تصمیم‌گیری در تعامل هستند. حقوق اروپا مستلزم همکاری مقامات ملی و کمیسیون است. اداره مشترک با اعمال اصل حفظ آثار مفید^۱ امکان‌پذیر است که کشورهای عضو را ملزم می‌کند تا در مواردی که حقوق اروپایی منجر به تعارض صلاحیت‌ها می‌شود، به گونه‌ای وفادارانه و مؤثر عمل کنند. بر این اساس، حقوق اداری آلمان برای تحقق الزامات حقوق اروپایی در حال تحول مداوم است. در نتیجه علاوه بر رعایت الزامات قانونی و قانون اساسی، باید قواعد معاهدات و همچنین مقررات اروپایی در نظر گرفته شوند. قواعد نهادهای اروپایی بطور مستقیم در نظام‌های حقوقی ملی قابل اجرا هستند و نسبت به کلیه قوانین ملی - حتی قانون اساسی - برتری دارند. قدرت عمومی حاکم متعهد به اعمال اصول معاهدات است. بنابراین، تمام قوانین ملی باید مطابق با قوانین اروپایی تفسیر شوند.

روند اروپایی شدن قابل مقایسه با تغییر نظری حقوق اداری آلمان است که با تصویب قانون اساسی به وجود آمد و می‌توان آن را مرحله دوم حقوق اداری تحت حاکمیت قانون اساسی دانست. با این حال، روابط حقوق اداری آلمان و حقوق اروپایی دوسویه است. در حالی که حقوق آلمان باید مطابق با معیارهای حقوق اروپایی باشد، این بدان معنی نیست که قواعدی کاملاً بیگانه بر نظریه حقوقی آلمان تحمیل می‌شوند. حقوق اداری داخلی کشورهای عضو به عنوان منبع و الهام‌بخش مقامات اروپایی (شورا، پارلمان، کمیسیون) و رویه قضایی دیوان دادگستری اروپا عمل کرده است. عناصر خاص حقوق اداری کشورهای عضو، حقوق اروپایی را شکل داده است. اصل تناسب آلمان به وضوح برای اولین بار توسط دیوان دادگستری اروپا برای تعادل در آزادی بازارها و اختیارات تنظیمی ملی استفاده شد و بعداً به یک اصل فراگیر تبدیل شد که اکنون صریحاً در معاهده ذکر شده است.

بند سوم. حقوق اداری نوین

1-The principle of effet utile

روایات پیچیدگی و اروپایی شدن به پایه و اساس استدلال «حقوق اداری نوین» تبدیل شده است. این انتقاد که حقوق اداری سنتی آلمان دیگر برای تحقق اهداف موردنظر مناسب نیست، نشانگر آخرین تکرار اختلافات علمی بین طرفداران لورنز فون اشتاین و روش حقوقی است. در حالی که روش حقوقی فقط به اعمال (حقوقی) اداری^۱ توجه دارد، علوم اداری تمرکز خود را گسترش داده است تا جنبه‌های اقتصادی، جامعه‌شناختی، روانشناختی و جغرافیایی را در بر بگیرد. «حقوق جدید اداری» سعی کرده است با طرح این سوال که آیا راه حل یک مسئله خاص کاربردی است، تمرکز نظری را از اشکال حقوقی و نظارت قضایی به رویکردی مشکل محور و عملی محور تبدیل کند. بر این اساس از یک رویکرد صرف حقوقی فراتر رفته و ملاحظات غیرحقوقی و به‌ویژه اقتصادی را در فرآیند تصمیم‌گیری دخیل می‌کند. «نوین» دلالت دارد بر اینکه یک سیستم جایگزین توسعه یافته است که از نظام قدیمی فراتر می‌رود. با این حال، هنوز چنین نظامی ایجاد نشده است. «حقوق اداری نوین» مجموعه قواعدی همگن نیست و در واقع آزمایش نظری در حال توسعه است که سؤالات بیشتری را مطرح می‌کند.

کارکرد حقوق اداری تعیین قانونی بودن اعمال اجرایی در یک مورد خاص است. به طور کلی اعمال عوامل اقتصادی و غیرحقوقی فراتر از ضرورت قانونی در فرآیند تصمیم‌گیری باعث می‌شود که حقوق اداری دیگر بر قانونی بودن یک عمل متمرکز نشود؛ بلکه «صحیح بودن»^۲ یا «کارایی»^۳ آن را نیز در نظر بگیرد. چنین تغییری به معنای پذیرش این فرض است که عمل اداری می‌تواند هم قانونی باشد و هم اشتباه. این مسئله می‌تواند موضوع یک بحث اخلاقی یا عملی باشد. با این حال، مباحث حقوقی آلمان نمی‌تواند چنین ملاحظاتی را دربرگیرد؛ زیرا ابتدای تصمیمات بر عوامل بیرونی تعیین نشده توسط پارلمان توسط، موجب می‌شود که اصل اداره قانونی و ضرورت مشروعیت دموکراتیک اقدام دولت از بین رود.

وظیفه تئوری حقوق اداری، تبدیل یافته‌های علوم اجتماعی و اقتصادی به یک سیستم هنجاری قانونی و دارای مشروعیت دموکراتیک و قابل کنترل حقوقی است. ملاحظات مربوط به کارایی و اخلاق می‌تواند از طریق صلاحیت‌های اختیاری یا تفسیر عبارات قانونی در نظر گرفته شود.

1-Administrative (legal) acts

2-Rightness

3-Efficiency

در مقابل، رویکردی که هدف آن تمرکز بر ابعاد غیرحقوقی باشد، به عنوان رویکردی کلی، خلاف قانون اساسی است. این رویکرد احتیاطی «جدید بودن» حقوق اداری را زیر سؤال می‌برد: این مسئله که تصمیمات اداری با استفاده از صلاحیت‌های اختیاری و ارزیابی ابعاد حقوقی و غیرحقوقی موضوعات اتخاذ شوند، امر جدیدی نیست و می‌تواند به گسترش افق دید مدیران و همچنین آغاز بحث جدیدی در مورد دامنه صلاحیت‌های اختیاری و امکان ادغام ابعاد غیرحقوقی در حقوق اداری بینجامد.

اندیشمندان دیگری نیز از طریق دیدگاه‌های علوم اجتماعی به دنبال اصلاح حقوق اداری بوده‌اند. آنها می‌خواهند به صورت جمعی از طریق شبکه‌های ترکیبی متشکل از بازیگران خصوصی، عمومی و مختلط، مشکلات اجتماعی را مرتفع سازند. سیستم پیشنهادی‌شان بر تشکل جمعی و شرکت‌ها متمرکز است که به نوبه خود شبکه‌های مدیریتی را تشکیل می‌دهند. این رویکرد منجر به تار شدن حدود حقوق اساسی قدرت و ایجاد آثار منفی غیردموکراتیک برای شهروندان غیرشرکت کننده می‌شود. همچنین تفکیک بین دولت و جامعه از بین می‌رود. درحالی‌که این تفکیک به موجب بند سوم اصل ۱ و بند دوم اصل ۲۰ ضرورت دارد و یک دولت محدود به قانون اساسی و جامعه نامحدود به این محدودیت‌ها را فرض می‌گیرد. نظریه‌هایی که طرفدار عمل غیررسمی و مشارکتی هستند بیشتر توسط اندیشمندان علوم اجتماعی مورد حمایت قرار گرفته‌اند. رویکرد آنها نتوانسته است متخصصان حقوق آلمان را قانع کند.

نتیجه

روش حقوقی و تمرکز آن بر عمل حقوقی، هسته حقوق اداری آلمان را تشکیل می‌دهد. از بعضی جهات، روش حقوقی برای واکنش به تغییرات سریع اجتماعی و حقوقی بسیار سفت و سخت شده است. ماهیت کاملاً انتزاعی و سیستماتیک آن و ابزارهای حقوقی سنتی که برای محافظت از حقوق فردی ابداع شده است، باید برای پاسخگویی به خواسته‌های شرایط تغییر یافته تنظیم شود. اگرچه، بیان اینکه مبانی بنیادی آن منسوخ شده است، از لحاظ تجربی و هنجاری قانع کننده نیست. در عوض، باید رویکردی نظری جستجو کرد که هم از توسعه تاریخی حقوق اداری آلمان آگاه باشد و هم متمایل به اجرای نوآوری‌های لازم برای گنجاندن مطالبات دولت چند لایه و چند عرصه در اروپا باشد.

عمل اداری و تمرکز دکترین بر آن، با توجه به ماهیت بسیار انعطاف‌پذیر آن، مؤثرترین ابزار حقوقی است. مفاهیم حکمرانی می‌تواند در سطح قانونگذاری اجرا شود. این مسئله تضمین می‌کند که حقوق اداری پیامدهای حقوقی نتیجه محور بیشتری داشته باشد. در این راستا، نظام حقوق اداری آلمان در مقایسه با سایر نظام‌های حقوقی نیازی به عقب نشینی ندارد و مطمئناً بر چالش‌های اروپایی شدن غلبه خواهد کرد و یک روند توسعه ۴۰۰ ساله، ما را با یک اداره محدود به قانون اساسی و قطعیت قانونی مواجه کرده است تا برای آینده فردی و جمعی خود برنامه‌ریزی کنیم.

بدون تاریخ، بدون امضا؛^۱ حکایت ممنوع‌الکاری اداری / قضایی هنرمندان در حقوق ایران

وحید آگاه*

چکیده

یکی از ابعاد مداخله برخی دولت‌ها در تولید و عرضه آثار هنری از جمله موسیقی، تئاتر و سینما، ممیزی (سانسور) است که فرم و محتوا را در بر می‌گیرد. اما در ایران، این ممیزی به طرز عجیبی درخصوص شخص هنرمندان نیز وجود دارد که به «ممنوع‌الکار شدن» مشهور است یعنی آثار هنری، موضوع ممیزی نیست و خالق آن، رأساً مورد ممیزی قرار می‌گیرد. پدیده‌ای که با اعمال ممنوعیت یا محدودیت در اشتغال هنری افراد، از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی نیز برقرار بوده است. در پژوهش حاضر، این مهم از منظر حقوق موضوعه بررسی شده و نتیجه حکایت از این دارد که منابع حقوق نظام مجوزدهی در ایران، دلالتی بر صلاحیت اداره مبنی بر منع فعالیت هنری اشخاص، فارغ از آثار هنریشان ندارد؛ لذا مطابق اصول سه‌گانه «قانونی بودن جرم و مجازات و رسیدگی قضایی به آنها» و قوانین و مقررات، صرفاً می‌توان از طریق مجازات‌های تکمیلی، دستورهای حین تعلیق مجازات، تعویق صدور حکم و آزادی مشروط، آن هم تنها با رأی قطعی محاکم ذی‌صلاح دادگستری، افراد را از شغل هنریشان بازداشت؛ بنابراین منع فعالیت هنرمندان از طرق اداری و از جمله توسط وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در روبه عملی، جایگاهی در منابع حقوق نداشته و فراحقوقی ارزیابی می‌شود.

کلیدواژه‌ها:

ممنوع‌الکاری اداری، ممنوع‌الکاری قضایی ممیزی (سانسور)، ممیزی هنرمندان، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

۱. نام فیلمی به کارگردانی وحید جلیوند (۱۳۹۵)

مقدمه

ظرف حقوق در ایران در فهرست پرشمار مظروف‌های خود، آثار هنری را نیز دارد. چه اینکه آثار هنری تحت زعامت وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی درگیر نظام مجوزدهی هستند. یک شیوه مواجهه با هنر و آثار هنری که طی آن، برای ایجاد و عرضه محصولات هنری می‌بایست از دولت اجازه گرفت. امری مغایر با قانون اساسی ایران و فوران آزادی‌های موجود در آن،^۱ که در حقوق موضوعه موسیقی، تئاتر و سینما، سابقه‌ای دیرینه و کاستی‌ها و نقایص پرحجمی دارد.^۲ نظام مجوزدهی فیلم‌ها، نمایش‌ها و آثار موسیقایی از یک‌سو شامل مراحل ساخت و عرضه و از سوی دیگر دربرگیرنده فرم و محتواست که ممیزی یا سانسور از ابعاد این طریقه پیشینی مداخله در آثار هنری است؛ اما دامنه نظام مجوزدهی به همین جا ختم نشده و پدیده‌ای به نام ممنوعیت از فعالیت هنرمندان توسط وزارت فرهنگ وجود دارد که سابقه‌ای به درازای انقلاب اسلامی دارد. امری مشهور به «ممنوع‌الکار شدن» که از نظر ادبی صحیح نیست، زیرا واژه فارسی «کار» با الف لام عربی معرفی شده و ترکیبی اشتباه را صورت داده که البته از همان ابتدای این اقدام، استفاده شده و به صورت غلطی مصطلح درآمده که در مقاله نیز از همین اصطلاح استفاده شده تا حق مطلب ادا شود.

۱. ر.ک: آگاه، وحید، امکان‌سنجی افاده نظام صدور مجوز آثار هنری از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تحقیقات حقوقی، بهار ۹۶، شماره ۷۷، صص ۳۱۷-۲۹۳.
۲. برای سه‌گانه موسیقی، تئاتر و سینما ر.ک: ۱. آگاه، وحید، تحلیل نظام صدور مجوز اجراهای صحنه‌ای موسیقی و نظارت بر آنها در ایران، پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، تابستان ۹۷، شماره ۵۹، صص ۱۶۰-۱۳۷.
۲. آگاه، وحید، کاوشی در حقوق اداری نظام صدور مجوز هنرهای نمایشی در ایران، حقوق اداری، سال ششم، پاییز ۹۷، شماره ۱۶، صص ۳۷-۹. ۳. آگاه، وحید، تحلیل نظام صدور مجوز تولید و عرضه آثار سینمایی در حقوق اداری ایران، حقوق اداری، سال پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۳، صص ۶۱-۳۳.

ممنوعیت فعالیت هنرمندان یا همان میزبانی ایشان در مورد بسیاری از هنرمندان رخ داده است. چنان‌که فریدون گله،^۱ محمد رحمانیان،^۲ ناصر ملک مطیعی،^۳ باران کوثری^۴ و کورش یغمایی^۵ از جمله کارگردانان سینما و تئاتر، بازیگران و خوانندگانی هستند که کاملاً یا در مقطعی دچار ممنوع‌الکاری شده‌اند. هرچند که اصولاً مقوله میزبانی هنرمندان توسط مراجع رسمی تکذیب شده و به طور رسمی اعلام نمی‌شود. کمابیش در مورد بازی بهروز وثوقی در نسخه اولیه فیلم «آشغال‌های دوست‌داشتنی» ساخته محسن امیریوسفی به‌رغم توقیف فیلم از جمله به این دلیل و حذف قسمت‌های ایشان از فیلم، سازمان سینمایی نه تنها از تأیید این مهم سرباز زده، بلکه به غیرقانونی بودن این ممنوعیت، اذعان داشته است.^۶

در مقاله حاضر ممنوعیت هنرمندان از فعالیت هنری، از دیدگاه قوانین و مقررات ایران نقد شده تا منابع حقوقی آن کشف شود؛ بدین لحاظ، سوال اصلی پژوهش، نسبت این پدیده با نظم حقوقی و قانونی یا غیرقانونی بودن آن است. مقاله در سه بند ارائه می‌شود: ممنوع‌الکاری اداری، ممنوع‌الکاری قضایی و رویه عملی ممنوع‌الکاری.

گفتار نخست. ممنوع‌الکاری اداری هنرمندان در حقوق ایران

۱. درستکار، رضا و دیگران، فریدون گله؛ زندگی و آثار، تهران: نقش و نگار، ۱۳۸۰، صص ۵، ۸، ۲۲، ۲۲۷ و ۲۳۸-۲۳۳.

۲. ر.ک: گفت‌وگو با محمد رحمانیان به بهانه بازگشتش به ایران و اجرای نمایش «ترانه‌های قدیمی»؛ **آزمونی برای ماندن**، بهار، ۹۲/۶/۱۲، شماره ۲۱۲، ص ۸.

۳. ر.ک: ناصر ملک مطیعی در گفت‌وگو با شرق؛ از دو طرف، **تحت فشار بودم**، شرق، سال یازدهم، ۹۲/۱۰/۱۸، شماره ۱۹۲۳، ص ۸.

۴. ر.ک: نه وزارت ارشاد، نه حوزه هنری، **مرجع حذف باران کوثری کجاست؟ ادامه توقیف‌های بی‌دلیل**، مغرب، ۹۱/۹/۲، شماره ۷۷، ص ۱۴.

۵. ر.ک: آداب فراموشی: گفت‌وگو با کورش یغمایی، تجربه، سال چهارم، دوره جدید، مهر ۹۳، شماره ۳۲ (پیاپی ۱۰۹)، صص ۷۰-۶۹، ۷۲ و ۷۴.

۶. ر.ک: نامه شماره ۱۳۹۷/۴/۱۳ مورخ ۱۵/۲۷۶۰۴۷ محمد مهدی حیدریان - رئیس پیشین سازمان سینمایی و مشاور وزیر فرهنگ - به وزیر فعلی فرهنگ مبنی بر عدم ممنوعیت فعالیت هنرمندان به صرف حضور در آثار قبل از انقلاب: <https://www.tabnak.ir/fa/news/948229>

در این بند، طی سه قسمت، معنای ممنوع الکاری اداری، قانونی و غیرقانونی بودن آن و انتشار آن بحث شده است.

بند اول. مفهوم ممنوع الکاری اداری

مواجهه حکومت‌ها با هنر و آثار هنری در دو مقوله عمده مداخله و نظارت جای می‌گیرد و ممنوع الکاری اداری، ذیل چتر مداخله شناسایی می‌شود. مداخله مربوط به قبل یا حین عمل یا اقدام است. در این قسم از ممنوعیت فعالیت هنری، اداره یعنی بخشی از ساختار حکومت، از تداوم اشتغال به حرف هنری ممانعت می‌نماید. ممنوعیتی که می‌توان عناوین پیش‌گیری، پیش‌گیرانه، احتیاطی و بازدارنده را نیز درباره آن به کار برد؛ لذا اینجا محکمه‌ای در کار نیست و اداره‌ای که مسئولیت امور هنری کشور را برعهده دارد، با صلاحیت تکلیفی یا تشخیصی خود، امکان پرداختن به مشاغل هنری را از هنرمندان سلب می‌کند. در این نظام، ممیزی آدم‌ها یا ممانعت از فعالیت هنری افراد با عدم صدور پروانه، عدم تمدید آن یا عدم صدور مجوز فعالیت انجام می‌شود. بدین شکل، با کار هنری هنرمندان مخالفت می‌شود و افراد، ممنوع الکار می‌شوند. پسوند اداری در اینجا مقابل قضایی قرار می‌گیرد و می‌دانیم که اعمال اداری و قضایی، دو کارویژه مجزای حکومت‌ها هستند.

ممنوع الکاری هنرمندان در هر صورت موجب تفویض حق‌ها و آزادی‌ها یا همان حقوق هنری ایشان می‌شود و در این میان، تفاوتی بین نوع اداری با قضایی نیست. حق‌هایی چون آزادی بیان هنری، آزادی انتخاب شغل یا حرفه هنری، مشارکت در زندگی فرهنگی، آزادی آموزش هنر، حمایت مادی و معنوی از آثار هنری و در نهایت حق بر تعیین سرنوشت هنری که در برگیرنده تمامی حق‌های سابق‌الذکر است^۱ و شخصیت فرهنگی و هنری فرد را متبلور می‌سازد.

ممنوع الکاری با تضييع حق‌های مزبور، هنرمندان را به سمت تغيير شغل یا مهاجرت به کشوری که بتواند آزادانه به فعالیت هنری بپردازد، سوق می‌دهد، یا او را به ادامه فعالیت هنری به‌طور غیررسمی و زیرزمینی دالالت می‌کند. گزینه‌ای که اولاً با ترس و اضطراب همیشگی مواجهه با پلیس اداری حکومت همراه است. ثانیاً امکان کسب درآمد در بخش رسمی اقتصاد را منتفی نموده و فعالیت هنری عملاً به کاری دلی، اما از نظر اقتصادی؛

۱. آگاه، وحید، هنرمندانه یا بی‌هنر؟ تحلیل حق‌های هنری در منشور حقوق شهروندی و ارائه مانیفست، اخلاق زیستی (ویژه‌نامه حقوق شهروندی و حقوق بشر)، سال نهم، بهار ۱۳۹۸، شماره ۳۳، صص

رایگان یا قاچاق تبدیل می‌شود، زیرا در کشورهای دارای این نظام، داد و ستد آثار هنری زیرزمینی، جرم، محسوب شده و قابل مجازات است.

ممنوع‌الکاری قضایی از موارد مقبول تحدید حق‌ها و آزادی‌هاست. چنان‌که اصولاً در حقوق کیفری، با جرم‌انگاری و مجازات نمودن، حقوق شهروندی، بیشتر از حمایت، نقض می‌شود؛ لذا تفاوت این دو نوع ممنوع‌الکاری، در تحدیش یا عدم تحدیش حقوق هنری هنرمندان نیست، بلکه در قانونی و مطلوب بودن است، چراکه در هر صورت، حق‌های هنری هنرمندان نقض می‌گردد.

بند دوم: ممنوع‌الکاری اداری؛ قانونی یا غیرقانونی؟

استقرار نظام مجوزدهی برای هنرمندان نیازمند تصریح است و برای این مهم باید به دنبال منبع حقوقی صدور مجوز برای هنرمندان در ایران بود:

مهم‌ترین قانون مربوط، «قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی» مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۱۲ مجلس است. در این قانون، مداخله حکومت سوای رسانه‌ها، صنعت چاپ و ورود و خروج آثار هنری که خارج از بحث این نوشته است؛ ممیزی هنرمندان صرفاً از سه بند ماده ۲ برمی‌آید که ناظر به «وظائف اساسی» این وزارتخانه است:

بندهای ۱۷- ۲۲ و ۲۳ که «صدور اجازه تأسیس یا انحلال» را به ترتیب درخصوص «مؤسسات آزاد آموزش‌های هنری و فرهنگی و سینمایی و نیز انجمن‌های فرهنگی و هنری»، «مراکز، مؤسسات و مجامع فرهنگی، مطبوعاتی، خبری، هنری، سینمایی، سمعی و بصری» و «مراکز و مؤسسات فیلم‌سازی، سناریونویسی، سینماها، کانون‌ها و مراکز نمایش فیلم، عکاس خانه‌ها و تولیدکنندگان نوار سمعی و بصری» ذکر نموده است؛ لذا تنها می‌توان اشخاص حقوقی مرتبط با موسیقی، تئاتر و فیلم را مشمول این بندها دانست و تجویزی در باب اشخاص حقیقی مشاهده نمی‌شود؛ کمالینکه نظام مجوزدهی استثناء بوده و اصل بر آزادی است و نمی‌توان از تکنیک‌های تفسیری استفاده نمود. حتی اگر خلاف اصول تفسیری و حقوق شهروندی نیز تفسیر نماییم، این مهم مربوط به آثار هنری است و نه خالق و تولیدکننده آنها و در بدترین حالت می‌توان از صدور مجوز برای آثار هنری صحبت نمود و

نه خود هنرمندان.

تبصره ماده ۲ نیز موید این ادعاست: «در هریک از موارد ماده ۲ (بندهای ... ۱۷- ۲۲ و ۲۳) در صورتی که انحلال هر مرکز، مؤسسه، مجمع، کانون، چاپخانه و یا انجمن به حقوق مکتسبه اشخاص مربوط باشد و افراد ذی نفع شاکی باشند، انحلال منوط به حکم دادگاه صالح خواهد بود». در این تبصره، انحلال که بالاترین مجازات و همان حکم مرگ برای اشخاص حقوقی است، در ید وزارتخانه نبوده و نیاز به حکم دادگاه دارد و نمی‌توان حالتی را تصور نمود که انحلال، حقوق مکتسبه را مخدوش نکند؛ لذا حتی وزارت فرهنگ نمی‌تواند مجوزی را که خود به اشخاص حقوقی داده، لغو کند و برای این مهم نیاز به محکمه می‌باشد. تبصره‌ای به‌غایت صحیح و در مسیر احترام به اصالت حق‌ها و آزادی‌های شهروندان. چه اینکه وزارت فرهنگ، دستگاهی اجرایی در داخل حکومت دولت بوده و صلاحیتش محدود به قانون و حقوق بشر است و نمی‌توان با آموزه‌های حقوق خصوصی، وظائف و اختیارات اداره‌ای را در حقوق عمومی تفسیر نمود.

گفتنی است در باقی مفاد این قانون، از «هدایت، حمایت و نظارت» صحبت شده که با نظام مجوزدهی متفاوت بوده و خارج از بحث ماست.^۱ چنان‌که هر جا مقنن نظر به صدور مجوز داشته، از این لفظ استفاده نموده است.

«قانون تعطیل مؤسسات و واحدهای آموزشی و تحقیقاتی و فرهنگی که بدون مجوز قانونی دایر شده و می‌شود» مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷ مجلس نیز قابل توجه است که طی «قانون استفساریه از مؤسسات و واحدها و مراکز فرهنگی مندرج در قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ...» مصوب ۱۳۷۶/۱/۳۱ به «کلیه مؤسسات و مراکز فرهنگی» که وزارت فرهنگ با توجه به قانون اهداف و وظایف خود و سایر قوانین و مقررات، مجاز به صدور اجازه تأسیس و انحلال آنها است، تسری یافت؛ اما این قانون هم مثل قانون اهداف و وظایف، صرفاً در باب مؤسسات و مراکز است و استدلال پیش‌گفته، اینجا نیز صادق است.

تصریح به اخذ مجوز با تصویب «قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری، فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند» در ۱۳۷۲/۱۱/۲۴ رسمیت یافت. قانونی که با ابزار جرم‌انگاری، نظام صدور مجوز را با ضمانت اجرای کیفری تصدیق و تثبیت کرده است. ماده ۲ با عنوان اینکه هرگونه فعالیت تجاری در زمینه تولید، توزیع، تکثیر و عرضه نوارهای

۱. ر.ک: بندهای ۱۵ تا ۱۷، ۱۹ و ۲۲ تا ۲۴ ماده ۲.

صوتی و تصویری، نیاز به اخذ مجوز از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی دارد، ادبیات «مجاز» و «غیرمجاز» را قانونی نمود.

وفق تبصره ۱ نیز، «نیروهای انتظامی موظفند ضمن ممانعت از فعالیت این‌گونه افراد و مراکز نسبت به پلمب این‌گونه مراکز و دستگیری افراد طبق موازین قضایی اقدام نمایند». در همین قانون، معنای «عوامل اصلی تولید» بیان شده و مطابق تبصره ۱ بند الف ماده ۳، عوامل اصلی تولید آثار سمعی و بصری عبارتند از تهیه‌کننده (سرمایه‌گذار)، کارگردان، فیلمبردار، و بازیگران نقش‌های اصلی. نکته مهم در خصوص این قانون که از نامش هم پیداست، جرم‌انگاری برای مطلق «تهیه، تولید و توزیع» آثار سمعی بصری غیرمجاز است؛ لذا هم آثار مستهجن و مبتذل را شامل است و هم آثار غیر اینها که صرفاً دارای مجوز از وزارت فرهنگ نیستند.

این قانون، به جای اصلاح، مجدداً در ۱۳۸۶/۱۰/۱۶، تصویب شد! و ضمن تشدید مجازات و اضافه شدن جرائمی در عرصه صوت و تصویر که خارج از بحث این مقاله است؛ قالب صوت و تصویر نیز به روز شد و مثلاً در ماده ۲ مورد بحث ما، هرگونه فعالیت تجاری از صرف «نوارهای صوتی و تصویری» به «آثار، نوارها و لوح‌های فشرده صوتی و تصویری» تغییر یافت. ضمن آنکه به ماده ۳ که در باب آثار مستهجن و مبتذل بود، بند (ج) با مجازات جزای نقدی و در صورت تکرار، حبس اضافه شد: «عوامل تهیه، تکثیر و توزیع نوارها و لوح‌های فشرده سمعی و بصری که برابر قانون باید دارای پروانه و مجوز عرضه و فروش باشند، در صورت نداشتن پروانه نمایش و مجوز عرضه و فروش، ولو آنکه فاقد صحنه‌های مستهجن و مبتذل باشد...».

با این حال در این قانون نیز، اولاً به اخذ مجوز برای آثار اشاره شده و نه هنرمندان. ثانیاً موضوع، فعالیت تجاری و تهیه و تکثیر و توزیع است و فعالیت‌های هنری عام‌المنفعه و غیرتجاری، خارج از شمول قانون است. ثالثاً صرفاً قالب نوار و لوح فشرده مطرح‌نظر است و تئاتر و اجرای زنده موسیقی را دربرنمی‌گیرد.

سوای بحث انطباق با قوانین، در مقررات مربوط به تشریفات صدور مجوز آثار موسیقایی، نمایشی و سینمایی نیز به اخذ مجوز برای هنرمندان اشاره‌ای نشده و «آیین‌نامه نظارت بر

اجرای برنامه‌های صحنه‌ای موسیقی و نحوه صدور مجوز اجرا و تبلیغات» مصوب ۱۳۷۹/۷/۷ وزیر فرهنگ، «سیاست‌های هنرهای نمایشی» مصوب ۱۳۷۸/۱۱/۲۶ و «ضوابط نظارت بر نمایش و صدور پروانه» مصوب ۱۳۷۹/۲/۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی، «آیین‌نامه بررسی فیلم‌نامه و صدور پروانه فیلم‌سازی» مصوب ۱۳۶۸/۵/۱۴ هیئت‌وزیران با اصلاحات بعدی و «آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و صدور پروانه نمایش آنها» مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۴ هیئت‌وزیران با اصلاحات بعدی؛ هیچ نشانی از ممیزی افراد ندارد؛ لذا از این باب نیز، اخذ مجوز برای هنرمندان، فاقد وجاهت قانونی است.

البته در مقررره جدید کنسرت یعنی «شیوه‌نامه اجرایی برنامه صحنه‌ای موسیقی» مصوب ۱۳۹۵/۳/۲۵ وزیر فرهنگ، این مهم خلاف مصوبه قبلی، پیش‌بینی شده و بند ۴ ماده ۳ در بیان بخشی از مراحل دریافت مجوز، به «استعلام دفتر موسیقی وزارتخانه از حراست معاونت امور هنری جهت تأیید صلاحیت اعضای گروه» اشاره دارد. اعضای گروه نیز وفق ماده یک شیوه‌نامه، یعنی شخص یا اشخاصی اعم از خواننده، نوازنده و هم‌خوانان که مشخصات آنها قبلاً برای اجرای قطعات به عنوان گروه موسیقی به دفتر موسیقی اعلام شده است. این لزوم اخذ مجوز برای هنرمندان گروه کنسرت (و نه قطعات موسیقی) در بند ۲ ماده ۶ و بند ۸ بخش الف ماده ۴ نیز تکرار شده و برگزارکننده به انطباق اعضای گروه با فهرست تأیید صلاحیت شده و ممانعت از حضور افراد فاقد مجوز در صحنه کنسرت الزام گردیده است. البته باید در نظر داشت این تکلیف به دلیل عدم انطباق با قوانین موجود، اگر به معنای تأیید و رد صلاحیت توسط وزارت فرهنگ و دیگر نهادها باشد، غیرقانونی، غیرقابل اجرا و قابل ابطال در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است؛ اما اگر صرفاً به عنوان مسیری برای کنترل ممنوع‌الکاری قضایی باشد، پذیرفته است؛ زیرا اطمینان دستگاه اجرایی از عدم وجود رأی مرجع قضایی برای اجازه یا ممنوعیت فعالیت پربی‌راه نیست. هرچند که اصل بر آزادی فعالیت و عدم وجود ممنوعیت و محدودیت است، مگر آنکه خلافش ثابت شود؛ بنابراین:

- نظام مجوز دهی برای مطلق فعالیت های سینمایی، موسیقایی و تئاتر در قوانین موجود نیست .

- صرفاً برای آثار سینمایی که لاجرم در قالب صوت و تصویرند و برای آثار موسیقایی و تئاتر به صورت حامل‌های سمعی و بصری، نیاز به مجوز است.

- برای اجرای زنده تئاتر و موسیقی (و نه به صورت ضبط شده) قانونی برای لزوم اخذ

مجوز وجود ندارد.

- هیچ منبع قانونی برای استقرار نظام مجوزدهی شخص هنرمندان - سوای آثارشان - وجود ندارد و وزارتخانه باید تنها آثار را بررسی نماید و مجوزی برای صدور مجوز افراد نیست.

گفتنی است در مقررات نیز سوای مقررہ سال ۹۵ کنسرت که شرح آن رفت، تصریح یا تلویحی درخصوص اجازه وزارت فرهنگ برای فعالیت هنری افراد (و نه آثار) نیست و اگرهم بر فرض محال، به‌طور محرمانه وجود داشته باشد، به دلیل مغایرت با قانون عادی و عدم دسترسی شهروندان و پذیرفته نبودن منبع حقوقی موجد حق و تکلیف به صورت محرمانه، محکوم به رد و عدم اجراست.

بند سوم. ممنوع‌الکاری اداری و حیثیت هنرمندان؛ انتشار قانونی حکم غیرقانونی؟

در نظام تأمینی علی‌رغم اینکه هنرمندان به‌طور غیرقانونی، ممنوع‌الکار می‌شوند، اما این مهم به‌سرعت توسط رسانه‌ها خبری شده و حتی در وزارت فرهنگ صحبت از رازینی و مذاکره جهت رفع آن می‌شود! حال آنکه در نظام تعقیبی که ممنوع‌الکاری با حکم قطعی دادگاه ذی‌صلاح انجام می‌شود، انتشار احکام قضایی تابع ضوابط خاص قانونی است و رسانه‌ها اجازه انتشار هر جرم و محکومیتی را ندارند و عدم رعایت، عواقب قانونی دارد، مثلاً در ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ (زین پس، ق.م.ا.) که مجازات‌ها به ۸ درجه تقسیم شده و درجه ۸ سبک‌ترین مجازات هاست، «انتشار حکم قطعی در رسانه‌ها» خود مجازاتی مستقل و از درجه ۶ است. در مثال دیگر، طی ماده ۳۶، «حکم محکومیت قطعی در جرائم موجب حد محاربه و افساد فی الارض یا تعزیر تا درجه چهار و نیز کلاهبرداری بیش از یک میلیارد ریال در صورتی که موجب اخلال در نظم یا امنیت نباشد، در یکی از روزنامه‌های محلی در یک نوبت منتشر می‌شود». در تبصره این ماده هم از جرائمی نام برده که انتشار حکم محکومیت قطعی به آنها باید به صورت الزامی در رسانه ملی یا یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر شود؛ لذا هرقدر در نظام تعقیبی ممنوع‌الکاری، در انتشار حکم قطعی سخت‌گیری شده؛ در نظام تأمینی چنین نیست و ممنوع‌الکاری غیرقانونی و فراحقوقی به همین شکل نیز، منتشر شده که موجب تضییع بیشتر حقوق هنرمندان می‌شود.

گفتار دوم. ممنوع الکاری قضایی هنرمندان در حقوق ایران

طی بند حاضر، در سه قسمت، معنای ممنوع الکاری قضایی، پایه های حقوقی آن و قالب ممنوع الکاری قضایی به عنوان مجازات مطالعه و نقد شده است.

بند اول. مفهوم ممنوع الکاری قضایی

کنترل یا نظارت، امری است مضاف که همیشه نیاز به مضاف الیه یا متعلق دارد، یعنی مقوله ای باید باشد و عملی انجام شود که بر آن نظارت شود؛ لذا همیشه، پسینی است. نظارت، بررسی اقدامات انجام شده با هدف حصول اطمینان از رعایت ضوابط است.^۱ از جمله مقوله های نظارت حکومت بر مردم، کنترل هنر است؛ لذا نظارت بر هنر پس از تولید و عرضه آثار هنری معنا پیدا می کند. در این راستا، هنرمندان دوشادوش سایر افراد جامعه، با کنار نهادن محافظه کاری، پای اقدامات خود - تولید و عرضه آثار هنری - می ایستند. به دیگر سخن، «هنرمندان بهای ورود به قلمرو واقعیت و خطر کارکردن در فضای محوشدن مرزهای میان واقعی و غیرواقعی را می پردازند و این بها در شکل از میان رفتن آن حق ویژه هنری، آن مجوز شاعرانه و آن آزادی خاص هنرمندان، خود را نشان می دهد».^۲ در نظام ممنوع الکاری قضایی یا تعقیبی، هنرمند از ترس مرگ، خودکشی نکرده، جسارت می یابد و با پس زدن ترس از سلیقه کارکنان حکومت، اثر خود را آزادانه منتشر و خود را در عرصه عمومی، ارزیابی می کند؛ لذا متصور است که برای اثر هنری خود به دادگاه فراخوانده شده و مآلاً با حکم دادگاه از فعالیت هنری منع شود. در این شیوه، هنرمند صرفاً در برابر دستگاه قضایی یا دادگاه های اداری، پاسخگو بوده و طی یک دادرسی عادلانه، می تواند از خود و اثرش دفاع نماید.

بند دوم. پایه های ممنوع الکاری قضایی

در نظام تعقیبی، امکان ممنوع الکاری یا ممنوعیت از فعالیت در حرفه یا شغلی خاص وجود دارد. چه، ممنوع الکاری، تحدید حق بر آزادی انتخاب شغل و سایر حق های هنری

۱. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۸۸، صص ۱۶-۱۵ و ۲۱-۱۹.

۲. صحاف زاده، علیرضا، هنر هویت و سیاست بازنمایی، مطالعه ای در تاریخ اجتماعی هنر آمریکا، تهران: بیدگل، ۱۳۸۹، صص ۱۶۴.

پیش گفته بوده و تهدید حق - آزادی نیاز به نص قانونی اعم از جرم‌انگاری یا غیر آن دارد. نظامی بر پایه سه اصل عمده «قانونی‌بودن جرم، مجازات، اجرای مجازات و رسیدگی در دادگاه» که در حقوق موضوعه ایران، منابع کافی برای استناد و اعمال دارد:

اصل قانونی بودن جرم در اصل ۱۶۹ قانون اساسی، ماده ۲ ق.م.ا. سابق مصوب ۱۳۷۰ و مواد متعدد ق.م.ا. فعلی مصوب ۱۳۹۲ از جمله مواد ۲، بند الف ماده ۷ (جرم‌بودن رفتار ارتكابی در خارج کشور به موجب قانون ایران) و ۱۰ (لزوم جرم‌انگاری در قانون قبل از وقوع جرم)؛ و اصل قانونی بودن مجازات و اجرا هم به موجب اصول ۳۶ و ۱۶۶ قانون اساسی و مواد ۱۲ و ۱۳ ق.م.ا. تثبیت شده است؛ لذا مجازات بدون مستند قانونی امکان‌پذیر نمی‌باشد و حتی تعزیز غیرمنصوص هم شامل اصول فوق‌الذکر است. چنان‌که هرچند طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۵^۱ و ماده ۱۳۵،^۲ تعزیر بر دو نوع «منصوص و معین شرعی» و غیر آن است؛ اما ماده ۶۹ پیش روی ماست: «مرتکبان جرائمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده، به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند». بدین لحاظ، قانونی بودن مجازات‌ها در نظام حقوقی ایران مستقر شده و ماده ۶۹ صرفاً ناظر به مواردی است که رفتاری جرم‌انگاری شده، اما مجازات آن تعیین نشده که با عنایت به «رعایت دفعات، مراتب جرم و تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید» مرتکب به مجازات تعزیری از نوع جایگزین حبس محکوم می‌شود.

بنابراین جرائم سوای نیاز به نص قانونی می‌بایست در محکمه ذی‌صلاح، رسیدگی و درنهایت متهمان محکوم یا تبرئه شوند و اداره و به لسان مقنن، دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری از جمله وزارتخانه‌ها مجاز به رسیدگی به جرائم نیستند و تنها در موارد منصوص قانونی توسط مراجع شبه‌قضایی، صلاحیت رسیدگی به تخلفات مشخص قانونی دارند. امری که از آن به اصل قضایی‌بودن مجازات‌ها نیز یاد می‌شود.^۳

۱. ماده ۱۱۵- در جرائم تعزیری درجه ۶، ۷ و ۸ چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید

«تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین... این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود

۲. ماده ۱۳۵- در تعدد جرائم موجب حد و تعزیر و نیز جرائم موجب قصاص و تعزیر، مجازات‌ها جمع و ابتدا حد یا قصاص اجرا می‌شود، مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق‌الناس یا تعزیر معین شرعی باشد

۳. رک: نوبهار، رحیم، اصل قضایی‌بودن مجازات‌ها؛ تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹-

بند سوم: ممنوع الکاری قضایی به مثابه مجازات

الف: مجازات خاص ممنوع الکاری در حقوق موضوعه؟

مشخص شد که ممنوع الکاری هنرمندان می بایست مستند به قانون و جرائم و مجازات ایشان صراحتاً ذکر شده باشد تا در صورت رسیدگی و محکومیت قضایی، نهایتاً از فعالیت های هنری منع شوند. امری که در دو دسته قابل مطالعه است: یکی جرائم خاص هنرمندان در قوانین ذی ربط و دیگری، جرائم عمومی با مجازات ممنوعیت اشتغال به حرف و از جمله مشاغل هنری. از میان این دو، جرائم هنرمندان، قانون خاص ندارد و در قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ نیز مدنظر قرار نگرفته و منابع موجود عبارتند از:

۱- «قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت های غیرمجاز می نمایند» مصوب ۱۳۸۶ که طی آن، آثار هنری مبتذل و مستهجن سمعی و بصری تعریف شده^۱ و در ماده ۱۰، انتشار این آثار از طریق ارتباطات الکترونیکی، سایت ها و ابزار مشابه دیگر نیز از مصادیق تکثیر و انتشار محسوب شده است. هم چنین وفق ماده ۲، «هرگونه فعالیت تجاری در زمینه تولید، توزیع، تکثیر و عرضه آثار»، نیاز به اخذ مجوز از وزارت فرهنگ دارد و فعالیت بی مجوز، جرم انگاری شده است.

۲- ماده ۱۰۴ ق.م.ا. مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ و بعد از آن، ماده ۶۴۰ ق.م.ا. (کتاب پنجم - تعزیرات) مبنی بر جرم انگاری اینکه «هرکس... تصاویر... فیلم، نوار سینما و یا به طور کلی، هر چیز که عفت و اخلاق عمومی را جریحه دار نماید، برای تجارت یا توزیع به نمایش و معرض انظار عمومی گذار یا بسازد».

۳- ماده ۱۴ قانون جرائم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸/۳/۵ که در ماده ۷۴۲ ق.م.ا. جای گرفته و به تولید، انتشار و توزیع محتویات مستهجن و مبتذل از طریق سامانه های رایانه ای یا

۱. وفق تبصره ۵ بند الف و تبصره یک بند ب ماده ۳ این قانون: به آثار سمعی و بصری «مستهجن» گفته می شود که محتوای آنها نمایش برهنگی زن و مرد و یا اندام تناسلی و یا نمایش آمیزش جنسی باشد و مبتذل به آثاری اطلاق می گردد که دارای صحنه ها و صور قبیحه بوده و مضمون مخالف شریعت و اخلاق اسلامی را تبلیغ و نتیجه گیری کند

مخابراتی پرداخته است.^۱

۴- در جرایم عمومی هم، وفق کتاب پنجم ق.م.ا. مواد ۶۳۷ تا ۶۳۹ مبنی بر «ارتکاب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا»، «تظاهر به عمل حرام در انظار عمومی»، «تشویق مردم به فساد و فحشا» و مواد ۶۹۷ و ۷۰۰ مشعر بر «افترا و اشاعه فحشا» و «نشر هجویه» قابل ذکر است.

با این حال در هیچ‌یک از مفاد خاص و عام مذکور، مجازاتی با عنوان «ممنوعیت موقت یا دائم از فعالیت هنری یا مشاغل هنری» مشاهده نمی‌شود و تنها در قانون نخست معنونه یعنی قانون نحوه مجازات اشخاصی... برای تولید و انتشار آثار مستهجن، ضمن مجازات‌های حبس و جزای نقدی، به «محرومیت از حقوق اجتماعی» نیز تصریح شده است؛^۲ لذا باید به قواعد عمومی مجازات‌ها در حقوق جزای عمومی مراجعه نمود، با این توضیح که محرومیت از حقوق اجتماعی، اشکال گوناگون دارد و سوای قالب و شرایط متفاوت آن، جملگی در سلب موقت حق‌های شهروندی مشترک است.

ب. ممنوع‌الکاری به عنوان مجازات تکمیلی

در قوانین مجازات اسلامی اسبق، سابق و فعلی یعنی قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱، ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ و مصوب ۱۳۹۲ مجازات‌ها عبارتند از: قصاص، حد، دیه و تعزیرات. البته در قانون سال ۷۰، مجازات‌های بازدارنده هم بود که هم‌اکنون در تعزیرات ادغام شده است. مجازات تکمیلی، مجازاتی مازاد بر مجازات اصلی و در اختیار محکمه است که حسب شرایط محکوم‌علیه می‌تواند لحاظ شود و حتماً باید در حکم قید گردد.

این توضیح ضروری است که در ق.م.ا. جدید صرفاً کتاب‌های اول تا چهارم تغییر یافته و کتاب پنجم (تعزیرات) سوای اصلاحات اندکی که از سال تصویب داشته، بی‌تغییر مانده

۱. مطابق تبصره‌های ۱ و ۴ این ماده: «محتویات مبتذل و مستهجن» آن است که «دارای صحنه و صور قبیحه» و «تصویر، صوت یا متن واقعی یا غیرواقعی یا متنی که... بیانگر برهنگی کامل زن یا مرد یا اندام تناسلی یا آمیزش یا عمل جنسی انسان» باشد.

۲. در قانون مصوب ۱۳۷۲ محرومیت از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات پیش‌بینی نشده بود.

است. از این رو، وجه تطبیقی صرفاً مربوط به چهار کتاب نخست است:

در قانون سال ۶۱، ممنوعیت از اشتغال به حرفه یا شغلی خاص در هیئت مجازات‌های تکمیلی در ماده ۱۴ و تبصره آن بدون تصریح به این مهم و با اصطلاح کلی «محرومیت از حقوق اجتماعی» تعبیه شده بود: «هرکس به علت ارتکاب جرم عمدی به حکم تعزیری محکوم شود، دادگاه می‌تواند محکوم‌علیه را به‌عنوان تتمیم حکم تعزیری، مدتی از حقوق اجتماعی محروم نماید. محرومیت از حقوق اجتماعی... باید... به تناسب جرم باشد».

حکم مزبور در مواد ۱۹ و ۲۰ قانون سال ۷۰ هم تکرار شد. اما در ماده ۲۳ قانون سال ۹۲، به‌طور متفاوتی مورد تصریح قرار گرفت: «دادگاه می‌تواند فردی را که به حد، قصاص یا مجازات تعزیری از درجه شش تا درجه یک محکوم کرده است، با رعایت شرایط مقرر در این قانون، متناسب با جرم ارتكابی و خصوصیات وی به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی زیر محکوم نماید: ... پ - منع از اشتغال به شغل، حرفه یا کار معین». تبصره ۳ همین ماده، کیفیت اجرای مجازات‌های تکمیلی را به آیین‌نامه پیشنهادی وزیر دادگستری و مصوب رئیس قوه قضاییه موکول نموده که در ۱۳۹۳/۱۱/۲۶ تصویب شد. ماده ۹ این مقررده ذیل بند پ با عنوان «منع از اشتغال به شغل، حرفه یا کار معین»، سه حالت را متصور شده: ۱- اشتغال محکوم که ممنوعیت به کارفرما و یا بالاترین مدیر یا مسئول محل اشتغال ابلاغ می‌شود. ۲- محکوم دارای جواز کار یا پروانه اشتغال باشد که لغو می‌گردد. ۳- بیکار بودن محکوم که ممنوعیت به او ابلاغ می‌شود تا از اشتغال ممنوعه، خودداری نماید.

بنابراین، محرومیت از حقوق اجتماعی در قالب مجازات تکمیلی می‌تواند موجب ممنوع‌الکاری قضایی شود.

ج. ممنوع‌الکاری به عنوان مجازات تبعی

محرومیت از حقوق اجتماعی می‌تواند در شمایل مجازات تبعی نیز اعمال شود. در این مجازات‌ها برخلاف مجازات‌های تکمیلی که در اختیار قاضی است، به صورت قهری و با احراز شرایط قانونی اعمال می‌شود و نیازی به ذکر در رأی هم ندارد. در ق.م.ا. مصوب ۶۱، مجازات تبعی به‌رغم اینکه در عنوان فصل سوم، کنار مجازات تکمیلی بیان شده، در سه

ماده این فصل تصریحی ندارد.

این مهم در قانون سال ۷۰ نیز چنین است تا اینکه در اصلاحیه ۱۳۷۷،^۱ ماده ۶۲ مکرر به قانون، الحاق شد و تصویر مجازات تبعی را روشن ساخت. وفق این ماده، در جرائم عمدی، محکومیت قطعی کیفری به قطع عضو، شلاق حدی و حبس تعزیری به شرح ماده، موجب محرومیت از حقوق اجتماعی می‌شود که پس از انقضاء مدت تعیین شده و اجرای حکم، رفع اثر می‌گردد. تبصره یک هم این محرومیت را تعریف نموده: «حقوق اجتماعی عبارتست از حقوقی که قانونگذار برای اتباع کشور... و سایر افراد مقیم در قلمرو حاکمیت آن منظور نموده و سلب آن به موجب قانون یا حکم دادگاه صالح می‌باشد». فهرستی نیز از این محرومیت‌ها ارائه شد که ممنوعیت از اشتغال به‌طور کلی یا ممنوع‌الکاری هنری در آن نیست و بدین ترتیب، از سال ۷۰ تا زمان تصویب قانون سال ۹۲، ممنوعیت از مشاغل هنری در سیاهه مصادیق محرومیت از حقوق اجتماعی برآمده از مجازات تبعی نیست. هرچندکه در تبصره یک، از واژه «از قبیل» استفاده شده باشد، چون فهرست ماده ۶۲ مکرر غالباً در خصوص مشاغل بخش عمومی یا دولتی است و حرف هنری، دولتی نبوده و در بخش خصوصی، بازار کار دارد؛ لذا سختی با عناوین مذکور در ماده ندارد.

در قانون سال ۹۲، محکومیت قطعی کیفری در جرائم عمدی، پس از اجرای حکم یا شمول مرور زمان، در مدت زمان مقرر در این ماده محکوم را از حقوق اجتماعی به عنوان مجازات تبعی محروم می‌کند. اما نکته اینجاست که اولاً در ماده ۲۵، جرائم منجر به محکومیت مجازات‌های سالب حیات، حبس ابد، قطع و قصاص عضو و شلاق حد ذکر شده که تقریباً مجازات‌های تعزیری شامل نمی‌شود. ثانیاً در فهرست ماده ۲۶ ممنوعیت از اشتغال به حرف هنری ذکر نشده است. ضمن اینکه متفاوت با ماده ۶۲ مکرر سابق، موارد محرومیت از حقوق اجتماعی، احصا شده و تمثیلی نیست و نمی‌تواند با تشخیص قاضی به آن اضافه شود. البته می‌توان به بندهای (ت)، (ج) و (ر) اشاره کرد که به ترتیب، «انتخاب شدن یا عضویت در انجمن‌ها، شوراهای... و جمعیت‌ها به موجب قانون یا با رأی مردم»، «استخدام و یا اشتغال در کلیه دستگاه‌های حکومتی اعم از قوای سه‌گانه و سازمان‌ها و شرکت‌های وابسته به آنها، صداوسیما، جمهوری اسلامی ایران... شهرداری‌ها و مؤسسات مأمور به خدمات عمومی و دستگاه‌های مستلزم تصریح یا ذکر نام» و «تأسیس، اداره یا عضویت در هیئت مدیره... مؤسسه آموزشی... فرهنگی» را ذکر نموده و می‌تواند در ارتباط با مشاغل

۱. رک: قانون اصلاح دو ماده و الحاق یک ماده و یک تبصره به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷

هنری باشد؛ مثلاً عضویت هنرمند در مجامع قانونی هنری یا تأسیس و اداره مؤسسه هنری توسط وی یا کارگر و کارمندشدن در نهادهای هنری. باین حال باید توجه داشت که موارد معنونه درخصوص عضویت در محافل هنری یا ثبت و اداره مؤسسه، شغل نبوده و هنرمندان غالباً بدون اینها اشتغال دارند و تنها شاید بتوان اشتغال در مراکز دولتی و به بیان دقیق‌تر، دستگاه‌های اجرایی را شغل هنری دانست که تعداد آنها قابل‌اعتنا نبوده و بیشتر حرف هنری در بخش خصوصی مستقر است. ضمن اینکه همین موارد بسیار مضیق و محدود نیز، وفق تبصره ۲ ماده ۲۶ ابدی نبوده و با گذشت مدت‌های مندرج در ماده ۲۵ خاتمه می‌یابد.^۱

د. ممنوع‌الکاری در تعلیق مجازات

قالب دیگر محرومیت از حقوق اجتماعی، دستورهای ضمن نهاد تعلیق مجازات است. اینکه مجازات قطعی فرد به دلایل قانونی، معلق شده و به شرط رعایت دستورهای دادگاه در زمان تعلیق، اجرا نشود. در اولین ق.م.ا. وفق ماده ۴۰ محکمه می‌توانست در کلیه محکومیت‌های تعزیری، مجازات را با شرایطی چون فقدان یا زوال سابقه محکومیت مؤثر کیفری، ملاحظه وضع اجتماعی محکوم، اوضاع و احوالی موجب ارتکاب جرم و تعهد به زندگی شرافتمندانه، از دو تا پنج سال معلق نماید. مطابق تبصره ۳ نیز «دادگاه جهات و موجبات تعلیق و دستورهایی که باید محکوم‌علیه در مدت تعلیق از آن تبعیت نماید، در حکم خود تصریح و مدت تعلیق را... تعیین می‌نماید». در تبصره ۴ هم که دستورها را شمرده، به موجب بندهای ۲ و ۳، «خودداری از اشتغال به کار یا حرفه معین» و «اشتغال به تحصیل در یک مؤسسه فرهنگی» ذکر شده بود.

این مهم در مواد ۲۵ و ۲۹ ق.م.ا. سال ۷۰ تکرار شد و ادامه یافت. در ماده ۴۶ ق.م.ا. فعلی نیز ذیل عنوان «تعلیق مجازات» به تعلیق مجازات از یک تا ۵ سال اشاره شده و در ماده ۵۰ نیز به دستورهای دادگاه در زمان تعلیق اشاره نموده است؛ اما وفق ماده ۴۶ برای فهرست دستورها باید به ماده ۴۳ (شرایط تعویق صدور حکم) رجوع کرد. در بند(ج) ماده ۴۳ «خودداری از فعالیت حرفه‌ای مرتبط با جرم ارتكابی یا استفاده از وسائل مؤثر در آن» وجود دارد که به بحث ممنوع‌الکاری، مربوط و قابل استناد است. علی‌هذا ممنوع‌الکاری هنرمندان می‌تواند از طریق دستور منع اشتغال به حرفه هنری در حکم تعلیق مجازات باشد.

۱. این مهم درخصوص بندهای (ب) و (ه) ماده ۶۲ مکرر نیز صادق است که به «عضویت در کلیه انجمن‌ها و شوراهای جمعیت‌هایی که اعضاء آن به موجب قانون انتخاب می‌شوند» و «استخدام در وزارتخانه‌ها، سازمان‌های دولتی، شرکت‌ها، مؤسسات وابسته به دولت، شهرداری‌ها، مؤسسات مأمور به خدمات عمومی...» اشاره دارد.

ه. ممنوع‌الکاری در آزادی مشروط هنرمند زندانی

آزادی مشروط، نهادی مربوط به مجازات حبس برای رهایی از زندان است. در ق.م.ا. سال ۶۱ مطابق ماده ۳۹ «هرکس برای مرتبه اول به علت ارتکاب جرمی به حبس تعزیری محکوم شود و نصف آن را گذرانده باشد»، ممکن است به حکم دادگاه صادرکننده دادنامه قطعی محکومیت با وجود شرایطی از آزادی مشروط استفاده نماید اما محکوم جز عدم ارتکاب جرم منجر به محکومیت در مدت آزادی مشروط که حداکثر تا ۵ سال بود، وظیفه ای نداشت؛ لذا ممنوع‌الکاری هنرمند ذیل چتر آزادی مشروط متصور نبود. اما در ق.م.ا. سال ۷۰، وفق تبصره ۳ ماده ۳۸ در آزادی مشروط زندانیان، «دادگاه ترتیبات و شرایطی را که فرد محکوم باید در مدت آزادی مشروط رعایت کند از قبیل... خودداری از اشتغال به شغل خاص... در متن حکم قید می‌کند که در صورت تخلف وی از شرایط مذکور یا ارتکاب جرم مجدد بقیه محکومیت وی به حکم دادگاه صادرکننده حکم، به مرحله اجرا درمی‌آید»؛ بنابراین ممنوع‌الکاری در آزادی مشروط هنرمند زندانی، ممکن شد. در ق.م.ا. کنونی نیز، ماده ۶۰ اشعار می‌دارد: «دادگاه می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال وقوع جرم و خصوصیات روانی و شخصیت محکوم، او را در مدت آزادی مشروط، به اجرای دستورهای مندرج در قرار تعویق صدور حکم، ملزم کند. دادگاه، دستورهای مذکور... در حکم خود قید و به محکوم تفهیم می‌کند». دستورات ضمن تعویق صدور حکم نیز که در بند تعلیق گفته شد، در ماده ۴۳ مقرر شده و بند (ج) آن، امکان ممانعت به حرفه خاصی را تصریح نموده است.

بنابراین از سال ۷۰ تاکنون، ظرفیت قانونی ممنوع‌الکاری برای هنرمند محبوسی که به صورت مشروط آزاد شده، وجود دارد.

و. ممنوع‌الکاری با تعویق صدور حکم

تعویق صدور حکم از ابتکارات ق.م.ا. جدید است. وفق ماده ۴۰ «در جرائم موجب تعزیر درجه شش تا هشت دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی و سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم گردیده، در صورت وجود شرایط... صدور حکم را به مدت شش ماه تا دو سال به تعویق اندازد». در تعویق صدور حکم، اشکال ساده و مراقبتی پیش‌بینی شده (ماده ۴۱) و مستند به ماده ۴۳، قاضی

ممکن است در تعویق مراقبتی، مجرم را به یک یا چند دستور ملزم کند که بند (ج) آن، اشاره به خودداری از اشتغال به حرف هنری دارد. پس ممنوع الکاری هنرمند می تواند از دستورات قضایی در بحث تعویق صدور حکم باشد.

گفتنی است ماده ۳۰ ق.م.ا. فعلی اظهار می دارد: «منع از اشتغال به شغل، کسب، حرفه یا کار معین مستلزم لغو جواز کار یا پروانه کسب، حرفه یا کار است، مشروط به اینکه جرم به سبب اشتغال به شغل، کسب، حرفه یا کار ارتکاب یابد یا آن اشتغال وقوع جرم را تسهیل نماید». هم چنین مطابق بند الف ماده ۸ «آیین نامه نحوه اجرای قرار تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، قرار تعویق صدور حکم، نظام نیمه آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه های الکترونیکی و جایگزین های حبس» مصوب ۱۳۹۸/۲/۳ رئیس قوه قضاییه، «خودداری از فعالیت حرفه ای مرتبط با جرم ارتكابی یا استفاده از وسائل مؤثر در آن»، به آیین نامه راجع به نحوه اجرای مجازات های تکمیلی مصوب ۱۳۹۳ رئیس قوه ارجاع شده که شرح آن رفت؛ هم چنین وفق بندهای الف و ب ماده ۴۲، این مهم درخصوص دوره مراقبت، همان تدابیر مذکور در آیین نامه رئیس قوه در سال ۹۳ است یعنی ۱- ضبط مجوز محکوم در دوران محرومیت. ۲- عدم صدور مجوز تا پایان دوره مراقبت، در صورت فقدان مجوز. ۳- ابلاغ محرومیت به محکوم و کارفرمای او؛ لذا ممنوع الکاری از این طریق نیز محتمل می باشد.

ح. ممنوع الکاری در مجازات های جایگزین حبس

فصل نهم ق.م.ا. فعلی به مجازات های جایگزین حبس اختصاص دارد. طبق ماده ۶۴، این مجازات ها عبارتند از مواردی که در میان آنها، «محرومیت از حقوق اجتماعی» و «خدمات عمومی رایگان»، مدنظر ماست. شرایط مجازات جایگزین حبس، مواردی چون «گذشت شاکی موجود، وجود جهات تخفیف با ملاحظه نوع جرم و کیفیت ارتکاب آن، سن، مهارت، وضعیت، شخصیت و سابقه مجرم» است. در مواد ۶۵ تا ۸۷، به شقوق مختلف این مجازات ها و شرایط آنها پرداخته شده که دو مورد پیش گفته را به تفکیک بررسی می کنیم:

در محرومیت از حقوق اجتماعی باید به ماده ۲۶ مراجعه کنیم که در بحث مجازات های تبعی گفته شد و سلب اشتغال به حرف هنری جز مواردی مثل عضویت و اداره مجامع هنری و استخدام مقرر نشده است.

خدمات عمومی رایگان مطابق ماده ۸۴ عبارت است از خدماتی که با رضایت محکوم برای مدت معین، مورد حکم واقع می‌شود و تحت نظارت قاضی اجرای احکام اجرا می‌گردد. خدماتی عام‌المنفعه شامل امور آموزشی، درمانی، خدماتی، فنی حرفه‌ای، کارگری و کشاورزی.^۱ در دوران مجازات جایگزین حبس، دوره مراقبت تعریف شده که مستند به ماده ۸۳، دوره‌ای است که طی آن، محکوم به حکم دادگاه و تحت نظارت قاضی اجرای احکام به انجام یک یا چند مورد از دستورهای مندرج در تعویق مراقبتی محکوم می‌گردد. در تعویق صدور حکم نیز گفته شد که از دستورهای ضمن این نهاد حقوقی، می‌توان هنرمند را از شغل هنری بازداشت.

ماده ۸۷ هم اشاره دارد که «دادگاه می‌تواند ضمن حکم به مجازات جایگزین حبس، باتوجه به جرم ارتكابی و وضعیت محکوم، وی را به یک یا چند مورد از مجازات‌های تبعی و یا تکمیلی نیز محکوم نماید. در این صورت، مدت مجازات مذکور نباید بیش از دو سال شود».

بنابراین در مجازات‌های جایگزین حبس از نوع محرومیت از حقوق اجتماعی، اولاً چون در فهرست این محرومیت‌ها، منع اشتغال به حرف هنری نیست، مجازات‌های جایگزین حبس به شمار فهرست امکانات قانونی ممنوع‌الکاری هنرمندان نیافزوده است. ثانیاً مطابق ماده ۸۷ یادشده، در کنار مجازات‌های جایگزین حبس می‌توان یک یا چند مورد از مجازات‌های تبعی یا تکمیلی را حداکثر به مدت ۲ سال، حکم داد. بدین لحاظ ممنوع‌الکاری سابق‌الذکر در بحث مجازات‌های تکمیلی، اینجا نیز ممکن است.

گفتار سوم. رویه عملی؛ ممنوع‌الکاری قضایی یا اداری؟

ممنوع‌الکاری هنرمندان از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی دارای سابقه است و هنرمندان بسیاری در مقاطع گوناگون، با مدت‌های متفاوت اعم از دائمی، طولانی و کوتاه و به دلایل متعددی ممنوع‌الکار شده‌اند که غالب آنها به صورت اداری، بدون رسیدگی قضایی و رعایت موازین قانونی سابق‌الذکر و بیشتر در حوزه‌های سینما، تئاتر و موسیقی بوده است. موضوعی که بررسی دلایل و فهرست آنها، پژوهش مستقل دیگری را می‌طلبد. اما ممنوع‌الکار قضایی هم، بدون مثال هم نیست و می‌توان موارد نادر ذیل را نام برد:

۱. رک: مواد ۱ و ۲ آیین‌نامه اجرایی ماده ۷۹ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۳/۶/۵ هیئت‌دولت.

در ابتدای پیروزی انقلاب، نگاه به هنر و هنرمندان پیش از آن مثبت نبود و جدا از اعمال راهی اداری در لباس قانون برای امکان بازنشستگی و جلوگیری از فعالیت هنرمندان فعال در رژیم گذشته، افراد به دادگاه احضار شدند و بدون رسیدگی قضایی صرفاً از طریق محکمه به آنها اعلام شد که حق فعالیت ندارند؛ لذا در این شیوه، مرجع اعلام کننده به جای اداره، دادگاه بود و اساساً دادرسی صورت نگرفت که کار به ارائه ادله و درکل، اعمال موازین دادرسی برسد. عملی در عدم انطباق با نظم حقوقی و قوانین که هرچند در میانه متوقف شد، اما تا سال‌های سال، آثارش باقی ماند و حق فعالیت بسیاری از هنرمندان مزبور را مخدوش ساخت. امری که رضا کرم‌رضایی از بازیگران دچار شده به این مهم که البته بعد انقلاب کاملاً ممنوع نشد و فرصت حضور یافت - چنین روایت می‌کند:

«ما هم چون کارمند رسمی [اداره تئاتر] بودیم، نمی‌شد... بدون دلیل اخراجمان کرد و قانونی گذراندند که هرکس ۱۵ سال یا بیش‌تر، سابقه خدمت داشته باشد، ۱۰ سال هم به او ارفاق می‌شد و می‌تواند با ۲۵ سال یا بیش‌تر، بازنشسته شود. با اینکه اجباری نبود، تمام قدیمی‌ها که مهره‌های اصلی اداره بودند، خودشان را بازنشسته کردند تا مهر طاغوتی را... از روی خود بردارند. بزرگانی چون علی نصیریان، عزت‌الله انتظامی، محمدعلی کشاورز، رقیه چهره آزاد، جمیلہ شیخی، مهین شهابی، فخری خوروش، آزیتا لاجینی... دادگاه انقلاب شروع کرد به فراخواندن هنرمندان سینما، تئاتر و خواننده‌ها. هر بار در گروه‌های ۵ نفری در صفحه اول روزنامه، اعلان می‌کردند که خودشان را در فلان روز به دادگاه انقلاب معرفی کنند... سرانجام، نام من و مسعود اسداللهی هم در روزنامه آمد. باید خودمان را... معرفی می‌کردیم... در گروه ۵ نفری ما، شجریان و سیما بینا، خواننده‌های مشهور [هم] بودند... گفتم نمی‌روم. مسعود هم گفت نمی‌رود. اعتراض ما بیش‌تر به این دلیل بود که چرا در روزنامه‌ها اعلان می‌کنند، آن هم در صفحه اول و با حروف درشت. خواهرم در بجنورد، آنقدر گریه و ناله کرده بود که به‌سختی بیمار شده بود. می‌گفت آبرویش، پیش‌اهالی بجنورد ریخته [و] چگونه می‌توانست به آنها ثابت کند برادرش، ساواکی یا دزد و قاتل نیست. خودم هم در تهران، همین وضع را داشتم. فقط مجرم‌ان خیلی خطرناک و فراری را به این طریق به دادگاه، احضار می‌کنند. آدرس و تلفن ما آن‌قدر معلوم و مشخص بود که یک آدم عادی هم می‌توانست سریع و آسان، ما را پیدا کند، چه رسد به دادگاه انقلاب، می‌توانستند با یک تلفن یا یک نامه اندکی محترمانه، دعوت یا احضارمان کنند... شانس آوردم بعد از احضار من، تمام نهادهای هنری... به این موضوع در روزنامه‌ها اعتراض کردند. کانون نویسندگان،

سندیکای فیلم، سندیکای تئاتر، اداره تئاتر؛ حتی رئیس آن، جمشید مشایخی به این دلیل، استعفا داد... [سرانجام] بازجویی و محاکمه هنرمندان، فیصله پیدا کرد...^۱

جعفرپناهی کارگردان از مصادیق ممنوع‌الکاری با حکم قضایی است. پناهی بعد از رخداد‌های سال ۸۸ مستند به حکم دادگاه انقلاب - قطعی شده در دادگاه تجدیدنظر - و البته به دلیل اجتماع و تبانی و تبلیغ علیه نظام به شش سال حبس تعزیری و به‌عنوان تتمیم مجازات به ۲۰ سال محرومیت از حقوق اجتماعی از جمله ساختن فیلم و نوشتن هر نوع فیلمنامه، محکوم شده است.^۲

نتیجه

هنرمندان، شهروندان برتر یا مستثنی از نظام حقوقی - قضایی نیستند و مثل سایر مردم می‌توان آنها را وفق قانون، ممنوع یا محدود نمود که می‌بایست از طریق دادگاه‌های قضایی یا اداری باشد. اما در ایران برای ممنوعیت یا محدودیت اداری، قانونی وجود ندارد و صلاحیتی برای اداره درخصوص صدور مجوز برای هنرمندان وجود ندارد؛ لذا ممنوع‌الکاری توسط هر مرجعی غیر از دادگاه، محکوم به رد است چون ممنوعیت از اشتغال به حرف هنری، مجازات بوده و مستلزم سه‌گانه «ارتکاب جرم، رسیدگی قضایی و محکومیت قطعی توسط دادگاه» است. لذا برقراری نظام ممنوع‌الکاری اداری توسط وزارت فرهنگ، خلاف موازین حقوقی است. امری که در حقوق موضوعه ایران سوای شیوه‌نامه جدید کنسرت (۱۳۹۵) که به آن تصریح نموده و البته خلاف قانون است پایگاهی ندارد و تمام قد، خلاف قانون ارزیابی می‌شود. ممنوع‌الکاری قضایی به موجب قوانین مجازات اسلامی از پیروزی انقلاب تاکنون، در قالب‌های مجازات‌های تکمیلی، دستورهای دادگاه ضمن تعلیق مجازات، آزادی مشروط و علاوه‌بر اینها بر اساس ق.م.ا. مصوب ۹۲، ضمن دستورهای دادگاه در مجازات‌های جایگزین حبس و تعویق صدور حکم ممکن است؛ که البته شرایط قانونی آن باید احراز شود، دائمی نبوده و مدت زمان معین دارد.

جز موارد اندک ممنوع‌الکاری قضایی، اکثریت قریب به اتفاق این مهم در آسمان هنر

۱. کرم رضایی، رضا، همه دوستان من: زندگی رضا کرم رضایی و خاطراتش از نقش آفرینان خاطره انگیز

تهران، ققنوس ۱۳۸۷، صص ۳۶۵-۳۶۱ و ۳۶۷

۲. ر.ک: حکم دادگاه جعفر پناهی اعلام شد، کد خبر: ۱۳۲۳۱۶، ۱۳۸۹/۹/۲۹ در

۱۳۲۳۱۶، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۴/۲۰ <https://www.tabnak.ir/fa/news/1399/4/20>

ایران، توسط وزارت فرهنگ به صورت اداری بوده است. امری که سوای تخدیش حکومت قانون و تضییع حق‌های شهروندی هنرمندان، توالی فاسد مهمی دارد:

اول، اگر کسی با حکم دادگاه مجرم شناخته شده و به مجازات محکوم شود، نهادهای متنوعی چون تخفیف و تعلیق مجازات و تعویق صدور حکم پیش روی است که می‌تواند از آلام مدت و اجرای مجازات بکاهد؛ اما با ممنوع‌الکاری اداری، هنرمند هیچ‌یک از این امتیازات قانونی را ندارد و تا «اعمال صلاحیت تشخیصی بی‌ضابطه و سلیقه‌ای و لازمان بعدی اداره» می‌بایست منتظر بماند. تازه مثلاً در نظام «نیمه آزادی» (مواد ۵۶ و ۵۷ ق.م.ا. مصوب ۹۲)، محکوم محبوس «می‌تواند در زمان اجرای حکم حبس، فعالیت‌های حرفه‌ای... را در خارج از زندان انجام دهد»؛ بنابراین متصور است محکوم به حبس تعزیری درجه ۵ تا ۷ در جامعه به فعالیت‌های هنری خود، بپردازد. آن هم شهروندی که جرمی را مرتکب شده و در فرآیند قضایی، مجازات حبسش قطعی شده، اما هنرمندانی که به صورت اداری ممنوع‌الکار شده‌اند، بدون هیچ‌یک از این فرآیندها، مجازاتی به مراتب سنگین‌تر را تحمل می‌کنند.

دوم، برخلاف ممنوع‌الکاری قضایی که انتشار حکم قطعی، قواعد سخت‌گیرانه‌ای دارد، در ممنوع‌الکاری اداری، این مجازات غیرقانونی، به سرعت و فراگیر منتشر می‌شود و حتی وزارت فرهنگ هم از اعلان آن ابایی ندارد. بدتر اینکه در تبصره ماده ۳۶ ق.م.ا. فعلی، جرائمی که انتشار حکم قطعی آنها الزامی است، ذکر شده و در این فهرست پرشمار، اثری از جرائم خاص هنرمندان (سمعی و بصری) نیست؛ لذا مجازاتی غیرقانونی خلاف همه ضوابط قانونی و قضایی منتشر می‌شود که آثار منفی بسیاری برای هنرمندان دارد.

در عمل اما چنین نیست و اکثر ممنوعیت هنرمندان از فعالیت هنری، به صورت اداری و بدون الزامات قضایی پیش‌گفته رخ می‌دهد که فراقانونی، غیرحقوقی و شایسته اصلاح است.

فهرست منابع

الف. کتاب‌ها

۱. درستکار، رضا و دیگران، فریدون گله؛ زندگی و آثار، تهران: نقش و نگار، ۱۳۸۰.
۲. راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، ۱۳۸۸.
۳. صحافزاده، علیرضا، هنر هویت و سیاست بازنمایی؛ مطالعه‌ای در تاریخ اجتماعی هنر امریکا، تهران: بیدگل، ۱۳۸۹.
۴. کرم رضایی، رضا، همه دوستان من؛ زندگی رضا کرم رضایی و خاطراتش از نقش آفرینان خاطره‌انگیز، تهران: ققنوس، ۱۳۸۷.
۵. نوبهار، رحیم، اصل قضایی بودن مجازات‌ها؛ تحلیل فقهی حق بر محاکمه عادلانه، تهران: شهر دانش، ۱۳۸۹.

ب. مقاله‌ها

۶. آگاه، وحید، امکان‌سنجی افاده نظام صدور مجوز آثار هنری از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تحقیقات حقوقی، بهار ۹۶، شماره ۷۷.
۷. آگاه، وحید، تحلیل نظام صدور مجوز اجراهای صحنه‌ای موسیقی و نظارت بر آنها در ایران، پژوهش حقوق عمومی، سال بیستم، تابستان ۹۷، شماره ۵۹.
۸. آگاه، وحید، تحلیل نظام صدور مجوز تولید و عرضه آثار سینمایی در حقوق اداری ایران، حقوق اداری، سال پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۳.
۹. آگاه، وحید، کاوشی در حقوق اداری نظام صدور مجوز هنرهای نمایشی در ایران، حقوق اداری، سال ششم، پاییز ۹۷، شماره ۱۶.
۱۰. آگاه، وحید، هنرمندان یا بی‌هنر؟ تحلیل حق‌های هنری در منشور حقوق شهروندی و ارائه مانیفست، اخلاق زیستی (ویژه‌نامه حقوق شهروندی و حقوق بشر)، سال نهم، بهار ۱۳۹۸، شماره ۳۳.

پ. جراید

۱۱. آداب فراموشی: گفت‌وگو با کورش یغمایی، تجربه، سال چهارم، دوره جدید، مهر ۹۳، شماره ۳۲ (پیاپی ۱۰۹).

۱۲. حکم دادگاه جعفرپناهی اعلام شد، کد خبر: ۱۳۲۳۱۶، ۱۳۸۹/۹/۲۹ در: <https://www.tabnak.ir/fa/news/132316>، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۴/۲۰.
۱۳. گفت‌وگو با محمد رحمانیان به بهانه بازگشتش به ایران و اجرای نمایش «ترانه‌های قدیمی»: آزمونی برای ماندن، بهار، ۹۲/۶/۱۲، شماره ۲۱۲.
۱۴. ناصر ملک مطیعی در گفت‌وگو با شرق؛ از دو طرف، تحت فشار بودم، شرق، سال یازدهم، ۹۲/۱۰/۱۸، شماره ۱۹۲۳.
۱۵. نه وزارت ارشاد، نه حوزه هنری، مرجع حذف باران کوثری کجاست؟ ادامه توقیف‌های بی‌دلیل، مغرب، ۹۱/۹/۲، شماره ۷۷.
- ت. قوانین و مقررات و اسناد**
۱۶. آیین‌نامه اجرایی ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۳/۶/۵ هیئت‌وزیران.
۱۷. آیین‌نامه بررسی فیلم‌نامه و صدور پروانه فیلم‌سازی مصوب ۱۳۶۸/۵/۱۴ هیئت‌وزیران.
۱۸. آیین‌نامه راجع به نحوه اجرای مجازات‌های تکمیلی موضوع ماده ۲۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۲۶ رئیس قوه قضاییه.
۱۹. آیین‌نامه نحوه اجرای قرار تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط، قرار تعویق صدور حکم، نظام نیمه‌آزادی و آزادی تحت نظارت سامانه‌های الکترونیکی و جایگزین‌های حبس مصوب ۱۳۹۸/۲/۳ رئیس قوه قضاییه.
۲۰. آیین‌نامه نظارت بر اجرای برنامه‌های صحنه‌ای موسیقی و نحوه صدور مجوز اجرا و تبلیغات مصوب ۱۳۷۹/۷/۷ وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۱. آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و صدور پروانه نمایش آنها مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۴ هیئت‌وزیران.
۲۲. سیاست‌های هنرهای نمایشی مصوب ۱۳۷۸/۱۱/۲۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
۲۳. شیوه‌نامه اجرایی برنامه صحنه‌ای موسیقی (کنسرت) مصوب ۱۳۹۵/۳/۲۵ وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۴. ضوابط نظارت بر نمایش و صدور پروانه مصوب ۱۳۷۹/۲/۶ شورای عالی انقلاب فرهنگی.
۲۵. قانون اساسی.
۲۶. قانون اصلاح دو ماده و الحاق یک ماده و یک تبصره به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۷/۲/۲۷.
۲۷. قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۱۲.

۲۸. قانون تعطیل مؤسسات و واحدهای آموزشی و تحقیقاتی و فرهنگی که بدون مجوز قانونی دایر شده و می‌شود مصوب ۱۳۷۲/۱۰/۷.
۲۹. قانون جرایم رایانه ای مصوب ۱۳۸۸/۳/۵.
۳۰. قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱.
۳۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.
۳۲. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸.
۳۳. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس و ۱۳۷۰/۹/۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
۳۴. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری، فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۷۲/۱۱/۲۴.
۳۵. قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری، فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۱۶.
۳۶. نامه شماره ۲۷۶۰۴۷/۱۵ مورخ ۱۳۹۷/۴/۱۳ محمد مهدی حیدریان - رئیس پیشین سازمان سینمایی و مشاور وزیر فرهنگ - به وزیر فعلی فرهنگ مبنی بر عدم ممنوعیت فعالیت هنرمندان به صرف حضور در آثار قبل از انقلاب:

<https://www.tabnak.ir/fa/news/948229>

موانع حقوقی انعقاد قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها از منظر حقوق اداری ایران

غلامحسن مزارعی*

مسعود آرائی**

چکیده

شهرداری به عنوان یک مؤسسه عمومی غیردولتی دارای یک سری ویژگی‌های، امتیازات و اقتداراتی است که آن را نسبت به سایر نهادهای متصدی امور عمومی متمایز می‌سازد و امروزه با ایفاء صلاحیت‌های گسترده و متنوع به وسیله انعقاد قراردادهای عمومی نقش تعیین کننده‌ای بر زندگی مردم دارد. یکی از راه‌های ایجاد سرعت در توسعه اقتصادی و آبادانی و ایجاد اشتغال در شهرها، جلب مشارکت مردم، سرمایه و سرمایه‌گذاری است. در بخش مدیریت شهری، قانون فعلی شهرداری‌ها کاملاً سیستم شهرداری را سیستمی دولتی دیده و فقط به موضوع عوارض در شهرداری‌ها پرداخته است و علی‌رغم جایگاه قابل ملاحظه شهرداری در ارائه خدمات عمومی، وضعیت و چهارچوب حقوقی قراردادهای مشارکت در پروژه‌های شهرداری در نظام حقوقی ما به طور دقیق مشخص نیست. همین امر ضرورت بررسی و تبیین جایگاه و نظام حقوقی این نوع قراردادها و موانع حقوقی انعقاد آنها با بخش خصوصی را بیش از پیش نمایان می‌سازد.

در این پژوهش ضمن پرداختن به ماهیت و ویژگی‌هایی قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها، برخی از موانع و چالش‌های این نوع قراردادها را وجود قوانین و مقررات خاص شهرداری‌ها، نبود قوانین اطمینان بخش برای مشارکت کننده، نبود تضامین مناسب برای مشارکت کننده، نبود حقوق امتیازی و تسهیلات جهت مشارکت، وجود برخی امتیازات و اختیارات ویژه اداری در قوانین و مقررات شهرداری‌ها، نبود قراردادهای تیپ مشارکت در شهرداری‌ها، نبود شفافیت در قوانین و مقررات شهرداری و موارد دیگری شناسائی نموده که البته این قراردادها با الزامات قانونی محدود کننده دیگری نیز مواجه هستند که به طور مبسوط به آنها پرداخته شده است.

کلیدواژه‌ها:

شهرداری، قراردادهای مشارکت، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها، موانع حقوقی.

*. دکترای تخصصی حقوق عمومی، عضو هیئت علمی دانشگاه شهید چمران اهواز

مقدمه

در دنیای امروز، شهرنشینی با همه ابعاد وجودی‌اش با گام‌های بلندی به جلو می‌رود و مدیران شهری با توجه به گسترش شهرنشینی و ضرورت داشتن شهرهایی ایمن، سبز و پاک تلاش می‌کنند به انتظارات شهروندان و سازمان‌ها از شهر و مدیریت شهری پاسخ دهند و برای اداره شهر در فضای متحول‌شده امروز برنامه‌ریزی و فعالیت نمایند. اداره شهرها در گذشته با توجه به وسعت و جمعیت کم آنها از طریق کمک‌های دولتی نظیر عوارض، ممکن بود ولی گسترش شهرنشینی و بالارفتن توقعات از مدیریت شهری و ضرورت اجرای برنامه‌های جدید توسط مدیران شهری و استمرار ارائه خدمات به شهر و شهروندان نیازمند اعتبارات مالی جدیدی است.^۱ یکی از مباحث اساسی در توسعه شهرها و ایجاد زیرساخت‌های آن، حضور بخش خصوصی فعال و سرمایه‌گذاری توسط این بخش می‌باشد که در این خصوص با توجه به ساختار سنتی شهرداری‌ها و نقص قانون در حوزه سرمایه‌گذاری، می‌تواند تا با روش‌های جدید برای ایجاد بستر مناسب و قانونمند با هدف تشویق سرمایه‌گذاران شیوه‌ای مناسب اتخاذ گردد تا موجب تشویق و ایجاد انگیزش در سرمایه‌گذاران شود. جذب سرمایه‌های بخش خصوصی و سرمایه‌های خارجی برای اجرای پروژه‌های شهرداری‌ها از روش‌های معتبر تأمین منابع مالی در حوزه مدیریت شهری محسوب می‌شود که بدون تردید می‌تواند منابع مالی مورد نیاز برای اجرای پروژه‌ها و طرح‌های شهرداری‌ها را که نسبت به گذشته، متنوع‌تر و حجم آن‌هم بیشتر است تأمین نماید. ضمن اینکه به دلیل گسترش شهرنشینی و به تبع آن افزایش فعالیت‌های شهرداری‌ها و ضرورت ایجاد زیرساخت‌های شهری در موضوعات مختلف؛ اداره شهر با اعتبارات دولتی و عوارض که میزان آنها محدود است، امکان‌پذیر باشد.

موضوع مشارکت و جذب سرمایه‌گذار در شهرداری‌ها، به جرأت می‌توان گفت به یکی از اصلی‌ترین موضوعات در جهت توسعه و رشد شهرها در سال‌های اخیر تبدیل شده است. مدیران عالی شهرداری‌ها و در رأس آنها شهرداران، در صورتی که بخواهند در عرصه پیشرفت و رشد پیشرو باشند، بایستی موضوع جذب سرمایه و سرمایه‌گذار را به عنوان اصلی‌ترین وظیفه خود پذیرا باشند. چراکه صرفاً با درآمدهای جاری شهرداری در میدان رقابت، پیروزی بدست نخواهد آمد. در سیستم موجود شهرداری‌ها، جایی برای سرمایه‌گذاری

۱. صادقی، سید کمال، و پرویز محمدزاده و شلاله صبح‌خیز زنوزی، عوامل مؤثر بر مشارکت بخش خصوصی، به عنوان رهیافتی در تأمین منابع پایدار مالی پروژه‌های شهرداری، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد و مدیریت شهری، تابستان ۱۳۹۴، سال سوم، شماره ۱۱، ص ۱۵۴.

و مشارکت تعریف نشده است. به همین خاطر امور سرمایه‌گذاری در شهرداری‌های کشور سابقه چندان‌ی نداشته و عمر آن حداکثر به یک دهه می‌رسد. گرچه قبل از آن نیز به‌صورت موردی، پروژه‌هایی در سطح شهرداری‌ها به روش سرمایه‌گذاری مشارکتی اجرا شده‌اند اما هیچ‌گاه به‌صورت سیستم یکپارچه نبوده است. مشارکت بخش خصوصی در اجرای پروژه‌های شهری در حوزه قراردادهای عمومی است که در کشور باید دارای ضوابط و اصولی باشد ولیکن به‌دلیل قدیمی بودن قوانین شهری و شهرداری و نبود یک قانون جامع در حوزه سرمایه‌گذاران و مشارکت‌های مردمی (مشارکت عمومی - خصوصی)^۱ این مهم به نتیجه نرسیده است. در برخی شهرداری‌ها سازمان سرمایه‌گذاری یا سایر ساختارها به وجود آمده‌اند اما به دلیل عدم وجود زیرساخت‌های قانونی (آئین‌نامه مشارکت، ضوابط و مقررات نحوه ورود شهرداری‌ها به سرمایه‌گذاری مشارکتی با بخش خصوصی) توفیق چندان‌ی نداشتند و این خلأ قانونی همیشه وجود داشته است و نبود سیستم یکپارچه و بستر قانونی و دستورالعمل خاص موضوع سرمایه‌گذاری موجب کندی رشد مشارکت بخش خصوصی در پروژه‌های مدیریت شهری شده است.

به‌کارگیری سرمایه بخش خصوصی همراه با مدیریت او، فرصت ارتقاء کیفیت و بهره‌وری را در ساخت و بهره‌برداری مستحقات عمومی و ارائه خدمات عمومی نیز فراهم می‌آورد؛ انتظاری که بخش عمومی به ازای انتقال قسمتی از مدیریت خود از بخش خصوصی دارد. برای توفیق در مشارکت شهرداری‌ها و بخش خصوصی برای ارائه خدمات عمومی باید راهکارهای لازم از طریق تنظیم و به‌کارگیری چهارچوب‌های قراردادی مناسب، فراهم گردد و موانع حقوقی و غیرحقوقی آنها رفع گردد.

قراردادهای مشارکت بخش خصوصی با شهرداری‌ها، اشکال مختلفی از قراردادهای بلندمدت بین اشخاص حقیقی یا حقوقی و شهرداری‌ها را در بر می‌گیرد. هدف آنها تأمین مالی، طراحی، ساخت و در صورت نیاز بهره‌برداری طرح‌ها و فعالیت‌های بخش عمومی توسط بخش خصوصی و به‌عبارت دیگر، انتقال مدیریت طرح یا فعالیت عمومی به بخش خصوصی است. بهای خدمات حاصل از اجرای قرارداد (محصول پروژه) ممکن است از سوی استفاده‌کننده نهایی پرداخت شود؛ مانند پروژه‌های حمل و نقل عمومی، یا به‌دلیل عملکردی از سوی شهرداری‌ها تقبل شود؛ مانند پارک‌های عمومی و راه‌ها. از طرف دیگر ممکن است پس از

۱. اصطلاح مشارکت عمومی خصوصی (یا دولتی و غیردولتی) اولین بار توسط آقای کینز دانشمند اقتصادی کشور انگلیس مطرح شد. برای کلیه قراردادهای مشارکتی که بین دولت و بخش خصوصی یا بین شهرداری‌ها و بخش خصوصی منعقد می‌گردد همین اصطلاح را به کار می‌برند.

سوی استفاده‌کننده نهایی پرداخت شود؛ مانند پروژه‌های حمل و نقل عمومی، یا به‌دلایل عملکردی از سوی شهرداری‌ها تقبل شود؛ مانند پارک‌های عمومی و راه‌ها. از طرف دیگر ممکن است پس از پایان مدت قرارداد، مستحقات طرح به مالکیت بخش خصوصی درآید و یا به شهرداری‌ها منتقل شود.

با توجه به نو بودن دانش مشارکت و سرمایه‌گذاری در کشور، در راستای ایجاد فرصت‌های جدید سرمایه‌گذاری برای بخش خصوصی، جلب و جهت‌دهی بهینه سرمایه و منابع مالی یاد شده و ایجاد بستر مناسب برای ارزش‌آفرینی مضاعف در حوزه رشد اقتصادی، لزوم شناخت و بررسی موانع حقوقی موجود بر سر راه مشارکت و حضور بخش خصوصی در پروژه‌های شهری و ملاحظات داخل کشور جهت بهره‌گیری از ظرفیت‌های خالی موجود و پتانسیل این بخش، و ارائه راهکارهای مناسب با فضای اقتصادی، سیاسی و فرهنگی کشور احساس می‌شود. لذا هرگونه مطالعه‌ای که به جنبه‌های مختلف مشارکت خصوصی در تأمین مالی پروژه‌های شهری کمک کند، حائز اهمیت است. در این زمینه در کشور، مطالعه خاصی با نگرش حقوقی به موضوع سازوکارهای حقوقی لازم جهت تسهیل مشارکت بخش خصوصی در پروژه‌های شهری صورت نگرفته است و انجام این مطالعه ضروری به نظر می‌رسد. از این رهگذار، ضمن پرداختن به ماهیت و ویژگی‌هایی قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها، تلاش این پژوهش نشان دادن موانع، مشکلات و چالش‌های خاص این نوع قراردادها در شهرداری‌ها و همچنین رابطه بین وجود قوانین و مقررات مانع سود و امنیت مشارکت‌کنندگان و سرمایه‌گذاران خصوصی و وجود بوروکراسی اداری با میزان مشارکت بخش خصوصی در پروژه‌های شهری شهرداری است.

گفتار نخست. «مشارکت» در قوانین و مقررات شهرداری‌ها

در قوانین و مقررات شهرداری‌ها بعضاً به روش‌های مشارکت، قراردادهای مشارکتی و حتی جلب سرمایه‌گذار اشاره شده است که در زیر به نمونه‌های از آنها پرداخته می‌شود.

بند اول. قانون حمایت از احیاء، به‌سازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری

در ماده ۷ این قانون آمده است: «در صورت استتکاف مالکان املاک واقع در پروژه‌های اجرائی

مصوب، از مشارکت و یا عدم واگذاری سهام به هر دلیل از طریق مزایده، در صورتی که ملک آنها مانع اجرای طرح باشد، مجری طرح (وزارت مسکن و شهرسازی یا شهرداری‌ها) باید راساً یا از طریق جلب سرمایه‌های سرمایه‌گذاران متقاضی مشارکت، نسبت به خرید یا تملک املاک مزبور اقدام نماید». همچنین در تبصره ۲ ماده ۷ این قانون، روش‌های مختلف تأمین منابع مالی اجرای این ماده و سایر مفاد قانون را راه‌اندازی نهادهای تأمین سرمایه، انتشار اوراق مشارکت، جلب مشارکت سرمایه‌گذار خارجی یا داخلی، ایجاد صندوق‌های توسعه سرمایه‌گذاری غیردولتی و راه‌اندازی شرکت‌های سهام پروژه غیردولتی و نظایر آن دانسته است.

در ماده ۸ این قانون هم به‌منظور تشویق مالکان، سرمایه‌گذاران و سازندگان و تسریع در فرآیند احیاء، به‌سازی و نوسازی طرح‌های مصوب موضوع این قانون، کلیه املاک و اراضی واقع در پروژه‌های اجرائی طرح‌های یاد شده و همچنین سایر ابنیه و اراضی واقع در سایر نقاط محدوده بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری با کاربری غیرمسکونی از حیث عوارض صدور پروانه ساختمانی و تراکم، شهرداری‌ها مکلفند نسبت به تقسیط و یا مشارکت در پروژه‌ها، به‌ازای بهای عوارض متعلقه و یا موکول نمودن پرداخت عوارض به پایان عملیات ساخت و ساز و دریافت آن بر اساس بهای روز، حسب مورد اقدام نمایند.

بند دوم. آیین‌نامه اجرائی تبصره ۲ ماده ۷ قانون حمایت از احیاء، به‌سازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری

در ماده ۱۱ این آیین‌نامه، شهرداری‌ها مکلف شده‌اند به‌منظور تسریع در احیاء، به‌سازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری، درخصوص سهم عوارض، تراکم و حقوق مربوط به صدور پروانه و پایان کار ساختمانی، از روش دریافت سهم‌الشرکه بر اساس قرارداد مشارکت در زمان اتمام پروژه و یا سایر رویه‌های تشویقی و تسهیل‌کننده مصوب شورای اسلامی شهر، استفاده نمایند.

بند سوم. قانون تشکیلات، وظائف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران

در بند ۵ ماده ۷۱ این قانون یکی از وظائف شورای اسلامی شهر، برنامه‌ریزی درخصوص

مشارکت مردم در انجام خدمات اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی با موافقت دستگاه‌های ذی‌ربط عنوان شده است.

گفتار دوم. ماهیت قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها

امروزه به‌کارگیری روش مشارکت عمومی - خصوصی برای اجرای پروژه‌های مختلف بسیار متداول است و بسیاری از کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته، این روش را برای اجرای پروژه‌های خود در سطوح ملی و محلی به کار می‌گیرند.^۱ پیش از آنکه به مفهوم این مشارکت و نحوه تحقق آن در شهرداری‌ها بپردازیم، باید مقصودمان از بخش عمومی و بخش خصوصی را به‌عنوان طرفین قرارداد مشارکت بیان کنیم. بخش عمومی به مؤسسات و نهادهایی گفته می‌شود که به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در اختیار دولت، نهادها و سازمان‌های عمومی یا شهرداری‌ها قرار دارند و به قصد انتفاع یا بدون قصد انتفاع عمل می‌کنند. مقصود از بخش عمومی ممکن است دولت، اعم از دولت مرکزی، دولت ایالتی و منطقه‌ای یا مؤسسات عمومی غیردولتی مانند شهرداری‌ها، یا هر نهاد تحت کنترل دولت باشد. طرف خصوصی که معمولاً در قالب یک شرکت حقوقی فعالیت می‌کند به اشخاصی گفته می‌شود که تحت مالکیت و کنترل مستقیم دولتی نیستند و توسط سرمایه‌گذاران بخش خصوصی اداره و کنترل می‌شوند و ممکن است به‌صورت یک کنسرسیوم، مشترکاً مسئولیت تأمین مالی، ساخت، اجرا و بهره‌برداری از پروژه را تقبل کنند. همچنین اگر سرمایه‌گذاران متعدد با مشارکت یکدیگر شرکتی به این منظور تأسیس کرده باشند و به‌عنوان سهامداران شرکت مزبور نسبت به اداره شرکت اقدام می‌کنند و از طریق آورده بخشی از سرمایه مورد نیاز طرح را تأمین می‌نمایند، از آن به‌عنوان «شرکت پروژه»^۲ یاد می‌شود.^۳

با توجه به قابلیت‌ها و توانمندی‌های دو بخش عمومی و خصوصی، مشارکت و همکاری این دو بخش و تلفیق توانمندی‌هایشان با یکدیگر و تقسیم مخاطره‌های موجود می‌تواند تأثیر قابل توجهی در اجرای بهینه پروژه‌های زیربنایی و خدمات عمومی داشته باشد. مشارکت عمومی - خصوصی به ترتیبات قراردادی طولانی مدتی اطلاق می‌شود که میان نهادهای بخش دولتی - از جمله شهرداری‌ها - و بخش خصوصی منعقد می‌شود. به‌ویژه با هدف تأمین

۱. رسولی منش، سیدمصطفی، تأمین مالی طرح‌های توسعه و پروژه‌های شهری با استفاده از روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی، اقتصاد شهر، ۱۳۸۹، شماره ۵، ص ۳۸.

2-Project company

۳. شیروی، عبدالحسین، و منیره خدادادپور، مشارکت عمومی - خصوصی از منظر قوانین ایران، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۲۲۹.

مالی، طراحی، عملیاتی کردن و بهره‌برداری از تأسیسات زیربنایی و خدماتی انجام می‌گیرد.^۱ ویژگی چنین قراردادهایی، مشارکت در سرمایه‌گذاری، مخاطره، مسئولیت‌ها و درآمدها بین طرف‌های مشارکت است.^۲ هدف آن تحویل پروژه‌ای است که به‌طور سنتی به‌وسیله بخش عمومی تأمین می‌شده است. اما به دلایلی دولت تصمیم می‌گیرد با مشارکت بخش خصوصی آن را انجام دهد. اساساً درگیری هر دو طرف (بخش عمومی و خصوصی) در قراردادهای مشارکت یک ضرورت تلقی می‌شود.^۳ بنابراین قراردادهای مشارکت به دلیل وجود بخش عمومی (شهرداری) در یک طرف آن، از نوع قراردادهای اداری به شمار می‌روند.

اگر دوره ۱۰۵ ساله بخش مدیریت شهری را از بلدیة تاکنون مرور کنیم آنچه در بخش اقتصادی و تقریباً در بخش تأمین مالی در شهرداری‌ها می‌بینیم بخشی به نام عوارض است که از مردم وصول می‌شود و یک بخش کمک‌های دولتی که این بخش هم با توجه به سیاست خودکفایی شهرداری‌ها از سال ۱۳۶۲ به حداقل ممکن رسید و فراز و نشیب‌های بسیاری در مدیریت شهری حاصل شده است. قانون فعلی شهرداری‌ها با اصلاحاتی که در اختیار ما هست کاملاً سیستم شهرداری را سیستمی دولتی دیده و با نگاه دولتی به آن پرداخته است. یعنی هر آنچه امروز ما وارث آن هستیم نتیجه قانون شهرداری در سال ۱۳۳۱ است که فقط به موضوع عوارض در شهرداری‌ها پرداخته است و متأسفانه در این قوانین و مقررات هیچ ظرفیت و حتی نکته‌ای که از آن به‌عنوان روزه‌ای برای توسعه شیوه‌های مشارکت بخش خصوصی یاد شود، فراهم نشده است. شاید در قانون شوراها، اشاره خیلی ضمنی و گذرای به ورود به حوزه‌های اقتصادی در شهرداری‌ها دیده شده است؛ ولی در کل قانون شهرداری ناظر به بیع است یعنی خرید، فروش، اجاره، استیجاره و مقاطعه‌کاری.^۴ از طرفی جذب سرمایه‌های بخش خصوصی در پروژه‌های شهرداری‌ها و دهیاری‌ها، با توجه به سرمایه‌های مادی و معنوی متعدد و منحصربه‌فرد موجود در کشور، مزیت‌های مختلفی؛ چون بهبود وضعیت اقتصادی شهرها و روستاها، کارآفرینی، ورود شهرداری‌ها و دهیاری‌ها به عرصه‌های جدید کار و تلاش و خدمت‌رسانی و ارتقای سطح رفاه شهروندان و روستائیان را در پی خواهد داشت.

1-Asian Development Bank (ADB), Public Private Partnership (PPP), Handbook, September, ADB Publishin, 2008, p.15

2-International Monetary Fund (IMF), Public Private Partnership, the Fiscal Affairs Department, available at <http://www.imf.org>, 2012, p.4

3-Grigorescu, Adriana, Models of Public Private Partnership Projects in Tourism Industry, Nation School of Political. Studies and Public Administration (NSPSA), Bucharest, MPRA, 2008

۴. زیودار، مهدی، چالش‌ها و فرصت‌های تأمین مالی و سرمایه‌گذاری در شهرداری‌ها، مجله شهرداری‌ها، اسفند ۱۳۹۰، سال یازدهم، شماره ۱۰۵، ص ۴.

گفتار سوم. ویژگی‌هایی قرارداد مشارکت

قرارداد مشارکت، سند مکتوبی است که بین کارفرما (بخش عمومی) و یک یا چند سرمایه‌گذار (بخش خصوصی) منعقد می‌شود که متضمن مشخصات طرح، حقوق و تکالیف طرفین و سایر شروط و جزئیات قراردادی است. ساختار مشارکت بر این قرارداد استوار است و متکی به این قرارداد اصلی، قراردادهای دیگری منعقد می‌شود. به‌رغم تفاوت‌های قابل توجهی که بین تک‌تک قراردادهای مشارکت وجود دارد، قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها از مشخصه‌های مشترکی برخوردارند که در اینجا به اختصار به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

اولین ویژگی این است که شهرداری به شخص یا اشخاص خصوصی اجازه می‌دهد که در تأمین مایحتاج عمومی و ارائه خدمات رفاهی مشارکت کنند و به این جهت به آنها امتیاز ساخت و بهره‌برداری از یک طرح اقتصادی را اعطا می‌کند. این طرح‌ها به‌طور سنتی در اختیار و انحصار شهرداری بوده است و شهرداری از طریق قرارداد مشارکت، به بخش خصوصی اجازه می‌دهد که آنها نیز در چنین طرح‌هایی ورود پیدا کنند.

دومین ویژگی تأمین منابع مالی طرح است که اصولاً به عهده طرف خصوصی قرار می‌گیرد. دلیل عمده توجه شهرداری‌ها به قراردادهای مشارکت نداشتن منابع کافی دولتی جهت اجرای طرح‌های عمومی و رفاهی است و بنابراین شهرداری تمایل دارد از طریق انعقاد قراردادهای مشارکت منابع مالی بخش خصوصی را به سمت طرح‌های زیربنایی و عمومی هدایت کند. البته ممکن است شهرداری نیز بخشی از نیازهای مالی طرح را تأمین کند و یا به بخش خصوصی اجازه دهد که از وام‌های ترجیحی بانک‌ها استفاده کند. با این حال عمده مسئولیت تأمین مالی طرح به عهده طرف خصوصی است.

سومین ویژگی قراردادهای مشارکت این است که طرف خصوصی باید طرح موردنظر را بسازد. به این جهت او باید پروژه را طراحی و مهندسی کند و کالاهای، تجهیزات، ماشین‌آلات و مواد لازم را تأمین نماید و طرح را ساخته، راه‌اندازی کند. ضرورت ندارد که فعالیت‌های ساخت شخصاً توسط خود بخش خصوصی (کنسرسیوم یا شرکت پروژه) انجام شود بلکه این فعالیت‌ها می‌تواند جداجدا یا یک‌جا به پیمانکار یا پیمانکاران فرعی محول گردد. در هر حال مسئولیت اجرای کار به عهده بخش خصوصی (کنسرسیوم یا شرکت پروژه) است.

ویژگی دیگر قراردادهای مشارکت مسئولیت کنسرسیوم یا شرکت پروژه در بهره‌برداری بهینه از طرح است. بهره‌برداری بهینه از طرح یعنی ارائه کالاها و خدمات حاصل از طرح با کیفیت مطلوب به عموم است. چون بخش عمومی ممکن است قادر نباشد که کالاها و خدمات را با کیفیت مناسب ارائه نماید، مشارکت برای این طراحی شده است که کالاها و خدمات را با کیفیت بهتری به عموم ارائه گردد. به این جهت بخش خصوصی باید فن‌آوری و مدیریت مناسبی را به کار گیرد که بتواند کالاها و خدمات را با کیفیت مطلوب ارائه نماید.

پنجمین ویژگی مشارکت این است که سرمایه‌گذاری بخش خصوصی و سود آن باید از طریق درآمد حاصل از فروش کالاها و ارائه خدمات حاصله از بهره‌برداری طرح مستهلک گردد. برای کمک به سرمایه‌گذاری بخش خصوصی در طرح‌های مشارکت، شهرداری ممکن است خرید تمام یا بخشی از کالاها و خدمات حاصل از طرح را تضمین کند. در برخی از موارد حتی برای تأمین بخشی از نیازهای مالی طرح شهرداری ممکن است نسبت به پیش‌خرید تمام یا بخشی از کالاها و خدمات حاصل از طرح اقدام کند و ثمن آن را جهت تأمین بخشی از نیازهای مالی طرح به کنسرسیوم یا شرکت پروژه پرداخت نماید.

آخرین ویژگی مشارکت این است که کنسرسیوم یا شرکت پروژه موظف است در طول بهره‌برداری و تا زمان تحویل، طرح را قابل استفاده نگاه داشته و در صورت مقتضی تعمیرات و یا اصلاحات لازم را به هزینه خود انجام دهد به نحوی که طرح در زمان تحویل از جهت فنی سالم و قابل بهره‌برداری باشد. پس از سپری شدن مدت مقرر برای بهره‌برداری، کنسرسیوم یا شرکت پروژه موظف است طرح را به صورت مجانی به شهرداری منتقل کند. در مواردی مثل BOO^۱ که انتقال طرح به شهرداری موضوعیت ندارد، تعهدات و کمک‌های شهرداری از قبیل خرید تضمینی، تأمین خوراک یا سایر تسهیلات به پایان می‌رسد و بخش خصوصی می‌تواند بدون تکیه بر تعهدات و مساعدت‌های شهرداری نسبت به بهره‌برداری از طرح خود اقدام نماید.^۲

گفتار چهارم. موانع، مشکلات و چالش‌های خاص قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها

همان‌طور که بیان شد قراردادهای مشارکت از انواع قراردادهای اداری هستند که این خود

۱. ساخت، تملک و بهره‌برداری که ترجمه عبارت «Build-Own-Operate» است.

۲. برگرفته از کتاب قراردادهای بی‌و‌تی، تنظیم، ساختار و قوانین حاکم، دکتر عبدالحسین شیروی، انتشارات نیاد حقوقی میزان، زمستان ۱۳۹۵، صص ۲۷-۲۹.

باعث شده این نوع قراردادهای با چالش‌های خاص قراردادهای اداری مواجه باشند و اصول احکام قراردادهای اداری را هم قانون یا عرف اداری معین داشته است. وجود شرایط و ضوابط هر اداره‌ای قرارداد منعقد بین اشخاص حقیقی و حقوقی با این ادارات را تحت تأثیر قرار داده و عدم شناخت شرایط و ویژگی‌های خاص هر سازمان موجب می‌شود تا قراردادها با مشکلات و موانعی تنظیم شود که شهرداری‌ها نیز از این قاعده مستثنی نمی‌باشند. در زیر برخی از مهمترین موانع، مشکلات و چالش‌های خاص قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها برشمرده شده است:

بند اول. وجود قوانین و مقررات خاص شهرداری‌ها

حقوق نوین باید با تمام قوانین و مقررات کشور تطابق داشته باشد تا از هر تضادی فی‌مابین قوانین جلوگیری و در اجرای کارها خللی وارد نشود. اصلاحات مناسب باید توسط قانون‌گذاری جهت اطمینان از انسجام و تطابق پایه‌های حقوقی با حقوق نوین انجام شود.^۱

همان‌طور که برای تسهیل سرمایه‌گذاری در دستگاه‌های اجرائی چهارچوب موافقت‌نامه مشارکت عمومی خصوصی در تاریخ ۹۳/۱۲/۲۶ از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور ابلاغ گردید، برای شهرداری‌ها هم باید این‌گونه قوانین تسهیل‌کننده مشارکت، مصوب گردد. در قوانین و مقررات شهرداری، موانعی برای مشارکت وجود دارد که مانع از مشارکت بخش خصوصی در پروژه‌های شهرداری می‌گردد. به‌طورمثال، انجام هرگونه معاملات فقط از طریق استعلام بهاء و یا مناقصه و مزایده به‌صورت اعلان عمومی مجاز شده است درحالی‌که در قراردادهای مشارکت مهم‌ترین موضوع توافق دو طرف معامله است. در مناقصه و مزایده شرایط شهرداری بر طرف دیگر قرارداد تحمیل می‌گردد و این موضوع با اصل مشارکت منافات دارد. واگذاری قراردادهای مشارکتی از طریق انجام تشریفات مناقصه باعث ایجاد رقابت در بازار، افزایش کیفیت، کاهش قیمت و نوعی مبارزه با رانت‌خواری و فساد می‌باشد. باین‌وجود، آیا طی تشریفات مناقصه برای واگذاری طرح‌های مشارکتی، یک تکلیف قانونی در ایران است و آیا شمول قوانین و آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی شهرداری بر واگذاری این قراردادها نیز تسری دارد؟ در مناقصه، کمترین قیمت متناسب یا تأمین کیفیت مورد نظر کارفرما مدنظر است و نمی‌توان عنوان نمود که برنده مناقصه در قراردادهای مشارکت کسی

3-Tsenkova, Sash., *Urban Regeneration: Learning form the british experience*, Calgary: university of Cal-
gary, Faculty of Environmental Design. *Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*

است که کمترین قیمت متناسب را پیشنهاد داده است. دلیل این مطلب ابهامی است که در کمترین قیمت بروز می‌کند که ناظر به چیست؟ آیا ناظر به قیمت ساخت طرح موضوع مشارکت (مثلاً قیمت ساخت یک پارک شهربازی) است؟ آیا ناظر به قیمت محصولات خدماتی و تولیدی طرح (مثل قیمت بلیت بازی‌ها یا فست‌فودهای ارائه‌شده در آن) است؟ آیا ناظر به کمترین مدت قرارداد است؟ در یک طرح سرمایه‌گذاری مثل BOT، اصل و فرع از طریق فروش محصولات و خدمات طرح، بازیافت می‌شود و شهرداری تعهدی به بازپرداخت اصل و فرع ندارد که تلاش کند که طبق قوانین و آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی شهرداری، قرارداد را به مناقصه‌گری واگذار نماید که کمترین قیمت را پیشنهاد داده است. از طرفی برخی از ترتیبات مشارکت بیشتر به مزایده شبیه‌اند تا مناقصه. مثلاً زمانی که شهرداری، زمین در اختیار بخش خصوصی قرار می‌دهد و اجاره زمین را مطالبه می‌کند و بر اساس قیمت پیشنهادی شرکت‌کنندگان برنده معین می‌نماید، این واگذاری ماهیت مزایده به خود می‌گیرد زیرا شهرداری قرارداد را به کسی محول می‌کند که بیشترین قیمت را پیشنهاد می‌دهد. هرچند واگذاری این نوع قراردادها از طریق رقابت و مشارکت عمومی امر مطلوبی است، به نظر نمی‌رسد که قوانین و مقررات شهرداری برای این نوع فعالیت‌ها تنظیم شده است و برای واگذاری این نوع کارها مناسب باشند. واگذاری این نوع قراردادها مستلزم تشریفات خاص خود هستند که قانون‌گذار باید آن را جداگانه مقرر نماید.

مثال دیگر بند ۲ ماده ۱۰ و بند ۷ ماده ۲۳ آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران می‌باشد که در آن شهرداری اختیار دارد تا نسبت به افزایش یا کاهش مورد معامله در مدت قرارداد تا میزان ۲۵ درصد مقدار مندرج در قرارداد اقدام نماید و این اختیار به طرف دیگر داده نشده است. این بند نیز با ماهیت قراردادهای مشارکت یعنی «رعایت اصل تساوی دو طرف قرارداد» مغایرت دارد.

بند دوم. نبود قوانین اطمینان‌بخش برای مشارکت‌کننده

سیاست روشن شهرداری‌ها، استراتژی جذب مشارکت خصوصی برای ثبات و توسعه شهرها، مهم و حیاتی است و جذب سرمایه‌گذاری برای شهرها را در بر خواهد داشت و بازتاب آن در توسعه محیط حقوقی نمایان می‌شود. برای اجرای هرچه دقیق‌تر سیاست‌ها، لازم است قانون از استحکام و عدالت لازم برخوردار باشد تا سرمایه‌گذاران (اعم از داخلی و خارجی)، از

۱. ویژه، محمدرضا، و پرویز رحمتی، مشارکت عمومی خصوصی در حقوق ایران؛ چالش‌ها و بایسته‌ها، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۴، شماره ۷۲، صص ۱۶۶ و ۱۶۷.

اینکه به لحاظ قانونی حقی از ایشان تضییع نگردیده و تفاسیر مختلف از قوانین به ضرر آنها تمام نمی‌شود، اطمینان یابند.

با توجه به قدیمی بودن قوانین شهرداری مواردی در این قوانین و مقررات وجود دارد که باعث عدم اطمینان سرمایه‌گذاران می‌شود. مثال دیگر اینکه شهرداری‌ها به دلیل دارا بودن امتیاز قدرت عمومی می‌توانند قرارداد را یک‌طرفه فسخ نماید، در صورتی که در قراردادهای مشارکت بایستی شروط قراردادی دارای تعادل و تساوی بوده و منافع هر دو را به‌طور مساوی تأمین نمایند؛ بنابراین با این مقررات هیچ‌گونه حمایتی از مشارکت‌کننده صورت نگرفته است.

بند سوم. نبود تضامین مناسب برای مشارکت‌کننده

در قوانین و مقررات شهرداری هیچ‌گونه تضمینی برای جلوگیری از توقف اجرای قرارداد دیده نشده است؛ به‌طور مثال در ماده ۹ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها و بند ۵ ماده ۱۱ آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران، شهرداری مکلف شده است هنگام عقد قرارداد معادل ۱۰ درصد کل مبلغ مورد پیمان را به‌منظور تضمین حسن انجام کار از پیمانکار تضمین دریافت دارد، این در حالی است که شهرداری‌ها در قراردادهای مشارکت به جهت جلب اطمینان بیشتر طرف خصوصی از انجام تعهدات خود در مدت قرارداد و به‌دلیل سرمایه‌گذاری بخش خصوصی، باید تضمین مناسب به طرف مشارکت‌کننده ارائه نمایند.

بند چهارم. نبود ثبات مدیریتی در شهرداری‌ها

با توجه به اینکه در ماده ۸۶ قانون تشکیلات، وظائف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، هر یک از اعضای شوراها از هرگونه عزل و نصب کارکنان شهرداری‌ها و شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به آنها منع شده است اما عملاً تغییرات مدیریتی در سطوح مختلف شهرداری متأثر از تصمیمات و منویات شورای اسلامی شهر می‌باشد و هر از چند گاهی این شورا بنا به دلایلی اقدام به استیضاح شهردار نموده و یا وی را مجبور به تغییر مدیران خود می‌نماید، لذا قراردادهای مشارکتی می‌توانند از این اتفاقات، آسیب جدی ببینند و سرمایه‌گذاران به دلیل عدم ثبات در تصمیمات و مدیریت شهری حاضر به انعقاد قرارداد با شهرداری نگردند. از طرفی، مطابق بند ۱۴ ماده ۷۶ قانون تشکیلات، وظائف و انتخابات

شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، تصویب معاملات از وظائف شورای اسلامی شهر می‌باشد و این موضوع باعث می‌گردد تا شهردار یا مدیران شهرداری اختیار انعقاد هرگونه قراردادی از جمله قرارداد مشارکت بدون موافقت شورای اسلامی شهر را نداشته باشند.

بند پنجم: نبود حقوق امتیازی و تسهیلات جهت مشارکت

مشارکت سازنده بخش خصوصی در توسعه زیرساخت‌ها و عملکرد مؤثر نیاز به داشتن چهارچوب حقوقی است. داشتن مرجع قانون‌گذار برای ایجاد قوانین تعیین‌کننده مسئولیت‌ها و ریسک‌ها برای همه طرفین که ریسک‌ها را تخمین بزنند مهم است. چهارچوب حقوق امتیازی می‌تواند توسط قوانین خاص امتیازی که عام مشمول است به صورت صریح، عادلانه، قابل پیش‌بینی و دارای ثبات حقوقی نمایان شود و در پروژه‌های امتیازی قرار گیرد. با این وجود یکی از مشکلات پیش روی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی، وجود مجموعه‌هایی از قوانین و مقررات پیچیده، مجوزها و سایر نابه‌سامانی‌های ساختاری است که اغلب غیرشفاف بوده و معمولاً با قواعد و مقرراتی که در سایر نقاط دنیا اعمال می‌شوند، ناسازگارند؛ اغلب سرمایه‌گذاران بخش خصوصی، به دلیل وجود این فرآیندهای دست‌وپاگیر، گریزان شده و در نتیجه، ورود سرمایه، بنگاه‌ها و رقابت در کشور کاهش می‌یابد و در نهایت، باعث می‌شود که رشد اقتصادی لازم محقق نشود. همچنین وجود موانع قانونی، راه‌های دور زدن فرآیندهای پیچیده را پیش روی افراد قرار می‌دهد.^۱

حمایت مالی شهرداری از پروژه یا تضمین کامل منافع طرف دیگر در مقابل تعهداتش، غالباً برای افزایش سطح سرمایه‌گذاری و اعتمادسازی سرمایه‌گذار، تشویق به سرمایه‌گذاری و اجرای کامل پروژه ضرورتی غیرقابل انکار است.

به عنوان یک قاعده، تقریباً فقط ۳۰ درصد از پروژه‌های مشارکت عمومی خصوصی توسط سرمایه‌گذار تأمین مالی می‌شود. در باقی موارد تأمین مالی از طریق بانک‌ها است که تحت قرض، وثیقه گرفته شده و سرمایه‌گذار (راهن) حق خود در مشارکت عمومی خصوصی را نزد بانک (مرتهن) به وثیقه می‌گذارد. به منظور مؤثر بودن این وثیقه، پروژه مشارکت عمومی خصوصی به کار خود ادامه داده و بانک قرض‌دهنده نیز در امور پروژه مداخله دارد؛^۲ بنابراین این مکانیسم دوام و عملکرد بی‌وقفه پروژه را تضمین و تأثیر سرمایه‌گذاری را مشخص می‌کند.

در قوانین و مقررات شهرداری هیچ‌گونه حقوق امتیازی و تسهیلاتی در جهت جلب مشارکت سرمایه‌گذاران از قبیل اعطای تخفیفات، اعطای وام، عدم اخذ عوارض، کم‌کردن بوروکراسی اداری و تسریع در انعقاد قراردادها دیده نشده است.

بند ششم: وجود برخی امتیازات و اختیارات ویژه اداری در قوانین و مقررات شهرداری‌ها

شهرداری‌ها به‌عنوان مؤسسه عمومی غیردولتی و یکی از دستگاه‌های اجرایی بخش عمومی به‌شمار می‌روند^۱ که به‌وسیله قدرت عمومی و قوای حاکم تأسیس و در پی تأمین منافع و مصالح عمومی می‌باشند؛ لذا به موجب قانون از برخی امتیازات و اختیارات ویژه‌ای به نام «امتیازات ناشی از قدرت عمومی» یا «امتیازات حقوق عمومی» یا «اختیارات قدرت حاکمه» برخوردار می‌باشند که ناشی از قدرت حاکمیت می‌باشد^۲ و از آنجاکه قوانین و مقررات شهرداری‌ها با نگاه کاملاً دولتی در زمان تصویب (سال ۱۳۴۶ هـ.ش) تنظیم گردیده و درواقع برآمده از همین امتیازات قدرت عمومی و در جهت حفظ منافع عمومی می‌باشند، باعث به وجود آمدن برخی از امتیازات و اختیارات ویژه اداری در شهرداری‌ها شده است که مانع از جلب مشارکت بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران می‌گردد؛ به‌طور مثال، در بند ۱۳ ماده ۷ آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران، طرف قرارداد مکلف به پذیرش شروط و تکالیف شهرداری موضوع ماده ۱۰ آن آیین‌نامه شده است، درحالی‌که ممکن است شروط و تکالیف شهرداری به ضرر مشارکت‌کننده باشد. در مثال دیگری، در ماده ۱۸ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها آمده است: «در قراردادها باید قید شود شهرداری می‌تواند تا حداکثر ۲۵ درصد مبلغ پیمان از میزان کار یا جنس موضوع پیمان را کسر یا اضافه نماید، درحالی‌که این موضوع با اصل تساوی و توافق طرفین مشارکت، منافات دارد و ممکن است مشارکت‌کننده بخواهد بیش از ۲۵ درصد مبلغ قرارداد و یا کمتر از آن، میزان کار را تغییر دهد. یا در مثالی دیگر در ماده ۱۳ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها فروش اموال منقول و غیرمنقول و اجاره اموال غیرمنقول شهرداری تنها از طریق مزایده کتبی امکان‌پذیر است، درحالی‌که در قراردادهای مشارکت مدنی، واگذاری زمین به‌صورت ترک تشریفات و بدون مزایده صورت می‌گیرد؛ بنابراین این‌گونه امور باعث عدم جلب مشارکت بخش خصوصی و سرمایه‌گذاران می‌شود.

۱. مواد ۳ و ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور.

۲. امامی، محمد، و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۷، ص ۲۴.

بند هفتم. نبود قراردادهای تیپ مشارکت در شهرداری‌ها

در جایی مثل شهرداری، که اجرای پروژه‌های عمرانی و ارائه خدمات شهری و آزاد شدن منابع سرمایه‌ای برای اجرای این پروژه‌ها از اهمیت و اولویت خاصی برخوردار است، نبود قراردادهای تیپ که تمام شرایط و ضوابط مورد نظر طرفین قرارداد را به صورت مکتوب در یک چهارچوب قانونی مستحکم شامل باشد، باعث تأخیر در جلب مشارکت و عدم ارائه خدمات به هنگام به شهروندان در قالب پروژه‌های مذکور می‌گردد؛ بنابراین با توجه به جمیع جهات نیاز به تدوین قراردادهای تیپ در بخش مشارکت بخش خصوصی با شهرداری‌ها در جهت تسهیل و تسریع فرآیند مشارکت، ضروری به نظر می‌رسد.

بند هشتم. نبود شفافیت در قوانین و مقررات شهرداری

قانون باید حوزه عملکرد خود را به روشنی تعریف کند. هم در حوزه حاکمیت خود و هم اینکه دائر بر مدار چه مسائلی است. چنین شفافیتی ضروری و باعث ثبات و اعتبار پروژه گردیده و از خودسری‌ها جلوگیری می‌کند. با این هدف قانون باید از امتیاز تعریفی جامع ارائه بخش‌های مرتبط با این حوزه، اختیارات قراردادی و امتیازات واجد شرایط را مشخص کند. وضعیت قانونی کشور یکی از عوامل بسیار مهم در جریان مشارکت بخش خصوصی است. در جایی که قوانین مالی و اقتصادی حدود مشخصی داشته باشد، بخش خصوصی با رغبت و اطمینان بیشتری به سمت بخش عمومی و تحویل گرفتن فعالیت‌های اقتصادی از این بخش، روی می‌آورد. برعکس هر جا که شهرداری‌ها، حکومت مطلقه داشته باشند یا آنکه سابقه مصادره اموال و سلب مالکیت جا افتاده باشد، مردم نسبت به اصالت جریان مشارکت، تردید بیشتری داشته و این بی‌اعتقادی در نهایت به کندتر شدن فرآیند مشارکت می‌انجامد. برای اجرای هرچه دقیق‌تر سیاست‌ها، لازم است قوانین موجود در حوزه شهری و شهرداری‌ها از سادگی و شفافیت لازم برخوردار باشند تا سرمایه‌گذاران که خود شهروند به شمار می‌روند، با اطمینان از اینکه حقی به لحاظ قانونی از ایشان تضییع نشده و تفاسیر مختلف از قوانین به آنها ضرر نمی‌رساند، به صحنه بیایند.

بند نهم. عدم ثبات و عدم قابلیت پیش‌بینی قانون برای بخش خصوصی

به‌عنوان يك قاعده، پروژه‌های سرمایه‌پذیر بخش خصوصی، بلندمدت هستند. بنابراین فاکتورهای مختلف مؤثر در پروژه، در طول این مدت می‌تواند متغیر باشد که از جمله مقررات حاکم بر پروژه است. ریسک تغییر قوانین و مقررات مرتبط، اعتبار قرارداد پروژه را به مخاطره انداخته و لذا پایداری پروژه نیز آسیب می‌بیند. به‌منظور تأمین ثبات قرارداد پروژه و حق طرفین در جهت اعمال به حقوق و وظایف خویش، دولت سرمایه‌پذیر باید از تغییر مکرر ضوابط و مقررات حاکم بر پروژه اجتناب و توان مدیریت و پیش‌بینی مخاطرات و مکانیسم غلبه بر آنها را داشته باشد. توصیه‌نامه شماره ۵۸ راهنمای قانون‌گذاری به اینکه باید به ریسک‌های احتمالی توجه شده و جهت جبران نتایج زیان‌بار تغییر قوانین، ضوابطی پیش‌بینی شود، اشاره دارد. اصول اساسی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در جهت مشارکت عمومی خصوصی شرط ثبات (در قوانین و مقررات) است، که ابزاری در جهت حمایت از سرمایه‌گذار از تغییرات احتمالی مقررات می‌باشد.^۱ شهرداری نیز از این قاعده حقوقی مستثنی نیست و باید در جهت جلب سرمایه‌های بخش خصوصی از طریق سازوکارهای لازم از تغییر مکرر ضوابط و مقررات حاکم بر پروژه اجتناب نماید.

گفتار پنجم: الزامات قانونی محدودکننده مشارکت در شهرداری‌ها

با نگاهی به کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته می‌توان دریافت که برحسب تجربه این کشورها، برای استفاده از ظرفیت تمام‌قد مشارکت عمومی خصوصی، نیازمند محیط قانونی و حقوقی مناسب هستیم. بررسی قوانین و مقررات موجود به این نتیجه رهنمون می‌گردد که کمبودها و کاستی‌هایی وجود دارد که در ادامه مطمح نظر قرار می‌گیرد.

همان‌طور که بیان شد قراردادهای مشارکت به‌دلیل اداری‌بودن باعث شده با چالش‌های خاص قراردادهای اداری مواجه باشند. اصول احکام این قراردادها را قانون یا عرف اداری معین داشته و به این ترتیب آزادی طرف قرارداد محدود شده است؛ از جمله این محدودیت‌ها شرایطی است که از پیش توسط اداره تعیین گردیده و در آن جای بحث چندانی نیست، قدرت چانه‌زنی چندانی هم وجود ندارد که موجب انگیزه‌ای بیشتر برای جلب طرف مقابل شود. وجود شرایط و ضوابط هر اداره دولتی قرارداد منعقدہ بین اشخاص حقیقی و حقوقی با

۱. ویژه، محمدرضا، و پرویز رحمتی، همان منبع، ص ۱۶۸-۱۶۹.

این ادارات را تحت تأثیر قرار داده و عدم شناخت شرایط و ویژگی‌های خاص شهرداری موجب می‌شود تا قراردادهای با مشکلات و موانعی تنظیم شود. در ادامه به برخی از این الزامات قانونی که باعث به وجود آمدن یک سری محدودیت‌های قانونی در قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها شده است، اشاره می‌شود:

بند اول. لزوم رعایت تشریفات مزایده و مناقصه

لزوم رعایت تشریفات مزایده و مناقصه چیزی است که برای همگان واضح و روشن است. مزایده و مناقصه نه تنها باعث محدودیت در انتخاب طرف قرارداد می‌شود؛ بلکه موجب محدودیت آزادی اراده شهرداری در تعیین قیمت مورد معامله یا موضوع قرارداد نیز خواهد شد. در اکثر پروژه‌های سرمایه‌گذاری و مشارکت شهرداری‌ها، باتوجه به اینکه سرمایه‌گذار و مشارکت‌کننده به دنبال سود و منافع بلند مدت پروژه می‌باشد و یا اینکه پروژه مختص سرمایه‌گذار بوده و اوست که صاحب ملک یا ایده می‌باشد، لذا نمی‌توان آن پروژه را به مناقصه یا مزایده گذاشت؛ زیرا ممکن است مشارکت‌کننده ترغیب به مشارکت نداشته باشد. به طور نمونه، اگر سرمایه‌گذار دارای ملکی باشد و بخواهد با شهرداری مشارکت نماید، نمی‌توان آن را فراخوان نمود و بایستی به صورت ترک تشریفات فراخوان، کار به وی واگذار گردد.

بند دوم. مدت زمان تصویب معاملات و قراردادها

لزوم تصویب معاملات و قراردادها، بنا به دلایلی از قبیل نظارت بر رعایت قانون، امری کاملاً بدیهی و روشن است و ایرادی ندارد و تعداد مواردی هم که انجام معامله مشروط به تصویب مراجع خاصی در شهرداری‌ها می‌باشد کم نیستند. تلقی این گونه موارد به عنوان تشریفات قبل از معامله و انعقاد قرارداد به این خاطر است که این گونه قراردادها بدون تصویب منعقد نمی‌گردند و حتی در صورت امضای آنها، موجب تعهدی حقوقی برای شهرداری نخواهند شد. از طرفی انجام به موقع کار در پروژه‌های مشارکتی و در زمان خود، یکی از موارد بسیار مهم در جلب بخش خصوصی و مشارکت آن می‌باشد؛ زیرا مشارکت‌کننده سود و زیان خود در پروژه را با توجه به نوسانات بازار و افت و خیزهای آن و ریسک‌های موجود در اقتصاد محاسبه نموده

و حاضر به مشارکت شده است؛ بنابراین در معاملات و قراردادهای مشارکتی زمان از اهمیت خاصی برای مشارکت‌کننده برخوردار می‌باشد.

در مورد انجام معاملات شهرداری‌ها نیز به موجب بند ۱۴ ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظائف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران و بند ۹ ماده ۵۵ قانون شهرداری، تصویب شورای اسلامی شهر ضروری است؛ البته از آنجاکه ضرورت تسریع در جذب مشارکت و سرمایه‌گذاری در عمران و آبادانی شهر مهم است، بعضاً دیده شده یک قرارداد یا مجوز فراخوان سرمایه‌گذاری ماه‌ها جهت تصویب در شورای شهر معطل مانده و سرمایه‌گذار از انجام طرح منصرف شده و پروژه به سرانجام نمی‌رسد. از طرفی، در بعضی از شهرداری‌های کشور شیوه‌نامه مشارکت و سرمایه‌گذاری مصوب وزارت کشور وجود دارد و بر اساس آن قراردادهای مشارکت و سرمایه‌گذاری منعقد می‌گردد. در این شیوه‌نامه، هیئت عالی سرمایه‌گذاری عهده‌دار تصویب پروژه‌های مشارکتی است و متشکل از حدود ۱۱ نفر از مقامات شهری و شهرداری می‌باشد که غالباً مشاهده شده جهت اخذ موافقت و امضاء از این مقامات، زمان طولانی صرف گردیده و مشارکت‌کننده را به‌دلالی از قبیل گرانی مصالح، نوسانات بازار، تحریم‌های جدید و حتی ابلاغ مقررات جدید که مانع از به‌صرفه‌شدن انجام کار می‌گردد، مجبور به انصراف نموده است.

بند سوم: ممنوعیت مداخله کارکنان شهرداری در معاملات

بر اساس قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی مصوب ۲۲ دی‌ماه ۱۳۳۷ که شامل کارکنان شهرداری‌ها نیز می‌گردد، کارمندان دولت و شهرداری‌ها و بستگان درجه یک آنان حق دخالت و شرکت در معاملات دولتی را ندارند. در این قانون هیچ‌یک از کارکنان دستگاه‌های اجرائی و شهرداری‌ها و بستگان درجه یک آنها و حتی شرکت‌ها و مؤسساتی که ۵۰ درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به یک نفر از اشخاص مذکور در فوق و یا ۲۰ درصد یا بیشتر سهام یا سرمایه یا منافع آن متعلق به چند نفر از اشخاص مذکور در فوق باشد، نمی‌توانند با وزارتخانه‌ها و یا بانک‌ها و یا شهرداری‌ها وارد معامله شوند. این معاملات شامل مقاطعه‌کاری (پیمانکاری)، حق‌العمل‌کاری، قرارداد مطالعات و مشاوران فنی و مالی و حقوقی، شرکت در مزایده و مناقصه و خرید و فروش‌ها می‌باشد. از طرفی، به موجب ماده ۸۶ قانون تشکیلات، وظائف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، هریک از اعضای شورای شهر و بستگان درجه یک آنها به‌هیچ‌وجه حق انجام معامله با

شهرداری، سازمان‌ها و شرکت‌های وابسته به آن را نخواهند داشت و انعقاد هرگونه قرارداد با آنها ممنوع می‌باشد. حال بعضاً مشاهده شده که برخی از پرسنل شهرداری یا اعضای شوراهای یا یکی از بستگان درجه یک آنها در قالب اشخاص حقیقی یا حقوقی دارای ایده و سرمایه بوده و مایل به مشارکت و سرمایه‌گذاری در شهر و شهرداری و ارائه خدمات به شهروندان و علاقمند به رونق شهر خود باشند اما به دلیل ممنوعیت موجود در این قوانین، قادر به مشارکت و ارائه خدمات مناسب نمی‌باشند.

بند چهارم: رعایت حدود اعتبار مصوب در شهرداری

به موجب بند «الف» ماده ۳۳ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها، شهرداری باید در حدود اعتبارات مصوب برای خود ایجاد تعهد نماید. تعهد مازاد بر اعتبار مصوب ممنوع بوده و موجب مسئولیت و تخلف مرتکب خواهد شد. احدی از کارکنان شهرداری حق ندارند خارج از حدود و اعتبارات مصوب برای شهرداری تعهدی ایجاد کند. با توجه به اینکه برخی از پروژه‌های مشارکتی به صورت همکاری متقابل شهرداری و بخش خصوصی با آورده‌های معین صورت می‌گیرد، لذا یکی از محدودیت‌های مشارکت در شهرداری‌ها تعهدات ایجاد شده مازاد بر اعتبار، برای شهرداری است. با توجه به اینکه مبالغ پروژه‌های مشارکتی بالاست در برخی از موارد شهرداری به دلیل آورده کم و نبود اعتبار لازم قادر به مشارکت با بخش خصوصی نیست؛ لذا این موضوع محدودیت‌های فراوانی برای شهرداری‌ها به وجود آورده است.

بند پنجم: لزوم رعایت صلاحیت‌های اداری در شهرداری‌ها

صلاحیت مجموع اختیاراتی است که به موجب قانون برای انجام اعمال معینی، به دستگاه اداری یا مأمور آن داده شده است؛^۱ بنابراین صلاحیت‌های اداری دو نوع می‌باشد؛ در نوع اول، دستگاه‌های اداری صلاحیت انعقاد هر قراردادی را ندارند؛ بلکه در چهارچوب قانون و اهداف، مأموریت‌ها و وظائف سازمانی خود می‌توانند به انعقاد قرارداد مبادرت نمایند. در نوع دوم، مأمور اداری نیز برای انجام اعمال اداری علاوه بر اهلیت باید صلاحیت هم داشته باشد. اهلیت حق است و شخص می‌تواند از آن استفاده کند یا نکند ولی صلاحیت وظیفه و تکلیف است و مأمور اداری نمی‌تواند به میل خود به آن عمل کند یا نکند بلکه او مکلف است در حدودی که قانون مقرر کرده به صلاحیت خود عمل کند و از آن هم تجاوز ننماید.

۱. طباطبائی مومنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، ۱۳۸۷، ص ۴۴۶.

بنابراین دستگاه اداری و مقامات اداری تا جایی که قانون‌گذار به آنها اجازه داده است صلاحیت اتخاذ تصمیم و انجام اعمال را دارند و سکوت قانون به منزله عدم صلاحیت دستگاه اداری نسبت به یک امر است، مگر اینکه بتوان از روح قوانین، حق و تکلیف دستگاه اداری را استنباط کرد.^۱ این دو نوع صلاحیت اداری، هرگز از حقوقی نیستند که دارنده آن بتواند آن را به دیگری واگذار نماید، مگر در مواردی که قانون چنین اجازه‌ای را داده باشد. عدم قابلیت واگذاری صلاحیت به غیر یا به عبارتی «عدم صلاحیت» مقامات عمومی و اداری، یک اصل و قاعده حقوق اداری است.

شهرداری‌ها به عنوان یک دستگاه اداری دارای شخصیت حقوقی هستند و شخصیت حقوقی کاملی دارند. هم استقلال مالی دارند و هم استقلال اداری و هم استقلال سازمانی. شهرداری‌ها قبل از انعقاد قرارداد مکلف به انجام مراحل قانونی متعددی می‌باشند و اقدامات اداری بدون

رعایت آنها معتبر نمی‌باشد و پاسخ‌گویی به دستگاه‌های نظارتی را برای آنها در پی خواهد داشت. از مهمترین این اقدامات، رعایت «اصل صلاحیت دستگاه اداری» می‌باشد. شهرداری‌ها از یک طرف صلاحیت انعقاد هر قراردادی را ندارند؛ بلکه تنها در چهارچوب قانون و اهداف، مأموریت‌ها و وظائف سازمانی خود می‌توانند به انعقاد قرارداد مبادرت نمایند. از طرف دیگر، مقامات شهرداری مکلف به انجام اعمال اداری خویش در حدود قانونی خود هستند؛ لذا شهرداری‌ها برای انجام معاملات خود و انعقاد قرارداد بایستی دارای هر دوی این صلاحیت‌ها باشند. در اسناد بالادستی و قوانین و مقررات شهرداری‌ها، برای شهرداری‌ها صلاحیتی درخصوص مشارکت و سرمایه‌گذاری وجود ندارد و از آنجا که در شهر همه پروژه‌های مشارکتی مرتبط با وظائف شهرداری نمی‌باشد و البته نیاز به مشارکت و همکاری شهرداری در برخی از این پروژه‌ها حائز اهمیت فراوان است اما به دلیل عدم صلاحیت شهرداری و یا مقام شهرداری بسیاری از این پروژه‌های مشارکتی به بن‌بست رسیده و قابلیت اجرایی نمی‌یابند، بنابراین باید برای شهرداری‌ها از هر دو نوع، ایجاد صلاحیت نمود.

۱. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، همان منبع، ص ۴۶.

نتیجه

ناگفته پیداست که احراز شرایط بیان شده در بالا، قراردادهای مشارکت را متمایز از قراردادهای عادی و خصوصی می‌سازد و آنها را در ردیف قراردادهای اداری می‌نهد. بدیهی است که شرایط و الزامات فوق‌الذکر، اراده و اختیار مشارکت و سرمایه‌گذار خصوصی را در تعیین شرایط قراردادی محدود می‌سازد. با توجه به قابلیت‌ها و توانمندی‌های دو بخش عمومی (شهرداری) و خصوصی، مشارکت و همکاری این دو بخش و تلفیق توانمندی‌های ایشان با یکدیگر و تقسیم مخاطره‌های موجود می‌تواند تأثیر قابل توجهی در اجرای بهینه پروژه‌های زیربنایی و خدمات عمومی شهری داشته باشد.

در هر جامعه‌ای اجرای موفقیت‌آمیز هر یک از اشکال مشارکت عمومی - خصوصی نیازمند وجود پیش‌شرط‌هایی است که فقدان آنها به اجرای ناکارآمد مشارکت منجر می‌شود و نمی‌تواند به اهداف خود برسد. در ایران تجربه مشارکت بخش خصوصی با بخش عمومی همانند شهرداری در ارائه خدمات عمومی، نوین است. باید نگاه بخش عمومی تغییر کند. شهرداری خود را به مثابه یک کارفرمای مطلق یا ارباب منابع و امتیازات خاص قانونی و دارای امتیاز قدرت عمومی نبیند، بلکه به مثابه شریکی با آورده‌ای هم‌سان با شریک بخش خصوصی و به صورت برابر بنگرد و قراردادهای مشارکت با لحاظ شرایط تعادل تنظیم و منعقد گردد. این کاستی‌ها باید از طریق بازنگری و یا انجام اصلاحات قانونی و نظارتی و ایجاد نهادهای جدید مهیا شود.

باتوجه به ماهیت و ویژگی‌هایی قراردادهای مشارکت در شهرداری‌ها، موانع، مشکلات و چالش‌های خاص این نوع قراردادها را می‌توان وجود قوانین و مقررات خاص شهرداری‌ها، نبود قوانین اطمینان‌بخش برای مشارکت‌کننده، نبود تضامین مناسب برای مشارکت‌کننده، نبود ثبات مدیریتی در شهرداری‌ها، نبود حقوق امتیازی و تسهیلات جهت مشارکت، وجود برخی امتیازات و اختیارات ویژه اداری در قوانین و مقررات شهرداری‌ها، نبود قراردادهای تپ مشارکت در شهرداری‌ها، نبود شفافیت در قوانین و مقررات شهرداری و عدم ثبات و عدم قابلیت پیش‌بینی قانون برای بخش خصوصی دانست؛ البته این قراردادها در شهرداری‌ها با الزامات قانونی محدودکننده دیگری نیز از قبیل لزوم رعایت تشریفات مزایده و مناقصه، مدت زمان تصویب معاملات و قراردادها، ممنوعیت مداخله کارکنان شهرداری در معاملات،

رعایت حدود اعتبار مصوب در شهرداری و لزوم رعایت صلاحیت‌های اداری در شهرداری‌ها مواجه هستند.

پیشنهادهای اصلاح قوانین شهرداری در جهت تسهیل انعقاد قراردادهای مشارکت

در فصل دوم آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ با اصلاحیه‌های بعدی با عنوان «درآمدها»، در بند ۴ ماده ۲۹ آن بیان شده: «درآمدهای حاصله از وجوه و اموال شهرداری». درآمدهای حاصل از وجوه در واقع سود حاصله از نگهداری پول در بانک می‌باشد و درآمدهای حاصله از اموال منظور اجاره و اجاره‌بهاء می‌باشد. حال اگر شهرداری از وجوهات خود در معاملاتی استفاده نمود و ناشی از این کار درآمدی برای شهرداری حاصل شد، نوعی سرمایه‌گذاری و مشارکت می‌باشد. لذا بهتر است، بند مذکور به شرح ذیل اصلاح گردد: «درآمدهای حاصله از وجوه و اموال شهرداری در قالب قراردادهای سرمایه‌گذاری و مشارکت» که وجه غالب در شهرداری که خدمات عمومی است نیز حفظ می‌گردد.

از طرفی می‌بایست به ماده ۱ آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران مصوب ۱۳۵۵/۱/۲۵ با اصلاحات بعدی، یک تبصره به شرح ذیل اضافه گردد:

«تبصره ۳- در معاملات موضوع سرمایه‌گذاری و مشارکت نصاب معاملات بر مبنای حجم سرمایه‌گذاری انجام شده، توسط سرمایه‌گذار می‌باشد». در اینجا مبنای فقط سرمایه سرمایه‌گذار باشد و نه سرمایه پذیر.

همچنین در ماده ۲۹ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها، یک تبصره به شرح ذیل اضافه گردد:

«تبصره ۲- چگونگی فرآیندهای جذب سرمایه‌گذار و نحوه مطالعات سرمایه‌گذاری و تهیه بسته سرمایه‌گذاری و تهیه اسناد فراخوان عمومی یا محدود، موارد قابل انجام بدون تشریفات یا ترک تشریفات، چگونگی تنظیم قرارداد و الزامات ضروری در قراردادهای سرمایه‌گذاری، نحوه تعیین و اخذ تضامین قراردادی یا شرکت در فراخوان، شرایط فسخ، حل اختلاف، صلاحیت‌های مالی در عقد قرارداد سرمایه‌گذاری، تعیین اموال و املاک شهرداری که امکان انجام سرمایه‌گذاری در مورد آنها وجود دارد و همچنین تعیین نهادها و اعضای آنها و صلاحیت‌ها، اختیارات و وظائف این نهادها که در فرآیند سرمایه‌گذاری شرکت دارند و سایر



موارد به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که توسط (شورای عالی استان‌ها) ظرف مدت سه ماه به هیئت وزیران پیشنهاد داده و مورد تصویب قرار می‌گیرد، خواهد بود».

ضمناً حد نصاب آیین‌نامه‌های مالی شهرداری‌ها و معاملات شهرداری تهران جواب‌گوی مبالغ بزرگ مشارکت و سرمایه‌گذاری نیست و بایستی حد نصاب معاملات سرمایه‌گذاری و مشارکت بالاتر باشد. به‌عنوان مثال: اگر سرمایه‌گذار دارای ملکی باشد و بخواهد با شهرداری مشارکت نماید، نمی‌توان آن را فراخوان نمود و بایستی به‌صورت ترک تشریفات فراخوان، کار واگذار گردد.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. امامی، محمد، و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۷.
۲. شیروی، عبدالحسین، قراردادهای بی‌و‌تی، تنظیم، ساختار و قوانین حاکم، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، زمستان ۱۳۹۵.
۳. طباطبائی موتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.

ب. مقاله‌ها

۴. ذاکری، احمد، راهکارهای جذب سرمایه‌گذاری خارجی در پروژه‌های شهری، کنفرانس بین‌المللی توسعه نظام اجرایی پروژه‌های عمرانی، صنعتی و شهری، تهران، مرکز مطالعات تکنولوژی دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۸۶.
۵. رجبی خاصوانی، احمد، رویکردهای نوین جذب سرمایه‌گذاری خصوصی در شهرداری‌ها، سایت شهرداری ایلخچی به آدرس: www.sh-eilkhchi.ir، صفحه نخست، ۱۳۹۳.
۶. رسولی‌منش، سیدمصطفی، تأمین مالی طرح‌های توسعه و پروژه‌های شهری با استفاده از روش مشارکت بخش عمومی و خصوصی، مجله اقتصاد شهر، ۱۳۸۹، شماره ۵.
۷. زیودار، مهدی، چالش‌ها و فرصت‌های تأمین مالی و سرمایه‌گذاری در شهرداری‌ها، مجله شهرداری‌ها، اسفند ۱۳۹۰، سال یازدهم، شماره ۱۰۵.
۸. شیروی، عبدالحسین، و منیره خدادادپور، مشارکت عمومی - خصوصی از منظر قوانین ایران، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۳، شماره ۲.
۹. صادقی، سید کمال، و پرویز محمدزاده و شلاله صبح‌خیز زنوزی، عوامل مؤثر بر مشارکت بخش خصوصی، به‌عنوان رهیافتی در تأمین منابع پایدار مالی پروژه‌های شهرداری، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد و مدیریت شهری، تابستان ۱۳۹۴، سال سوم، شماره ۱۱.
۱۰. ویژه، محمدرضا، و پرویز رحمتی، مشارکت عمومی خصوصی در حقوق ایران؛ چالش‌ها و بایسته‌ها، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۴، شماره ۷۲.
۱۱. هاشم‌خانی، میثم، و سیدمحسن موسوی، انتشار اوراق مشارکت شهری؛ رویکردی نوین در تأمین مالی پروژه‌های شهری، روزنامه دنیای اقتصاد، ۱۳۹۰/۹/۷، شماره ۲۵۲۶.

ج. قوانین و مقررات

۱۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۱۳. قانون مدنی.
۱۴. قانون منع مداخله کارکنان دولت در معاملات دولتی مصوب ۲۲ دی‌ماه ۱۳۳۷.
۱۵. قانون تشکیلات، وظائف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵.
۱۶. قانون شهرداری مصوب سال ۱۳۳۴.
۱۷. قانون نوسازی و عمران شهری مصوب ۱۳۴۷/۹/۷.
۱۸. قانون حمایت از احیاء، به‌سازی و نوسازی بافت‌های فرسوده و ناکارآمد شهری مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۲۹.
۱۹. قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶.
۲۰. قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶.
۲۱. قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴.
۲۲. قوانین برنامه اول، چهارم، پنجم و ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.
۲۳. لایحه قانونی راجع به نحوه واگذاری اماکن و میادین و غرفه‌ها به‌منظور ایجاد تسهیل در تهیه و توزیع میوه و تره‌بار و فرآورده‌های کشاورزی مصوب ۱۳۵۸/۱۰/۵.
۲۴. آیین‌نامه اجرائی قانون اصلاح ماده واحده قانون نحوه واگذاری اماکن و میادین و غرفه توزیع میوه مصوب ۱۳۷۴/۱۱/۱.
۲۵. آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ با اصلاحات بعدی آن.
۲۶. آیین‌نامه معاملاتی شهرداری تهران مصوب ۱۳۵۵/۱/۲۵ و اصلاحات بعدی آن.
۲۷. چهارچوب موافقتنامه مشارکت عمومی - خصوصی، بخشنامه شماره ۹۳/۱۷۲۸۰۴ مورخ ۹۳/۱۲/۲۶ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، ۱۳۹۳.
۲۸. منشور حقوق شهروندی.
۲۹. لایحه مشارکت عمومی - خصوصی.

۲. منابع انگلیسی

- 30-Asian Development Bank (ADB), Public Private Partnership (PPP), Handbook, September, ADB Publishin, 2008
- 31-Grigorescu, Adriana, «Models of Public Private Partnership Projects in Tourism Industry», Nation School of Political Studies and Public Administration (NSPSA), Bucharest, MPRA, 2008
- 32-International Monetary Fund (IMF), Public Private Partnership, the Fiscal Affairs Department, available at <http://www.imf.org>, 2012

.Fiscal Affairs Department, available at <http://www.imf.org>, 2012

33-OECD Basic Elements of a Law on concession Agreements. Explanatory notes to Art. 16

34-Tsenkova, Sash, Urban Regeneration: Learning from the British experience, Calgary: University of Calgary, Faculty of Environmental Design. UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects (2000 UNCITRAL Legislative Guide), 2002

تأملی بر چیستی و چرایی ظهور حقوق اداری نوین

علی طاهری*

سارا خاکپور**

چکیده

بسیاری از نویسندگان و اندیشمندان معتقدند سیر تطور در حقوق اداری از فراز و فرود نظریه‌های مربوط به دولت و اداره قابل تفکیک نیست. به عبارت دیگر تغییر و تحول در نظریه‌ها و رویکردهای اداره کردن امور عمومی و مدیریت دولتی منجر به تغییر و ارائه رویکردها یا چهارچوب‌های جدید در حقوق اداری شده است. در این مقاله نشان داده‌ایم که عبور از دیدگاه‌های سنتی در مورد اداره به سوی مدیریت دولتی نوین و ظهور دولت‌های تنظیم‌گر که بیشتر سکنداری را به جای پارو زدن، نقش و وظیفه دولت می‌دانند و بر خصوصی‌سازی، مقررات زدایی و استفاده از سبک بازار در اداره امور تأکید دارند منجر به شکل‌گیری نسل جدیدی از حقوق اداری با ویژگی‌های متمایز نسبت به نسل‌های قبلی شده است. در این نسل که به تأسی از «مدیریت دولتی نوین»، «حقوق اداری نوین» نامیده شده به جای سیستم‌های دستور و کنترل قبلی بر مشارکت عمومی با بخش خصوصی تأکید می‌شود و تفکیک میان مراحل قانون‌گذاری و اجرای قانون جای خود را به تعامل پویای میان این مراحل داده است. با این وجود، از یک سو نقش‌ها و وظائف تعریف‌شده در قانون اساسی ما برای دولت و از سوی دیگر شکل‌گیری روندی جهانی برای تجدیدنظر در برداشت‌های بازارگرایانه از دولت و اداره، موجب شده تا دست‌آوردهای حقوق اداری نوین مورد پرسش قرار گرفته و کاربردپذیری آن در محیط حقوقی، سیاسی و مدیریتی کشور ما با تردیدهایی روبه‌رو باشد.

کلیدواژه‌ها:

بوروکراسی و بر، حقوق اداری نوین، مدیریت دولتی سنتی، مدیریت دولتی نوین، نسل‌های حقوق اداری.

۱. دکترای تخصصی، گروه تحول اداری، دانشکده مدیریت و اقتصاد، دانشگاه جامع امام حسین (ع)، تهران، ایران
alitaheri.sharif@gmail.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، گروه فقه و حقوق، دانشگاه مذاهب اسلامی
sarakhakpor12@gmail.com

مقدمه

مطالعه سنت حقوقی حاکم بر کشورهای مختلف، تفاوت‌های مهمی را میان آنها درباره نظم حقوقی حاکم بر اداره به نمایش می‌گذارد. به‌عنوان مثال در برخی از کشورها نظم حقوقی اداره به گونه‌ای کاملاً صلب و بدون انعطاف است و سعی دارند تا تمام تصمیم‌گیری‌ها و اقدامات را به جزء و از قبل در قوانین و مقررات موضوعه تعریف نمایند درحالی‌که برخی دیگر، آزادی عمل و اختیارات بیشتری را برای مقامات اداری در تصمیم‌گیری‌ها و اقدامات در نظر می‌گیرند. در برخی از آنها بر مشارکت شهروندان و مردم در فرآیندهای اداری تأکید می‌شود، درحالی‌که برخی دیگر توجه اندکی به این مقوله دارند. این دست اختلاف‌ها را باید به تفاوت‌های موجود در چهارچوب‌ها و سیاست‌های حاکم بر دولت و سازمان‌های اداری این کشورها نسبت داد.

کیسس^۱ بیان می‌کند که در ادبیات موضوع یک دهه گذشته شاهد دو گرایش متضاد هستیم، از یک‌سو برخی اندیشمندان که بیشتر فرانسوی و بلژیکی هستند بر طبل پایان حقوق اداری می‌کوبند. این دسته از متفکران و نویسندگان اعتقاد دارند که تحولات و روندهای سال‌های اخیر، منجر به از بین رفتن علت وجودی حقوق اداری یعنی دولت می‌شود و با از میان رفتن دولت، به طور طبیعی حقوق اداری نیز به پایان راه خود خواهد رسید. این قسم از نویسندگان به تحولاتی نظیر جنبش خصوصی‌سازی، کوچک‌سازی دولت، بازارگرایی، مقررات‌زدایی و جهانی‌شدن استناد می‌کنند. از نظر آنها شکل‌گیری جنبش خصوصی‌سازی در سال‌های انتهایی دهه هفتاد و ابتدای دهه هشتاد میلادی موجب شده تا دولت‌ها به اشکال مختلفی وظائف و فعالیت‌های خود را به بخش خصوصی واگذار کرده و خود از پارو زدن به سکانداری روی آورند. به این ترتیب دولت و سازمان‌های اداری به مرور کم‌رنگ و حذف خواهند شد. همچنین اعتقاد به برتری مکانیسم بازار در ارائه خدمات و توزیع امکانات سبب خواهد شد که دولت، سازمان‌های اداری خود را که تا پیش از آن مشغول ارائه خدمت به شهروندان بوده‌اند به بخش خصوصی واگذار کرده و بر بهره‌گیری از مکانیسم بازار تمرکز نمایند. در طرف مقابل، عده‌ای دیگر از نویسندگان و متفکران اعلام کرده‌اند اگرچه تحولات و تغییرات پیش‌گفته تا حدود زیادی بر دولت و سازمان‌های دولتی اثرگذار بوده و نقش‌های آنها را دست‌خوش تغییر نموده است اما موجب حذف یا زوال آنها نشده و نخواهد شد. این بخش از متفکران حقوق اداری معتقدند: اولاً به دلیل تغییر در نقش‌های دولت، از پارو زدن و

1-Cassese,sabino

دستور دادن و کنترل کردن به سکانداری، از مداخله‌گری به تسهیل‌گری و ایجاد مشارکت و ثانیاً در واکنش به اقتضائات عصر کنونی نظیر کم‌رنگ‌شدن مرزهای ملی و شکل‌گیری اقدامات اداری فراملی و در نتیجه حرکت از حقوق اداری دولت‌محور به سوی حقوق اداری جهانی و تأکید بر تغییر، نوآوری، یادگیری و دانش، شاهد شکل‌گیری نوع یا نسل جدیدی از حقوق اداری هستیم. درحقیقت، این حقوق اداری محصول نقش جدید دولت‌ها به عنوان تسهیل‌گر، مشوق، تنظیم‌کننده ریسک‌ها و سکانداری اقتصاد و جامعه است و به طور طبیعی به یک رویکرد جدید و میان‌رشته‌ای نیاز خواهد داشت.^۱

آمان^۲ نیز معتقد است که حقوق اداری به طرز ناگسستنی با تاریخ روابط میان دولت و بازار پیوند خورده و همراه با فراز و فرود این رابطه، حقوق اداری نیز دست‌خوش تغییر شده است.^۳ در حقیقت ظهور مدل‌ها و شیوه‌های جدید مقررات‌گذاری اداری و حکمرانی، مستلزم تعریف و به‌کارگیری رویه‌ها و آیین‌های جدید و متناسب در حقوق اداری است. در روش‌های جدید حکمرانی و مقررات‌گذاری که مبتنی بر مدل‌های مشارکتی هستند لازم است تا تمام طرف‌ها در یک محیط سرشار از احترامات متقابل برای تحقق اهداف و منافع‌شان با یکدیگر همکاری نمایند. چنین همکاری مستلزم وجود رویه‌های اداری است که اولاً به منافع تمام طرف‌ها توجه کند، ثانیاً آثار تصمیمات و اقدامات اداره بر همه را در نظر بگیرد و ثالثاً این اطمینان را به وجود آورد که فرآیندهای مذاکره و گفت‌وگو به اندازه کافی مستقر شده‌اند و قدرت چانه‌زنی ذی‌نفع‌ها مورد توجه قرار گرفته است.^۴

با عنایت به اینکه دستگاه‌های اداری و مدیریت دولتی ایران نیز از امواج تحولات این عرصه بی‌نصیب نمانده و به ویژه خصوصی‌سازی، مقررات‌زدایی و بازارگرایی به‌عنوان خصیصه‌های بارز مدیریت دولتی نوین، رویکرد حاکم بر اداره در ایران را تحت‌تأثیر قرار

1-Cassese, Sabino, «New paths for administrative law: A manifesto», International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, July 2012: 603

2-Aman Jr. Alfred c

3-Aman Jr. Alfred c. «Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law», Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 10, No. 1 (Winter 2003): 125

4-Barnes, Javier (2010), "TOWARDS A THIRD GENERATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES", in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited. pp.344

داده است^۱، ضروری به نظر می‌رسد درخصوص خاستگاه، سیر تطور و نظم حقوقی نظیر و متناسب با آن یعنی حقوق اداری نوین، تأمل کرده و ضمن مرور ویژگی‌ها و تمایزهای آن از حقوق اداری سنتی، درس‌آموخته‌های حقوق اداری نوین برای حقوق اداری ایران را به اجمال مورد اشاره قرار دهیم.

گفتار نخست. زمینه‌ها و دلایل ظهور حقوق اداری نوین

به بیان بارنس^۲ تغییر در حقوق اداری و مطرح‌شدن نسل‌های جدید در این عرصه، بازتاب تغییر روندها در حوزه اداره امور عمومی^۳ و حکمرانی^۴ است. او معتقد است تغییراتی که در حقوق اداری به وجود آمده ناشی از تغییر و جابه‌جایی در حوزه‌های دیگر است: حرکت از حقوق اداری دولت‌محور به سوی حقوق اداری جهانی، از اداره‌کردن به صورت اتوکراتیک و سلسله‌مراتبی به اقدامات اداری مشارکتی، از تمرکز بر تفکیک رسمی میان قانون‌گذاری و اجرای قانون به سوی فرآیندهایی که تعامل و رفت‌و برگشت‌های پویا میان این مراحل را تشویق می‌کند. در نتیجه این تغییرات، مرزهایی که به طور سنتی در حقوق اداری و شیوه اداره‌کردن ما وجود داشت، در حال کم‌رنگ شدن و ناپدیدشدن هستند، این مرزها عبارتند از:

۱- مرز میان ملی و فراملی که به سبب حرکت از شیوه اداره‌کردن دولت‌محور به سوی اقدامات اداری با گستره بین‌المللی و فراملی در حال ناپدید شدن است و امروزه دیگر دولت و دستگاه‌های اداری ملی را نمی‌توان تنها شخصیت اصلی اثرگذار به شمار آورد؛

۲- مرز میان بخش خصوصی و بخش دولتی و حرکت از شیوه اداره‌کردن اتوکراتیک و سلسله‌مراتبی به سوی حکمرانی مشارکتی؛ همین حرکت از مقررات‌گذاری سنتی و فراهم‌سازی مستقیم خدمات توسط دولت به سوی مدل‌های جدید تلفیقی سبب بازنگری در نگاه به بخش خصوصی شده است و رابطه میان اداره و شهروندان را دست‌خوش تغییر

۱. ن.ک. فروزنده دهکردی، لطف‌الله؛ بررسی نقش تئوری‌های نوین مدیریت در قانون مدیریت خدمات کشوری، نشریه علمی پژوهشی مدیریت فردا، بهار و تابستان ۱۳۸۷، شماره ۱۹، ۳۳-۲۱.

2-Javier Barnes

3-Public administration

4-Governance

5-State-center

کرده است، به نحوی که این رابطه، بسیار مشارکتی‌تر، متقابل و هم‌بسته شده و به همین دلیل، امروزه، مسئولیت تنظیم‌گری و مقررات‌گذاری فراتر از تفکیک‌های سنتی میان بخش خصوصی و عمومی رفته است و اگرچه کنترل نهایی نتایج در دستان اداره و دولت باقی مانده اما مسئولیت برای ارتقاء منفعت عمومی، میان دولت و جامعه توزیع شده است؛

۳- تفکیک میان قانون‌گذاری یا مقررات‌گذاری از اجرا و پیاده‌سازی قانون در حال کم‌رنگ شدن است، بدین معنا که طبق برداشت کلاسیک از تفکیک قوا، قانون‌گذاری و اجرای قانون، فازهای کاملاً مجزایی از یکدیگر به شمار می‌روند. در حالی که در مدل‌های حکمرانی جدید نه تنها بر جدایی و تفکیک میان این مراحل اصراری نمی‌شود، بلکه بر تعامل و رفت‌وبرگشت‌های پویا میان این مراحل تأکید نیز می‌شود. بارنس اشاره می‌کند که حقوق اداری باید به تغییرات به وجود آمده واکنش نشان دهد، تغییراتی نظیر حرکت از سیستم یا نظام‌های دولت‌محور که در آن اختیار قانون و مقررات‌گذاری منحصر در صاحب منصبان اداری و حکومتی است به سوی تصمیم‌گیری‌های شبکه‌ای و چندوجهی، حرکت از مدل‌های سلسله‌مراتبی عمودی به شیوه‌های مشارکتی و افقی، حرکت از سیستم‌های دومرحله‌ای قانون‌گذاری و سپس اجرای قانون به سوی فرآیندهای پیچیده‌تری که بهترین تصمیم ممکن با توجه به تغییرات پویای محیطی به صورت مستمر اتخاذ می‌شوند و از همین منظر، بارنس سه نسل متفاوت از اداره کردن را شناسایی و تمیز داده است: نسل اول که در اوایل قرن نوزدهم شکل گرفت و قانون توجه آن عبارت بود از جلوگیری از اقدامات اداری مستبدانه و غیرقانونی و حمایت و دفاع از حقوق شهروندان؛ نسل دوم که در برخی کشورها در خلال سال‌های دهه ۵۰ و ۶۰ میلادی ظهور یافت و برای تنظیم سازمان‌های مستقل و صاحب‌نفوذی که در این دوران شکل گرفته بودند، به توسعه رویه‌های قاعده‌گذاری توجه ویژه داشت و نسل یا فاز سوم که در واکنش به حکمرانی جهانی، همکاری‌های خصوصی - عمومی و لزوم برداشتن مرز میان فرآیندهای مقررات‌گذاری و اجرای آنها شکل گرفت. در شیوه اداره کردن امروزی، دستگاه‌های اداری خودشان تصمیم می‌گیرند، داوری انجام می‌دهند، قاعده و مقررات‌گذاری می‌کنند، خط‌مشی‌های گسترده عمومی وضع می‌کنند و همکاری‌های گسترده‌ای با بخش خصوصی و سایر سازمان‌ها، درون و خارج از مرزها انجام می‌دهند. به اعتقاد بارنس، در حقوق اداری متناسب با نسل اول، رویه‌های تصمیم‌گیری فردی بر اساس مدل «قضایی» و سلسله‌مراتب عمودی و اداره کردن دستوری قرار دارد. رویه‌های قاعده‌گذاری در نسل دوم نتیجه ترکیب مدل‌های هنجاری و قضایی است که از طریق سلسله‌مراتب و همچنین مقامات اداری صاحب صلاحیت وضع می‌شوند. به عبارت دیگر

در نسل دوم به دنبال ایجاد قاعده‌های ساده‌ای برای هدایت و راهنمایی قاعده‌گذاری‌های اجرایی در سلسله‌مراتب اداری هستیم و درنهایت، نسل سوم شامل خط‌مشی‌گذاری عمومی و ایجاد رویه‌های اجرایی و پیاده‌سازی آنها است که از روش‌های جدید حکمرانی ناشی شده و در یک محیط غیرسلسله‌مراتبی و تمرکززدایی شده که همکاری میان بخش خصوصی و عمومی را تشویق می‌کند، پیاده‌سازی می‌شود. در نسل سوم، خط‌مشی عمومی به عنوان یک فرآیند و نه محصول مورد توجه قرار می‌گیرد، به عبارت دیگر در این نسل به دنبال استخراج راه‌حل‌ها و تصمیمات مندرج و مستتر در قانون نیستیم بلکه می‌خواهیم از طریق رویه‌های اداری و با همکاری دیگران به مناسب‌ترین تصمیم با توجه به اقتضائات محیطی دست یابیم. دو نسل اول با شیوه‌مقررات‌گذاری دستور و کنترل هم‌خوان هستند^۱ و هدف آنها این است که در یک مورد مشخص از طریق رعایت الزامات ناشی از تشریفات اداری، دقت و صحت قانونی تصمیم یا عمل اداری را تضمین کنند. چنین شیوه‌ای معمولاً رسمیت و جزئیات زیادی را در رویه‌ها و فرآیندهای اداری ایجاد می‌کند. این در حالیست که در نسل سوم به دنبال مناسباتی هستیم که خط‌مشی‌های عمومی را از طریق انعطاف‌پذیری، رسمیت پایین، مشارکت عمومی، فرم‌های جدیدی از پاسخ‌گویی، شفافیت و یادگیری دوطرفه، خلق و پیاده‌سازی نماییم.^۲

شاپیرو^۳ نیز بیان داشته است که پس از جنگ جهانی دوم، شاهد ظهور و رواج نوعی اداره عمومی جدید^۴ بودیم که در آن مراجعه‌کنندگان به ادارات دولتی به‌عنوان ارباب رجوعانی نگریسته می‌شدند که باید به ایشان خدمت شود، نه آنکه مورد تحکم قرار گیرند و این درحالی بود که به باور منتقدان شیوه قبلی اداره کردن در آن مقطع، وزارتخانه‌ها و سازمان‌های اداری قبلی مانند دژ محکم از شیوه اداره عمومی سنتی حافظت می‌کردند و برای استقرار شیوه جدید اداره امور عمومی لازم بود تا این موانع برداشته شوند. راه‌حل پیشنهادی، تأسیس سازمان‌های جدید، بیرون و مستقل از وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اداری وقت بود که به‌طورطبیعی، وضع جدیدی را در حقوق اداری به وجود می‌آورد. در ادامه این مسیر، فروپاشی سوسیالیسم منجر به احساس نیاز به مقررات جدید شد، زیرا بازار آزاد به‌عنوان جایگزین سوسیالیسم، تنها زمانی کار می‌کرد که قواعد و مقررات خاص و موردنیاز آن وجود داشته باشد. اگر دستگاه‌های اداری در این دوران برای رسیدن به کارایی بیشتر به

1-Command and control

2-Barnes,Javier (2010) ,"towards a third generation of administrative procedures", in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited. pp.336-34422

3-Martin Shapiro

4-New public administration

سمت مقررات‌زدایی و خصوصی‌سازی رفته‌اند، معقول نیست که انتظار داشته باشیم وظائف تنظیم‌گری و مقررات‌گذاری جدید را همان سازمان‌های قبلی با همان نظم حقوقی سابق که مسئول ایجاد ناکارایی‌های قبلی بودند، طراحی و ایجاد کنند. به این ترتیب نیاز به یک نظم حقوقی جدید برای اداره، به وجود آمد.^۱

ناپولیتانو^۲ از منظر دیگری به ضرورت و زمینه‌های شکل‌گیری حقوق اداری نوین اشاره کرده است. وی معتقد است هر بحران مهم مالی و اقتصادی اثر قابل توجهی بر بازتعریف نقش دولت و قواعد و نهادهای حقوق اداری داشته است. برای نمونه به سقوط وال استریت در ۱۹۲۹ و رکود بزرگ که موجب افزایش نقش دولت و گسترش قدرت اداری گردید، اشاره می‌کند. به باور او، رکود بزرگ دهه ۳۰ میلادی آثار بلندمدت و پایداری بر حقوق اداری بر جای گذاشت، از یک سو نقش دولت را در امور اقتصادی و اجتماعی پررنگ کرد و به سیستم‌های دستور و کنترل و همچنین مداخله مستقیم دولت در اقتصاد به منظور فراهم‌سازی خدمات و کالاها مشروعیت بخشید و از سوی دیگر به وضع آیین‌نامه‌های اداری و تلاش برای تضمین حقوق شهروندان منجر شد. باین‌وجود به بیان وی، با بروز نشانه‌هایی از آثار شکست دولت^۳، مجدداً در دهه ۸۰ و ۹۰ میلادی ایده‌های باورمند به رجحان و برتری عملکرد بازار، مرجع بودن رویکرد بازارگرایانه به مقررات‌گذاری و ضرورت خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی، گسترش یافت و به این ترتیب پس از ظهور دولت‌های تنظیم‌گر مدرن، رویکردهای قبلی در حقوق و اقتصاد لاجرم رو به ضعف و فراموشی گذاشت.^۴ به این ترتیب مشاهده می‌شود که به باور بسیاری از نویسندگان و متفکران، بروز پاره‌ای تغییرات در برداشت‌ها از دولت و شیوه حکمرانی، سبب تغییر در حقوق اداری شده و خواهد شد، در ادامه، دلائل و زمینه‌های این تغییرات را در سه مؤلفه، دسته‌بندی و بررسی نموده‌ایم.

بند اول. تغییرات ایدئولوژیک نسبت به نقش دولت و روش اداره

دهه هشتاد میلادی، دوران حمله‌های شدید، به اندازه و قابلیت‌های بخش دولتی بود. در

1-Shapiro, Martin (2010), A comparison of US and European independent Agencies, in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited. pp.302

2-Giulio Napolitano

3-state failure

4-Napolitano, Giulio (2010), The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law, in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited. pp. 569

این دوره زمانی، دولت، به‌ویژه بوروکراسی آن، همواره منشأ بسیاری کاستی‌ها و ناآرامی‌ها در جامعه قلمداد شد. در این سال‌ها به‌طور آشکار شاهد ظهور احزاب ضد دولت و پیروزشدن آنها در رقابت‌های انتخاباتی بوده‌ایم. این حملات سه بخش داشت: اول، مقیاس و اندازه بخش دولتی بود که ادعا می‌شد بسیار بزرگ است و منابع کمیاب دولت را می‌بلعد. بر این اساس بسیاری از دولت‌ها شروع به کاهش هزینه‌های خود و به‌طور طبیعی کاستن از خدمات عمومی نمودند. دوم، نوع و دامنه فعالیت‌هایی بود که دولت خود را به آنها مشغول کرده بود. به باور برخی متفکران، با وجود بخش خصوصی و بازار دیگر نیاز نبود که دولت فعالیت‌های گذشته خود را همچنان ادامه دهد؛ زیرا بخش خصوصی این امکان را دارد که به صورت بهره‌ورتر با استفاده از مکانیزم بازار، آن فعالیت‌ها را انجام دهد. سوم، بوروکراسی حاکم بر سازمان‌های اداری به شدت مورد هجوم و انتقادات تند قرار گرفت. منتقدان اعتقاد داشتند که بوروکراسی و ابزارهای آن، نه تنها کارآ و اثربخش نیست بلکه وضع نابه‌سامان و غیرکارآمد موجود را تثبیت می‌کند. آنها معتقد بودند اگر دولت بنا باشد تا برخی فعالیت‌های اداری را انجام دهد، باید از ابزارهای کارآمدتری استفاده نماید. شاید زیر سؤال رفتن بوروکراسی حاکم بر ادارات و تلاش برای جایگزینی آن، بیشترین تأثیر را در تغییر نظم حقوقی حاکم بر اداره بر جای گذاشته باشد؛ زیرا تا اواسط قرن نوزدهم نظام حاکم بر اداره، نظامی شخصی، سلیقه‌ای، منطقه‌ای، غیرتخصصی و مرامی بود. در آن زمان حکام چه از سوی مردم انتخاب می‌شدند و چه غیر آن، تصمیمات و اعمال مقامات دولتی بسیار سلیقه‌ای و شخصی بود به‌نحوی که در موارد مشابه، در برابر افراد مختلف تصمیمات و اقدامات متفاوتی اتخاذ می‌کردند. ناگفته پیداست که چنین نظامی به شدت ناکارآمد و در برابر عامه مردم غیرپاسخگو بود و سیستم تاراج نیز زاییده چنین وضعیتی تلقی می‌شد. مردم در چنین نظام‌هایی احساس می‌کردند خواسته‌های آنها موردتوجه قرار نمی‌گیرد، مقامات اداری به صورت سلیقه‌ای با آنها برخورد می‌کنند، حقوقشان نادیده گرفته می‌شود، عدالت و برابری وجود ندارد و مسئولین نیز به‌هیچ‌عنوان به شهروندان پاسخگو نیستند. نظریه بوروکراسی وبر در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم در واکنش به چنین وضعی ارائه شد و بر تمام اداره‌ها سیطره یافت و تا اواخر دهه هفتاد میلادی این نظریه مبنای کار بخش دولتی در بسیاری از کشورها قرار گرفت و اینک زیر سؤال برده می‌شد و به‌عنوان دلیل ناکارآمدی و مشکلات بخش دولتی معرفی می‌شد.

نظریه بوروکراسی وبر بر چارچوبی نظری استوار بود. به عقیده وی، سه نوع اختیار یا اقتدار می‌تواند وجود داشته باشد: کاریزماتیک، سنتی و قانونی یا عقلانی. وی با تحلیل این

سه منشأ برای اختیار یا اقتدار چنین نتیجه گرفت که اگر بنا باشد تا حالت سلیقه‌ای و شخصی حاکم بر اداره از بین برود باید منشاء اقتدار یا اختیار عقلانی یا قانونی شود. به عبارت دیگر مهم‌ترین بنیانی که نظریه وبر بنا نهاد، قانونی کردن اختیارات مقامات اداری بود. وی با استنتاج از ایده اختیار عقلانی / قانونی، شش اصل برای اداره پیشنهاد داد که به اصول بوروکراسی وبر شهرت یافتند:

۱- اصل ثابت و رسمی بودن دامنه اختیار قانونی که به وسیله قوانین، مقررات یا دستورالعمل‌های اداری مقرر می‌شوند. به عبارت دیگر براساس این اصل، صلاحیت‌ها و اختیارات قانونی باید در مقررات و قوانین به‌طور دقیق و موشکافانه از قبل مشخص شده باشد، تا در صورتی که مقام اداری خارج از این اختیارات عملی انجام داد قابل شناسایی و ابطال باشد. به این ترتیب حقوق مردم در برابر اعمال دل‌خواهی و سلیقه‌ای مأموران حکومتی حفظ خواهد شد؛

۲- اصل سلسله‌مراتب اداری و سطح‌بندی اختیارات به نحوی که ادارات یا مقامات بالاتر بر ادارات یا مقامات پایین‌تر نظارت کنند. در حقیقت وبر با تعبیه این اصل هم نوعی کنترل بر اعمال و تصمیمات اداری از سوی مقامات بالاتر در نظر گرفت که می‌توانست جلوی اعمال سلیقه‌ای مأموران اداری را بگیرد و هم معتقد بود به این ترتیب کارایی اداره در اجرای تصمیمات از بالا به پایین افزایش خواهد یافت؛

۳- اداره سازمان مبتنی بر اسناد مکتوب (قوانین و مقررات) صورت پذیرد، از این اصل به غیر شخصی بودن اداره نیز تعبیر شده است. به عبارت دیگر، وبر معتقد بود باید شیوه انجام اعمال و اخذ تصمیمات اداری در مقررات، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و قوانین آورده شده باشد. به این ترتیب اولاً مقام اداری به بهانه ندانستن چگونگی انجام عمل اداری نمی‌تواند از خود رفع تکلیف نموده و ثانیاً چون تصمیمات در متن قوانین ذکر شده است، کافی است تا مأمور اداری صرفاً آنها را اجرا نماید و به این ترتیب هم کارایی افزایش می‌یابد و هم اعمال سلیقه‌ای مأموران محدود می‌گردد؛

۴- اداره امور یک حرفه تخصصی است که به آموزش کامل نیاز دارد. واضح است که وقتی تصمیمات و اعمال در متن قوانین و دستورالعمل‌ها و مقررات ذکر می‌گردد، لازم است تا مأموران اداری آموزش لازم را ببینند تا با آنها آشنا شده و در مقام عمل، آنها را به کار بندند؛

- ۵- کار در بوروکراسی تمام وقت است و برخلاف گذشته یک شغل دست دوم نخواهد بود؛
۶- مدیریت اداره، فعالیتی است که می توان آن را با پیروی از مقررات یاد گرفت.

شاید بتوان گفت مهمترین پیامد حاکمیت این اصول نسبت به گذشته، جایگزین شدن یک سیستم غیرشخصی مبتنی بر مقررات به جای اداره شخصی و سلیقه ای بود که در آن همواره در شرایط یکسان، تصمیمات یکسانی اتخاذ می شد.

به این ترتیب با اصول پیشنهادی وبر، دغدغه اصلی وی که جلوگیری از حاکمیت سلیقه بر اداره بود محقق گردید اما به مرور زمان در کنار این مزیت، نقاط ضعف نیز کم کم رخ نشان داد و با تغییر شرایط و محیط، این کاستی ها بیش از پیش خود را به نمایش می گذاشت. از جمله: (الف) حاصل تبعیت از قوانین و غیرشخصی کردن امور به طور طبیعی ایجاد سیستم سلسله مراتب خشک و غیرقابل انعطاف بود. این اصول، درجه رسمیت سازمان را بالا می برد و یک ساختار مکانیکی ایجاد می کرد، اصطلاح بوروکراسی ماشینی برای اشاره به چنین وضعی رواج یافت؛ (ب) این سیستم برای شرایطی که محیط سازمان باثبات بوده و وظائف اداری، نسبتاً ساده بود به خوبی کار می کرد و با پیچیده تر شدن تغییرات محیطی و وظائف، کارایی خود را از دست می داد؛ (ج) بوروکراسی وبر برای کنترل کردن خوب بود، اما برای مدیریت الزاماً مناسب نبود. اطمینان را بالا می برد درحالی که حرکت را کند می کرد. کارها را استاندارد می کرد لکن این استانداردسازی به قیمت از دست رفتن خلاقیت و نوآوری حاصل می شد؛ (د) سازمان بوروکراتیک، روش های اجرایی ثابت را به کار می گرفت اما دستیابی به نتیجه ها در مقایسه با حفظ قوانین و مقررات و تبعیت از رویه ها، اهمیت خود را از دست می داد و به همین دلیل کارایی و اثربخشی سازمان اداری کاهش پیدا می کرد؛ (ه) سازمان بوروکراتیک موجب تداوم عادت ها و روش های اداری به رغم تغییرات محیطی میشد، یعنی در تصحیح اشتباهاتش کند عمل می کرد؛ (و) بوروکراسی وبر برای فعالیتهای غیرتکراری که نیازمند خلاقیت و نوآوری است مناسب نبود؛ (ز) در شرایطی که محیط به طور مداوم تغییر می کند، دستورالعمل های ثابت و روش های معین کار، کارایی پایینی داشت.

به این ترتیب مشاهده می شود که تغییرات مستمر و پیچیدگی های محیطی عملاً این امکان را که تمام تصمیمات و اعمال اداری از قبل در قوانین و مقررات پیش بینی گردند از میان برد و سازمان ها و دستگاه های اداری را از ساختارهای مکانیکی، رسمی، متمرکز با سلسله مراتب عمودی زیاد به سوی سازمان های ارگانیک تر، با مدیریت مشارکتی، کاهش تمرکز و کاهش

سلسله‌مراتب عمودی اداری هدایت کرد. در جدول زیر، تمایزهای میان سازمان‌های مکانیکی و ارگانیکی به اختصار مورد اشاره قرار گرفته‌است:^۱

تمایزهای میان سازمان‌های مکانیکی و ارگانیکی

سازمان مکانیکی	سازمان ارگانیکی
۱- کارها به بخش‌های تخصصی و مجزا شکسته شده است.	۱- کارکنان در انجام وظائف مربوط به دپارتمان مشارکت می‌کنند
۲- وظائف به طور دقیق و معین، از قبل تعریف شده‌اند	۲- وظائف بر مبنای کار تیمی کارکنان بازتعریف و اصلاح شده‌اند
۳- یک سلسله‌مراتب جدی و بی‌چون‌وچرا از اقتدار و کنترل همراه با قواعد زیاد وجود دارد	۳- سلسله‌مراتب اقتدار و کنترل کمتر است و قواعد کمتری نیز وجود دارد
۴- اطلاعات و کنترل وظائف در بالای سازمان متمرکز شده است	۴- اطلاعات و کنترل وظائف در همه جای سازمان قرار دارد و افراد زیادی در کنترل امور مشارکت می‌کنند
۵- ارتباطات و سلسله‌مراتب در سازمان عمودی است	۵- ارتباطات در سازمان افقی است

همان‌طور که از جدول بالا برمی‌آید، نظم حقوقی وبری بیشتر با سازمان‌های مکانیکی تناسب دارد. در حالی که با حرکت اجباری سازمان‌ها به سوی سازماندهی و مدیریت ارگانیکی‌تر، چارهای جز تغییر و سازگار نمودن اصول و قواعد حقوق اداری با این اقتضائات جدید ندارند؛ لذا اگرچه تا قبل از دهه هشتاد میلادی، سرعت تغییرات محیطی نظیر امروز نبود و میزان ثبات محیط به اندازه‌ای بود که یک سازمان مکانیکی می‌توانست تاحدودی در آن به‌خوبی کار کند. لکن اقتضائات دوران کنونی حرکت به سوی سازمان‌ها و ساختارهای ارگانیکی‌تر را ایجاب کرده است و در نتیجه، مستلزم استقرار نظم حقوقی جدیدی است که اقتضائات سازمان‌های ارگانیکی را نیز برآورده سازد. به بیان آمان، جهانی‌شدن، خصوصی‌سازی و مقررات‌زدایی، روندهایی هستند که در عصر حاضر به‌منظور افزایش مشارکت بخش خصوصی در دولت و ایفاء وظائف آن به وقوع پیوستند و همین امر سبب ظهور حقوق اداری نوین شده است. حقوقی که اولاً ترکیب و آمیختگی جدیدی از قدرت عمومی و خصوصی در تمام سطوح دولت را ایجاب می‌کند؛ ثانیاً مستلزم بازتعریف امر عمومی و امر خصوصی است؛ ثالثاً اتکای بیشتری به مدل‌های چانه‌زنی و مذاکره در تصمیم‌گیری‌ها دارد و رابعاً بجای شیوه «دستور

1-Daft, Richard L. Essentials of Organization Theory and Design, South-Western College press.1998:104

و کنترل» بر شیوه «مقررات‌گذاری» مبتنی بر ایجاد مشوق‌ها تأکید دارد.^۱ در کشور ما نیز تا قبل از تدوین قانون اساسی در سال ۱۲۸۵، تصمیمات و اقدامات دستگاه‌های اداری، تحت اراده دولتمردان و مأموران این دستگاه‌ها صورت می‌پذیرفت و اصل حاکمیت قانون جایگاه چندانی در نظم حقوقی مستقر نداشت. استفاده از مستشاران خارجی که نظریه‌های اداری رایج نظیر بوروکراسی و بر را به درون وزارتخانه‌ها و سایر دستگاه‌های اجرایی تزریق می‌کردند از یک سو و رواج دیدگاه‌های مشروطه‌خواهانه در این دوران موجب شد تا تقاضا برای محدود کردن اعمال سلیقه مجریان و رفتارهای تبعیض‌آمیز آنها از سوی مردم افزایش پیدا کرده و تحولات نظام اداری ما بر این پایه، شکل گیرد، به نحوی که قانون استخدام کشوری در سال ۱۳۰۱ به تصویب رسید و تلاش داشت تا جلوی رفتارهای سوء مأموران دولتی در استخدام کارمندان مورد نیاز را بگیرد و اقدامات آنها را چهارچوب‌بندی نماید. این روند ادامه پیدا کرد و پس از انقلاب اسلامی و تدوین و تصویب قانون اساسی جدید، شاهد وضع قوانین و مقررات اداری زیادی در حوزه‌های مختلف بوده‌ایم. تا اواسط دهه هشتاد، همچنان رویکرد وبری بر حقوق اداری کشور غالب بود، اما با تصویب قانون مدیریت خدمات کشوری در سال ۱۳۸۶، حقوق اداری وارد فاز جدیدی شد و تلاش داشت تا مفاهیم جدید مدیریتی نظیر حکمرانی و اداره خوب را وارد قوانین اداری کشور نماید. گویا نارسایی‌ها و نقصان‌های بوروکراسی و بر و عدم تناسب آن با اقتضائات دوران حاضر درک شده بود. در کنار این موارد از نقش برنامه‌های تعدیل ساختاری که در اوایل دهه هفتاد شمسی در کشور آغاز شده بود و ضرورت کوچک‌سازی دولت، مقررات‌زدایی، آزادسازی و برون‌سپاری خدمات دولتی را مطرح می‌کرد نباید غفلت نمود. برای نمونه، برون‌سپاری خدمات دولتی موجب می‌شد تا سلسله‌مراتب اداری جای خود را به قراردادهای خرید خدمات دهد که در آنها به جای دستور و کنترل، مذاکره، چانه‌زنی و همکاری میان بخش دولتی و خصوصی برجسته می‌شد.

بند دوم. ظهور اندیشه‌های نئولیبرالی

به‌طور کلی در سال‌های پایانی دهه ۷۰ میلادی یک سلسله بحث‌های علمی، مبنی بر اینکه دولت مانعی بر سر راه رشد و آزادی اقتصادی است، به‌وسیله اقتصاددانان محافظه‌کار یا نئولیبرال مطرح شد. درواقع، پیشنهاد و ایده این اقتصاددانان آن بود که می‌گفتند براساس تحقیقات آنها کوچک کردن دولت باعث افزایش رشد اقتصادی و رفاه و کارآیی اقتصادی

1-Aman Jr. Alfred c. "Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law", Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 10, No. 1 (Winter 2003): 126.

خواهد شد. ظهور نظریه‌های انتخاب عمومی و تئوری اصیل - وکیل، این تغییرات را تسهیل نمود. ظهور و فراگیرشدن این اندیشه‌ها در عرصه اقتصاد سیاسی، برداشت‌ها از نقش دولت و میزان و نحوه مداخله آن در امور اقتصادی و اجتماعی را تغییر داد و همان‌طور که پیشتر بیان شد، این تغییرات موجب احساس نیاز به اسلوب جدیدی برای حقوق اداری گردید.

در کشور ما نیز، ضرورت‌های بازسازی کشور پس از دوران دفاع مقدس، مسئولان را به سمت دریافت وام از نهادهای بین‌المللی نظیر صندوق بین‌المللی پول و بانک جهانی سوق داد. این نهادها نیز اجرای برنامه‌های تعدیل ساختاری را پیش‌شرط اعطای وام‌های موردنظر قرار می‌دادند و به این ترتیب، امواج اندیشه‌های نئولیبرالی که هم‌زمان با شکل‌گیری آن در دنیا، در فضای نظری و مباحثات آکادمیک ما نیز ظاهر شده بود، این بار در صحنه عمل رخنمایی کرد و دولت جمهوری اسلامی ایران خود را متعهد به اجرای آنها نمود.

بند سوم. جهانی شدن و رقابت

تغییر سریع در بخش خصوصی و درک این واقعیت که مدیریت و کارآیی بخش دولتی، اقتصاد خصوصی و رقابت ملی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، ایجاد تغییر در بخش عمومی را الزام‌آور نمود. حتی برخی متفکران از ظهور حقوق اداری جهانی، به‌عنوان یکی از آثار و پیامدهای جهانی‌شدن سخن به میان آورده‌اند. برخی نویسندگان نیز ادعا کرده‌اند دولت‌ها در واکنش به جهانی‌شدن و افزایش رقابت، دیگر به‌ندرت اجرای عملیات را خودشان برعهده می‌گیرند؛ بلکه اختیارات را غیرمتمرکز نموده‌اند، سلسله‌مراتب‌ها را کاهش داده‌اند، به کیفیت توجه بیشتری کرده‌اند، شهروندان را به‌مثابه مشتریان خدمات عمومی در نظر گرفته و به آنها نزدیک‌تر شده‌اند و تمام این تغییرات را برای رقابت‌آمیزماندن در فضای بازار جهانی پذیرفته‌اند.

گفتار دوم. ویژگی‌ها و تمایزهای حقوق اداری نوین

نکته قابل توجهی که از مباحث قبلی می‌توان درک نمود آن است که با تغییر در مدل‌های حکمرانی، نظریات درباره دولت و نقش‌ها و شیوه‌های کارکردی آن، همچنین تغییر در اقتضائات محیطی، انتظار می‌رود که نظم حقوقی حاکم بر اداره نیز به همان تناسب تغییر یابد. بر همین اساس شاهد ظهور سه نسل از حقوق اداری هستیم، در ادامه، هرکدام از آنها

توضیح داده شده و البته تمرکز بیشتر بر نسل سوم یا همان حقوق اداری نوین خواهد بود.

بند اول. نسل اول حقوق اداری

در این نسل که از اواسط قرن نوزدهم و هم‌زمان با جنبش بوروکراسی وبری آغاز شد، تعیین حتی جزئی‌ترین تصمیمات و اعمال اداری توسط قانون و مقررات در کانون توجه قرار گرفت. دل‌مشغولی اصلی حقوق اداری در این نسل جلوگیری از اعمال خودسرانه، مستبدانه یا غیرقانونی اداره و حمایت و حفاظت از حقوق شهروندان بود؛ در نتیجه، دغدغه اول حقوق‌دان اداری بررسی تصمیمات اداری و مطابقت‌دادن آنها با قانون و حیطه اختیارات یا صلاحیت‌های مأموران اداری است. عنصر صلاحیت در این نسل به صورت تکلیفی است و رویه‌های اداری شبیه رویه‌های تصمیم‌گیری‌های قضایی است که در یک سلسله‌مراتب اداری هرمی، ساری و جاری می‌شود. نظارت‌ها به صورت دستور و کنترل^۱ است و مسیرهای ارتباطی میان اداره و شهروندان نیز بسیار محدود است.

مرور سریعی بر قوانین و مقررات اداری ما حکایت از آن دارد که همچنان، رویکرد غالب بر حقوق اداری ایران با ویژگی‌های ذکرشده برای نسل اول حقوق اداری، انطباق بیشتری دارد. اگرچه به دلیل زمینه‌های پیش‌گفته، در مقطعی، از این نسل فاصله گرفته، اما به نظر می‌رسد هنوز حقوق‌دان اداری ما به دنبال بررسی تصمیمات اداری و تطبیق آنها با تصمیمات ازپیش مشخص‌شده در متن قوانین است و اگرچه قانون مدیریت خدمات کشور تلاش کرده تا مفاهیم نوین را به قلب حقوق اداری ما وارد کند اما به نظر می‌رسد به رغم نوآوری‌هایی که داشته است، نگارش خود این قانون همچنان اسیر رویکرد نسل اول حقوق اداری باقی مانده است

بند دوم. نسل دوم حقوق اداری

در این نسل که در اواسط قرن بیستم در برخی از کشورها ظهور یافت، اگرچه دغدغه قانونی بودن تصمیمات و اعمال اداری همچنان وجود دارد لکن تصمیمات و اعمال اداری با تمام جزئیات آنها از پیش توسط قوانین و مقررات تعیین نمی‌شود بلکه این آزادی به مأموران اداری داده می‌شود تا در هر مورد، بهترین تصمیم را در چارچوب قواعد و سیاست‌های ابلاغی به اداره اتخاذ کرده و اقدامات متناسب را انجام دهند. به عبارت دیگر و به بیان

حقوقی، کفه‌ی صلاحیت‌های اختیاری سنگین‌تر از کفه‌ی صلاحیت‌های تکلیفی شده است. همان‌طور که پیشتر بیان شد، این نسل از حقوق اداری هم‌زمان و متناسب با شکل‌گیری سازمان‌های اداری مستقل و طرح شدن اداره‌ی امور عمومی نوین و رواج دولت‌های رفاه، ظهور و نزج یافته است. یک تفاوت مهم این نسل با نسل قبلی در آن است که رویه‌های اداری به جای آنکه مانند تصمیم‌گیری‌های قضایی باشند به رویه‌های مربوط به تصمیم‌گیری‌های قانون‌گذاری شبیه‌تر شده‌اند. توضیح آنکه در تصمیم‌گیری‌های قضایی معمولاً قاضی تلاش می‌کند تا حکم موضوع را از درون قوانین و مقررات کشف کرده و آن را اعلام کند و اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز دلالت بر آن دارد که هرگونه مجازاتی باید به موجب قانون باشد. در نسل اول حقوق اداری، مأمور اداری مانند یک قاضی باید در هر مورد تلاش کند تا تصمیم ذکرشده در قوانین برای آن مورد را پیدا کرده و طبق همان عمل نماید. درحالی‌که نسل دوم حقوق اداری به اقدامات قانون‌گذاری شبیه‌تر شده است، به این معنا که یک‌سری قواعد اداری وضع می‌شود و مأموران وظیفه دارند در چهارچوب این قواعد و مقررات، در هر مورد، خودشان بهترین و مناسب‌ترین تصمیم را تشخیص دهند. به این ترتیب، تعیین دقیق و از پیش تمام تصمیمات در جزئی‌ترین حالت آنها در قوانین و مقررات کمرنگ می‌شود و حرکتی از صلاحیت‌های تکلیفی به سوی صلاحیت‌های اختیاری ولی در چهارچوب قواعد وضع‌شده اداری مشاهده می‌شود. از یک نظر می‌توان گفت هدف اصلی، تکمیل قوانین موضوعه وضع شده است. در اینجا نیز قاعده‌گذاری به صورت سلسله‌مراتبی، از بالا به پایین و متمرکز است و قواعد و مقرره‌هایی که وضع می‌شود باید در چهارچوب قوانین موضوعه و اساسی قرار گیرد. سیستم دستور و کنترل همچنان به‌عنوان شیوه اصلی نظارت اداری وجود دارد و به مردم متأثر از تصمیم یا عمل اداری به صورت محدود، آن هم در مراحل پایانی رویه اداری، فرصت مشارکت داده می‌شود؛ هرچند چنین مشارکتی کم‌اثر بوده و نظیر نسل قبلی، فرد یا افرادی که موضوع تصمیم یا قاعده هستند، صرفاً باید از تصمیم یا قاعده وضع شده تبعیت نمایند.

در کشور ما، اعطای اختیار قاعده‌گذاری به دستگاه‌های اجرایی به ویژه پس از تدوین و تصویب قانون اساسی ج.ا.ا، برجسته‌تر شد به‌نحوی که وزرا می‌توانند در حیطه اختیارات خود، آیین‌نامه وضع و ابلاغ نمایند. همچنین تصویب‌نامه‌های دولتی از دیگر امکاناتی است که می‌تواند در خدمت قاعده‌گذاری دستگاه‌های اجرایی باشد. مع‌الاسف مشاهده می‌شود، بسیاری از آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها به جای قاعده‌گذاری و فراهم‌سازی امکان تصمیم‌گیری برای مأموران دولتی، مطابق با رویکرد نسل اول حقوق اداری، از قبل تمام

جزئیات و تصمیمات مربوط به هر شرایط را مشخص می‌کنند و به این ترتیب فراتر از نسل اول حقوق اداری نمی‌روند.

بند سوم. نسل سوم حقوق اداری

در این نسل که از دو دهه آخر قرن بیستم تا به امروز در جریان است، متناسب با دیدگاه‌های جدید درخصوص حکمرانی، مشارکت بخش خصوصی، جهانی‌شدن، محیط تمرکززدایی‌شده و غیرسلسله‌مراتبی (شبکه‌ای) و... دیگر دغدغه اول، خود تصمیم یا عمل اداری نیست، بلکه فرآیند مشارکتی است که از دل آن تصمیم یا عمل اداری حاصل می‌شود. مشارکت با بخش خصوصی، مشارکت با سازمان‌ها یا نهادهای فراتر از مرزها و بین‌المللی ازجمله ویژگی‌های این نسل از حقوق اداری می‌باشد. در این نسل کارآیی^۱ و اثربخشی^۲ اداره که مفاهیمی مدیریتی هستند، اهمیت مضاعفی پیدا کرده است. همچنین در این نسل سخن از مقررات‌زدایی به دلیل تورم قوانین و مقررات است، پس صلاحیت اختیاری و در نتیجه نهاد انتظار مشروع کاملاً مورد توجه قرار دارد. این نسل از حقوق را درمقابل دو نسل قبلی که حقوق اداری سنتی می‌خواندند، حقوق اداری نوین نام نهاده‌اند و همان‌طور که پیشتر اشاره شد، این نسل از حقوق اداری هم‌زمان و متناسب با ظهور جنبش «مدیریت دولتی نوین» و شکل‌گیری دولت‌های تنظیم‌گر یا دولت‌های حداقلی، رشد و تکوین پیدا کرده است. درحقیقت در این نسل به جای روال‌های شبه قضایی و شبه قانونگذاری، از شیوه‌های جدید حکمرانی و مدیریت مشارکتی استفاده شده و بجای سلسله‌مراتب هرمی، شبکه‌های مشورتی تعاملی و منعطف‌تر جایگزین شده است و رویه‌های اداری دیگر به‌عنوان صرفاً یک ابزار کنترلی برای یافتن راه‌حل‌های ازقبل پیش‌بینی‌شده در قانون نیستند، بلکه فعالانه و آینده‌نگرانه دست‌یابی به بهترین راه‌حل ممکن را به صورت مستمر جست‌وجو می‌کنند. اطلاعات موردنیاز برای تصمیم‌گیری و قاعده‌گذاری و سیاست‌گذاری‌ها با همکاری بخش خصوصی و در تمام طول فرآیند یا چرخه سیاست‌گذاری‌های جمع‌آوری شده و افراد موضوع قواعد یا سیاست‌ها در ایجاد نرم‌ها به‌طورفعالانه در تمام فرآیند اخذ تصمیم، مشارکت و حضور دارند. اگر نسل اول حقوق اداری به دنبال مشخص کردن تمام تصمیمات با تمام جزئیات برای مأموران اداری بود و اگر نسل دوم حقوق اداری به جای تعیین دقیق و جزئی تمامی تصمیمات و اقدامات به دنبال وضع قواعدی بود که مأموران دولتی بتوانند در شرایط مختلف باتوجه‌به این قواعد، تصمیم یا اقدام مناسب را اتخاذ نمایند و اگر در هر دوی

1-Efficiency

2-Effectiveness

این نسل‌ها، سلسله‌مراتب اداری ابزار کنترل بود، در نسل سوم حقوق اداری، تصمیم‌گیری تعاملی با بخش خصوصی و سایر ذی‌نفعان برجسته شده و فرآیند مشارکتی رسیدن به تصمیم، به اندازه خود تصمیم اهمیت پیدا کرده است. در این نسل غیر از دل‌مشغولی سنتی حقوق‌دادن‌های اداری در مورد رعایت حقوق شهروندان از سوی اداره و پرهیز از رفتارهای مستبدانه و سلیقه‌ای، مفاهیم مدیریتی نظیر بهره‌وری اداره نیز به جرگه دل‌مشغولی‌های حقوق‌دان اداری افزوده شده است.

نتیجه‌گیری

در تحقیق حاضر بیان کردیم که تغییر در مدل‌های حکمرانی و چهارچوب‌های حاکم بر مدیریت دولت می‌تواند منجر به تغییر در حقوق اداری گردد. همچنین سه نسل مختلف حقوق اداری را به همراه ویژگی‌های متمایز آنها بررسی اجمالی نمودیم. روند بیان‌شده به این معنا نیست که تمام دولت‌ها و نظام‌های حقوقی مجبور هستند بدون کم‌وکاست از نسل‌های سه‌گانه حقوق اداری تبعیت کنند، بلکه متناسب با نقش‌هایی که برای دولت‌های خود تعریف کرده‌اند ممکن است به عناصر یا ویژگی‌هایی از نسل‌های مختلف حقوق اداری نیاز پیدا کنند و در این انتخاب و بازتعریف باید دقت کرد که برخی ویژگی‌ها یا ایده‌های موجود در نسل‌های مذکور، ماهیتاً با یکدیگر ناسازگار هستند، برای مثال، مکانیزم نظارتی دستور و کنترل مبتنی بر سلسله‌مراتب اداری هرمی با ایده‌های حکمرانی شبکه‌ای که در نسل سوم مورد استفاده قرار گرفته‌اند همخوان نیست.

همچنین به نظر می‌رسد با عبور از اندیشه‌های نولیبرالی در مورد دولت و رجحان مکانیزم بازار که در ادبیات کنونی با عنوان اندیشه‌های پسا مدیریت دولتی نوین^۱ شناخته می‌شود و ایده‌هایی نظیر خدمات عمومی نوین^۲ و دولت نئووبری^۳ را در بر می‌گیرد، در آینده شاهد ظهور نسل جدیدی از حقوق اداری، متناسب با ایده‌های مذکور باشیم. به‌علاوه، ظهور کاستی‌های عدیده در تلقی بازارگرایانه از دولت، موجب شده تا بسیاری از حامیان آن در دیدگاه‌های خود تجدیدنظر کنند^۴ و این تجدیدنظر در مورد دولت و نقش آن، منجر به

1-Post new public management

2-New public service

3-Neo-weberian state

4. برای مثال ن. ک. Christopher Hood and Ruth Dixon (2015), a government that worked better and cost less?, oxford university press.

تجدیدنظر در مورد حقوق اداری نسل سوم نیز خواهد شد. در این میان، ظهور بحران‌های مالی نظیر بحران مالی سال ۲۰۰۸ و ۲۰۰۹ نیز به طور معکوس بر روند قبلی در ارتباط با نقش دولت و حقوق اداری اثر داشته اند اما به باور ناپولیتانو، هنوز نمی‌توان گفت که موجب کنار گذاشتن کامل رویکرد قبلی در نسل سوم حقوق اداری شده باشد. به بیان او حدود دو دهه قبل، بسیاری از دولت‌ها به این نتیجه رسیده بودند که ارائه مستقیم خدمات و کالاها توسط خودشان را متوقف کنند و بنگاه‌های دولتی به بخش خصوصی واگذار شود و کمک‌های دولتی نیز ممنوع شده و یا بسیار کنترل شود، درحالی‌که بحران مالی ۲۰۰۸ و اتفاقات متعاقب با آن، موضوع شکست بازار را مجدداً یادآوری نمود و نقش اساسی دولت در اقتصاد را گوشزد کرد و تقریباً در تمام کشورها میزان اثرگذاری و مداخله بخش عمومی و همچنین محدوده حقوق اداری را توسعه و افزایش داده و ضرورت واکنش سریع به بحران‌های اقتصادی و مالی، تا حد زیادی سبب افزایش قدرت مجریان دولتی شده است. به این ترتیب می‌توان ادعا کرد حرکتی که از دهه ۸۰ و ۹۰ میلادی برای سبک‌سازی مقررات‌گذاری، مقررات‌گذاری مشارکتی و خودتنظیم‌گری آغاز شده بود، امروزه با شکست روبه‌رو شده و همین شکست، بازتعریف دولت و مسئولیت آن در مسائل اقتصادی و اجتماعی را ضروری ساخته است، به‌علاوه با عنایت به آثار و تبعات بحران مالی در سطح جهانی و برای کشورهای دیگری که مستقیماً درگیر بحران نبودند، تقاضاها برای مقررات‌گذاری مؤثرتر در سطح جهانی افزایش پیدا کرده است؛ زیرا این باور شکل گرفته که بسیاری از شکست‌ها در مقررات‌گذاری در سطح جهانی ناشی از واگذاری بسیاری اختیارات و تصمیم‌گیری‌ها به مقررات‌گذارهای خصوصی و غلبه مکانیزم‌های حقوقی نرم و ضعیف و مقررات‌زدایی از تصمیمات است.^۱ به این ترتیب دور از انتظار نخواهد بود که در آینده نزدیک شاهد ظهور نسل جدیدی از حقوق اداری باشیم که در آن دیگر شهروندان به‌مثابه مشتریان دولت و خدمات عمومی نگریسته نمی‌شوند و ضمن حفاظت از حقوق شهروندان، کارایی و اثربخشی اداره را نیز محدود نکرده و مشارکت شهروندان و بخش خصوصی بر پاسخ‌گویی دولت و رعایت حقوق افراد سایه نمی‌اندازد.

باید توجه کرد که به گفته آمان، در شرایط کنونی، افزایش اتکای دولت به بخش خصوصی و در حقیقت واگذاری وظائف یا کارکردهای عمومی دولت به بخش خصوصی به طور معکوسی موجب کاهش مشارکت عمومی شده و حاکمیت گفتمان بازار به طرز

1-Napolitano, Giulio (2010), The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law, in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited, pp.589.

قابل توجهی نقش ارزش‌ها غیراقتصادی در فرآیندهای تصمیم‌گیری را محدود کرده است.^۱ اینها مواردی است که در هرگونه بازنگری در نظم حقوقی فعلی باید مورد ملاحظه قرار گیرند.

به طور خاص در مورد حقوق اداری حاکم بر دستگاه‌های اداری ما نیز باید گفت از یک سو قانون‌گذاران و سیاستگذارها طی سال‌های گذشته تلاش کرده‌اند تا هم‌سو با موج «مدیریت دولتی نوین» در بسیاری از کشورها، دستگاه‌ها و قوانین اداری ما را بازنگری نمایند که برای مثال می‌توان به قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ اشاره کرد که براساس مفروضات نولیبرالی و فرض دولت تنظیم‌گر تدوین و ساختاردهی شده است^۲ و از سوی دیگر در اصول متعدد قانون اساسی ما نظیر اصل سوم، بیست‌ویکم، بیست‌ونهم، سی‌ام، سی‌ویکم و چهل‌وسوم، وظائف و نقش‌هایی برای دولت ج.۱۱. ذکر شده که با مفروضات زیربنایی مدیریت دولتی نوین سازگاری ندارد. به این ترتیب به نظر می‌رسد با کاهش کاربردپذیری چنین تلقی از دولت، وظائف و نقش‌های آن، استفاده کامل از زیرساخت حقوقی متناسب با آن در اداره، یعنی حقوق اداری نوین (نسل سوم حقوق اداری) نیز تاحدودی زیر سؤال رود. با این حال باید توجه داشت که نظم حقوقی نسل اول که شاید بتوان به دلیل ویژگی‌هایش، نظم وبری نامید، دیگر با اقتضائات تحولات محیطی کنونی برای ایجاد اداره‌ای کارآ و اثربخش که هم‌زمان، حقوق شهروندان را نیز پاس می‌دارد، تناسب نداشته و حتماً نیاز به تجدیدنظر دارد؛ البته ما معتقدیم تازمانی که به اندیشه‌ای روشن، توافق شده و سازگار با اصول قانون اساسی در مورد دولت و نقش آن در امور اقتصادی و اجتماعی دست پیدا نکنیم، نظم حقوقی اداری متناسب با آن را نیز نمی‌توان به‌روشنی تعریف و طراحی نمود.

2-Aman Jr. Alfred c. "Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law", Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 10, No. 1 (Winter 2003): 125.

۲. ن.ک. طهرانی و همکاران، ۱۳۹۳ و فروزنده دهکردی، ۱۳۸۷.

فهرست منابع

مقالات

الف. فارسی

۱. طهرانی، مریم و همکاران (۱۳۹۳)، «قانون مدیریت خدمات کشوری (اصول، مبانی و راهبردهای پیشنهادی)»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال بیست و یکم، شماره هفتادونه، ۱۸۵-۲۲۲
۲. فروزنده دهکردی، لطف الله (۱۳۸۷)؛ «بررسی نقش تئوری‌های نوین مدیریت در قانون مدیریت خدمات کشوری»، نشریه علمی پژوهشی مدیریت فردا، شماره ۱۹، ۳۳-۲۱

ب. انگلیسی

3. Aman Jr. Alfred c.(2003), Globalization, Democracy, and the Need for a New dministrative Law, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 10, No. 1 (Winter 2003), pp. 125-155.
4. Barnes,Javier (2010), TOWARDS A THIRD GENERATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES, in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited.
5. Cassese,sabino (2012), New paths for administrative law: A manifesto, International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, July 2012, 603-613.
6. Daft, Richard L. (1998), Essentials of Organization Theory and Design, South-Western College press.
7. Hood, Christopher and Dixon, Ruth (2015), a government that worked better and cost less?,oxford university press.
8. Napolitano, Giulio (2010), The role of the State in (and after) the financial crisis: new challenges for administrative law, in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited.
9. Rose-Ackerman, susan (2010), Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, Inc.
10. Shapiro, Martin (2010), A comparison of US and European independent Agencies, in Comparative Administrative Law, Edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth Published by Edward Elgar Publishing Limited.



مطالعه تطبیقی حق اداره خوب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران با تأکید بر دو اصل قانونی بودن و تناسب

زهره رحمانی*

چکیده

از آنجاکه حقوق افراد نقش محوری در سیستم‌های اداری مدرن سراسر جهان دارد، پرداختن به مفهوم، تحلیل محتوا و ماهیت حقوقی اداره خوب از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. حق اداره خوب، به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین افراد جهت حمایت از آنان در برابر نهادهای اداری لحاظ می‌شود که برای اولین بار در منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا مطرح گردید. در همین راستا تصویب «کد اروپایی رفتار خوب اداری» توسط پارلمان اروپا در سال ۲۰۰۱، منبع مهمی است برای درک معنا، اصول و محورهای آن، که دادگاه‌های اروپا در تلاش برای رعایت آن هستند. برای روشن کردن اهمیت اداره خوب، توجه ویژه‌ای باید به اصول اداره خوب داشت که هریک این اصول، از تضمینات اساسی علیه سوءاستفاده از قدرت محسوب می‌شوند که در این پژوهش به دو اصل بسیار مهم «قانونی بودن» و «تناسب» پرداخته شده است. یافته‌های پژوهش حاضر که به روش توصیفی و تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته، آن است که در کد اروپایی رفتار خوب اداری این اصول به‌صراحت مورد اشاره قرار گرفته و از این رو در ساختار کشورهای عضو اتحادیه اروپا تا حدود زیادی مورد عمل و توجه قرار گرفته است؛ اما در نظام حقوقی ایران به دلیل نداشتن قانون اداری، برخی از این اصول مورد شناسایی و عمل قرار نگرفته، هرچند در رویه دیوان عدالت اداری در برخی موارد به این اصول توجه شده است.

کلیدواژه‌ها:

اصل تناسب، اصل قانونی بودن، حق اداره خوب، رفتار خوب اداری.

*. دکترای تخصصی حقوق عمومی، استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، بندر انزلی، ایران

مقدمه

در عصر حاضر، توسعه و تحول حقوق اداری سبب پدیداری مفاهیم نو در این عرصه گردیده است. ازجمله این مفاهیم نوپدید می‌توان به «حق اداره خوب»^۱ اشاره کرد که به‌عنوان یک حق شهروندی در قوانین و مقررات بسیاری از نظام‌های حقوقی به‌صراحت و یا به‌طورضمنی مورد شناسایی قرار گرفته است.

از آنجایی که اصول کلی حق به اداره خوب و مطلوب به صورت شکلی و ماهوی، ریشه در حقوق بنیادین شهروندان دارد، استخراج و فراهم نمودن زمینه، جهت اجرای این اصول قطعاً بر عملکرد دستگاه‌های اجرایی تأثیرگذار خواهد بود. در پاسخ به این سؤال که اصول مربوط به اداره خوب، در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران کدامند و آیا سازوکارهای لازم برای تضمین رفتار خوب اداری پیش‌بینی شده است یا خیر، باید اذعان داشت که این اصول شامل اصل برابری و منع تبعیض، اصل قانونی بودن، اصل تناسب، اصل انتظارات مشروع، اصل شفافیت، حق استماع، بی‌طرفی و نفی جانبداری، اصل الزام به ارائه دلائل و مبنای تصمیم اداری و غیره می‌باشد که در کد اروپایی به‌صراحت به طرح آنها پرداخته شده و تضمینات لازم نیز در این زمینه لحاظ گردیده است، اما در نظام حقوقی ایران برخی از این اصول هنوز، آن‌چنان که باید، شناخته‌شده نیستند.

در پژوهش حاضر، با مطالعه تطبیقی کد اروپایی رفتار خوب اداری، مصوب پارلمان اروپا در سپتامبر سال ۲۰۰۱، با نگاهی به کاربرد این اصول در ساختار اتحادیه اروپا، به واکاوی این اصول در نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت. بی‌تردید با درک صحیح و روشن از اصول و استانداردهای ارزشمند حق به اداره خوب و تلاش در جهت اعمال این اصول در حقوق اداری می‌توان به بهره‌مندی شهروندان از اداره خوب امیدوار بود و به تحقق سلامت اداری و مقابله با فساد گسترده اداری دست یازید. در کد اروپایی رفتار خوب اداری که از ۲۷ ماده تشکیل شده، به‌روشنی اصول کلی رفتار خوب، به‌عنوان اصولی بنیادین و مطلوب در حقوق اداری لحاظ گردیده است. در نظام حقوقی ایران، به دلیل فقدان قانون اداری، مجموعه‌ای مدون به شکلی که در کد اروپایی وجود دارد، به چشم نمی‌خورد؛ هرچند در منشورهای اخلاقی ادارات که کارمندان موظف به رعایت آن هستند، چیزی شبیه به این یافت می‌شود و در رویه دیوان عدالت اداری نیز در مواردی به این اصول صریحاً یا به‌طورضمنی پرداخته شده است.

هدف اصلی و اساسی از کاربرد این اصول، تضمین رعایت و احترام به حقوق شهروندی است که لازمه این امر نظارت قضایی بر اعمال و تصمیمات مقام اداری، از جانب مرجع ذیصلاح و مستقل می‌باشد. این اصول قطعاً می‌تواند راه‌حل‌های مطلوب و مناسبی جهت انتظام و توازن بین اقتدار عمومی از طریق تنظیم و تحدید آن و حقوق و آزادی‌های افراد از طریق تضمین و رعایت آن ارائه دهد و به اثربخشی و کارآمدی اداره و درنهایت تحقق حکمرانی خوب، یعنی مدیریت مطلوب بر منابع بیانجامد.

گفتار اول. حق اداره خوب

برای ورود به مباحث اصلی پژوهش حاضر و به منظور درک و فهم عناصر اصلی آن، در ابتدا لازم است نگاهی به مفهوم و پیشینه اداره خوب داشته باشیم.

بند اول. مفهوم حق اداره خوب

هرچند تعریف دقیقی برای «حق اداره خوب» وجود ندارد و دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه مطرح شده است، اما می‌توان اداره خوب را به‌عنوان ابزاری برای تحقق حاکمیت قانون و تقویت شفافیت و کارآمدی در ادارات تلقی شود.

«منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا»^۱، این اصل را به‌عنوان یکی از حقوق بنیادین افراد در نظر گرفته است، هرچند دادگاه‌های اتحادیه اروپا، بین مؤلفه‌ها و محورهای فرعی این اصل، برای ایجاد درک درستی از ویژگی‌های آن، تمایز قائل هستند.^۲

مفهوم اداره خوب در سیستم حقوقی اتحادیه اروپا، همچنان در حال تحول است. شاید بهترین برداشت از این عبارت آن است که اداره خوب، همچون چتری تصور می‌شود که دربرگیرنده حق‌ها، قواعد و اصول راهنمای رویه‌های اداری است.^۳

1-The Charter of Fundamental Rights of the European Union

2-Mustafa, A. (2017), Comprehension of the principle of good administration in the framework of EU administrative law, Vol.3, NO.1, P.260

3-Hofmann, H. C. H. (2014), General principle of EU law and administrative law, in: c. barnard and s. peers (eds.) European union law, oxford university press, (forthcoming), P.20

از آن جهت که در حال حاضر، در سراسر جهان، حقوق افراد نقش محوری در سیستم‌های اداری مدرن بازی می‌کند، حق به اداره خوب، درواقع حاکی از حمایت اطمینان بخش از افراد و شهروندان درخصوص ارتباط آنان با نهادهای و کارگزاران اداری است.

در این میان، شناسایی اصول اداره خوب، به هدف حمایت قانونی از افراد در مواجهه با سازمان‌ها و مقامات عمومی، منجر به تحقق رویه‌های اداری باز، ایمن و قابل پیش‌بینی خواهد شد.^۱ در حقوق اتحادیه اروپا نیز اداره خوب به‌عنوان ابزاری برای تحقق «شفافیت»^۲، «قطعیت حقوقی»^۳ و «پیش‌بینی»^۴ در رویه‌های اداری تلقی می‌شود.^۵

به طور کلی اداره خوب بیشتر در چارچوب قوانین و مقررات رویه‌ای ایجادشده در حوزه حقوق اداری، مورد استناد قرار می‌گیرد. اما در مفهوم گسترده‌تر، از آنجایی که اقدامات اداری نه‌فقط از نظر رویه‌ای باید کارآمد و مؤثر باشند، بلکه از جنبه ماهوی نیز باید صحیح باشند، اداره خوب می‌تواند به‌طور کلی به معنای مشروعیت دولت درک شود.^۶

بنابراین مفهوم اداره خوب را می‌توان به‌عنوان مجموعه‌ای در نظر گرفت که هم اصول ماهوی و هم اصول رویه‌ای را در خود جای می‌دهد. بر این اساس، نظام مطلوب اداری، تضمین‌کننده مشروعیت و نیز کیفیت تصمیمات اداری است. در این نظام، حقوق شهروندان تضمین شده و به مشارکت در تصمیم‌گیری‌های اداری تشویق و ترغیب می‌شوند. در چنین نظامی، اداره خوب با اجتناب از رویه‌های غیرمعقول، پیچیده و طولانی‌مدت، سبب ارتقای شفافیت و پاسخ‌گویی می‌شود. درواقع کارکرد اداره خوب، ارتقاء اعتماد اجتماعی به دستگاه‌های عمومی است، که این امر می‌تواند ثبات سیاسی و اجتماعی را نیز در پی داشته باشد.

1-Negrut, V. (2011), Europeanization of public administration through the general principles of good administration, The Acta u.danubius Jur., P.6

2-Tranparency

3-Legal certainty

4-Predictability

5-Mustafa, A. (2017), Ibid, P.259

6-Op.cit, P.260

برخی اداره خوب را استفاده کارآمد و مؤثر از منابع اقتصادی، استفاده از اختیارات قانونی، طبق آیین دادرسی اداری و ممنوعیت اداره بد یا سوءمدیریت لحاظ می‌کنند.^۱ در این میان، قوانین و مقررات اداری نقش مهمی در اجرای قوانین مربوط به حمایت از حقوق بنیادین حمایت‌شده توسط قوانین اساسی و سایر قوانین بالادستی دارد. هدف قواعد و مقررات اداری چیزی نیست جز رسیدن به حق ذاتی مورد بحث در یک مورد خاص.^۲

بند دوم. پیشینه ی حق اداره خوب

حق به اداره خوب در ماده ۴۱ منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا، و در رویه دستگاه‌های عمومی اتحادیه اروپا و حتی در رویه داخلی کشورهای عضو به کار رفته است.

درابتدا، در رسیدگی‌های اداری در نهادها و اداره‌های جامعه اروپا، اصل اداره خوب وجود نداشت. اما بعدها این اصل به تقاضای برخی اشخاص خصوصی از دیوان اروپایی عدالت، مبنی بر مطالبه خسارت از ادارات عمومی مطرح شد. در این زمینه دیوان باید به بررسی این نکته می‌پرداخت که آیا استانداردها و معیارهای رویه‌ای در دعاوی اداری رعایت می‌شود یا خیر. بعدها دیوان پس از یک پروسه طولانی، مفهوم اداره خوب را به‌عنوان یک اصل کلی در جامعه اروپا مطرح کرد.^۳

البته اولین گام برای تدوین مفهوم اداره خوب و تبیین آن به‌عنوان یک حق، توسط اولین آموذمان اروپا «ژاکوب سدرمن»^۴ صورت گرفت که وی در جلسه رسیدگی عمومی در سال ۲۰۰۰، قبل از تدوین پیش‌نویس منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا، در پایان رسیدگی عنوان کرد که به‌منظور تحقق حکمرانی خوب، در بین سایر حقوق بنیادین کلاسیک، باید به ایجاد یک اداره خوب، به‌عنوان یک حق شهروندی اهتمام شود.^۵

1-Gnes, M. (2019), Basic principles of administrative procedure according to EU law and their influence on national administrative procedural laws, university of Urbino, Italy, Bruxelles. P.13

2-Kristjansdohir, M. V. (2013), Good administration as a fundamental right, Islandic review of politics and administration, Vol.9, Issue.1, P.238

3-Lanza, E. M. (2010), The right to good administration in the European union. Roots, rations and enforcement in antitrust case-law. P.479

4-Jacob Soderman

5-Lanza, E. M. (2010), Ibid, P.480

در ماده ۴۱ منشور در خصوص حق به اداره خوب چنین مقرر شده است:

- (۱) هر شخص حق دارد که امور او با بی طرفی، به شکل منصفانه و در مدت زمان معقول توسط نهادهای اتحادیه رسیدگی شود.
- (۲) این حق شامل حق استماع شخص، حق دسترسی به محتویات پرونده با رعایت منافع قانونی، محرمانه بودن و رازداری حرفه‌ای و تجاری و تعهد اداره به ارائه دلایل تصمیم‌گیری خود می‌باشد.
- (۳) هر شخص حق دارد که خسارات وارده به او از طرف نهادها یا مقامات اداری در انجام وظائفشان، طبق اصول کلی مشترک در کشورهای عضو، جبران شود.

در تعریف ارائه شده توسط آموذمان آمده است: «اگر مؤسسه یا نهادی از جامعه اروپا طبق مقررات الزام آور اتحادیه عمل ننماید، یا اگر نتواند قواعد تثبیت شده دیوان عالی عدالت یا دادگاه‌های بدوی را رعایت نماید، این امر نشان از اداره بد یا سوءمدیریت است. به عبارتی اداره بد زمانی محقق می‌شود که نهادها و دستگاه‌های عمومی طبق قواعد و اصول الزام آور عمل نمایند.^۱

همچنین اداره بد و سوءمدیریت در اثر عدم رعایت اصول و مؤلفه‌های اداره خوب، می‌تواند منجر به نارضایتی شهروندان شود. بی شک تحقق حقوق و منافع شهروندان و ایجاد و حفظ اعتماد شهروندان در گرو اداره خوب و ارائه خدمات اداری توسط نهادهای عمومی است که این امر تأثیر مستقیم بر بهبود سطح زندگی شهروندان خواهد داشت.

گفتار دوم. کد اروپایی رفتار خوب اداری

کد اروپایی رفتار خوب اداری مصوب پارلمان اروپا در سال ۲۰۰۱، مشتمل بر ۲۷ ماده است که ۲۴ ماده آن به اصول مختلف رفتار خوب اداری پرداخته و کاربرد آن برای همه مقامات، کارمندان، نهادها و ارگان‌های اتحادیه و به منظور تعامل آنان با مردم و شهروندان می‌باشد.

بند اول. زمینه‌های تصویب کد اروپایی

1-Gnes, M. (2019), Ibid, P.14

برای بررسی زمینه‌ها و پیشینه تصویب کد اروپایی رفتار خوب اداری، لازم است به سند تأسیس اتحادیه اروپا یعنی معاهده ماستریخت نگاهی داشته باشیم. در این معاهده به پایه‌ریزی دفتر آمبودزمان اروپایی، جهت مبارزه با اداره بد یا سوء مدیریت در خصوص فعالیت‌های نهادها و ارگان‌های جامعه اروپا اشاره شده است. در این زمینه، به ارتقاء اداره خوب، از طریق آمبودزمان، جهت تقویت روابط بین اتحادیه اروپا و شهروندان تأکید شده است.

از زمان آغاز به کار دفتر آمبودزمان در سپتامبر سال ۱۹۹۵، تلاش‌های زیادی برای ارائه تعریف اداره بد، براساس رویه دیوان عدالت اروپایی و اصول حقوق اداری اروپا صورت گرفته است. در این زمینه، قوانین و مقررات ملی نیز منبع ارزشمندی برای الهام‌بخشی در این حوزه بوده است. این کار با تهیه کد اروپایی رفتار خوب اداری ادامه یافت و سر انجام به تصویب آن منجر گردید.^۱

البته ایده تدوین کد اروپایی اولین بار در سال ۱۹۹۸ توسط نماینده پارلمان «ری پری»^۲ پیشنهاد شد. در این راستا، آمبودزمان اروپا پس از بررسی‌های دقیق، متنی را تهیه نمود که در قالب گزارشی به پارلمان اروپا ارائه گردید و بر این اساس قطعنامه صادره از پارلمان، درواقع از طرف آمبودزمان ارائه شده است، با برخی تغییرات که توسط «ری پری»، گزارشگر کمیته درخواست‌های پارلمان اروپا پیشنهاد شده است.^۳

در منشور حقوق بنیادین اتحادیه اروپا که در اجلاس «نیس»^۴ در دسامبر سال ۲۰۰۰ به تصویب رسید، به حق اداره خوب و حق دادخواهی نزد آمبودزمان، علیه اداره بد و سوءمدیریت اشاره شده است، اما کد اروپایی رفتار خوب اداری، درواقع درصدد ذکر جزئیات بیشتر حق اداره خوب بوده است. این کد، شهروندان و کارمندان را مورد خطاب قرار داده و احقاق حق شهروندان توسط دولت و رعایت اصول اداره خوب توسط مقامات اداری در انجام فعالیت‌هایشان را مورد تأکید قرار داده است که اجرای کامل کد مربوطه، سبب تقویت و ارتقاء اعتماد شهروندان به نهادها و ارگان‌های اتحادیه اروپا می‌شود.

1-The European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behavior(2001), office for official publications of the European Communities, L-2985 Luxembourg, P. 2

2-Roy Perry

3-The European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behavior(2001), Ibid, P. 3

4-Nice

در جریان مذاکرات نمایندگان پارلمان اروپا در خصوص تصویب کد اروپایی رفتار خوب اداری، دو موضوع مهم مورد تأکید قرار داشت، یکی ترویج و ارتقاء قانون و دیگری احترام به شهروندان و رعایت حقوق آنان که کد مربوط می‌تواند ابزاری مفید برای پیشبرد این دو هدف مهم باشد.^۱

بر این اساس، کد اروپایی رفتار خوب اداری منبع بسیار ارزشمندی است برای درک اصول اداره خوب و اهمیت آنها و مبنایی است برای اداره درست امور عمومی در عمل، که نهادها و ارگان‌های اتحادیه اروپا و ادارات و مقامات آن باید در روابط خود با مردم، آن را رعایت نمایند.

بند دوم. محتوای کد اروپایی

اداره خوب باید مبتنی بر اصولی باشد که به‌عنوان مبنای انجام فعالیت‌های دستگاه‌های اداری مدنظر قرار گیرد. هدف از اداره خوب، ارائه بهترین خدمات به شهروندان با رعایت منافع عمومی و تحقق حقوق آنان، توسط نهادهای اداری است.

اداره خوب به‌عنوان یک چهارچوب مفهومی، مجموعه‌ای از حقوق، قواعد و اصول راهنمای رویه‌های اداری است که به‌منظور تضمین عدالت رویه‌ای، پایبندی اداره عمومی به حاکمیت قانون و توسعه آن ارائه گردیده است.^۲

برخی از اصول اشاره شده در کد اروپایی رفتار خوب اداری عبارت‌اند از: اصل قانونی بودن، اصل عدم تبعیض، اصل تناسب، اصل بی‌طرفی و استقلال، عدم سوءاستفاده از قدرت، حق استماع، اصل انتظارات مشروع، اصل الزام به ارائه دلایل تصمیم‌گیری، دسترسی به اطلاعات

و شفافیت و غیره؛ در این راستا، اداره خوب فرآیندی است برای صدور و اجرای اقدامات اداری که تحقق آن از طریق رویه‌های مبتنی بر حاکمیت قانون، با تمرکز بر مسئولیت‌پذیری و حکومت شفاف و با توسل به اصول و مؤلفه‌های آن امکان‌پذیر می‌باشد.

1-The European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behavior(2001), office for official publications of the European Communities, L-2985 Luxembourg, P. 2

2-Suprenal, J. (2011), Good Administration in European Administrative Law, Institute of Administrative Studies, University of Wrocław, P.2

علاوه بر این اصول، این سند همچنین حاوی مقرراتی درباره اخلاق اداری است. تعهد انتقال سند به نهادهای و ارگان‌های ذی‌صلاح، حفظ سوابق فعالیت‌ها و مکاتبات و ضرورت انتشار برخی اطلاعات و غیره از جمله این مقررات هستند.^۱

امروزه هدف اصلی نهادهای عمومی ارتقاء حکمرانی خوب به عنوان ابزار اصلی برای توسعه دولت به سمت دموکراتیزه شدن، شفافیت، کارآمدی، کارآیی و ساده سازی رویه‌های اداری است. این اصول در طی مراحل اداری، قطعاً بر کاهش فساد، رعایت حقوق شهروندان، بهبود خدمات عمومی، پاسخ‌گویی دولت، اصلاحات بخشی و ثبات دولت به طور کلی تأثیرگذار است.

در ادامه با توجه به اهمیت اصل «قانونی بودن»، از آن جهت که این اصل پایه و اساس هر نظم حقوقی محسوب شده و در حوزه حقوق اداری نیز اساساً تعیین کننده قواعد آن می‌باشد و تمام فعالیت‌های اداری باید مبتنی بر هنجارهای قانونی باشد. «اصل تناسب» که یکی از مهم‌ترین ابزارهای کنترل تصمیمات اداری به‌ویژه در حوزه صلاحیت‌های اختیاری بوده و بر این فرض استوار است که عمل و اقدام اداری نباید فراتر از آن چیزی باشد که برای دستیابی به نتیجه مطلوب لازم است، به بررسی این دو اصل در ساختار اتحادیه اروپا و نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود.

گفتار سوم. بررسی تطبیقی دو اصل قانونی بودن و تناسب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران

مطالعه تطبیقی سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف و آشنایی با نقاط قوت و ضعف آنها و در نهایت اقتباس و الگوبرداری از نقاط برجسته و مثبت این سیستم‌ها از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در حوزه حقوق اداری با توجه به فقدان یک مجموعه منسجم و مدون، به نظر این امر اهمیت دوچندان می‌یابد. در این بخش از پژوهش حاضر به مطالعه تطبیقی دو اصل مهم قانونی بودن و تناسب در کد اروپایی رفتار خوب اداری و نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

1-Batalli, M. & Fejzullahu, A. (2018), Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior, Pecs Journal of International and European Law, P.31

بند اول. اصل قانونی بودن^۱

این اصل، امروزه به عنوان معیار و مبنای اصلی حاکم بر حقوق در تمامی حوزه‌ها مطرح می‌باشد. برداشت حداقلی از این اصل آن است که اداره، اختیارات خود را بر اساس قوانین کلی و از پیش مستقر موجه نماید. اصل حاکمیت قانون در حقوق اداری مبنای تشکیل، تصمیم‌گیری و فعالیت اداره می‌باشد که در پرتو آن صلاحیت مقامات اداری تعیین و محدوده آن نیز معین می‌گردد.

اصل حاکمیت قانون، اصل کلاسیک حقوق اداری است. در وهله اول، می‌توان اذعان داشت که این اصل، به عنوان تحدیدی بر توسعه اصول حقوق اداری تلقی می‌شود، درحالی‌که اصل مذکور، در حال حاضر، بخش مهمی از حقوق اداری مدرن و یکی از اصول بسیار مهم انتظام‌بخش امور اداری است.^۲

اصل حاکمیت قانون، بنیادی‌ترین پایه نظام‌های حقوقی معاصر است. به دیگر سخن، قانون، برتر و بالاتر از هر چیزی بوده و اقتداری بالاتر از اقتدار قانون وجود ندارد.^۳ این اصل مانع استفاده خودسرانه از قدرت و سوءاستفاده از آن بوده و علاوه بر آن تضمینی است جهت حفظ، رعایت و ارتقاء حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان و دسترسی بیشتر به عدالت. بر این اساس نقض این اصل، دلیل موجهی برای ابطال تصمیمات و اقدامات مقامات اداری از طریق کنترل قضایی خواهد بود. نقض این اصل در صورت فقدان صلاحیت قانونی و یا خروج از حدود اختیارات مقام اداری محقق می‌شود. البته این نقض اصل حاکمیت قانون در معنای مضیق آن است. در معنای موسع، غیرقانونی بودن، می‌تواند نقض بی‌طرفی، فقدان استماع منصفانه، عدم ارائه دلایل تصمیم اداری و مواردی از این دست نیز تلقی شود.

درواقع، مبنای سنتی کنترل قضایی اقدامات و اعمال اداری، نظریه «خروج از صلاحیت»^۴ است که به‌طور خلاصه بدین معناست که نهاد عمومی از عمل و اقدام خارج از صلاحیت خود ممنوع شده است. این امر ویژگی کلیدی حقوق اداری است. خروج از حدود اختیارات

1-Lawfulness

2-Ranjan, V. (2010), Rule of law and modern administrative law, RGSOIPL, IIT Kharagpur, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1761506>, P.1

3-Rule of Law (www.Lawnotes.ir)

4-Ultra Vires

نهادهای اداری، به‌طور سنتی می‌تواند در سه شکل بیان شود: «اقدام فراتر از اختیارات»^۱، «سوءاستفاده از اختیار»^۲ و «نقض قواعد رویه‌ای»^۳،^۴

مفهوم خروج از صلاحیت مبتنی بر این فرض است که قانونگذار، صلاحیت اختیاری را به‌منظور دستیابی به اهداف معینی، به مقام عمومی اعطا می‌کند و هرگونه اقدام ناسازگار با خواست و اراده قانونگذار، عملی غیرقانونی است.

اصل قانونی‌بودن، یکی از مهم‌ترین دست‌آوردهای دولت مدرن است، دولتی که با حاکمیت قانون اداره می‌شود. این اصل نشأت گرفته از قانون اساسی در تمام دموکراسی‌هاست و امروز اهمیتی کمتر از آنچه در زمان آغاز دولت‌های دموکراتیک مدرن داشته است، ندارد. اما آنچه تغییر و تحول یافته، شناخت نقایص و نارسایی‌های دموکراسی در مشروعیت کارکرد ادارات عمومی است.^۵

در دوره مدرن، حاکمیت قانون، توسط آلبرت دایسی، حقوقدان و فیلسوف بریتانیایی، مطرح شده است. وی در اثر خود به سال ۱۸۸۵، برای حاکمیت قانون سه اصل مطرح می‌کند. اصل اول عبارت است از «برتری مطلق قانون»^۶ که به‌عنوان ویژگی محوری و مهم در نظام‌های حقوقی دنیا و فقدان هرگونه قدرت استبدادی و خودسرانه از پیش مسلط، تلقی می‌شود. تحقق این امر منوط به تبعیت اداره از قانون و پرهیز از خروج از حوزه اختیارات قانونی، توسط مقامات اداری است.^۷ از نظر «وید»^۸ استاد حقوق اداری، موجودیت حکومت مشروط به حاکمیت قانون است، نه اینکه موجودیت قانون وابسته و منوط به موجودیت حکومت باشد.

1-Excess of powers

2-Abuse of power

3-Violation of procedural rules

4-Wade, W. & Forsyth, Ch. (2004), administrative law, 9ed, New York. Oxford university press. P.2

5-Bugaric, B. (2004), Openness and transparency in public administration: challenges for public law, harvard law school library, wisconsin international law journal, Vol.22, No.3, P.483

6-Supremacy of Law

7-Marume, S. B. M. , Jubenkanda, R. R. , Namusi, N. C. & Madziyire, N.C. (2016), The Concept of the Rule of Law, IOSR journal of humanities and social science, Vol.21, Issue.3, P.86

8-William Wade.

اصل دوم حکومت قانون، «برابری در قانون»^۱ است که بر این اساس همگان باید مقید به قانونی واحد باشند. یعنی تمامی افراد و نیز متصدیان امور، صرف‌نظر از موقعیت رسمی و اجتماعی خود، تابع یک قانون باشند.^۲ دایسی با این تفسیر از اصل حاکمیت قانون، صراحتاً مخالفت خود را با ایجاد هرگونه دیوان یا دادگاه اختصاصی برای پرداختن به دعاوی مربوط به دولت و مستخدمان آن اعلام می‌دارد.

به گفته «لرد دنینگ»^۳ در حقوق انگلیس، به هیچ مأمور و کارگزاری اجازه داده نمی‌شود خود را در وراء مقررات حقوق اداری پنهان کرده و از این مقررات به‌عنوان سپری در برابر تخلفات خود استفاده کند.^۴

اصل سوم دایسی، اصل برتری و تفوق روح قانون و برتری دادگاه‌هاست^۵؛ یعنی اینکه حقوق اساسی باید بر مبنای تصمیم دادگاه‌ها باشد. وی حقوقی همچون حق آزادی شخصی و آزادی در مقابل بازداشت خودسرانه را، نتیجه احکام قضایی در انگلستان می‌داند. در این دیدگاه، از نظر وی قوانین اساسی نتیجه حقوق افراد هستند؛ نه منبع و منشأ آن.^۶

اما مهم‌ترین معیار اصل حاکمیت قانون، وجود منابع حقوقی مشخص است. برای نمونه «هارت»^۷ معتقد است که هر نظام حقوقی دربردارنده یک «قاعده بنیادین شناسایی»^۸ است که از سوی مقامات پذیرفته شده است. این قاعده، منابع معینی را به‌عنوان منابع حقوقی تعیین می‌کند. قاعده‌ای که از یک منبع مناسب سرچشمه می‌گیرد، معتبر است، صرف‌نظر از اینکه عادلانه یا ناعادلانه باشد.^۹ علاوه‌بر وجود منابع حقوقی، وجود سلسله‌مراتب میان منابع و سازوکارهای رعایت و تضمین سلسله‌مراتب قوانین، کلی‌بودن، انتشار، برابری در مقابل قانون و غیره نیز از شاخصه‌ها و معیارهای اصل حاکمیت قانون می‌باشد.

1-Equality before Law

2-Marume, S. B. M., Ibid, P.87

3-Lord Denning

4-Stephens, Ch. (2009), The jurisprudence of lord denning: A study in legal history, scholars publishing, Vol.2, P.89

5-Predominance of Legal Spirit

6-Marume, Ibid, P.87

7-H. L. A. Hart

8-Basic Rule of Recognition

۹. سیموندز، نیل ای. «فلسفه حقوق»، ترجمه محمد راسخ، درحق و مصلحت، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۳۶

لازم به ذکر است که اصل اول و دوم از حاکمیت قانون دایسی، تقریباً در جمله نظام‌های حقوقی به رسمیت شناخته شده، اما اصل سوم توسط بسیاری از حقوقدان‌ها زمان خود مورد اعتراض قرار گرفته است.^۱

بر این اساس، حاکمیت قانون از طریق قوانین و مقررات و دیگر استانداردها، صلاحیت اداره و مقامات آن را محدود می‌کند که البته برای ایجاد محدودیت موجه و مناسب باید قواعد و مقررات و استانداردهای کارآمد، مورد شناسایی قرار گیرند.^۲

متأسفانه پیچیدگی بیش از حد مقررات مدرن، غالباً مستلزم مداخله سریع و گسترده در یک حوزه خاص، در قالب مقررات اجرایی است که ممکن است همیشه با اهداف قانونی کاملاً مشخص و معین مطابقت نداشته باشد. این مسئله زمانی بغرنج‌تر می‌شود که حوزه وسیعی از اختیارات قانونی (صلاحیت تخییری) در تصمیم‌گیری برای مقام اجرایی در نظر گرفته شده است.^۳ در این زمینه، کارکرد عملی اداره عمومی، غالباً فراتر از اصل قانونی بودن است و این نهاد بدون مجوز صریح قانونگذار، مستقلاً از مرزهای قانونی تجاوز می‌کند که هیچ مشروعیتی برای آن ندارد.^۴

بر این اساس، همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، اهمیت اصل قانونی‌بودن در این برهه زمانی کمتر از زمان پیدایش دولت‌های دموکراتیک مدرن نیست، اما نواقص و نارسایی‌های دموکراسی در ایجاد مشروعیت کارکرد ادارات عمومی است که باید به نوعی رفع شوند.

نظریه و عمل حقوقی مدتی است که به دنبال راه‌حلی است که اگرچه قادر نیست نواقص و نارسایی‌های دموکراتیک را که مشروعیت اداره عمومی را تهدید می‌کند، کاملاً رفع کند، حداقل بتواند آن را کاهش دهد. این امر منجر به شکل‌گیری نظریه‌های متنوعی در حقوق اداری شده است که راه‌حلی را برای محدود کردن صلاحیت‌های تخییری قوه مجریه ارائه می‌دهد.^۵

1-Ranjan, V. (2010), Ibid, P.2

2-Vaughn, R. G. (2011), Transparency in the administration of law: The relationship between differing justifications for transparency and differing views of administrative law, American university international law review, Vol.26, Issue.4, P. 980.

3-Bugaric, B. (2004), Ibid, P.484

4-Op.cit, P.484

5-Ibid

سوءاستفاده از صلاحیت اختیاری، یکی از خطاهای مقام اداری است که در حوزه‌ای که آزادی عمل به وی داده شده است، به شیوه ناسازگار با اهداف موردنظر عمل کند. برخلاف حوزه خصوصی که فرد می‌تواند هدف اقدامات خود را انتخاب کند، در حوزه عمومی، مقام عمومی باید اهداف خاصی را که در زمره وظایف عمومی وی تعیین شده را تعقیب نماید و درواقع می‌توان اذعان داشت که هر صلاحیتی برای عمل در چهارچوب صلاحیت اختیاری، به‌منظور تعقیب اهداف خاص، توسط قانونگذار تعبیه شده است.^۱

چنانچه مقام اداری هدفی غیر از آنچه که قانون مشخص کرده است را دنبال کند، یا با شیوه‌هایی در پی پنهان کردن اهداف واقعی قانونگذار باشد، تصمیم وی غیر قانونی خواهد بود. درواقع، از چشم‌انداز کلی‌تر، اقدامات مقامات اداری باید با رعایت منافع عمومی انجام شود. در مواردی نیز ماهیت تخصصی و حرفه‌ای عملیات اداری، ممکن است به سوءاستفاده مقام اداری از اختیارات اعطاشده به وی، برای تحقق اغراض شخصی منجر گردد.

مسئله چگونگی محدود کردن صلاحیت‌های اختیاری قوه مجریه، یکی از موضوعات اساسی حقوق اداری است. راهحل‌ها گاهی اوقات بر لزوم قانونگذاری دقیق‌تر و گسترده‌تر تأکید می‌کند، بدین‌معناکه قانونگذار هر «وضعیت حیاتی»^۲ را پیش‌بینی کند و لزوم صلاحیت اختیاری مقامات اجرایی را رفع کند.^۳

این راه‌حل، غیرواقعی و عملی کردن آن غیر ممکن است؛ چراکه قوانین هرگز به نحوی نگاشته نمی‌شوند که اختیارات اجرایی مقامات اداری را کاملاً از بین ببرند. علاوه بر این، واقعیت آن است که قانونگذار، قابلیت و توانایی محدودی برای پیش‌بینی تمام وضعیت‌های حیاتی ممکن و ایجاد قوانین بی‌عیب و نقص را دارد. البته این تنها مشکل پیش‌روی مقام تقنین نیست، محدودیت دیگر در توانایی قانونگذار برای ایجاد و وضع قوانین کامل و جامع، سرعت تغییر در جامعه و تکنولوژی است. در دنیای جهانی‌شده، هم‌گام با سرعت ایجاد فن‌آوری‌های جدید و تغییرات پرشتاب آن، این امر بسیار دشوار به نظر می‌رسد. و به همین سبب، مقررات و قواعد مدرن، مستلزم سطح خاصی از استقلال و خودمختاری برای دولت است، چراکه فقط از این طریق است که می‌تواند با تغییرات در اجتماع همگام شود.^۴

1-Parchomiuk, J. (2018), Abuse of discretionary powers in administrative law, evolution on the judicial review models: from administrative morality to the principle of proportionality, research project, financed from funds of the national science center, Poland.(ref. UMD-2015/17/b/hs5/00430), P.455

2-Life Situation

3-Bugaric, B. (2004), Ibid, P. 485

4-Op.cit

اصل قانونی بودن در ماده ۴ کد اروپایی رفتار خوب اداری مورد اشاره قرار گرفته است. بر اساس این اصل «مقام اداری باید طبق قانون عمل کرده و مقررات و رویه‌های مقرر در قوانین اتحادیه اروپا را در تصمیم‌گیری‌ها و انجام امور اداری، اعمال کند. مقام اداری به‌ویژه باید در تصمیماتی که بر حقوق و منافع افراد تأثیرگذار است، قانون را ملاک عمل قرار دهد و محتوای تصمیمات نیز بر اساس قانون باشد».

برخی، اصل قانونی بودن را در سه عنصر فرعی مورد مذاقه قرار داده‌اند. «الزام (تبعیت از) اقتدار قانونی»^۱، «مفهوم صلاحیت»^۲ و «سوءاستفاده از اختیار»^۳.^۴ عنصر اول مبین آن است که اصل قانونی بودن، یک جنبه از اصل حاکمیت قانون و از ارزش‌ها پایه‌ای قوانین اساسی است و تأکید بر آن دارد که مقام اداری باید از قانون تبعیت کند و فقط مجاز به اتخاذ اقداماتی است که قانون معین کرده باشد. عنصر دوم، بر لزوم اقدام مقام اداری در محدوده اختیارات اعطاشده به اوست و اینکه وی نباید تفسیر نادرستی از محدوده اختیارات خود داشته باشد. یکی از اشتباهات و خبط‌هایی که معمولاً از مقام اداری سر می‌زند، تفسیر خطا و اشتباه از مقررات قانونی و عدم شناخت دقیق مرزهای صلاحیت اعطاشده به اوست. عنصر سوم نیز ناظر به طرح نظریه‌ای است که بر اساس آن قانون محدوده صلاحیت اختیاری مقام اداری را مشخص می‌کند و اقدامات نهادهای دولتی، اعمال نوعی قدرت با اهداف ویژه ذهنی است.^۵

در این زمینه در ماده ۷ کد اروپایی رفتار خوب اداری به «عدم سوءاستفاده از اختیار»^۶ اشاره گردیده و آمده است: «اختیارات باید صرفاً در راستای اهدافی که معین شده است، اعمال شوند. مقام اداری به‌ویژه باید از استفاده از اختیارات خود در جهت (تحقق) اهدافی که مبنای قانونی ندارد یا در راستای منافع عمومی نباشد، اجتناب نماید».

1-The requirement of authority

2-The concept of jurisdiction

3-The abuse of discretion

4-Herselman, L. S. (2014), Ibid, P.138.

5-Ibid .

6-Absence of abuse of power

برخی عناصر فرعی مهم حاکمیت قانون در سیستم اتحادیه اروپا، از نظر «هافمن» عبارتند از:

- قانونی بودن^۱: یکی از شروط حاکمیت قانون آن است که اقدامات نهادهای عمومی اتحادیه اروپا، طبق قانون و در چهارچوب آن انجام شود. این بدان معناست که ابتدا مبنایی قانونی (برای انجام امور عمومی) لازم است که می‌توان در قانون اساسی جست‌وجو کرد. به دیگر سخن، اقدامات مقامات عمومی باید بر مبنای قانون و توجیه‌پذیر بر اساس دلائل وضع‌شده در قانون باشد. و دوم آنکه نهادها و ارگان‌ها عمومی باید در محدوده اختیارات اعطاء‌شده به آنها عمل نمایند و از اقدامات فراقانونی اجتناب کنند و همین‌طور سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی باید به رسمیت شناخته شده و رعایت شود، به این ترتیب که، اعمال و اقدامات اداری نمی‌تواند قوانین اتحادیه در سطح بالاتر را نقض نماید.^۲

پیامد دیگر قانونی بودن، الزام به اعمال درست صلاحیت اختیاری است. در مواردی که برای مؤسسه یا نهادی صلاحیت اختیاری در نظر گرفته شده باشد، نهادهای یادشده باید برای تصمیم‌گیری، تمام عوامل مرتبط را در نظر بگیرند و از اقدام بر مبنای انگیزه‌های نادرست که منجر به سوءاستفاده از اختیارات آنان می‌شود، بپرهیزند و با حسن نیت عمل نمایند و از تعقیب اهداف نادرست اجتناب کنند.^۳

- شفافیت قانونی و نهادی^۴: شفافیت قانونی و نهادی برای اعمال حاکمیت قانون ضروری بوده و می‌تواند به‌عنوان پیش‌شرط ایجاد سیستم حقوقی و سیاسی پاسخ‌گو در نظر گرفته شود. اگرچه شفافیت دارای معانی و واقعیت‌های مختلفی است، اما در یک تفسیر مضیق می‌توان آن را به «باز بودن روند دادرسی»^۵، «دسترسی به اسناد»^۶ و «انتشار اقدامات مقامات»^۷ فرو کاست.^۸

- قطعیت حقوقی و حمایت از انتظارات مشروع^۹: این دو اصل از مفاهیم فرعی حاکمیت قانون محسوب می‌شوند و از معیارهای قانونی بودن اعمال اداری در حقوق اتحادیه اروپا شناخته شده است.

1. Legality

2. Hofmann, H. C. H. (2014), Ibid, P.14

3. Hofmann, H. C. H. (2014), Ibid, P. 15

4. Legal and Institutional Transparency

5. Openness of process

6. Access to document

7. Publication of official measures

8. Hofmann, H. C. H. (2014), Ibid, P.15

9. Legal certainty and the protection of legitimate expectations

قطعیت حقوقی، به‌عنوان یک اصل کلی در حقوق اتحادیه اروپا، مستلزم دو چیز است: اول، وجود قواعد حقوقی کاملاً روشن و معین که هدف از آن، تضمین این امر است که شرایط و روابط حقوقی تحت حاکمیت حقوق جامعه اروپا، پیش‌بینی‌پذیر باشد، و دوم آنکه مخاطبان قانون، برای برنامه‌ریزی اقدامات و اعمال خود طبق قانون، از قانون مطلع باشند.^۱

اصل حمایت از انتظارات مشروع نیز به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی، که از همان ابتدای تشکیل (CJEU)^۲ به رسمیت شناخته شده و ارتباط نزدیکی با قطعیت حقوقی دارد، این امکان را به افراد می‌دهد که به اعتبار اقدامات نهادهای اتحادیه اعتماد کنند.^۳

در نظام حقوقی ایران علاوه‌بر قانون اساسی به‌عنوان قانون بنیادین که در اصول متعدد خود به شاخصه‌های اصل حاکمیت قانون پرداخته است، در ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری، کارمندان دستگاه‌های اجرایی موظف شده‌اند که وظائف خود را در چهارچوب قوانین و مقررات عمومی و اختصاصی دستگاه مربوطه انجام دهند.

منظور از قوانین و مقررات عمومی، قانون در معنای عام یعنی قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات اجرایی دولت و غیره می‌باشد که جنبه کلی و عمومی دارد، و اما غرض از قوانین و مقررات اختصاصی آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و سایر سازوکارهایی ست که در هر دستگاه اجرایی جنبه اختصاصی داشته و برای کارمندان تحت نظارت خود قابلیت اجرایی دارد و ضمانت‌اجرای تخلف از قوانین و مقررات، پاسخ‌گویی به دستگاه اجرایی ذی‌ربط که از باب نظارت سلسله‌مراتبی بر کارگزاران اداری قابل طرح می‌باشد و نیز شکایت در مراجع قانونی که از این جهت باب نظارت قضایی بر کارمندان باز بوده و این افراد باید پاسخ‌گویی‌اعتنایی به امور مراجعین و نیز تخلف از قوانین و مقررات باشند.

در ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز به اصل قانونی‌بودن اعمال اداری و استثناء وارد بر آن اشاره شده است. بر اساس این ماده: «کارمندان دستگاه‌های اجرایی مکلف می‌باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند، اگر کارمندان حکم یا امر مقام مافوق را برخلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلف‌اند کتباً مغایرت دستور با قوانین و مقررات را به مقام مافوق اطلاع دهند.

1.Hofmann, H. C. H. (2014), Ibid, P.17

2.Court of Justice of European Union

3. Op.cit, P.20

در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجرای دستور خود را تأیید کرد، کارمندان مکلف به اجرای دستور صادره خواهند بود و از این حیث، مسئولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخ‌گویی با مقام دستوردهنده می‌باشد.

بر این اساس، اصل حاکمیت قانون را می‌توان اصلی انسان‌محور تلقی نمود که مقام اداری باید حفظ و پاسداری از حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد را محور تمام فعالیت‌های خود قرار دهد. درحقیقت حق به اداره مطلوب جزء حقوق اساسی و بنیادین شهروندان و ازجمله حقوق شهروندی افراد محسوب می‌شود.

بند دوم. اصل تناسب^۱

اصل تناسب یکی از اصول بسیار مهم حقوق اداری مدرن محسوب می‌شود. به موجب اصل تناسب در مفهوم موسع آن، اقدام دولت نباید بیش از آن حدی باشد که برای تحقق یک هدف عمومی مهم لازم است.^۲

فرهنگ حقوقی اروپا سه عنصر اصل تناسب را که از حقوق رویه‌ای آلمان ناشی شده و نظریه مربوط به قانون اساسی آن را مطرح می‌کند، «مناسب و سازگار بودن»^۳، «ضرورت»^۴ و «تناسب در مفهوم مضیق آن»^۵ در نظر می‌گیرد. مناسب‌بودن به این معنی است که اقدامات مقامات اداری، درعمل باید برای دست‌یابی به هدف مورد نظر صورت گیرند. ضرورت به معنای انتخاب معیاری است که کمترین دخالت را در حوزه حق‌های حمایت‌شده قانونی افراد داشته باشد، اما امکان دست‌یابی کامل به هدف مورد نظر را بدهد. تناسب در معنای مضیق، تعادل بین اهداف و منافع است، با در نظر گرفتن این نکته که تحت هر شرایطی منافع عمومی بر منافع خصوصی اولویت و تقدم دارد.^۶

الزام به وجود تناسب بین اهداف اداره و ابزار رسیدن به آن هدف، برای حفظ حقوق

1. Proportionality

۲. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، ج دوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، ص ۵۷۰

3. Suitability

4. Necessity

5. Proportionality in a strict sense

6. Parchomiuk, J. (2018), Ibid, P.471.

شهروندان، امروزه مورد توجه بسیاری از نظام‌های حقوقی می‌باشد. اینکه تدابیر انضباطی مستخدمین خاطی باید با میزان و نوع تخلفات آنها سازگاری و تناسب داشته باشد و نیز تأمین نیازهای همگانی افراد نمی‌تواند به نادیده گرفتن حقوق سایر افراد منجر شود، از مصادیق کاربرد اصل تناسب هستند. عدم اعمال این اصل توسط مقام اداری را می‌توان در معنای موسع غیرقانونی بودن تصمیمات این مقام لحاظ نمود و بر اساس اصل کنترل قضایی آن را ابطال نمود؛ بنابراین صلاحیت اعطاء شده به کارگزاران اداری توسط قانونگذار، مستلزم وجود تعادل و تناسب بین اقدام اتخاذ شده در چهارچوب صلاحیت اعطاء شده به آنها و اهداف مورد نظر قانون‌گذار می‌باشد. در این صورت در تصمیم‌گیری‌ها و خط‌مشی‌گذاری‌های عمومی، دولت‌ها مکلف‌اند در صورت تعارض یک حق با دیگر حق‌ها و یا با دیگر مفاهیم رقیب، همچون مصلحت عمومی، منافع عمومی، نظم عمومی، اخلاق و غیره، به نحو عادلانه‌ای بین آنها تعادل و سازش برقرار نمایند.

«سیموندز» بر این باور است که حق‌ها اموری ثابت هستند و با محاسبه سود و منفعت به حاشیه رانده نمی‌شوند. به دیگر سخن، حق‌ها، حتماً ملاحظات مربوط به سود و منفعت را تحت‌الشعاع خود قرار می‌دهند.^۱

البته دخالت دولت در راستای تأمین منافع عمومی و گزینش شیوه‌ای برای رسیدن به این هدف، باید با نهایت احتیاط و با کمترین مداخله صورت گیرد؛ تا علاوه بر تأمین هدف قانون‌گذار، کمترین ضرر و آسیب را به حقوق افراد وارد کند.

به علاوه زمانی که رقابت میان دو حق قانونی فردی مطرح می‌شود، معیار تناسب به راحتی اعمال‌شدنی نیست، زیرا که معضل اصلی در این حالت بستگی خواهد داشت به کسی که از سر اتفاق در جایگاه خواهان قرار گرفته است. در اینجا دادگاه ممکن است مجبور به ترجیح دادن یک حق نسبت به حق دیگری شود که این خود یک انتخاب سیاسی سوپژکتیو (شخصی - ذهنی) است.^۲

یعنی در مواقعی ممکن است علاوه بر تعارضی که ممکن است بین حق‌ها و منافع عمومی وجود داشته باشد، تعارض ممکن است بین حق‌ها حادث گردد. بدین معنا که حق‌ها ممکن است در مقابل یکدیگر قرار گیرند و اجرای یک حق با انجام و اعمال حق دیگر مخالف باشد

۱. هداوند، منبع پیشین، ص ۵۷۲ به نقل از

(Alder, 2002, PP.447-449)

۲. رحمانی، زهره، *برابری حق*، رساله دکتری، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸

و علاوه بر آن حق‌ها ممکن است، در مقابل دیگر مفاهیم رقیب مانند اخلاق، نظم عمومی، رفاه همگانی و مصلحت نیز قرار گیرد.^۱

در این صورت باید بین حق‌های بنیادین و دیگر حق‌ها تمایز و تفاوت قائل شد و سلسله مراتب مربوط به آنها را رعایت کرد. هنگامی که تعارضی بین حق‌های بنیادین و حق‌های غیربنیادین وجود دارد باید الویت به حق‌های بنیادین داده شود. البته این امر در حوزه حقوق اساسی و فلسفه حقوق، بیشتر مورد توجه قرار گرفته است.

بدین صورت که، هرگاه در تعارض و تزامم حق‌ها، با یک مسئله اخلاقی روبه‌رو شویم، باید به این نکته توجه داشت باشیم که آیا انجام دادن آن عمل برای احترام به حق‌های بنیادین افراد لازم است؟ تاثیر آن عمل بر سعادت^۲ و رفاه اساسی چیست؟ آن عمل چه تاثیر منفی یا مثبتی بر آزادی افراد دارد؟^۳
رونالد دورکین در مسئله تزامم حق‌ها بر این باور است که در موارد بسیار نادر و استثنائی حق‌های فردی قابل چشم‌پوشی هستند:

اول - حالت تزامم حق‌ها که اعمال حق یک نفر، مانع اعمال حق فرد دیگری شود، با این شرایط که هر دو حق باید از یک درجه و ارزش و قوت برخوردار باشند؛ در این حالت باید ضرری را که از نقض احتمالی آن دو حق حاصل می‌شود با هم سنجید و حقی را که ضرر کمتری دارد، برگزید.^۴

دوم - حالتی که چشم‌پوشی از یک حق به نفع حق دیگر یا در جهت خیر عمومی باشد، به شرط آنکه به اصل آن حق آسیبی وارد نشود؛ اگر متن حق محفوظ بماند و آسیب متوجه حاشیه آن باشد، استثنائاً توجیه‌پذیر خواهد بود. این امر در حوزه حقوق اداری حتماً باید مورد توجه قرار گیرد.

سوم - حالتی که اعمال آن حق مستلزم ایجاد «خطر آشکار و حتمی»^۵ برای شهروندان باشد

1-Well-being

2-Jones, P. Rights, issues in political theory, London, Macmillan Press, 1994, 258 pages, P.115

۳-رحمانی، منبع پیشین، به نقل از

که در صورت عدم رعایت آن ضرری فاحش بر جان و مال دیگران وارد خواهد آمد» (Dworkin, R. (1978) Taking Right Seriously, Harvard University Press, P.204)

۴-همان

5-A clear and substantial Risk

که در صورت عدم رعایت آن ضرری فاحش بر جان و مال دیگران وارد خواهد آمد؛^۱ بدین ترتیب، بنا به نظر دورکین در مواردی حتی می‌توان حق‌ها را هم نادیده گرفت.

اما کاربرد اصل تناسب بیشتر در حوزه صلاحیت‌های تخییری مقامات اداری مطرح می‌باشد که ابتکار عمل و کارآمدی اداره در تصمیم‌گیری‌ها بر اساس مقتضیات اداری را به دنبال دارد. قطعاً در تبعیت اداره از قواعد امری که بر اساس آن مقام اداری مکلف به انجام وظیفه در چهارچوب قواعد از پیش مستقر می‌باشد، هیچ تردیدی وجود ندارد. به دیگر سخن در بحث از صلاحیت تکلیفی، مقامات اداری از حق انتخاب در بین چند گزینه محروم‌اند و مکلف به اعمال قانون طبق شرایط معین شده می‌باشد. بدیهی است اصل تناسب در این حوزه کارکرد خود را از دست می‌دهد؛ اما، در حوزه صلاحیت تخییری یا گزینشی است که مقام اداری تحت شرایط خاص، اختیار انتخاب یک گزینه از میان چندین گزینه پیش رو و اتخاذ تصمیم را دارد، پس اصل تناسب کاربرد پیدا می‌کند؛ یعنی لزوم ارتباط منطقی بین تصمیم اتخاذ شده از سوی مقامات اداری و اهدافی که مبنای تصمیم‌گیری آن مقام بوده است؛ اما بدیهی است که اصل تناسب به هیچ وجه نمی‌تواند مستمسکی برای سوءاستفاده مقام اداری، جهت اعمال صلاحیت‌های اختیاری آنان باشد.

به قول پروفیسور دولابادور، صلاحیت تخییری را باید در ذیل اصل قانونی بودن تحلیل نماییم، یعنی اداره بتواند آزادانه تصمیم مناسب را که خلاف قانون نیز نباشد اتخاذ نماید.^۲

بنابراین صلاحیت تخییری یعنی اختیار مقامات اداری در انتخاب میان دو یا چند تصمیم قانونی که در این خصوص، اصل تناسب، انتخاب بهترین تصمیم با کمترین آسیب به حقوق افراد را توصیه می‌نماید. البته در زمینه سوءاستفاده از صلاحیت تخییری اداره، باید به هر دو جنبه منفی و مثبت خطای مقام اداری، یعنی فعل و ترک فعل وی توجه داشت.

به عبارتی، هر فعلی که مقام اداری برای پیگیری منافع شخصی خود انجام می‌دهد، نامطلوب است، حال یا با عدم اجرای آن (ترک فعل) یا به صورت مثبت، برای دستیابی به هدفی غیر از آنچه که قانون مقرر کرده است (فعل).^۳

۱. رحمانی، همان

۲. مشهدی، علی و مراد جلیلی، *دکترین صلاحیت تخییری در حقوق ایران و فرانسه*، ۱۳۹۲، مجموعه مقاله‌های حقوق اداری، ص. ۲۷۸ به نقل از

Delaubadere, 2002, P.693.

3-Parchomiuk, J. (2018), Ibid, P.456.

بر این اساس، اصل تناسب و البته اصل انتظارات مشروع، از جمله اصول مهم حقوق عمومی است که به عنوان رویکرد حقوقی مناسب و منسجم به تعهدات اداری می‌پردازد. با اذعان به توجه دادگاه‌ها به کاربرد ویژه اصل تناسب، هنگامی که در صدد توجیه تصمیم مقام اداری هستیم، سلسله‌مراتبی از منافع افراد مورد شناسایی قرار می‌گیرد. این اصل می‌تواند نسبت به ارائه راه حل رضایت‌بخش‌تر به هنگام حل اختلاف تأثیرگذار باشد.^۱

البته تناسب نه تنها مستلزم این است که ابزار کمتر محدودکننده‌ای برای تحقق هدف، مورد استفاده قرار گیرد، بلکه همچنین تحمیل هزینه‌ای بالا بر افراد برای تحقق هدف را نمی‌پذیرد.^۲

بر این اساس، نقش دادگاه‌های اداری در اعمال اصل تناسب، بررسی روش‌های جایگزین عمل در پرتو اهداف اداره است. اگر روش‌های جایگزینی غیر از آنچه مقامات عمومی برگزیده‌اند وجود داشته باشد که کمتر منافع افراد را تحت تأثیر قرار دهد، اما به شکل برابری در تحقق اهداف عمومی مؤثر باشد، آن گاه عمل اداره غیرضروری و نامتناسب است.^۳

در نظام حقوقی ایران، اصل تناسب مورد شناسایی قرار نگرفته است و خلاء موجود بدون تردید در مواردی منجر به تضییع حقوق شهروندان می‌گردد. البته در آراء دیوان عدالت اداری نمونه‌هایی از کاربرد این اصل می‌توان یافت؛ در «رأی شعبه ۱۳ دیوان عدالت اداری مورخ ۸۹/۶/۳۱ در خصوص شکایت شاکی، علیه گمرک ایران به خواسته اعتراض به حکم اداری به شماره ۸۹۵۷۲/۱۰/۵۶۹۳/۸۱۵/۸۲ مورخ ۸۹/۳/۲۲ صادره از مدیر کل امور اداری گمرک ایران مبنی بر تغییر محل جغرافیایی خدمت و تقاضای ابطال آن» دیوان در واقع به‌طور ضمنی، انتقال محل خدمت خواهان از استانی به استان دیگر را متناسب با هدف و مقصود اداره ندانسته و در واقع این انتقال را متناسب با هدف جلوگیری از هرگونه تشنج و درگیری احتمالی طرفین درگیر ندانسته و حکم به ورود شکایت و ابطال حکم اداری فوق‌الذکر را صادر نموده است.

۱- Hattab, M. K. (2018), The doctrine of legitimate expectation & proportionality: A public law principle adopted into the private law of employment, Liverpool law review, Vol. 39, N.3, Abstract.

۲. زارعی، محمد حسین و خدیجه شجاعیان، (۱۳۹۲)، جایگاه اصول غیر عقلانی بودن و تناسب در نظام حقوقی

انگلستان، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۳، ص ۳۶۸

۳. زارعی، محمد حسین و مهدی مرادی برلیان، (۱۳۹۳)، مفهوم و جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاهی ویژه

به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۶، ص ۱۵۰

همین‌طور برخی از آرای دیوان در خصوص ابطال مصوبات شوراهای اسلامی و اخذ عوارض غیر قانونی توسط شهرداری‌ها ازجمله دادنامه ۱۵۰۱ الی ۱۵۲۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲۴ و دادنامه شماره ۱۶۱ مورخ ۱۳۹۸/۲/۱۰ در مورد نادیده گرفتن اصل تناسب در اخذ عوارض توسط شهرداری‌ها را می‌توان نشان از توجه دیوان به اصل تناسب و تلاش در جهت کاربرد آن در راستای حفظ حقوق شهروندان دانست.

بر این اساس در رویه دیوان نیز این اصل مورد توجه قرار گرفته است که اداره در اتخاذ اقدامات و تصمیمات خود باید تعادل و تناسب منطقی بین حقوق و آزادی‌های شهروندان و منافع عمومی را در نظر بگیرد و برای دستیابی به اهداف قانونی خود از ابزار متناسب با هدف موردنظر استفاده نماید.

در کد اروپایی رفتار خوب اداری، ماده ۶ به‌صراحت به اصل تناسب پرداخته است. در این ماده آمده است: «در هنگام اتخاذ تصمیم توسط مقام اداری، باید اطمینان حاصل شود که اقدامات اتخاذشده متناسب با هدف اداره است و مقام اداری باید از تحدید حقوق شهروندان و یا تحمیل هزینه نامتناسب بر آنها خودداری نمایند و این محدودیت و یا صرف هزینه باید در رابطه منطقی با هدف باشد.» همچنین در بند دوم همین ماده مقرر شده است: «مقام اداری در هنگام تصمیم‌گیری باید تعادل منصفانه‌ای بین منافع خصوصی و منافع عمومی افراد ایجاد نماید.»

بر این اساس، اصل تناسب بین اقدامات اتخاذشده توسط مقامات و اهداف اداره و نیز احترام به حقوق بنیادین شهروندان، به‌عنوان یک اصل بسیار مهم حقوق اداری، در کد اروپایی رفتار خوب اداری مورد شناسایی قرار گرفته است و می‌تواند منبع بسیار ارزشمندی برای صدور آراء مطلوب و منصفانه برای کشورهای اروپایی باشد. با این تفاسیر بدیهی است، الزام مقامات اداری به رعایت حقوق شهروندان در تعارض با منافع و مصالح عمومی و رعایت اصل تناسب، از جایگاه برجسته‌ای در حقوق اداری برخوردار است.

نتیجه

در دنیای امروز نقش و تکلیفی که دولت در رابطه با حقوق افراد در گستره یک نظام اداری خوب و شایسته دارد، نسبت به گذشته بسیار تغییر کرده است. اصول و محورهای اداره خوب، از حقوق بنیادین و اساسی شهروندان محسوب می‌شود که بر مسئولیت دولت، نهادها و

کارگزاران اداری در حفظ و رعایت آنها تأکید دارد. این اصول به ارتقاء کیفیت اداره عمومی و تقویت حاکمیت قانون کمک خواهد کرد و سبب می‌گردد که صلاحیت تخییری، کمتر مورد استفاده خودسرانه مقامات اداری قرار گیرد. بی‌تردید بدون درک درست و روشن از حقوق شهروندی و بدون اهتمام به این اصول و مؤلفه‌های ارزشمند، نمی‌توان به تحقق نظام اداری مطلوب و شایسته امیدوار بود.

مفهوم اداره خوب، به‌عنوان مجموعه‌ای از اصول ماهوی و رویه‌ای لحاظ می‌شود که تضمین‌کننده مشروعیت و نیز ارتقاء کیفیت تصمیمات اداری است که شهروندان را به مشارکت در تصمیم‌گیری‌های اداری تشویق و ترغیب می‌نماید. در این شرایط، اداره خوب با اجتناب از رویه‌های نامتناسب، غیرمعقول، پیچیده و طولانی‌مدت و با رعایت اصل قانونی‌بودن و بی‌طرفی سبب ارتقاء شفافیت و پاسخ‌گویی می‌شود.

این اصول در برخی سیستم‌های اداری به‌عنوان استانداردهای متعارف در قوانین و مقررات آنان به‌صراحت مورد اشاره قرار گرفته که می‌توان به‌عنوان نمونه به ساختار اتحادیه اروپا اشاره کرد که در منشور حقوق بنیادین آن به بی‌طرفی نهادهای اتحادیه در رسیدگی‌ها و نیز رعایت انصاف و رسیدگی در مدت زمان معقول تأکید شده و همین‌طور به حق استماع، حق دسترسی به اطلاعات مندرج در پرونده، رازداری و الزام اداره به ارائه دلائل تصمیم‌گیری اشاره شده است. طبق این منشور هر شخص حق دارد که خسارات وارده به او از طرف نهادها یا مقامات اداری در انجام وظائفشان، طبق اصول کلی مشترک در کشورهای عضو، جبران شود.

کاربرد صحیح این اصول قطعاً موجب کاهش فساد اداری و ارتقاء سلامت اداره خواهد شد و وجود قوانین مدون در این زمینه، به تحقق این امر کمک شایانی خواهد نمود. در کد اروپایی رفتار خوب اداری این اصول به‌صراحت مورد اشاره قرار گرفته و تأکید شده است که چنان‌چه نهادها و دستگاه‌های عمومی طبق قواعد و اصول الزام‌آور عمل ننمایند، یا اگر نتوانند رویه‌های تثبیت‌شده دادگاه‌ها را رعایت نمایند، اداره بد یا سوءمدیریت محقق می‌شود.

در نظام حقوقی ایران، هرچند به برخی از این اصول در قوانین و مقررات و منشورهای اخلاقی اشاره شده، اما به دلیل فقدان مجموعه مدون اداری همانند سایر قوانین (مدنی، مجازات، تجارت و غیره) و عدم تصریح به برخی اصول و محورهای اداره مطلوب همچون اصل تناسب، اصل انتظارات مشروع و مواردی از این دست، رعایت این اصول و محورها با تضمینات مؤثر

و مناسبی برخوردار نمی‌باشد. هرچند در قانون اساسی و سایر قوانین و مقررات، ارائه خدمات عمومی به شهروندان و رعایت برخی استانداردها و اصول مورد توجه قرار گرفته است. در این زمینه در منشور حقوق شهروندی مصوب سال ۱۳۹۵ در بند ۳ در مواد ۱۹ الی ۲۴ به حق اداره شایسته و حسن تدبیر پرداخته است. در این منشور به حق برخورداری شهروندان از حق اداره شایسته بر پایه قانون‌مداری، کارآمدی، پاسخ‌گویی، شفافیت، عدالت و انصاف و الزام تمام مقامات اداری به رعایت آن، اشاره شده و رسیدگی به امور اداری شهروندان در زمان معین و متناسب با رعایت قانون، با بی‌طرفی و به دور از هرگونه منفعت‌جویی یا غرض‌ورزی شخصی، رابطه خویشاوندی، گرایش‌های سیاسی و پیش‌داوری، مورد تأکید قرار گرفته است. طبق منشور، شهروندان در صورتی که تصمیمات نهادهای اداری و یا کارکنان را خلاف قوانین و مقررات بدانند حق مراجعه به مراجع اداری و قضایی صالح برای احقاق حقوقشان را خواهند داشت.

در مجموع باید اذعان داشت که هرچند در رویه قضایی دیوان عدالت اداری نشانه‌هایی از کاربرد این اصول به چشم می‌خورد، اما در تطبیق با کد اروپایی رفتار خوب اداری، عدم تصریح و در نتیجه عدم رعایت برخی از اصول و مؤلفه‌های حق به اداره خوب، در چهارچوب مجموعه قوانین اداری، ضرورت تدوین این مجموعه و توجه و پرداختن به الزامات و اصول مطرح‌شده، در نظام حقوقی ایران می‌تواند مهم‌ترین دغدغه موجود جهت تحقق نظام اداری شایسته و مطلوب می‌باشد.

فهرست منابع

۱. منابع فارسی

الف. کتاب

۱. هداوند، مهدی، (۱۳۸۹)، حقوق اداری تطبیقی، ج دوم، تهران، انتشارات سمت ۱

ب. مقاله‌ها

۲. زارعی، محمد حسین و مهدی مرادی برلیان، (۱۳۹۳)، «مفهوم جایگاه اصل تناسب در حقوق اداری با نگاهی ویژه به نظام حقوقی اتحادیه اروپایی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۶۶، (۱۴۵-۱۸۳)

۳. زارعی، محمد حسین و خدیجه شجاعیان، «جایگاه اصول غیر عقلانی بودن و تناسب در نظام حقوقی انگلستان»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۳، ۱۳۹۲، (۳۴۷-۳۹۰)

۴. سیموندز، نیل ای. (۱۳۸۱)، «فلسفه حقوق»، ترجمه محمد راسخ، در: حق و مصلحت، تهران، طرح نو.

۵. مشهدی، علی و مراد، جلیلی، (۱۳۹۲)، «دکترین صلاحیت تخییری در حقوق ایران و فرانسه»، مجموعه مقالات حقوق اداری، (۲۹۶-۲۹۱)

ج) پایان نامه

۶. رحمانی، زهره، برابری حق، رساله ی دکتری، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸

ب. منابع انگلیسی

1-Books

7-Dworkin, Ronald, (1978), Taking Right Seriously, Harvard University Press

8-Gnes, Matteo. (2019), Basic principles of administrative procedure according to EU law and their influence on national administrative procedural laws, university .of Urbino, Italy, Bruxelles

9-Hofmann, Hervig. C. H. (2014), General principle of EU law and administrative law, in: c. barnard and s. peers (eds.) European union law, oxford university press, ((forthcoming

10-Simmonds, N.E. (1986), «Central Issues in Jurisprudence», Sweet & Maxwell

11-Wade, William. & Forsyth, Christopher. (2004), administrative law, 9ed, New .York. Oxford university press

2-Articles

- 12-Batalli, M. & Fejzullahu, A. (2018), Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior, *Pecs Journal of International (and European Law*, (26-35
- 13-Bugaric, Bojan. (2004), Openness and transparency in public administration: challenges for public law”, *harvard law school library, wisconsin international law (journal*, vol.22, No.3, (482521-
- 14-Fisher, Elizabeth, (2010), “Transparency and administrative law: A critical evaluation, *Oxford journals*, Vol.63, Issue.1,(272-314)15-Hattab, Muayad. K. (2018), The doctrine of 15-legitimate expectation & proportionality: A public law principle adopted into the private law of employment”, *Liverpool law review*, Vol. 39, N. 3, ((239-264
- 16-Kask, Oliver. (2011), On the notion of good governance and good administration, *European commission for democracy through law (Venice commission)*, ((1-24
- 17-Kristjansdohir, Margret. Vala. (2013), Good administration as a fundamental .(right, *Islandic review of politics and administration*, Vol.9, Issue.1, (237-255
- 18-Lanza, Elisabetta. M. (2008), The right to good administration in the European union. Roots, rations and enforcement in antitrust case-law, *Teoria del Diritto e (dello stato* 1-2-3, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract/1593523>, (479-490
- 19-Lenaerts, Koen. (2007), The rule of law and the coherence of the judicial system (of the European union CML rev. 44, (1625-59
- 20-Marume, S. B. M. , Jubenkanda, R. R. , Namusi, N. C. & Madziyire, N.C. (2016), The Concept of the Rule of Law *IOSR Journal of Humanities and Social (Science*, Vol.21, Issue.3, (82-89
- 21-Migliari, Wellington. & Ponce, Juli. (2017), Good administration: the principle of transparency and its use by the international civil society *Revista da AGU, Brasilia-DF*, Vol.16, N.o3, (59-86
- 22-Mustafa, Areean. (2017), Comprehension of the principle of good administration in the framework of EU administrative law *JUHD*, Vol.3, NO.1, (259-267
- 23-Negrut, Vasilica. (2011), Europeanization of public administration through the (general principles of good administration *The Acta u.danubius Jur* (5-15
- 24-Ponce, Juli. (2005), Good administration and administration procedures, *Indiana (Journal of global legal studies*, Vol.12, Issue.12, (551-588
- 25-Ranjan, Vivek, (2010), Rule of law and modern administrative law, *RGSOIPL*, .(IIT Kharagpur, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1761506>, (1-20

- 26-Stephens, Charles, (2009), The jurisprudence of lord denning: A study in legal (history scholars publishing, Vol.2, (81-114
- 27-Suprenal, Jerzy, (2011), Good Administration in European Administrative Law, .Institute of Administrative Studies, University of Wroclaw
- 28-The European Ombudsman, The European Code of Good Administrative Behavior, (2001), office for official publications of the European Communities, .(L-2985 Luxembourg, (16 pages
- 29-Vaughn, Robert G. (2011), Transparency in the administration of law: The relationship between differing justifications for transparency and differing views of administrative law, American university international law review, Vol.26, Issue.4, ((968-982
- :3-Thesis & Research Project
- 30-Herselman, Lodewikus, Stephanus. (2014), Lawful, reasonable and fair decision-making in disciplinary cases in secondary schools, A thesis submitted in fulfilment of the requirements for the degree of philosophiae doctor(PH.D) in university of pretoria
- 31-Cilibiu, Octavia. Maria. (2011), The decisional transparency in public administration, Lecture juridical sciences and letters faculty, constantin Brancusi university of Tg-Jiu (e-mail: taviamara@yahoo.com
- 32-Parchomiuk, Jerzy. (2018), Abuse of discretionary powers in administrative law, evolution on the judicial review models: from administrative morality to the principle of proportionality, research project, financed from funds of the national science center, Poland.(ref. UMD-2015/17/b/hs5/00430),(453-478

موانع و محدودیت‌های حقوق اداره در ایران در فرآیند تأسیس «حقوق اداری ایران»

آیت مولایی*

چکیده

درس «حقوق اداری ایران» یکی از مهمترین دروس مقاطع مختلف در رشته تحصیلی حقوق عمومی است؛ بنحوی که بدون آشنایی و شناخت آن، فارغ‌التحصیلان این رشته، توانمندی کافی برای ارائه تخصص خود به جامعه را نخواهد داشت. این نوشته با درک کردن چنین اهمیتی است که درصدد برآمده است رؤس مهمترین چالش‌های این درس را به بحث بگذارد. بنابراین به این سوال پاسخ داده است: از منظر حقوق عمومی، چالش‌های درس حقوق اداری ایران چیست؟ در پاسخ به این سوال، با استفاده از روش تحقیق: توصیفی-تحلیلی، مهمترین نتایج از این قرار است: نخست؛ در فرآیند فهم بومی از مفهوم: «حقوق اداری» در ایران، چالش‌های زیادی وجود دارد. دوم؛ درس حقوق اداری در ایران پیوسته در حاشیه فهم و اهمیت قرار داشته است. سوم؛ در اثر بحران رابطه «اداره با جامعه» و «اداره با دولت»، دانش «حقوق اداری» با معضلات زیادی روبه‌رو بوده است. چهارم؛ عدم درک تاریخی از مفهوم «اداره» و حقوق ناظر بر آن، امکان شکل‌گیری «حقوق اداری ایران» را با چالش روبه‌رو ساخته است. پنجم؛ در اثر معضلات مذکور، کتب حقوق اداری نتوانسته‌اند رابطه معنادار با اداره ایرانی داشته باشند و در نتیجه این کتب در حل معضلات اداره کم‌تأثیر بوده‌اند.

کلیدواژه‌ها:

حقوق اداری ایران، روش‌شناسی، چالش دولت مدرن، آسیب‌شناسی حقوق اداری.

این مقاله تقدیم است به مقام شامخ استادان عزیز و دانش‌پژوهان محترم حقوق اداری ایران

* استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، ایران

مقدمه

یکی از شیوه‌های ورود به درس، طرح پیشینی مهم‌ترین معضلات آن درس پیش روی خوانندگان و محققین آن درس است تا از این طریق، زمینه برای ورود علمی و آسیب‌شناسانه به آن فراهم گردد. در غیر این صورت و بدون شناخت پیشینی مشکلات آن درس، اظهارنظر دقیق علمی راجع به آن با موانع روشی و شکلی مواجه بوده و فضا را برای ورود ماهوی و امکان اظهارنظر ماهوی در مورد معضلات آن درس را در وضعیت امتناعی قرار خواهد داد. نوشتار حاضر با درک اهمیت چنین رویکردی، یکی از مهم‌ترین دروس رشته حقوق را به بحث می‌گذارد. درس «حقوق اداری ایران» از جمله دروسی است که نظر به پیوندش با «اداره»، لاجرم با همه دانشجویان و دانش‌آموختگان رشته «حقوق» ارتباط دارد؛ بنحوی که هر دانشجوی حقوق که درصدد ارتزاق یا دانش‌ورزی از قبل این رشته دانشگاهی باشد لاجرم گریزی از گذار به «دانش حقوق اداری»، دست‌کم به صورت کلی ندارد و این وضعیت گویای اهمیت این درس در میانه دروس آکادمیک رشته حقوق است. چراکه هیچ یک از قضات، سردفتران، کارشناسان حقوقی، وکلا و اساتید رشته‌های مختلف حقوق نمی‌توانند منکر لزوم آشنایی حداقلی راجع به دانش حقوق اداری باشند. دلیل اصلی این وضعیت را باید در این گزاره جستجو کرد: «اداره نمود و نماد دولت (حکومت) است» چراکه «اداره» وصل به «دولت» و دولت وصل به «حقوق» است و نمی‌توان به اینها نگاه جزیره‌ای داشت بلکه این مفاهیم در درون رشته حقوق و به مقتضای این رشته فهم شده و به کار گرفته شده و بدین‌وسیله امکان فهم حقوق را فراهم می‌آورند.

نوشتار حاضر با درک چنین اهمیتی، در صدد است بحران‌های پیش‌روی حقوق اداری در ایران را بررسی کند و به این سوال پاسخ دهد: چالش‌های درس «حقوق اداری ایران» چیست؟ در پاسخ به این سوال و با استفاده از روش تحقیق توصیفی-تحلیلی، چنین فرض می‌شود: حقوق اداری در ایران از معضلات بنیادین و تکنیکال گوناگونی رنج می‌برد و بدون برون‌رفت از آنها، امکان تأسیس «حقوق اداری ایران» با امتناع روبه رو است. نگاهی به سابقه تحقیق، گویای آن است، تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد، با این عنوان، نوشتار مستقلی وجود ندارد. در نتیجه ضرورت انجام تحقیق، لازم می‌نماید. بنابراین در ادامه، ضمن طرح رئوس بحران‌های پیش‌روی حقوق اداری در ایران، هرکدام به قرار زیر بطور جداگانه مورد بحث و تحلیل گذاشته می‌شود:

گفتار نخست. بحران ملزومات حقوق اداری

از جمله مقدمات طرح و نظریه‌پردازی راجع به یک مفهومی، دسترسی به «آمار» و «اطلاعات» راجع به آن مفهوم است. از آنجا که بنابر آن است در درس «حقوق اداری ایران» راجع به «اداره ایرانی» بحث و فحص و آموزش داده شود لذا مقدمه واجب چنین ورود کردنی، دسترسی به اطلاعات اداره در ایران است. در نگاه نخست چنین به نظر می‌رسد دو مشکل اساسی در ارتباط با ملزومات فهم حقوق اداری ایران داریم به این شکل که:

بند نخست. دسترسی آزاد و بدون هزینه به اطلاعات و معضل دسترسی به اطلاعات اداره در ایران

در ایران نه تنها سنت دسترسی آزاد به اطلاعات وجود نداشته است بلکه اسناد مرتبط با آزادی اطلاعات نیز قدمت چندان زیادی ندارند. با این حال، با وجود اسناد مختلف در دهه‌های گذشته، همین حداقل‌ها نیز در مقام اجرا با مشکلات و کاستی‌هایی روبه‌رو بوده‌اند. مهم‌ترین و اخیرترین سند در این خصوص، «قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات» مصوب ۱۳۸۸/۵/۳۱ است که البته اگر مداخله مجمع تشخیص مصلحت نظام نبود امکان تصویب آن ممکن نبود؛ چراکه از دیدگاه شورای نگهبان این شیوه از آزادی اطلاعات، مغایر «شرع» شناخته شده بود. مشاهده می‌شود با وجود عمر بیش از یک دهه‌ای این سند، بازهم در ارتباط با دسترسی آزادانه به اطلاعات، معضلات جدی پیش‌روی تقاضا کنندگان اطلاعات از اداره وجود دارد. دسترسی آزادانه به اطلاعات، برای شناسایی حقوق اداری به عنوان یک تاسیس حقوقی، لازم به حساب می‌آید. چرا؟ چون وقتی از حقوق اداری صحبت می‌شود در واقع بحث اصلی، در مورد «اداره» است و باید اول از همه، خود «اداره» را شناخت. کسب دانش لازم در مورد اداره، مستلزم دسترسی آزاد به اطلاعات اداره از ابعاد مختلف است: اینکه سازمان اداری چیست؟ کارکرد اداره چگونه است؟ نیروی انسانی اداره چقدر است؟ اهداف اداره چیست؟ و....

نه تنها معضل بالا در ارتباط با اداره ایرانی وجود دارد بلکه به نظر می‌آید در وضعیت کنونی، در ارتباط با بحث: «شفافیت اطلاعات» در اداره با معضل جدی مواجهه هستیم و

در نتیجه با «ابهام اطلاعاتی» در باره اداره در ایران در اشکال: ممنوعیت دسترسی و محدودیت دسترسی روبه‌رو هستیم. بنابراین برای مثال، در مقام شناخت این موضوع ساده که اداره به‌عنوان یک نهاد خدماتی، در یک بازه زمانی مشخص، تا چه اندازه از اهدافش محقق شده است و دلیل عدم موفقیت احتمالی اش چه بوده است؟ اطلاعات لازم نداریم. در نتیجه نمی‌توان در این وضعیت از «اداره شیشه‌ای» یا «اداره شفاف» سخن گفت. در اثر معضل دسترسی به اطلاعات سازمانی، عملکردی، ساختاری، مالی، غایی و انسانی اداره، نمی‌توان از «حقوق اداری ایران» سخن گفت. به بیان ساده‌تر، در ارتباط با بحث دسترسی آزاد به اطلاعات اداره در ایران، دچار مشکل هستیم و در نتیجه نمی‌توان به‌سادگی از عبارتی به نام: «حقوق اداری ایران» صحبت کرد. در واقع با پدیده غریبی روبه‌رو هستیم که در آن، «اداره» حاضر نیست مسائل خود را در جامعه مطرح سازد و حقوقدان‌های که حاضر نیستند به آسیب‌شناسی اداره بپردازند در چنین شرایطی نمی‌توان در مورد اداره ایرانی نظریه‌پردازی کرد یا کتب شایسته حقوقی در مورد اداره ایرانی نگاشت.

بند دو. طرح مسئله و معضل بیان مسئله حقوق اداری ایران

مطابق متدولوژی تحقیق، «بیان مسئله»، گام آغازین تحقیق است به نحوی که حتی عنوان مطلوب تحقیق از طریق بیان مطلوب مسئله زاده می‌شود. از آنجایی که فهم اداره و مسئله یا مسائل مترتب بر آن، بدون فهم و دسترسی مطلوب به اطلاعات اداره با امتناع مواجهه است و از آنجایی که در وضعیت کنونی، در فضای بحران در دسترسی به اطلاعات اداره ایرانی هستیم؛ در نتیجه، در حالت امتناعی فهم درست از اداره قرار داریم که حاصل این مسئله، حدوث وضعیت امتناعی برای بیان شایسته مسئله است. به بیان ساده‌تر، چون ما به اطلاعات اداره دسترسی شفاف و کافی نداریم پس نمی‌توانیم مسائل اداره را خوب بشناسیم. اداره به‌مثابه مساله، برای حقوقدان‌ها حقوق عمومی ناشناخته بوده یا دست‌کم، شناخت جزیره‌ای و بخشی از آن موجود است. چراکه اداره به فراخور نیازهای ضروری‌اش، آن بخش از اطلاعاتش را در دسترس قرار می‌دهد تا به زعم خود، معضلاتش را برطرف کند اما نمی‌داند که انتشار: «ناقص»، «ذره‌ای» و «بخشی» اطلاعات، در وضعیت خوش‌بینانه، موجب حل معضل «بخشی» اداره خواهد شد. بنابراین وقتی سازمان اداره را به‌درستی نمی‌شناسیم و به اطلاعات آن دسترسی تخصصی نداریم نمی‌توانیم مسئله اداره را مطرح کنیم. وقتی نتوانیم مسئله اداره را مطرح کنیم پس در نتیجه، طرح عنوان درسی به نام «حقوق اداری ایران»، با مشقت و

سختی زیاد مواجهه خواهد بود. بر این اساس، بدون تبیین علمی مسئله اداره، نمی‌توان بحث علمی راجع به آن را مطرح کرد. چراکه در ارتباط با ایران، اداره، اطلاعات راجع به خود را در دسترس عموم و حتی متخصصین قرار نمی‌دهد و دسترسی‌ها به اطلاعات اداره در ایران، دسترسی: «ناقص، ذره‌ای یا بخشی یا جزیره‌ای» است. در نتیجه نمی‌توانیم کلیت مسئله اداره را بفهمیم. حاصل این مسئله این است که از منظر حقوقی، نمی‌توان تبیین درستی از مسئله اداره در ایران داشت. این در حالی است که از منظر مدیریت سیستم، دسترسی به اطلاعات اداره، باید نظام‌مند باشد تا بتوان برای معضل سیستماتیک، چاره‌ای نظام‌مند اندیشید. چراکه اداره سیستم است و برای سیستم، منطقاً معضلات در چهارچوب یک سامانه حادث می‌شود و راهکار برون‌رفت از چنین معضلی، لاجرم سیستمیک خواهد بود.

تا اینجا ملاحظه می‌شود که آن ملزومات مقدماتی که برای شناخت «اداره» به آنها احتیاج است؛ در هر دو سطح، با مشکل روبه‌رو است. این درحالی است که ظاهراً قانون حداقلی (یعنی قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات) برای دسترسی به این ملزومات، موجود است. هرچند که باید اذعان داشت قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات در بطن خود از نوعی از نقصان، اعم از کارکردی، کارویژه‌ای و ضمانت‌اجرا رنج می‌برد. در کنار این، اسناد دیگری هم مثل: قانون آزادی‌های مشروع مصوب ۱۳۸۳ موجود است. همچنین در سطح فراملی، بعضی از اسناد بین‌المللی هم هستند که دولت ایران به آنها ملحق شده است. مثل ماده ۱۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، مصوب ۱۹۶۶ یا اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۱۹) مصوب ۱۹۴۸. یا مهم‌تر از آنها، قانون اساسی را داریم که یک فصل از آن مربوط به حقوق ملت است. پس چرا ما با این همه داشتن اسناد بالادستی و میان‌دستی، همچنان در چالش به سر می‌بریم؟ به نظر من مشکل اصلی در جای دیگری است چراکه کمیته قوانین مادر را داریم.

گفتار دوم. معضل گستردگی حقوق اداری و چالش در آموزش آکادمیک حقوق اداری

باید توجه داشت که حقوق اداری در ایران، انبوهی از مسائل، مشکلات و موضوعات را پیش روی خود دارد که منجر به گستردگی سرفصل‌های حقوق اداری و ناتوانی در انتظام موضوعات

می‌شود که البته دلیل اصلی آن در ذات حقوق اداری نهفته است؛ چراکه حقوق اداری دربردارنده انبوهی از موضوعات مرتبط با امر عمومی است. حاصل این وضعیت در نگاه نخست، سردرگمی گوینده، شنونده و خواننده ادبیات حقوق اداری است؛ به نحوی که فضای سازنده حقوقی میان استاد و دانشجو فراهم نمی‌شود. برای برون‌رفت از چنین وضعیتی، در گام نخست، نیازمند انتظام موضوعات حقوق اداری از طریق نظام آموزشی در سطوح مختلف در دستگاه‌های اجرایی و آموزشی هستیم. در اثر چنین غفلتی و به‌خاطر کم‌بودن واحدهای حقوق اداری در ایران، حقوقدان‌ها ما نتوانسته‌اند حقوق اداری ایران را به مثابه یک منظومه و مجموعه ترسیم بکنند. لذا مقدمه واجب ایستادن بر «دروازه حقوق اداری ایران»، راه‌اندازی رشته جدیدی به نام رشته «حقوق اداری ایران» است. درواقع، چالش «سرفصل در حقوق اداری»، مسئله‌ای به ظاهر کم اهمیت اما به‌واقع مهم است. نگاهی به سرفصل‌های مصوب وزارت علوم، گویای آن است که چیدمان واحدها و مواد درسی به‌گونه‌ای است که برای حقوق خصوصی و حقوق جزا، از یک سو، مقدمات نظری ورود به مواد درسی اصلی به ترتیب، با پیش‌بینی دروس: «مقدمه علم حقوق» و «حقوق جزای عمومی» آماده می‌گردد و درنتیجه دانشجویان حقوق در مقطع کارشناسی، نخست با مقدمات نظری ورود به بحث آشنا می‌شوند و هر ترم تا پایان دوره تحصیل، یک یا چند ماده درسی راجع به حقوق خصوصی یا حقوق جزا را پاس می‌کنند. اما در ارتباط با حقوق اداری این‌گونه نیست و دانشجویان بدون آمادگی قبلی، وارد مباحث جدیدی می‌شوند که ذهنیت کافی راجع به آنها ندارند. به بیان بهتر، مقدمات نظری طرح بحث راجع به حقوق اداری، فراهم نیست اما در مورد مواد درسی دیگر، یک فرآیند منطقی و معقول در این خصوص طی می‌شود و دانشجو به مرور با موضوعات مهم و اهم موضوعات و مسائل حقوق خصوصی و کیفری آشنا می‌شود. اما در ارتباط با حقوق اداری وضعیت، به‌گونه دیگری است. تمامی مباحث حقوق اداری، ذیل دو ماده درسی: «حقوق اداری ۱» و «حقوق اداری ۲»، مجموعاً چهار واحد تدریس می‌شود. ناگفته پیداست در چنین بازه زمانی، حتی فرصت طرح اجمالی سرفصل‌های حقوق اداری امکان‌پذیر نیست. از سوی دیگر، حجم واحدهای درسی این دو رشته به حدی است که تقریباً دانشجویان در درون ادبیات این دو رشته محاط شده و مجالی برای اندیشیدن راجع به حقوق اداری، که خود دریایی از ادبیات حقوقی را دربرمی‌گیرد؛ پیدا نمی‌کنند.

گفتار سوم. ضعف حقوقدان‌ها در تبیین دقیق مسئله و ظهور پدیده: «معضل شناخت معضل»

معضلات گفته شده در بالا از یک سو، سوء تفهیم و تفاهم راجع به حقوق اداری ایران را پیچیده‌تر ساخته است و پدیده: «معضل شناختِ معضل» در اثر ناتوانی در مسئله‌شناسی را موجب شده‌اند. در این میان، سهم حقوقدان‌ها در ابهام حقوق اداری در ایران و افزایش معضل بیش از یگران به چشم می‌خورد. باید اعتراف کرد حقوقدان‌ها در مقام شناخت معضل، بر نگرش‌های تقلیل‌گرا تکیه داشته و سرفصل‌های حقوق اداری را محدود به نهاد «اداره» کرده‌اند و بدین وسیله مجال جدی برای پیوند: «اداره» و «دولت» به وجود نیامده است. بنابراین بخشی از این معضل، از آن حقوقدان‌ها حقوق عمومی است. به بیان دیگر، حقوقدان‌ها ما در طول دهه‌های گذشته نتوانسته‌اند معضل اساسی حقوق اداری ایران را بیان کنند. این در حالی است که آنها پیوسته، دست‌کم، تریبون «کلاس» و «قلم» را در اختیار داشته‌اند و هیچ زمانی از این تریبون‌ها، استفاده حداکثری و مطلوب نشده و «معضل شناختِ معضل»، به دانشجویان و به جامعه، تبیین شایسته‌ای نشده است و عمده مباحث، به کلیات حقوق اداری خلاصه شده است بدون اینکه مجال کافی برای ورود جدی به مباحث حقوق ناظر بر اداره ایرانی وجود داشته باشد.^۱ در نتیجه فرآیند بومی‌سازی حقوق اداری و بومی‌نگری نسبت به حقوق اداری به محاق رفته است و در مواردی هم که به موضوعات حقوق اداری در ایران پرداخته شده است؛ در مواردی، تبیین گمراه‌کننده‌ای از موضوع انجام شده است. برای مثال در برخی نوشته‌ها، بجای مطالب «حقوق اداری»، مواردی از «حقوق اساسی» گفته شده است. برای نمونه در نوشته‌هایی، درخصوص شأن اداری مقام رهبری، وظایف و اختیارات رهبری به عناوین سیاسی خلاصه شده است یا دست‌کم مرز معناداری میان آنها ترسیم نشده است.^۲

در خوش‌بینانه‌ترین وضعیت، نقشی که حقوقدان‌ها ما در ارتباط با بحث حقوق اداری داشته‌اند این بوده است که قوانین اداری را به بحث و بررسی گذاشته‌اند؛ یعنی درس: «حقوق اداری ایران» به «قوانین اداری ایران» فروکاسته شده است. از بهترین کتابهای نوشته شده در ارتباط با حقوق اداری ایران در طول یک سده گذشته، کتاب استاد ابوالحمد با عنوان: «حقوق اداری ایران» است که در واقع این کتاب نیز محدود به بررسی «قوانین و مقررات استخدامی» شده است و به این اعتبار، این اثر، نخستین کتاب جامع راجع به «حقوق استخدامی ایران» است که تا به امروز سایر نوشته‌ها در حاشیه این اثر قرار دارند. این

۱. برای مثال ر.ک: انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق اداری، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹ و رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق

اداری (۱)، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵

۲. ر.ک: انصاری، پیشین، ص ۱۷۵ و طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۷۸، صص ۱۹-۱۸

نوع دیدگاه به حقوق اداری ایران، هرچند نوعی از نگاه را به خواننده اش منتقل می سازد و آن اینکه، مهم ترین مسأله حقوق اداری ایران را «حقوق استخدامی» تشکیل می دهد اما در این سطح نیز یک ضعف اساسی دارد و آن نگرش «سندبنیاد» این کتاب است. این وضعیت باعث شده است حتی مجال کافی برای ورود به مباحث بنیادین «حقوق استخدامی» وجود نداشته باشد. در نتیجه حتی فضایی برای شناخت و تبیین بنیان های قوانین استخدامی ایران شکل نگرفته است. هرچند در این اثر، به درستی، مقوله «مسئولیت مدنی دولت» به بحث گذاشته شده است بدون اینکه بحث پایه ای به این موضوع اختصاص داده شود.^۱ در سایر کتب نیز این وضعیت کم و بیش قابل مشاهده است.^۲ همچنین عموم نوشته ها اگر با تبیین و تشریح مواد قانونی، آغاز می شوند به همان محدوده طرح ماده بسنده کرده و مجالی برای تحلیل کافی پیدا نمی کنند؛ حتی بدون اینکه امکان کافی برای ورود به «مبانی» و پیوند دادن «بنا» با «روبنا» وجود داشته باشد.^۳ بی تردید از جمله دلایل این وضعیت ناگوار: «گسترده گی»، «انعطاف پذیری» و «سیالیت» موضوعات و مسائل حقوق اداری است. نگارش حقوق اداری ایران، نیازمند مجموعه آثار است. در میان آثاری هم که به مسئله موردی پرداخته اند بخش اعظم آنها نتوانسته اند نسبت معناداری را میان مفاهیم وارداتی با منظومه فکری ایرانی داشته باشند.^۴ لذا باید اذعان داشت نتوانسته ایم صورت مسئله را در میان آثار نوشتاری درست بچینیم و به صورت درست، به دانشجویان منتقل کنیم. پس در نتیجه مشکل مسئله شناسی داریم.

در کنار وضعیت بالا، آثار موجود، حتی در ارتباط با «قوانین و مقررات» اداری نیز عملکرد مطلوبی نداشته اند. در حال حاضر، سند مادر در ارتباط با قوانین و مقررات استخدامی، «قانون مدیریت خدمات کشوری» است. علی رغم عمر بیش از یک دهه ای این سند، حقوقدان ها ما، مجال کافی برای پرداختن جدی به این سند مادر را نداشته اند و در آثار اساتید حقوقی، توضیحات «سندمبنا» داده شده است و مجالی برای پیوند نظریه و قانون به وجود نیامده است.^۵ بنابراین، سند یا نوشتاری وجود ندارد که زیربنای قانون مدیریت خدمات کشوری را به صورت شفاف و جامع برای جامعه، حقوقدان ها، دانشجویان، اساتید و

۱. ابوالحمد، عبدالحمید، **حقوق اداری ایران**، تهران: انتشارات توس، ۱۳۷۹، صص ۸۲۴-۷۴۵ - برای نمونه، رک: موسی زاده، رضا

۲. **حقوق اداری (۱-۲) کلیات و ایران**، تهران: نشر میزان. موسی زاده، ۱۳۸۱، صص ۲۷۱-۲۴۹

۳. برای مثال رک: همان

۴. برای مثال رک: بهنیا، مسیح، **اصل انتظار مشروع**، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳

۵. برای مثال رک: امامی، محمد و استوارسنگری، کورش، **حقوق اداری ۲**، جلد اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸، ص

قضات تبیین کرده باشد. ظاهراً برای نمایندگان مجلس نیز ابهام در فهم زیربنا یا دست‌کم تشتت برداشت وجود دارد. در نتیجه، نمایندگان ملت در مجلس، همانند قضات دیوان عدالت اداری، ناتوان از تبیین و درک صحیح و مطلوب مواردی نظیر: فرق کارمندان موضوع ماده ۴۵ با کارمندان موضوع تبصره ۲ ماده ۳۲ هستند یا اینکه مجالی برای فهم مطلوب نسبت کارمندان مواد مذکور با کارمندان موضوع ماده ۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری فراهم نیست و البته چنین وضعیتی بر افزایش معضلات اداره در ایران خواهد افزود. یکی از دلایل اصلی چنین سرگشتگی را باید در معضل شناخت معضل دانست و برای نمونه حتی در میان عموم حقوقدانان حقوق عمومی، درک درستی از بنیان‌های قانون مدیریت خدمات کشوری وجود ندارد یا اینکه دست‌کم، برداشت خود را به‌صورت جامع مطرح نکرده‌اند. درواقع، در زمان تصویب این سند، خواسته یا ناخواسته، چند نظریه در این سند، مطرح شده و «کشکولی» از تئوری‌ها، اعم از تئوری تاراج^۱ تا مدیریت عمومی نوین به انضمام اصول مختلف حقوقی^۲ مطرح شده است. لذا این قانون دربرگیرنده هنجارهای «نظام اداری تاراج»، در کنار هنجارهای دیگر، همچون نظام اداری شایسته‌سالار، است بدون اینکه بتوان مرز دقیقی میان آنها بیان داشت و بدون اینکه حقوقدان‌ها و دانشگاهیان به‌صورت جدی و مبسوط این وضعیت را در آثار خود به بحث و فحص گذاشته باشند یا مجالی برای این کار داشته باشند. حاصل این شده است که از سال ۱۳۸۶ این قانون به‌صورت آزمایشی تصویب شده و در واپسین روزهای ۱۳۹۸ در کمترین زمان ممکن، به قانون دائمی تبدیل شده است بدون اینکه از حقوقدان‌ها حقوق عمومی، نظریه‌ها و دغدغه‌هایشان پرسیده بشود. از جمله نخستین پیامدهای ناگوار چنین تصویبی، این بوده است که به محض تبدیل قانون مدیریت خدمات کشوری به قانون دائمی، از همان زمان، خود تصویب کنندگان به منتقدین این سند تبدیل شدند و ضرورت اصلاحاتی را در این خصوص ارائه دادند. هرچند که شایسته بود در زمان تبدیل قانون آزمایشی به دائمی، نظرات خود را در صحن مجلس ارائه داده و جلوی تصویب این چنینی قانون را می‌گرفتند.

بنابراین، اگر اداره با خست در دادن اطلاعاتش، مجال طرح مسئله «حقوق اداری ایران» را برای دانشگاهیان و حقوقدان‌ها نداده است. در کنار چنین وضعیت امتناعی، ما حتی نتوانسته‌ایم در ارتباط با «قوانین اداری» نیز نقش مطلوبی بازی کنیم چراکه امکان و مجال کافی برای تبیین و تحلیل بنیان و مفهوم قوانین استخدامی ایران نیز وجود نداشته است و لذا اگر در ارتباط با «حقوق اداری ایران»، دیگران مقصرند؛ بی‌تردید در ارتباط با تحلیل

۱. ر.ک: طباطبائی، پیشین، ص ۱۶۸

۲. ر.ک: هداوند، مهدی و مشهدی، علی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، تهران: انتشارات خرسندی، -

حقوقی «قوانین اداری و استخدامی»، دانشگاهیان مقصرند.

گفتار چهارم. در حاشیه بودن حقوق اداری در دانشگاه‌ها

حقوق اداری در ایران از گذشته تا به امروز پیوسته در حاشیهٔ مباحث حقوقی در دانشگاه‌ها بوده است. گو اینکه حقوق اداری یک مفهوم زائد در میانهٔ مباحث حقوقی در محافل آکادمیک بوده است. البته یکی از دلایل چنین وضعیتی را باید ذیل دلیل تاریخی بررسی کرد. از گذشته حقوق عمومی در ایران «محجور» بوده است و این محجوریت حقوق عمومی، باعث «مهجوریت» حقوق اداری شده است. در کنار این، باید به «سیاست‌های آموزشی»، به‌عنوان یکی از دلایل اصلی چنین وضعیتی اشاره کرد. نظام آموزشی ما در ارتباط با سیاستگذارهای و سیاست‌گذاری آموزشی در رشته حقوق در دهه‌های گذشته پیوسته به خطا رفته است. چون شناخت ما از حقوق اداری ناقص بوده و در نتیجه موجب محجوریت و مهجوریت این رشته حقوقی شده است.

علی‌رغم حضور جامع‌الاطراف «اداره» و به تبع آن، ضرورت «حقوق اداری» در حیات اجتماعی ما، هیچ اهمیتی به این ماده درسی داده نشده است یا دست‌کم در حاشیه فهم حقوق بوده است. مثلاً در کدام آزمون، حقوق اداری جزء منابع بوده است؟ آیا در آزمون‌هایی مثل: آزمون قضاوت، سردفتری، وکالت، در دستهٔ منابع آزمونی بوده است؟ این در حالی است که هیچ‌کدام از مقامات مذکور، مستغنی از اداره و حقوق حاکم بر آن نیستند. این وضعیت گویای آن است که سیاستگذارهای کلان آموزشی ما غلط بوده است. جالب اینکه در سال ۱۳۹۵، آخرین اصلاح سرفصل‌های حقوق انجام شد و هیچ تغییری در خصوص درس حقوق اداری رخ نداد و البته در سایر حوزه‌ها نیز حقوقدان‌ها انتظار تغییراتی را داشته‌اند که محقق نشد. معنای چنین وضعیتی آن است که وضعیت از قبل موجود مورد رضایت سیاستگذارها آموزش عالی است. بر این اساس، نوعی از بی‌خبری در نظام سیاستگذارهای آموزش حقوق اداری بر سیاستگذارها آموزش عالی سایه افکنده است.

نکته اینجاست که حقوق اداری یکی از دروازه‌های طلایی فهم حقوق مدرن است. به این اعتبار، برای فهم حقوق مدرن در یک نظام حقوقی، لاجرم گریزی از گذار به حقوق اداری آن کشور نداریم. مثلاً برای شناخت نظام فرانسه باید حقوق اداری آن را شناخت. زیرا شناخت

تمام سطح‌های حقوق آن نظام، مثل نظام کیفری و نظام مدنی، مستلزم شناخت حقوق اداری آن نظام است. برای نمونه در نوشته‌ای، بخشی از اثر، به دادرسی اداری و دادگاه‌های اداری این کشور اختصاص یافته است و این وضعیت، گویای آن است که نویسنده فرانسوی در مقام تبیین نظام حقوقی کشورش، به‌درستی بخشی از اثرش را به حقوق اداری کشورش اختصاص داده است.^۱

گفتار پنجم. معضل شناخت مفاهیم

یکی از معضلات جزئی و در عین حال «اساسی» درخصوص حقوق اداری در ایران «معضل شناخت مفاهیم» بوده است. علی‌رغم اینکه در ایران، سنت نوشتاری و اندیشه‌ای در فضای معرفت‌شناختی حقوق و فقه وجود داشته است از سده گذشته، به این سنت درونی، مفاهیم دیگری از بیرون اضافه شده است. بنابراین از گذشته، به‌ویژه از بعد از مشروطه، مفاهیم گوناگونی از سنت غرب وارد حیات فعلی ما شده‌اند بدون اینکه بتوانیم تکلیف خودمان را با این مفاهیم درونی و بیرونی، روشن سازیم. چنین به‌نظر می‌رسد ما نتوانسته‌ایم نسبت این مفاهیم را با یکدیگر و در کنار هم درک کنیم. مثلاً از گذشته مفهومی به نام «مسئولیت» وجود داشته است. اما در سده‌های اخیر، مشخصاً از نیمه دوم قرن ۱۹، مفهومی تحت عنوان «مسئولیت مدنی دولت» مطرح شده است که یک تأسیس حقوقی جدید است اما نتوانسته‌ایم در ایران، نسبت این دو مفهوم را با یکدیگر خوب فهمیده و تبیین مدرن از این مفهوم مقتضی حیات مدرن داشته باشیم. یا اینکه ما از گذشته مفهومی تحت عنوان «قرارداد» داشته‌ایم اما در سده‌های اخیر، یک مفهوم دیگری با عنوان: «قرارداد اداری» مطرح شده است اما نتوانسته‌ایم نسبت قراردادهای مدنی را با اداری به‌صورت دقیق ترسیم بکنیم. برای مثال در نوشته‌ای، «قرارداد کار» به‌مثابه مصداقی از قرارداد اداری فرض شده است.^۲ جالب اینکه چنین ادعایی به صفحه ۳۰۱ کتاب استاد طباطبائی ارجاع داده شده است. با نگاهی به صفحه مذکور مشاهده می‌شود چنین استنادی غلط بوده بلکه استاد طباطبائی این‌گونه قراردادها را مصداقی از «قراردادهای عامی جدید»^۳ و نه «قرارداد جدید اداری»^۴ فرض کرده‌اند؛ هرچند که خود عبارت: «قراردادهای عامی جدید»، برای حقوقدان‌ها، مفهومی شفاف و ناظر بر تأسیس حقوقی خاص نیست و می‌تواند سردرگمی در

۱. ر.ک: کاترین، الیوت و کاترین، ورنون، **نظام حقوقی فرانسه**، تهران: سمت ۱۳۸۷، صص ۱۵۵-۱۲۱

۲. شکیبامقدم، محمد، حقوق اداری، تهران: انتشارات میر، ۱۳۸۷، ص ۲۱۶

۳. طباطبائی، پیشین، ص ۳۰۰

۴. شکیبامقدم، پیشین، ص ۲۱۶

مفهوم‌شناسی را در پی داشته باشد و این داستان همچنان در برخی نوشته‌ها ادامه دارد که حاصل آن، انباشت مفاهیم بیگانه از هم در کنار هم است و این انباشت سردرگم کننده مفاهیم، باعث سردرگمی، فزاینده می‌شود. این وضعیت، سردرگم کننده، سرگشتگی حقوقدان‌ها و قضات را نیز در پی داشته است. در این میان، شجاعت قضات و تلاش حقوقدان‌ها حقوق عمومی، می‌توانست نوید دهنده مسیر تازه باشد. اما نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور، چنین نویدی را نمی‌دهد. بنابراین در شناخت و معرفی درست مسائل مستحدثه روز اداره با چالش‌های جدی روبه رو هستیم چراکه در سطح مفهوم به اجماع نظری نرسیده‌ایم.

باید صریح اعتراف کرد یکی از استوانه‌های مشکل حقوق اداری ایران در برداشت‌های ناقص، مبهم یا حتی وارونه مفاهیم و اصطلاحات حقوق اداری است. هرچند که از گذشته، اندوخته‌ها و دانش مربوط به حقوق عمومی در ایران، بردوش اندک سهامداران این دانش بوده است و از این نظر، حقوق عمومی ایران، وامدار این استادان حقوق است اما باید اذعان داشت که برخی از نویسندگان حقوقی، در مواردی برداشت‌های مجمل، ناقص، مغلق یا متناقض از مفاهیم و اصول حقوق اداری ارائه داده‌اند. در نتیجه در بنای کج از مفاهیم حقوق اداری در زبان فارسی، نقش محوری داشته‌اند. نکته ناامیدکننده‌تر این که این وضعیت در آثار نوشتاری، اعم از مقالات و کتب اخیر، بیشتر دیده می‌شود. برای نمونه در نوشته‌ای، تبیین سردرگم‌کننده‌ای میان اصل انتظار مشروع با سایر اصولی حقوقی مثل اصل استماع بیان شده است.^۱ یا اینکه در همین نوشته، اصل انتظار مشروع به مثابه اصل شکلی و ماهوی تعریف شده اما در نوشته دیگری، به عنوان یکی از اصول ماهوی اداره خوب تعریف شده است.^۲ یا اینکه در آثار حقوقدان‌ها حقوق عمومی، مرز دقیقی میان مفاهیم «قراردادهای دولتی» در ایران با «قراردادهای اداری» مشخص نشده است. برای مثال در نوشته‌ای «قرارداد دولتی»، معادل «قرارداد عمومی»^۳ فرض شده است. این درحالی است که این گونه قراردادهای مرزهای جدی با همدیگر دارند که در مقام تحلیل، شایسته توجه‌اند^۴ حتی در برخی نوشته‌ها، قراردادهای اداری با عنوان «قراردادهای اداری (دولتی)»^۵ آمده و نوعی از این همانی میان آنها فرض شده است. همچنین در برخی نوشته‌ها، این همانی

۱. ر.ک: بهنیا، مسیح، اصل انتظار مشروع، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳، صص ۱۲۲-۱۲۰.

۲. ر.ک: عطریان، فرامرز، اداره خوب، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶، صص ۲۳۲-۲۰۹.

۳. ر.ک: حبیبزاده، محمدکاظم، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰، صص ۳۶-۳۵.

۴. مولائی، پیشین، صص ۸۱-۷۴.

۵. امامی، محمد و استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، جلد دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱: ۱۱۵.

بین: «قرارداد عمومی» و «قرارداد اداری»^۱ فرض شده است. یا اینکه در برخی نوشته‌ها به عبارت «قرارداد اداری»^۲ اشاره شده و در نوشته دیگر «پیمان عمومی»^۳ نام‌گذاری شده است. در برخی نوشته‌ها معادل‌گزینی‌ها متفاوت است مثلاً برای (Government Contract) معادل‌های مختلفی انتخاب شده است.^۴ چنین وضعیتی، زمینه‌ساز عدم اجماع راجع به مفاهیم پایه‌ای است و در نتیجه در خوشبینانه‌ترین وضعیت، می‌تواند موجب فهم متفاوت از مسئله حقوق اداری ایران گردد. حتی در مقام ترجمه اصطلاحات نیز نقدهایی بر مفاهیم وارد است. برای نمونه (Legitimate Expectations) به «انتظارات مشروع» ترجمه شده است این در حالی است در دیکشنری تخصصی «بلکس لو دیکشنری»، بار معنایی واژه (Legitimate) در زبان تخصصی حقوقی، محدودتر بوده اما در برابر در زبان فارسی، واژه «مشروع» بار معنایی گسترده‌تری داشته و به‌ویژه در دهه‌های اخیر، بیش از حد رنگ و بوی ایدئولوژیک، مذهبی و دینی پیدا کرده است اما در متون حقوقی تخصصی انگلیسی، اینگونه نیست لذا واژه «قانونی» در زبان فارسی بهتر از واژه «مشروع»، معنای کلمه را می‌رساند.

به اعتبار توضیحات بالا، نویسندگان حقوق عمومی دهه‌های گذشته، مسلط‌تر و کم‌خطا تر بوده‌اند. این وضعیت نشانگر این است ما نتوانستیم مسئله خود را بشناسیم و این عدم شناخت در وضعیت کنونی نسبت به گذشته بیشتر است.

گفتار ششم. بحران «انباشت مسائل» حقوق عمومی به مثابه دانش مدرن

در ایران از یک سو، نظریه‌پردازی پیرامون این دانش تازه است بنحوی که حقوقدان‌ها مجال کافی برای ورود به این حوزه را نداشته‌اند. از سوی دیگر، برداشت برخی حقوقدان‌ها ایرانی در ارتباط با این دانش به شدت در چهارچوب: فضا، منطق، منطوق و مفاهیم حقوق حقوق خصوصی قرار گرفته است. آثار نگاشته شده مجال کافی برای نقد آنها نیافته است. برای نمونه، مرز مشخصی میان «قرارداد اداری» با «قرارداد اداره» وجود ندارد. همچنین فضای ذاتی و دقیق میان «قرارداد اداره» با «قراردادهای مدنی» در ایران ترسیم نشده است.

۱. طباطبائی، پیشین، ص ۳۲۲

۲. سنجایی، کریم، **حقوق اداری ایران**، تهران: چاپ زهره، ۱۳۴۲، ص ۲۱۸ و شمعی، محمد، **حقوق قراردادهای اداری**، - تهران

۳. انتشارات جنگل ۱۳۹۳، ص ۲۱-۱۷

۴. عراقی، عزت‌اله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۸۸) **قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخص‌ها**، نشریه حقوق - خصوصی، سال ۶، شماره ۱۵، ۱۳۸۸، ص ۷۹

۵. ر.ک: شمعی، پیشین، ص ۱۷ و مولائی، پیشین، صص ۸۱-۷۶

همچنین می‌توان به عبارات فقهی مثل: «وکالت»، «نظارت استصوابی» اشاره داشت که از فقه وارد حقوق عمومی شده‌اند بدون اینکه بتوانند خود را با الزامات حقوق عمومی مطابقت داده و همسو سازند و حقوقدان‌ها بدون ورود جدی به این مفاهیم، آن را در آثار خود بیان کرده‌اند.^۱

جالب اینکه در اصل ۶۷ قانون اساسی و قانون آیین‌نامه داخلی مجلس بجای «نماینده‌گی» از واژه «وکالت» استفاده شده است. این وضعیت گویای آن است که نه‌تنها در سطح آثار حقوقدان‌ها بلکه در لایه اسناد قانونی نیز این وضعیت ناگوار قابل مشاهده است. بنابراین، اگر در سطح آثار حقوقی نوشته‌شده بتوان به سیطره ادبیات حقوق خصوصی بر ادبیات حقوق عمومی استناد کرد در سطح قانون اساسی نیز بی‌تردید یکی از دلایل به‌کارگیری این گونه ادبیات، عدم حضور نمایندگانی با تخصص حقوق عمومی در مجلس بوده است و اندک حقوقدان‌ها نیز محاط در دانش حوزوی یا حقوق خصوصی بوده‌اند. در چنین فضایی است که اصولی همچون اصل ۶۷ واژه‌پردازی شده است. این در حالی است که برای مثال در انقلاب ۱۸۴۸ آلمان، نمایندگان که در فرانکفورت در «مجلس ملی همه آلمانی‌ها» حاضر بودند شامل: ۱۲۲ نماینده دولتهای عضو کنفدراسیون، ۸۵ قاضی، ۸۱ حقوقدان، ۱۰۳ معلم، ۱۷ نفر تولیدکنندگان و نمایندگی‌های عمده‌فروشی، ۱۵ نفر پزشک و ۴۰ نفر از ملاکین بودند و این تعداد حقوقدان و قاضی البته بر گرانسگی واژه‌پردازی قانونگذاری، تأثیر مستقیمی خواهد داشت.

گفتار هفتم. بحران روش‌شناسانه و منطق در حقوق اداری

در غرب از گذشته حقوقدان‌ها مختلف اوصاف و هنجارهای مدرن روش‌شناسی حقوق را به عنوان یک دانش مستقل مورد توجه قرار داده‌اند، افرادی همچون: ایپهرینگ، پورتالیس،^۲ فرانسوا ژنی^۳ و رنه دموگ^۴ از نظریه‌پردازان و بنیانگذاران روش‌شناسی حقوقی به شمار می‌آیند، اهمیت روش‌شناسی در جایی پررنگ توصیف می‌شود که این دانش به عنوان ابزار و سنج‌های برای شناخت ضوابط، سازکارها، اصول و قواعد درست به‌کارگرفته شود و در واقع روش‌شناسی کمک می‌کند که شاخص‌ها، اصول و قواعد حقوقی، بر استدلال منظم و

۱. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۰، صص ۱۷۶-۱۷۵.

2-Ihering.

3-Portalis.

4-François Gény.

5-René Demogue

روش‌مند سوار شده و بر اساس آنها مورد ارزیابی و داوری قرار گیرند. در واقع روش‌شناسی در حقوق خود یک علم است، دانشی است که موضوع آن بحث و بررسی پیرامون شکل حقوق است و به این اعتبار به مکانیک حقوق می‌پردازد یعنی مجموعه نیروهایی که در شکل‌گیری و رشد و تحول فرآیند در حقوق سهم موثری دارند را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد.^۱ بنابراین روش‌شناسی، خط‌شکن است و مسیرسازی می‌کند و اینکه آیا بر محتوای درک از موضوع تأثیرگذار است یا نه؟ بی‌تردید پاسخ مثبت است.

هرچند در حقوق، روش‌شناسی، خود دانشی مستقل است اما در ایران به طور کلی به این دانش، توجه جدی و مستقل نشده است. روش‌شناسی حقوق، در پی بنیان‌گذاری منطقی برای اندیشیدن در فضای حقوق است و از این طریق، منطق اندیشیدن در چنین ساحتی را ترسیم می‌کند. به این اعتبار، روش‌شناسی در پی توجه به مسائل صوری در حقوق است و چه بسا منطق صوری حقوق را می‌تواند دربر بگیرد. باید توجه داشت روش‌شناسی حقوق، بر اصول کلی حقوق، ابزارها، سازکارهای هر بینش و اعمال حقوقی، مفاهیم متعدد، مقوله‌ها و نهادهای دستگاه حقوقی، شیوه‌های تفسیر حقوق، تکنیک‌های تنظیم روابط اجتماعی یا حل و فصل اختلافات، اشکال مختلف تحقیقات حقوقی و غیره تأکید دارد به این اعتبار، روش‌شناسی با معرفت‌شناسی حقوق مرتبط است.^۲ از این طریق است که منطق حقوق متولد می‌شود. با این حال، روش‌شناسی پدیدارشناسانه است چراکه به واقعیات و خود مسائل توجه دارد. اما از آنجایی که از منظر فلسفه حقوق، حقوق در ایران «اصول-گرا» است در نتیجه، «روش» در حقوق بر «منطق» در حقوق و در نهایت بر «غایت» در حقوق تأثیرگذار است چراکه در چیدمان «اصول» تأثیر بسیار جدی دارد.

علی‌رغم اهمیت روش‌شناسی در حقوق آکادمیک، باید اذعان داشت حقوق اداری در ایران فاقد روش‌شناسی مشخص است و البته یکی از دلایل آن، نبود روش و منطق در حقوق خصوصی در میان دانشگاهیان از زمان تولد دانشگاه مدرن در ایران بوده است چراکه آنها پیوسته در حاشیه منطق و روش فقه قرار داشته‌اند و از این طریق، بحران روش‌شناسی و بحران منطق حقوق خصوصی، آثارش را در حقوق عمومی نیز گذاشته است. هرچند که استاد کاتوزیان از منطق حقوق در آثارش صحبت کرده است اما باید گفت این حجم از پرداختن به موضوع کافی نبوده است و هر چند اخیراً در آثار^۳ به این موضوع پرداخته شده است.^۴

۱. افتخارچهرمی، گودرز، هفت اقلیم عقل در روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، ص

۳۸۵. همان، صص ۳۸۵-۳۸۸.

۳. الشریف، محمد مهدی، منطق حقوق: پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷ و کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲ و جعفری تبار، حسن، فلسفه تفسیری حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.

۴. اخیراً کتاب استاد فلسفی به این موضوع در ساحت حقوق بین‌الملل ورود پیدا کرده است. رک: فلسفی، هدایت‌الله، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، تهران، نشر فرهنگ نو، ۱۳۹۷.

اما باید گفت هنوز در آغاز راه روش‌شناسی حقوق خصوصی و کیفری در محافل آکادمیک هستیم. این وضعیت در مورد حقوق اداری نیز تبعاً صادق است. این در حالی است که در حوزه‌های علمیه از گذشته با تکیه بر روش و منطق خود، به مفاهیم حقوقی نگریسته شده و اگر گفته شود امروزه روش‌شناسی حقوق در محافل آکادمیک ذیل روش‌شناسی حوزوی قرار دارد سخن گزافه‌ای نخواهد بود. شاید یکی از دلایل چنین وضعیت اسفناکی، عدم جوشش دانشگاه از بطن جامعه ایرانی بوده است. درواقع، بحران روش در حقوق اداری ایران از مهم‌ترین دلائل بحران منطق در این رشته حقوقی بوده است، برای نیل به منطق حقوق اداری، لاجرم نیازمند روش‌شناسی حقوق اداری هستیم، این موضوع نه تنها نزد حقوقدان‌ها ما مورد بحث و بررسی قرار نگرفته است بلکه در هیچ اثر حقوق عمومی به این معضل بسیار شاخص توجه جدی و مستقل نشده است. البته اخیراً در نوشته‌ای به این موضوع اشاره شده^۱ اما جای کار زیادی دارد و تا رسیدن به آستانه روش‌شناسی حقوق اداری فاصله زیاد است.

باید توجه داشت روش‌شناسی در حقوق اداری مقدمه لازم برای منطق جدید است و از زمان آشنایی ایرانیان با حقوق مدرن پیوسته به حقوق اداری به مثابه یک پدیده مدرن از نگاه کلاسیک فقهی و به سبک قدمایی نگریسته شده است و چنین نگرشی موجب فهم پدیده مدرن به سان پدیده قدیم شده است، حاصل چنین دیدگاهی، عدم نوآوری در حقوق اداری و امتناع از نظریه‌پردازی جدید در حقوق اداری ایران شده است. دلیل اصلی چنین وضعیتی را باید، غلبه روش‌شناسی و منطق حوزوی بر دانشگاه در ایران دانست.

باید توجه داشت که شناخت روش و روش‌شناسی در حقوق، ایستادن در آستانه یکی از دروازه‌های دوگانه حقوق (یعنی شکل و محتوا) است. دروازه‌هایی که هم عرض هم بوده و در عرض هم و در کنار هم ما را در درک و هضم حقوق یاری می‌رسانند. از این نظر حقوق اداری در ایران نتوانسته است این موضع را درک کرده و بسازد و عملیاتی کند، حاصل چنین خلأی، نگریستن به حقوق از یک موضع است که در خوشبینانه‌ترین وضعیت اگر نگوییم موجب فهم غلط خواهد شد بی‌تردید موجب فهم ناقص می‌گردد. ناگفته پیداست که روش به مثابه شیوه و آیین ورود به بحث است و فرآیند کار و مسیر حرکت و رسیدن به غایت را تعریف و تبیین می‌کند، تا به اینجا، روش مفهومی تکنیکال است و نباید در حقوق جدی تلقی گردد. اما باید توجه داشت که آن لحظه‌ای که روش در حقوق، آیین ورود بحث و شیوه

۱. یآوری، اسدالله، مرادی برلیان، مهدی و مهرآرام، پرهام، اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷

کار و راه‌حل نیل به هدف و ابزارهایش را تبیین و ترسیم می‌کند در واقع مرزهای تفهیمی حقوق، ترسیم گردیده و بدین‌وسیله ماهیت کانالیزه می‌شود.

دلیل بحران در روش حقوق اداری را باید در سطح وسیع‌تر دید و آن سطح روش‌شناسی است. روش‌شناسی، علم به روش‌هاست بی‌آنکه بر دسته‌ای از مسائل حقوقی و حتی سیستم‌های حقوقی تمرکز کند.^۱ علی‌رغم اهمیت روش در حقوق، باید گفت حقوق عمومی در ایران با بحران روش‌شناسی مواجه است و این بحران به ویژه در حقوق اداری علی‌رغم اهمیت زیادی که دارد آشکارتر است. نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری، گویای محصور بودن دادرسان اداری در سبک و منطق حقوق خصوصی و فراتر از آن، در روش‌شناسی و منطق فقه است.

به یک اعتبار، به‌نظر می‌رسد نقطه آغازین ورود به مسئله حقوق اداری در ایران نیازمند بازاندیشی روش‌شناسانه و فرارفتن از روش و منطق فقهی است. از این حیث، روش کار باید عوض شود. یکی از راههای ورود روش‌شناسانه به معضل اداره در ایران، سبک انتزاعی است. یکی از پیشنهادها این می‌توان باشد که از روش «طوفان مغزی» برای ورود به معضل اداره در ایران استفاده شود. منظور از طوفان مغزی این است که به محقق اجازه داده شود ذهن را در ورای جغرافیا، زمان و مکان حرکت دهد و با فرض اینکه وی، چهارچوب کلی مشکلات اداره را در ایران می‌داند و به مسئله‌مندی ایران آشناست؛ اجازه داده شود به ابتدای «ذهن مجرد» و انتزاعی در پی پیدا کردن راه‌حلی برای مسئله اداره ایرانی باشد. در چنین روشی، ذهن از خودکنترلی و خودسانسوری دوری جسته و امکان استفاده از ظرفیت‌های خود برای خلق روشی جدید برای اداره برخواهد آمد. بر این اساس است که این روش را می‌توان شیوه خلاقانه در حل معضلات فرض کرد.

در این شیوه، راه‌حل ارائه شده توسط ذهن محقق، به‌مثابه «خمیرمایه» معضل اداره در ایران فرض گردیده و بعد از این مرحله انتزاعی است که به مرحله «عین»، یعنی «واقعیت اداره ایرانی»، می‌رسیم و به‌سوی مسئله‌مند ساختن اداره حرکت خواهد شد. چنین به‌نظر می‌رسد که ذهنیت ایرانی در اثر محدودیت‌های مختلف (زمانی، ایدئوژیک، جغرافیایی و شخصی) قدم نخست فهم معضل را درست نفهمیده است. یکی از دلایل مهم حدوث چنین اتفاق نامیمونی را باید در روش ورود به مسئله دانست. اگر این قدم نخست درست برداشته شود، امکان فهم محور معضلات اداره بهتر فهمیده خواهد شد. بعد از این مرحله است که نوبت واقعیات تاریخی، ذهنی، جغرافیایی، زمانی و شخصی است؛ یعنی با محور قرار دادن

خمیرمایه مذکور، باید به سراغ «مسئله اداره ایرانی» رفت و از خود پرسید که چگونه چنین خمیرمایه ای را در ظرف زمانی و مکانی اداره ایرانی ریخت بنحوی که معضلات اداره برطرف گردد؟ تأمل اصلی در این مرحله، معطوف به مسئله شناسی و مسئله مندی اداره است. آنچه که در مرحله دوم باید انجام داده شود این است که مسئله مرحله دوم را باید با توجه به مسئله مرحله نخست پاسخ داد. لذا مسئله مرحله اول نمی تواند از طریق مسائل مراحل بعد دچار استحاله معنایی گردد بلکه همه چیز بر محور خمیرمایه نخستین بنا گذاشته در مرحله نخست می چرخد. به این اعتبار، خمیرمایه آغازین ارائه شده توسط ذهن مجرد، چراغ راهنمای عمل محقق در مراحل بعدی است. در نتیجه مشاهده می شود که نوعی از تقدم ارزشی و هنجاری میان مسائل مرحله نخستین با مراحل بعدی وجود دارد که شایسته توجه جدی است. باید اذعان داشت چنین فضای روش شناختی برای درک معضلات اداره ایرانی، تابحال به وجود نیامده است و حقوقدان ها از این منظر، مجال ورود به موضوع و طرح بحث را نداشته اند و در مقام پاسخ به معضلات جدید از ساز کارهای قدیم استعانت جستند. این در حالی است که مقدمات روش شناسی در حقوق اداری با مفاهیم بنیادین و کلیدی حقوق اداری آغاز و با اصول حقوق اداری تدام می یابد و از رهگذر چنین فرآیند و روشی، منطق جدید حقوق اداری متولد می شود.

از جمله پیامدهای بحران روش شناسانه در حقوق اداری در ایران این بوده است که علی رغم عمر چهار دهه ای دیوان عدالت اداری، و عمر حدود یک سده ای دادرسی اداری در ایران، اینگونه رسیدگی نتوانسته است به عنوان یک تأسیس حقوقی مستقل خود را در میانه دادرسی ها در ایران تثبیت کند. باید توجه داشت استقلال در روش، یکی از ستون های بنیادین شکل گیری حقوق اداری در یک کشور است؛ آن سان که در فرانسه قرن ۱۹ رخ داد و منجر به تولد و استقلال حقوق اداری این کشور شد. لذا بدون استقلال در روش، تولد «حقوق اداری» امکان پذیر نخواهد بود.

گفتار هشتم. معضل برداشت از حقوق اداری در ایران

بخش اعظم نوشته های حقوقی در زبان فارسی، درک سردرگم کننده ای از مفهوم: «حقوق اداری» دارند. لذا در مقام تعریف مفهوم، باید دو سطح تعریف را از همدیگر تفکیک کنیم.

نخست. «تعریف به عبارت»:

از این دیدگاه، حقوق اداری یک مفهوم پیشامدرن بوده و ریشه‌های تاریخی آن، عمری همپای تشکیلات سیاسی، اجتماعی و نظام‌های سیاسی دارد و لذا از گذشته دور تاریخ، این مفهوم وجود داشته است. این تعریف، از اساس بر انگاره‌های توصیفی از اداره استوار بوده و نگاهی توصیفی به مفهوم دارد و به ترسیم اندام‌های سازمانی دستگاه‌های دیوانی از گذشته تا به حال دارد. در کتب تاریخی (عمومی یا تخصصی) عموماً از این رویکرد استفاده می‌شود و عموم نویسندگان این حوزه یا غیرحقوقدان یا دست‌کم حقوقدان غیر حقوق عمومی‌اند. از این دیدگاه، در ایران نیازمند رشته «تاریخ حقوق» یا رشته «تاریخ حقوق عمومی» یا رشته «تاریخ حقوق عمومی ایران» هستیم. راه‌اندازی این رشته می‌تواند بخش زیادی از نیازمندی‌های فعلی کشور را برطرف سازد. در فقدان چنین رشته‌ای، نه تنها یک گسست معنادار میان گذشته و حال، حتی میان دهه‌های اخیر با وضعیت فعلی در میان حقوقدان‌ها وجود دارد. در نتیجه، حقوقدان‌ها ما معمولاً برای مثال نمی‌دانند که کسی همچون ماکس وبر بیش از آنکه جامعه‌شناس باشد حقوقدان بوده است یا اینکه حقوقدان‌ها ما حتی در مورد داشته‌های خودمان نیز اطلاع کافی نداشته یا مجالی را برای تبیین درست از نقش افرادی مثل «سپه‌سالار» و «داور» در حقوق عمومی ایران نداشته‌اند که نتیجه آن، عدم توانایی برای ایجاد رابطه میان گذشته و حال است. در این راستا، نویسندگانی از رشته‌های تاریخ و علوم سیاسی به نوعی در صدد جبران نقصان‌های موجود برآمده‌اند که علی‌رغم ارزشمند بودن تلاش آنها، باید گفت که این نگاه‌ها از فقدان رویکرد حقوق عمومی رنج می‌برند؛ یعنی فاقد روش‌شناسی حقوق عمومی هستند. در نتیجه در درک، انتقال، تبیین و تفهیم مفاهیم کلیدی حقوق عمومی نتوانسته‌اند نقش قابل ذکری داشته باشند. هرچند به صورت تخصصی در ساحت تاریخ حقوق ایران، اخیراً برخی از نوشته‌ها، مقدمات نظری برای ورود از سطح: «تعریف به عبارت»، به ساحت: «تعریف به تأسیس حقوقی» را فراهم کرده‌اند.^۱ ناگفته پیداست برای رسیدن به سطح دوم، نیازمند آثار بیشتری از این دست هستیم.

دوم. تعریف به «تأسیس حقوقی»

از این دیدگاه، حقوق اداری درواقع، «تئوری حقوق اداری» است و محقق، نظریه‌پرداز حقوقی می‌کند. ایستادن بر دروازه اصلی این تعریف، مستلزم نظریه‌پردازی حقوق اداری است و بعد از آن است که می‌توان وارد بحث پیرامون حقوق اداری یک کشور شد. این نگاه به

۱. برای مثال رک: مرادخانی، فردین، **خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران**، تهران: بنیادحقوقی میزان، ۱۳۹۶ و مرادخانی، فردین، **مقدمات مشروطه‌خواهی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹ و سلطانی، سیدناصر، **درسهای حقوق اداری در مدرسه سیاسی**، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۸

حقوق اداری یک مفهوم مدرن بوده و ریشه در تجربه مدرنیته غرب دارد. اگرچه پایه های نخستین حقوق اداری مدرن را باید در سنن: رومی، ژرمنی، فرانکها، اسکاندیناوی، اسپانیولی و انگلوساکسون جستجو کرد اما فرانسوی ها طلابه دار نظریه پردازی آکادمیک در این خصوص

بوده اند. بنحوی که فرانسوی ها و در ادامه آلمانی ها و دیگران، حقوق اداری را به مسئله دانشگاهی تبدیل کردند و بدین وسیله به «اداره» به مثابه مسئله حقوقی و واقعیت حقوقی مستقل نگریستند. بنابراین برخلاف برداشت رایج، اصرار به انحصار حقوق اداری به سنت خاص مثل فرانکها یا ژرمنها از اساس برداشتی ناقص، غلط و همراه کننده بوده است و آن سان که در جای دیگری به نوعی به این موضوع اشاره کرده ام^۱ یا آن چنان که کاسسز در کتاب شکل گیری حقوق اداری گفته است؛ حقوق اداری، حاصل نزاع های کلان تاریخی، فلسفی، سیاسی و بخصوص ایدئولوژیک قرن ۱۹ در میان استعمارگران فرانسوی و انگلیسی بوده است که آثارش را به صورت همراه کننده ای برای ما بر جای گذاشته است^۲ و هرچند اروپاییان از این رویکردهای قرن نوزدهمی، دیرزمانی است که فاصله گرفته اند اما در ایران، وضعیت سردرگم کننده است و نویسندگان دچار خودسانسوری هستند.

در برداشت اخیر، باید گفت حقوق اداری در سطح کلان، یک مفهوم متکی به دولت مدرن با ارزشها متکی بر اومانیسم و خردگرایی است که با اتکاء به این برداشتها، در صدد است اداره متناسب با چنین دولتی را پایه گذاری کند. یکی از ملزومات نخستین اساسی برای راه اندازی چنین اداره ای، تئوری پردازی حقوقی راجع به اداره است که منتج به نظریه پردازی حقوق اداری متناسب با سطح کلان سیاست و فلسفه است. در اینجا است که حقوقدانها حقوق عمومی یک کشور می توانند وارد کارزارهای حقوقی و نزاع های اندیشه ای شده و کالاهای خود را از تعریف مفهوم حقوق اداری ارائه دهند. آن سان که افرادی مثل اتومایر در نیمه دوم قرن ۱۹ در آلمان، هوریو در قرن ۱۹ در فرانسه و دایسی در قرن ۱۹ در انگلستان از طلابه داران فکری در این خصوص در کشور خود بوده و به شایستگی متناسب با مقتضیات و الزامات زمان و مکان از پس چنین مسئولیتی برآمدند. از این منظر، در ایران، حقوق اداری تعریف نشده است و برخی از حقوقدانها به درستی به فقر نظریه پردازی اشاره کرده اند.^۳ از آنجا که تعریف قطعی و اجماعی از «حقوق دولت» در ایران محقق نشده است و لذا وضعیت امتناعی از تعریف مفهوم همچنان باقی خواهد ماند مگر اینکه «اداره» مسیر

۱. مولائی، آیت، قراردادهای اداری، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۹، صص ۱۴۱-۱۱۵

۲. کاسسز، سابینو، شکل گیری حقوق اداری، شیراز: نشر شهرداد، ۱۳۹۲، صص ۷۱-۲۳

۳. واعظی، سیدمجتبی، گفتارهایی در حقوق اداری، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۶، صص ۴۳-۱۳

خود را از «دولت» در ایران جدا کند و البته تا به امروز چنین وضعیتی مشاهده نمی‌شود و تعریفی هم که ارائه می‌شود از دو حال خارج نیست یا ناشی از معضل «شناختی» است که حقوقدان‌ها ما از دیگران ذکر کرده‌اند که این البته چون مسئله ما نیست لذا نمی‌تواند تعریف «حقوق اداری ایران» به‌شمار آید یا اینکه ناشی از خلط مفاهیم با همدیگر بوده که در اثر آن، حقوقدان‌ها از سطح

«تعریف به تأسیس» به «سطح تعریف به عبارت» می‌افتند و این‌چنین دچار تقلیل در مفهوم‌سازی می‌شوند که حاصل چنین تعریفی، خنثی بودن چنین تعریفی است چراکه چنین تعریفی نمی‌تواند مسئله‌مند و مسئله‌ساز باشد و لذا بیش از آنکه فرصت‌ساز باشد فرصت‌سوز است. بر این مبنا، برای حیات فعلی جامعه ما این‌گونه تعاریف، فقط مقدمات ورود به تعریف به‌شمار می‌آیند.

گفتار نهم. معضل تعریف دولت

در این خصوص، معضل در دو سطح کلان و جزئی قابل بحث است. در سطح کلان، باید توجه داشت دولت، مقدمه واجب فهم اداره است و امتناع در فهم مقدمه (یعنی دولت) موجب امتناع در فهم ذوالمقدمه و اصل مطلب (یعنی اداره) است. از آنجایی که از پیش از مشروطه، نزاع بر سر مفاهیم مدرن و به‌ویژه عناصر دولت در ایران وجود داشته است و تا به امروز بین نیروهای اجتماعی و سیاسی اجماعی بر سر این مفاهیم شکل نگرفته است؛ به‌نظر می‌رسد بدون فهم اینها و بدون حل مسئله در این لایه که مقدمه‌ای برای درک درست از اداره هستند؛ نمی‌توان از حقوق اداری ایران سخن به میان آورد. به بیان دیگر، اداره صاحب مقدمه دولت در ایران است و تبیین اداره بدون تبیین دولت امکان‌پذیر نیست. لذا فهم اداره مستلزم درک دولت است. باید توجه داشت این مفاهیم در لایه فلسفی-سیاسی اولاً با تاریخ اختصاصی ملل در ارتباط است و بدون توجه به جنبه خاص تاریخی یک ملتی نمی‌توان در این خصوص نظریه‌پردازی حقوقی کرد. ثانیاً بنابه اقتضائات هر کشوری، این مفاهیم رنگ و بوی خاص پیدا می‌کند. برای مثال، برای فهم ملت در آلمان به مثابه یک مفهوم مدرن، باید از تاریخ آنها به‌ویژه تاریخ سیاسی و فرهنگی و نیز فلسفه سیاسی و الهیات سیاسی آنها استعانت جست. بر این اساس، باید برای فهم «اداره» در ایران باید سراغ «دولت» رفت و برای شناخت دولت، باید به تاریخ ایران، به‌ویژه بعد از شکل‌گیری

دولت صفوی (۱۷۳۶-۱۵۰۱ میلادی) در ایران و انگاره‌هایی که بر اساس آنها، ایران فعلی را شکل داد و در طول سده‌های گذشته، عناصری به آنها اضافه یا کسر شده است؛ توجه داشت. انباشت چنین معضلاتی بوده است که هویت دولت در ایران کنونی و برداشت از آن به مثابه یک مفهوم حقوق اساسی نه تنها در انقلاب مشروطه حل نشده بلکه از آن زمان به بعد پیوسته محل نزاع اندیشه‌ای بوده است چراکه نتوانستیم به اجماع درونی برسیم. در چنین اوضاع و احوالی سخن گفتن از اداره در ایران با مشکلات خاص خود روبه روست. در اثر چنین ابهاماتی است که برای نمونه، شهرداری تهران، در سال‌های اخیر، مسئولیت برخی امور خدماتی را در شهرهای کربلا و نجف عهده‌دار شده است. این در حالی است که محدوده صلاحیت شهرداری به قلمروی شهر مربوطه محدود است.

در سطح جزئی، نوع نگاه به نهاد دولت، باعث تفسیر خاص از این نهاد شده است بنحوی که شهروندان در مقام اختلاف نظر با این نهاد، می‌توانند به دیوان عدالت، دادخواهی داشته باشند اما شوربختانه دولت نمی‌تواند برای دعاوی اداری به این مرجع مراجعه کنند. چراکه رأی شماره ۳۹-۳۷ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، منظور از مردم را اشخاص خصوصی تفسیر کرده است. لذا ممکن است برای یک موضوع واحد دو مرجع مختلف: دادگستری و دیوان عدالت اداری رسیدگی کنند. پیامد نخستین چنین وضعیتی، تکرر رویه قضایی و چه بسا تهافت رویه قضایی و در نتیجه به محاق رفتن «عدالت» باشد.

گفتار دهم. معضل دادرسی اداری

درک «حقوق اداری مدرن» بدون فهم «دادرسی اداری» به مثابه یک تأسیس حقوقی، امکان پذیر نیست و در نگاه آغازین، حقوق اداری، خود را در «حقوق دادرسی اداری» باز می‌نمایاند؛ حقوقی که عمدتاً ساخته و پرداخته قضاات است. این وضعیت البته گویای اهمیت دادرسی اداری برای شناسایی و فهم حقوق اداری به شمار می‌آید. این ادعا بر این گزاره استوار است که بخش اعظم حقوق اداری حاصل نقش بی‌بدیل قضاات اداری در مقام فهم حقوقی اداره و اصدار رأی با استعانت از دکترین و اصول حقوقی بوده است. به این اعتبار، یکی از دروازه‌های طلایی ورود به دنیای حقوق اداری را آرای قضایی و نقش قضاات دادگاه‌ها در مقام حل و فصل اختلافات اداری تشکیل می‌دهند. حتی در دیدگاه کامن‌لا، حقوق اداری به حقوق دادرسی اداری تقلیل معنا پیدا کرده است. نگاهی به تاریخ اروپاییان قرن ۱۹ گویای آن است که در بحبوحه شکل‌گیری حقوق اداری مدرن، حقوقدان‌ها فرانسوی و آلمانی هم

در مقام عمل از طریق شورای دولتی فرانسه و دادگاههای اداری آلمان و هم در مقام نظر، از طریق حقوقدان‌ها، حقوق اداری را در آغاز به عنوان «حقوق اداره» می‌شناختند. برای مثال در دهه‌های آغازین قرن ۱۹ فرانسه، در بحبوحه شکل‌گیری حقوق اداری این کشور، بی‌تردید یکی از استوانه‌های حقوق اداری این کشور، رویه‌های قضایی بوده است. به تعبیر آل. ماکارل، «در نبود قانون، رویه قضایی تنها راهنمای قاضی اداری است»^۱ وی در سال ۱۸۱۸ مجموعه‌ای درخصوص رویه قضایی اداری موجود به چاپ رساند که در سال‌های بعد موضوع تدریس در دانشگاه پاریس شد^۲ این درحالی‌ست که در ایران قرن بیست و یکم، امکان دسترسی «آزاد» به آرای دیوان عدالت اداری وجود ندارد در نتیجه امکان تحلیل سیستماتیک آرای دیوان وجود ندارد. از طریق «دادرسی اداری» است که «حقوق اداری» زایش پیدا کرده و فهمیده شد و سپس به سایر حوزه‌ها تسری پیدا کرد. حتی در سنت کامن‌لای انگلستان از قرن ۱۹ از طریق مقررگذاری توسط دولت، حقوق اداری را فهمیده و عمل می‌کردند به نحوی که بخش اعظم تعاریف آنها مثل تعریف «وید» از حقوق اداری معطوف به دادرسی اداری بوده است. به همین سان، در ایران نیز بدون فهم دادرسی اداری، نمی‌توان به فهم حقوق اداری ایران نایل گردید.

نگاهی به تاریخ بیش از یک سده‌ای ایرانیان گویای آن است که قانون اساسی مشروطه از همان آغاز دادرسی اداری را ذیل دادرسی دادگاه‌های دادگستری فهمید و لذا نظام تک‌پایه قضایی پایه‌گذاری شد. این در حالی بود که اقتضائات حاکم بر دادرسی اداری، ضرورت پایه‌گذاری نظام دوپایه قضایی را آشکار ساخته بود به نحوی که تا پیش از قرن ۲۰، این دو نظام در کنار هم مورد شناسایی قرار گرفتند اما شوربختانه قانون اساسی مشروطه، اجازه شناسایی و پایه‌گذاری قانونی این سبک از دادرسی و نظام قضایی را نداد و البته سنت تاریخی ما در این خصوص نقش مضاعفی در فهم دادرسی مدرن داشته است. با این حال، قانونگذار عادی با درک واقعیات حاکم بر دادرسی اداری، قدمهایی را هرچند ناقص، برای شناسایی این نوع از دادرسی برداشت. در دهه‌های بعد، هرچند تلاش‌هایی برای رشد این نوع از دادرسی انجام گرفت که اوج آن، تصویب قانون شورای دولتی در سال ۱۳۳۹ بود اما هیچ‌گاه به‌صورت عملی آغاز به کار نکرد. انقلاب سال ۱۳۵۷ که به‌درستی می‌توان یکی از خواسته‌های درست و به حق مردم را شکایت از خود دولت عنوان‌یابی کرد در اصل ۱۷۳ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری را موجب گردید. حاصل این اصل، تولد «دیوان عدالت اداری» در دهه

۱. کاسز، پیشین، ص ۲۸

2-Burdeau, Franois, Histoire du droit administrative, Paris: P.U.F., 1995, p. 107

و سایر مراجع قضایی، دیوان عالی کشور دارای صلاحیت رسیدگی تعریف شده است^۱ و بدین وسیله دادرسی عادی حاکم بر دادرسی اداری تعریف شده است. این وضعیت را درخصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری در ارتباط با مقوله خسارت و مسئولیت مدنی دولت نیز شاهد هستیم و البته قضات دیوان با تکیه بر آثار نوشتاری نویسندگان حقوق عمومی^۲ می توانستند در شناسایی و رشد مسئولیت مدنی دولت نقش خوبی داشته باشند. بر این مبنا می توان گفت که دیوان عدالت اداری در وضعیت کنونی علی رغم روندهای روبه جلو، نتوانسته است به عنوان یک مرجع دادرسی اداری مستقل ظاهر شود چراکه فاقد آیین دادرسی اداری مستقل و جامع است گو اینکه این مرجع در چارچوب الزامات مدیریتی در درون دادگاه های دادگستری و ذیل آنها و بنابر مقتضای پرونده های ادارات شکل گرفته است این در حالی است که انتظار می رفت دیوان عدالت اداری بتواند دادرسی اداری را در ایران به عنوان یک تأسیس حقوقی کلید بزند اما شوربختانه قانون دیوان عدالت اداری با ارجاع آیین دادرسی دیوان، به قانون آیین دادرسی مدنی، در موارد مسکوت، راه استقلال این نوع از دادرسی را مسدود کرده است. همچنین، برخی از حقوقدان ها، به ویژه حقوقدان ها حقوق خصوصی، در چارچوب انگاره های حقوق خصوصی یا برداشت های متناظر با فقه سنتی، دیوان عدالت اداری را مرجعی غیرقضایی و در حاشیه امر قضا تبیین کرده اند. این در حالی است که در دولت مدرن، «قضاوت اداری» نهادی مستقل و در عرض سایر قضاوت ها قرار دارد. مزید بر اینها، ترکیب تخصص قضات که عمدتاً دانش آموخته حقوق خصوصی یا حقوق جزا یا فارغ التحصیل حوزه های علمیه هستند راه را برای شکل گیری تفکر قضایی تخصصی مسدود کرده یا با چالش جدی روبه رو ساخته است. در نتیجه، عمل قضات در خدمت نظر قانونگذار درآمده است و برای برون رفت از این وضعیت باید نخستین تغییرات را از ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی و سپس قانون دیوان عدالت اداری آغاز کرد. هرچند که در این میان، نقش آرای شجاعانه قضات دیوان عدالت اداری می توانست نشانه های استقلال این نوع از دادرسی را در پی داشته باشد. با این حال، در مواردی، حتی حقوقدان ها حقوق عمومی نیز در چارچوب منطق حقوق خصوصی و بر اساس آن تحلیل هایی را ارائه داده اند. برای مثال، یکی از نویسندگان، استدلال کرده است دیوان عالی کشور به قرائن قانونی، عالی ترین مرجع قضایی است^۳ البته از منظر حقوق عمومی، چنین نگرشی قابل انتقاد است.^۴

۱. ر.ک: ابریشمی راد، محمد امین و آیینہ نگینی، حسین، **ن سبت سنجی جایگاه و صلاحیت های دیوان عالی کشور و دیوان**

عدالت اداری، فصلنامه علمی پژوهش های نوین حقوق اداری، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۸: ۱۳۸-۱۱۹

۲. برای مثال ر.ک: به زرگوش، مشتاق، **مسئولیت مدنی دولت**، قواعد عمومی، جلد اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۹

۳. صدرالحفاظی، سید نصرالله، **نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، تهران: نشر شهریار، ۱۳۷۲، ص ۴۴۰

۴. برای دیدن نظر موافق ر.ک: مولایی، غلامرضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: انتشارات جنگل،

گفتار یازدهم. ناتوانی حقوقدان‌ها حقوق عمومی در فهم و به بحث گذاشتن مسائل روز اداره

چالش دانشگاه و جامعه؛ یکی از دروازه‌های اساسی معضل حقوق اداری در ایران، این است که حقوقدان‌ها این رشته، در به بحث گذاشتن مسائل روز اداره در دانشگاه‌ها ناتوان بوده‌اند. ماهیت انعطاف‌پذیر اداره، مقتضی آن است که توجه به آن، به‌روز رسانی شود و متناسب با تحولات، اصول و قواعد نیز مورد توجه دوباره قرار گیرد. از این نظر اداره و دانشگاه نیازمند همکاری مستمر و جامع‌الاطراف هستند. چنین احساس نیازی با ایجاد پارک‌های علم و فناوری میان صنعت و دانشگاه به وجود آمده است اما از اساس در حوزه علوم انسانی این مسئله مغفول مانده است که البته از جمله دلایل چنین غفلتی را باید نخست: در نگاه غلط کلان نسبت به نهاد آموزش عالی جستجو کرد که در آن، دانشگاه به مثابه یک نهاد آموزشی با تشکیلات و «بنگاه اقتصادی» مشتبّه شده است. دوم؛ دلیل دیگر آن را باید در خودجوش نبودن نهاد دانشگاه در ایران دانست؛ نهادی که بعد از گذشت بیش از یک سده از واردات آن به ایران، همچنان با بطن جامعه پیوند نخورده و بومی‌سازی نشده است. سوم: خودبسند نبودن و خودسامان نبودن دانشگاه‌ها و گروه‌های آموزشی است.

حاصل وضعیت بالا، در علوم انسانی در ایران، به محاق رفتن علوم انسانی در دانشگاه‌ها بوده است چراکه در وضعیت کنونی در سایه غلبه و حکومت رقبای جدی دانشگاه‌ها بر جامعه، علوم انسانی آکادمیک، ظرفیت زیاد، بالنده و سریعی برای تبدیل ایده به کالای تجاری ندارد. این در حالی است که فضای علوم انسانی، ساحتی گسترده‌تر از علوم تجربی بوده و علوم تجربی در چنین فضایی درک و فهم و عملیاتی می‌گردند. درواقع، علوم انسانی، علوم پیشینی بوده که چه بسا «تجاری‌سازی» اش به آسانی علوم تجربی نیست و نیازمند حمایت دولت است. در وضعیت کنونی، دولت نه تنها حمایت سازنده‌ای نمی‌کند بلکه با ایجاد تشکیلات عریض و طویل حکومتی، خودسامانی دانشگاه‌ها و گروه‌های دانشگاهی، از جمله گروه‌های حقوق را از آنها سلب کرده و مجالی برای پیوند دانشگاه با جامعه پیرامونی خود شکل نگرفته است.

در اثر نگرش‌های غلط، نوعی از وضعیت بیگانگی علوم انسانی دانشگاه‌ها با جامعه رخ داده است و تا زمانی که دغدغه اصلی و نخستین دانشگاه، حل معضلات نزدیکترین جامعه به

از مفهوم اداره، هیچ‌گاه این مقوله به مثابه مسئله ایرانی مطرح نبوده است اما از گذشته حقوقدان‌ها ما بخشی از آثار خویش را به این مفهوم اختصاص داده‌اند بدون اینکه مجالی برای «ایرانی‌سازی» این مفهوم داشته باشند. برای مثال در نوشته‌ای، از جمله صلاحیت‌های دولت در رأس کلیه مقامات پلیس اداری، به «اعلان حکومت نظامی»^۱ تصریح شده است. این در حالی است که به صراحت اصل ۷۹ برقراری حکومت نظامی ممنوع است. یا اینکه در نوشته‌ای، «مقام معظم رهبری دارای اختیار پلیس عمومی نسبت به تمام سرزمین ملی»^۲ ذکر شده بدون اینکه توضیحی در این خصوص داده شود. این در حالی است که این مفهوم از فرانسه گرفته شده است و البته نظر به شأن رئیس‌جمهور فرانسه، می‌توان چنین جایگاهی را برای وی در نظر گرفت اما درخصوص مقام رهبری در ایران وضعیت بسیار پیچیده‌تر از این توضیح رها و ناقص است.

نکته مهم‌تر این که، «اداره» ماهیتی ژله‌گونه دارد و پیوسته برای بقا، نیازمند همسان‌سازی و به‌روزرسانی خود است. حاصل این وضعیت، تغییر اولویت‌ها، مسائل و موضوعات «اداره» در سپهر جامعه در سطوح: «ملی»، «منطقه‌ای» و «محلی» بوده است. این در حالی است که نظام دانشگاهی ما در طول چندین دهه گذشته حتی شجاعت تغییر و اصلاح و به‌روزرسانی سرفصل‌های حقوق اداری را متناسب با نیازهای سطوح سه‌گانه مذکور را نداشته است. در این وضعیت سخن گفتن از «حقوق اداری ایران» و کتابی که برای حقوق اداری ایران نوشته شده باشد محل بحث جدی است. برای نمونه کتاب حقوق اداری استاد طباطبائی بعد از گذشت چندین دهه که بدون تغییر و اصلاحات تجدید چاپ می‌شود و در مواردی به قوانین یا مقرراتی استناد شده است که منسوخ شده‌اند؛ نمادی از نمود فاجعه در این خصوص است. جالب اینکه این کتاب، همچنان منبع مهم آزمون کارشناسی ارشد به‌شمار می‌آید.

گفتار دوازدهم. ناتوانی یا عدم توجه حقوقدان‌ها در درک دوره‌های اخیر تاریخی حقوق اداری ایران

در سایه ماهیت انعطاف‌پذیر اداره و وابستگی‌اش به دولت، به نظر می‌رسد برای فهم حقوق اداری، ناگزیر از درک دوران و تحولات دوره‌های حقوقی بر مبنای تحولات تاریخی هستیم تا از این طریق بهتر بتوان اصول و قواعد حاکم بر هر دوره را و چرایی و چگونگی چنین ضوابطی

۱. موسی‌زاده، پیشین، ۶۴

۲. رضایی‌زاده، پیشین، ص ۲۲۴

را درک کرد. از این منظر، موضوع، با تاریخ حقوق اداری ارتباط وثیقی پیدا می‌کند. اینکه تاریخ حقوق اداری در ایران را چگونه می‌توان دسته‌بندی کرد؟ اینکه این دوران کدامند؟ در پاسخ می‌توان گفت که اگر بتوان، انقلاب مشروطه را برای حقوق مدرن اداری در ایران نقطه عطفی قرار داد در این صورت، دست‌کم سه دوره کلی قابل طرح است:^۱

بند یک. دوره پیش از مشروطه

عصر قاجار؛ این دوره را می‌توان دوره «استبداد» و «انحطاط» تلقی کرد؛ عصری که در آن، اداره بر اراده شخصی و فردی استوار بوده و خبری از «قانون» نیست. آن‌سان که در مورد سیستم قضایی این دوره نیز چنین فضایی حکم‌فرما بوده است.^۲

بند دو. دوره آغازین

ایستادن بر آستانه؛ این دوره با تحولات حوالی انقلاب مشروطه آغازیدن کرده و تا به قدرت رسیدن رضاخان ادامه دارد. این عصر، دوره «نخستین»ها است چراکه در این دوره، برای نخستین‌بار مفاهیم حقوق اداری به مثابه مقوله‌ای مدرن در ایران مطرح و شروع به آغازیدن می‌کند. در این عصر است که مفاهیم کلاسیک حقوق اداری همچون: اصل حکومت قانون در آرای نویسندگانی همچون «رساله یک کلمه» میرزا یوسف‌خان تبریزی (مستشارالدوله) و در ستایش «قانون» به کار می‌رود.

بند سه. عصر پهلوی

بازه زمانی پهلوی خود به دو دوره تقسیم می‌شود:

الف. دوره پهلوی اول؛ این دوره نیز به دو بازه زمانی قابل تقسیم است.

نخست: دوره تکوین حقوق اداری مدرن در ایران؛ این وضعیت در دهه اول، یعنی در حوالی ۱۳۰۰ تا ۱۳۱۰ به وقوع می‌پیوندد؛ دهه‌ای که تلاش می‌شود برداشتی مدرن از دولت و عمدتاً با اتکاء به انگاره‌های دولت مطلقه شکل بگیرد. در این دوره، برای نخستین‌بار، قوانین اداری همچون قانون استخدام کشوری به همراه دستگاه‌های اداری مدرن، شروع به

۱. اگر بخواهیم این دوره‌ها را با معیارهای دیگر بسنجیم وضعیت متفاوت خواهد بود. برای مثال بر حسب معیار اندیشه‌ها و نظریه‌پردازی‌های حقوقی، بی‌تردید پلان مذکور به هم خواهد خورد و نظر به فقر نظریه‌پردازی در حیطه حقوق عمومی در ایران،

نمی‌توان دوره‌های زیاد و متنوعی را ترسیم کرد

۲. رک: مرادخانی، ۱۳۹۶، پیشین، صص ۵۰۷-۵۰۰

دوم: دوره تثبیت برخی از عناصر حقوق اداری مدرن؛ دهه دوم: حوالی ۱۳۱۰ تا ۱۳۲۰ شمسی؛ در این دوره، برای نخستین بار، حجم عظیمی از سازمان های اداری مدرن، مثل اداره ثبت اسناد و املاک، دادگستری به همت افرادی مثل «داور» پا گرفت و سازمان های اداری کنونی، ادامه فرآیندی است که در این دوره آغاز شد.

ب. دوره پهلوی دوم؛ این عصر به سه بازه زمانی قابل تقسیم است:

دوره نخست: دوره سرگشتگی و تلاطم حقوق اداری؛ این دوره با تبعید رضاشاه در سال ۱۳۲۰ آغاز و تا کودتای مرداد ۱۳۳۲ ادامه پیدا می کند. این عصر را باید سیاسی ترین دوره حقوق اداری در ایران فرض کرد؛ به نحوی که در بررسی دوره پهلوی، بیشترین اسناد مرتبط با جنبه سیاسی اداره، همچون: اعتصاب کارکنان، حقوق سندیکایی کارمندان، در این دوره به تصویب رسیده است. لذا برای نخستین بار، جنبه سیاسی و اجتماعی اداره در محور موضوعات قرار می گیرد.

دوره دوم: بازگشت عناصر محافظه کارانه و اقتدارگرایانه به حقوق اداری؛ آغاز این دوره بعد از کودتای ۱۳۳۲ است. این دوره را باید دوره بازگشت ارزش ها محافظه کارانه و اقتدارگرایانه در قالب باستان شناسانه ارزیابی کرد که حاصل آن، روندهای شکل گیری اداره مبتنی بر اصول اقتدارگرایانه بود. در این راستا، تلاش شد همسو با تئوری هایی همچون: نظریه قدرت عمومی فرانسوی، ارزش ها اداره اقتدارگرا جا بیافتد؛ هرچند که این دو کشور بنیاداً با همدیگر متفاوت بودند.

دوره سوم: دوره تثبیت عناصر محافظه کارانه و باستان شناسانه؛ این دوره در اوایل دهه ۴۰ شمسی با انقلاب سفید شاه و ملت آغاز می شود. مشخصه بارز این دوره ترسیم و تعریفی از دولت بر مبنای: ملیت مبتنی بر هنجارهای باستان شناسانه بوده است که اوج آن در برگزاری جشن های ۲۵۰۰ ساله و تبدیل تقویم شمسی به تقویم پهلوی بود. این دوره، در اثر رونق اقتصادی کشور، بسترها برای تحول در امر خدمت عمومی آماده می شود که حاصل آن تنوع و گسترش دستگاه های اداری و خدماتی بوده است؛ بنحوی که برای نخستین بار، مفهومی از خدمت عمومی در ایران متولد می شود که تا به آن روز، سابقه نداشت لذا در ذهن شهروندان ایرانی، به مثابه نوعی از «عطیه پادشاهی» به شمار آمد. در این فضا، «سازمان اداره» و «کارکرد اداره» در ایران با مفهوم خدمت عمومی عجین گردید.

بند چهار: عصر جمهوری اسلامی

این دوره که با انقلاب ۱۳۵۷ آغاز می‌شود دست کم دربرگیرنده شش بازه زمانی مهم است.

دوره نخستین: اداره انقلابی؛ این بازه زمانی را باید دوره تحولات بنیادین در هنجارها، به‌ویژه در ارتباط با اداره دانست. در این دوره، نهاد اداره به‌صورت بنیانی، ماهوی، کارکردی و گستره‌ای دچار تحول بزرگی شد. بنحوی که اولاً؛ در سایه ظهور ارزش‌ها جدید، اداره نیز ناگزیر از تطبیق خود با چنین هنجارهایی بود. ثانیاً؛ در اثر مصادره و ملی اعلام شدن اموال خاندان پهلوی و کارگزاران رژیم، دستگاه‌های اداری به‌صورت بی‌سابقه‌ای گسترش پیدا کردند به‌شکلی که عموم حوزه‌های تولیدی، خدماتی، کشاورزی، صنعتی، اقتصادی، تجاری و مالی به تملک دولت درآمد و در دسته مالکیت عمومی درآمد. ثالثاً؛ در اثر این تحولات، پاکسازی عظیمی در نیروی انسانی دستگاه‌ها آغازیدن گرفت بدون اینکه چشم‌انداز روشنی از برنامه‌های آینده وجود داشته باشد؛ آنچه مورد اجماع انقلابیون بود این که باید ساختار و سازمان کنونی «تخریب» می‌شد اما در پاسخ به اینکه چه چیزی می‌بایست ساخته و بناگذاری می‌شد نظرات متفاوت و چه‌بسا متناقض بود. چنین تفاوتی در دیدگاه، چشم‌انداز اهداف نهاد اداره را حتی در کوتاه‌مدت تیره و تار می‌نمود. رابعاً؛ در اثر اقتضائات شرایط انقلاب، نهادهای انقلابی نظامی (مثل سپاه پاسداران انقلاب اسلامی)، سیاسی (وزارت جهاد سازندگی)، فرهنگی (مثل شورای عالی انقلاب فرهنگی)، خدماتی (مثل کمیته امداد امام خمینی) شکل گرفتند و بدین وسیله اداراتی با ساختار جدید و «انقلابی» شکل گرفتند.

دوره دوم: اداره شرایط جنگی؛ این بازه زمانی با دوره جنگ تحمیلی آغاز می‌شود؛ دوره‌ای که اداره را متناسب با شرایط جنگی تعریف کرده و در پی بنیانگذاری دستگاه‌های خدمات‌رسان برای اهداف جنگ بود. در نتیجه اداراتی ایجاد شدند که متناسب با شرایط جنگی به وجود آمده بودند و اهداف این ادارات، خدمات رسانی به کارکردها و کارویژه‌های جنگی بود. حاصل این وضعیت، ظهور «اداره فربه» بود که در کنار انتظام امر عمومی، مجری امر عمومی نیز بود.

دوره سوم: عصر تعدیل؛ این دوره را باید عصر تعدیل در اداره دانست که با پایان جنگ شروع به آغازیدن می‌کند و تا سال ۱۳۷۶ ادامه دارد. در نتیجه، برخی از دستگاه‌های دوره جنگ کارکرد خود را از دست داده بودند و دستگاه‌ها نیازمند تعدیل بودند که نمونه بارز آن،

، برچیده شدن وزارت جهاد سازندگی بود. در کنار این، سیاست تعدیل اقتصادی در سطح کلان نظام، آثار گسترده‌ای را بر اداره گذاشت و برای نخستین بار بعد از انقلاب، «خصوصی‌سازی» و پیروی از ارزش‌ها «بازار» را در حوزه «اداره» مطرح کرد.

دوره چهارم: عصر برون‌سپاری اداره؛ هرچند خصوصی‌سازی آغازین از زمان پایان جنگ شروع شده بود اما در این دوره، برون‌سپاری با خصوصی‌سازی هم‌آوا شد و فضا برای کوچک شدن حجم اداره جهت چابک‌سازی به شکل بی‌سابقه‌ای تشدید شد که پیامد محوری‌اش، ظهور تغییراتی در کارکرد و اهداف اداره و نیروی انسانی‌اش بوده است.

دوره پنجم؛ دوره تضاد عالم نظر و عالم عمل؛ در این دوره با تشدید خصوصی‌سازی در لایه سندنویسی با روندهای عملی خلاف اصول خصوصی‌سازی مواجه هستیم. سال‌های ۱۳۸۴ تا ۱۳۹۲ را باید دوره تلاطم حقوق اداری دانست چراکه در یک سطح، قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون «اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهارم (۴۴) قانون اساسی» برای تکمیل فرآیند خصوصی‌سازی به تصویب رسید. مهمترین اهداف این اسناد این است: اولاً؛ در سایه آنها، در سطح وسیعی تلاش می‌شود ادارات حوزه «تصدی»‌گری را به بخش غیر دولتی واگذار کنند. ثانیاً؛ بخش عظیمی از کارکنان از دولت منتزع و به بخش‌های خصوصی یا غیردولتی واگذار شوند. ثالثاً؛ این سیاست‌ها به نوعی در دهه‌های گذشته مثل دهه ۱۳۴۰ نیز پیگیری شده بود. تکرار تجربه گذشته، نگرانی‌ها درخصوص موفقیت این روند را افزایش داد. لذا در مقابل تلاش نظری مذکور، در سطح عملیاتی، با پدیده خلاف این روند مواجه هستیم. یعنی نه واگذاری‌ها به بخش خصوصی درست انجام شد و نه حجم دولت کوچک شد که البته از منظر حقوق اداری بسیار بحث‌برانگیزند.

دوره ششم؛ این عصر از سال ۱۳۹۲ آغاز می‌شود و دوره‌ای است که تلاش اصلی دولت معطوف به ترمیم گسل‌های ایجاد شده در دوره قبل میان نظر و عمل در ارتباط با اداره بوده است و البته در این دوره، با وضعیت بدیعی روبه‌رو هستیم و آن اینکه اداره تأثیرپذیری‌اش را صرفاً از معادلات «داخلی» اخذ نمی‌کند بلکه برای نخستین بار در تاریخ ایران مشاهده می‌شود که تأثیرپذیری اداره از معادلات «ملی» در حال فراتر رفتن به سطح «فراملی» است. در این راستا است که می‌توان ایده «حقوق اداری فراملی» یا حتی «حقوق اداری جهانی» را موضوع بحث قرار داد.

از منظر تحولات تاریخی بالا، حقوقدان‌ها حقوق عمومی هیچ وقت به فضای حقوق اداری در ایران، مجالی را برای ورود پیدا نکرده‌اند. در نتیجه درک این تحولات و پیامدهای آنها بر

حقوق اداری در ایران به بحث گذاشته نشده است و عموم نوشته‌ها، بخصوص کتاب‌ها و پایانامه‌های مقاطع تحصیلات تکمیلی، گویای عدم مجال یا عدم درک این تحولات در طول حدود یک سده گذشته بوده است که حاصل آنها، انباشتِ سردرگم‌کننده معضلات حقوقی پیش‌روی جامعه ایرانی بوده است.

نتیجه‌گیری

رئوس نتایج تحقیق از این قرار است:

۱- توضیحاتی که در بالا از نظر گذشت، در تلاش بود مهمترین معضلات حقوق اداری ایران را به بحث بگذارد و بی‌تردید هرکدام از این عناوین، نیازمند بحث و تحلیل حقوقی جداگانه هستند.

۲- از نقطه‌نظر روش تحقیق، باید اذعان داشت که این نوشتار نمی‌توانست از روش تحقیق کمی پیروی کند چراکه حجم تحقیق بشدت بالا می‌رفت. درواقع، بخش اعظم این نوشتار حاصل تجارب عملی و نظری اینجانب در طول دهه‌های تحصیل و تدریس بوده است. از این حیث برخی از چالش‌های گفته‌شده، به روش شهودی، قابل بحث و اثبات است اما بی‌تردید بر این معضلاتی که در اینجا گفته شد موارد دیگر، قابل اضافه شدن است و در اینجا به مهمترین آنها بسنده شد.

۳- در میان توضیحات بالا، چنین به‌نظر می‌رسد که ارتباط غیرقابل گسست: «دولت» و «اداره»، ما را ناگزیر به پذیرش فرض، «بنیادین بودن معضل حقوق اداری ایران در همین لایه»، می‌سازد. به این اعتبار، اساسی‌ترین معضل حقوق اداری در ایران در همین سطح قرار دارد.

۴- بی‌تردید معضلاتی که به آنها اشاره شده است دارای رابطه منطقی و نظام‌مند بوده و همگی در کنار هم، منظومه‌ای از مشکلات را نشان می‌دهند. به این اعتبار، بررسی یکجای این موارد می‌تواند نشان‌دهنده معضل سیستمیک در ایران باشند و البته بررسی جداگانه و مستقل هر کدام از آنها بدون توجه به سایر معضلات، می‌تواند ابعاد تکنیکال معضلات را بیش از پیش نشان دهد. لذا بسته به اینکه این مشکلات را چگونه بنگریم و چگونه به‌کار ببندیم ممکن است نتایج مختلفی بگیریم.

۵- در پایان باید گفت که ما نباید منتظر تکرار تجربه قرن ۱۹ و ۲۰ غربی‌ها درخصوص شکل‌گیری و توسعه حقوق اداری باشیم. بلکه باید راه خود را رفت و لذا تحمیل تجربه آنها برای درمان دردهای حقوق اداری در ایران قرن ۲۱، چه بسا زمینه‌ساز گمراهی و سرگستگی گردد. هرچند که خوشه‌چینی از چنین تجربه‌ای بی‌تردید برای ما لازم و ضروری است.

فهرست منابع

منابع فارسی

الف. کتاب‌ها:

۱. امامی، محمد و استوارسنگری، کورش، حقوق اداری ۲ و ۱، جلد اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۸.
۲. امامی، محمد و استوارسنگری، کورش، حقوق اداری، جلد دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
۳. ابوالحمد، عبدالحمید، حقوق اداری ایران، تهران، انتشارات توس، ۱۳۷۹.
۴. انصاری، ولی الله، کلیات حقوق اداری، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۹.
۵. بهنیا، مسیح، اصل انتظار مشروع، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.
۶. حبیب‌زاده، محمدکاظم، اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۰.
۷. جعفری تبار، حسن، فلسفه تفسیری حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
۸. رضایی‌زاده، محمدجواد، حقوق اداری (۱)، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵.
۹. زرگوش، مشتاق، مسئولیت مدنی دولت، قواعد عمومی، جلد اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
۱۰. فلسفی، هدایت‌الله، سیر عقل در منظومه حقوق بین‌الملل، تهران، نشر فرهنگ نو.
۱۱. عطریان، فرامرز، اداره خوب، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۶.
۱۲. کاترین، الیوت و کاترین، ورنون، نظام حقوقی فرانسه، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
۱۳. کاسز، سابینو، شکل‌گیری حقوق اداری، شیراز، نشر شهرداد، ۱۳۹۲.
۱۴. کیوانفر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۲.
۱۵. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۷۸.
۱۶. سلطانی، سیدناصر، درس‌های حقوق اداری در مدرسه سیاسی، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۸.
۱۷. سنجابی، کریم، حقوق اداری ایران، تهران، چاپ زهره، ۱۳۴۲.
۱۸. شکیبامقدم، محمد، حقوق اداری، تهران: انتشارات میر، ۱۳۸۷.
۱۹. شمعی، محمد، حقوق قراردادهای اداری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
۲۰. الشریف، محمدمهدی، منطق حقوق: پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷.
۲۱. صدرالحفاظی، سید نصرالله، نظارت قضائی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، نشر شهریار، ۱۳۷۲.
۲۲. مرادخانی، فردین، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران، بنیادحقوقی میزان،

۱۳۹۶.

۲۳. مرادخانی، فردین، مقدمات مشروطه‌خواهی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹.

۲۴. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری (۱-۲) کلیات و ایران، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۱.

۲۵. مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۵.

۲۶. مولائی، آیت، قراردادهای اداری، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۹.

۲۷. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰.

۲۸. واعظی، سیدمجتبی، گفتارهایی در حقوق اداری، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۶.

۲۹. هداوند، مهدی و مهدی، علی، اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.

۳۰. یاور، اسدالله، مرادی برلیان، مهدی و مهرآرام، پرهام، اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷.

مقاله‌ها:

۳۱. ابریشمی راد، محمد امین آیین نه‌نگینی، حسین، نسبت‌سنجی جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۱، شماره ۱، ۱۳۹۸، صص ۱۳۸-۱۱۹.

۳۲. افتخارچهرمی، گودرز، هفت اقلیم عقل در روش‌شناسی حقوق بین‌الملل، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۰، ۱۳۹۸، صص ۴۰۵-۳۸۳.

۳۳. عراقی، عزت‌اله و حبیب‌زاده، محمدکاظم، قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخص‌ها، نشریه حقوق خصوصی، سال ۶، ۱۳۸۸، شماره ۱۵.

منابع خارجی:

Burdeau, Francois, Histoire du droit administrative, Paris: P.U.F., 1995.34

مفهوم کاداستر کارکرد و آثار آن

بهنام حبیبی درگاه*

چکیده

کاداستر، در مقام مهندسی هدفمند اطلاعات با رویکرد ثبات و امنیت حقوقی بر مبنای واحد زمین استوار شده و کارکرد تکنولوژی آن از نوع اطلاعاتی و خدماتی است. کارآمدی و به‌روزرسانی این سیستم پویا می‌تواند آثار مستقیم و غیرمستقیمی در کارکرد دیگر سیستم‌ها ایجاد نماید. کاداستر، الگوی مدیریتی و ثبتی نوین محسوب می‌شود. امنیت و شفافیت معاملات زمین در پرتو همین چهارچوب فکری قابل توجیه است. تکنولوژی اطلاعاتی کاداستر، بر مبنای تولید و مصرف بهینه اطلاعات تأکید دارد. اجرای کامل کاداستر چندمنظوره (جامع) می‌تواند منافع دولت و مردم را به‌عنوان یک هدف ملی برآورده سازد. بهبود دسترسی به اطلاعات و کاربرد بهتر داده‌های مکانی و زمانی در سطحی وسیع‌تر سبب تغییر رویکردها و اصلاح کارکردها از طریق سیستم کاداستری است. بهره‌برداری پایدار از زمین نیز در گرو ایجاد زمینه کاداستر چند منظوره است ایجاد امکانات جدید برای برنامه‌ریزان با هدف کاهش اختلافات و استانداردسازی تصمیمات را دنبال می‌کند؛ بنابراین، بازدهی اطلاعات کاداستری در مدیریت منابع و کسب منافع حداکثری است. استانداردهای کیفیت، بهره‌برداری معقول، ایجاد امنیت حقوقی، افزایش ضریب اعتماد به سرمایه‌گذاری، حداکثر مطلوب بهره‌برداری، حداکثر برداشت اقتصادی، توازن زیست‌محیطی و تحقیقات عملیاتی در این سیستم، جایگاه مخصوصی دارند. این مقاله بر آن است تا ابتدا مفهوم کاداستر دولتی را تبیین و در ادامه به ماهیت، کارکرد و آثار همه‌جانبه آن بپردازد.

کلیدواژه‌ها: برنامه‌ریزی شهری، حقوق زمین، کاداستر، آثار کاداستر

مقدمه

افزونی اطلاعات در هزاره سوم از ارکان ممتازی است که فراگیری آن از جنبه‌های امنیت، سرعت، تغییر، توسعه، شفافیت، پایداری، مدیریت و بازده اجتماعی قابلیت مطالعه دارد. ارزش اطلاعات در موضوع «زمین» با تأکید بر اطلاعات جغرافیایی و تأمین زیرساخت‌ها در اندیشه تصحیح نهاده‌ها و کارکردهای سنتی است. از همین رهگذر است که برنامه‌ریزان برای ارزیابی مناسب به اطلاعات روزآمد نیاز دارند. نظام کاداستر بر پایه اصول مهندسی، جغرافیایی و ترکیب آن با حقوق ثبت بنا نهاده شده است. هدف اصلی آن همانا تعیین حدود املاک و تشخیص مالکین و حقوق آنها می‌باشد، تا درصد اشتباه را به نحو چشم‌گیری کاهش دهد. با توجه به تحول در سامانه‌های ذخیره‌سازی و اطلاعاتی و انتقال اطلاعات باید پذیرفت که کاداستر، ثبتي نوین و کارآمد است.

کارکرد و مزایای کاداستر، زمینه‌ساز درک اهمیت ملی در ابعاد و لایه‌های گوناگون شده است. تبیین مبانی حقوقی و اقتصادی داده‌های زمینی با واکاوی در شناخت پیشینه و ضرورت تاریخی قابل رهگیری است. اجرای کاداستر، می‌تواند به صورت مستقیم و غیرمستقیم بر کاهش هزینه‌های دولت و کاهش دعاوی ثبتی و دادگستری بینجامد. تحلیل‌های اقتصادی و اجتماعی نشان می‌دهد که اجرای کاداستر، علاوه بر نقش پیش‌گیرانه بر مؤلفه‌های گوناگونی تأثیر می‌گذارد. با تعیین حدود و مالکیت، میزان امنیت معاملات و شفافیت ملک نیز فزونی می‌گیرد و انگیزه افراد برای طرح دعاوی موهوم کاهش می‌یابد.

کاداستر به عنوان یک نیاز حقوقی و فراحقوقی در خدمت توسعه پایدار قرار می‌گیرد و اطلاعات روزآمد را در جهت تأمین منافع و کارکردها با توجیهات اقتصادی و غیراقتصادی راه‌یابی می‌کند. اجرای سیستم کاداستر به صورت جامع، باعث کارآمدی سیستم ثبتی می‌شود و به عنوان ادله‌ای قابل اتکاء، بستری برای کارآمدی نظام تقنینی و قضایی نیز قلمداد می‌شود. کاداستر به نظام مربوط به ثبت ارزش، موقعیت و مالکیت اراضی در یک قلمرو سرزمینی در جهت اهداف مختلف مالیاتی، حقوقی، زیست‌محیطی و نظایر آن اطلاق می‌شود. پیشینه پژوهش با رویکرد حقوقی دارای ادبیات فقیر و پایش نشده است. در این مقاله کوشش خواهد شد تا مفهوم کاداستر و نقش آن در توسعه پایدار واکاوی شده و کاداستر از منظر ماهیت، کارکرد و آثار مورد پایش و بررسی قرار خواهد گرفت.

گفتار نخست. مفهوم کاداستر

کاداستر^۱، واژه‌ای یونانی و به معنای «دفتر یادداشت»، «سرانه»، «خط به خط» و «زیر خط»^۲ مشتق از (Capita) و مخفف (Capitum Registrum) است.^۳ بر اساس نظر برخی زبان‌شناسان فرانسه، «کاپیتاستروم» و «کاتاتیخون»، صورت‌های آوایی و ریشه‌های کاداستر در زبان یونانی است که در گذر زمان، تحول لفظی (Captastrum) و معنایی یافته است. بدین ترتیب که به معنای ثبت مناطق مختلف کشور یونان و به منظور اخذ مالیات‌های معین به کار می‌رفته است.^۴

واژه کاداستر در فرهنگ آکسفورد به معنای ثبت قطعات زمین و دارایی‌های غیرمنقول کشور با ابتدای بر نقشه معرفی شده است. واژه «حدنگار» به عنوان معادل فارسی کاداستر به کار می‌رود. «حد» در تداول زبانی، دلالت به تعیین و تنظیم دارد. حائل میان دو چیز، کناره چیزی، اندازه و مرز را از معانی لغوی حد دانسته‌اند.^۵ جزء ترکیبی «نگار» نیز بن مضارع از مصدر فارسی نگاشتن و نگاریدن می‌باشد. نقش و تحریر ازجمله معانی واژه نگار است. طبیعی است که واژه کاداستر به سبب غیرفارسی بودن، در فرهنگ لغات فارسی معنایی خاص ندارد. این در حالی است که بین حقوقدان‌ها و مدیران فنی به «کاداستر» معروف شده است؛ حتی قانونگذار نیز در م. ۱۵۶ قانون ثبت و آیین‌نامه ۱۳۷۹ تبصره ۳ م. مذکور، از لغت کاداستر بهره برده است. قانون برنامه پنجم توسعه ۱۳۸۹ در قالب تبصره بند ۲ قسمت «ح» م. ۲۱۱، بعد از به کار بردن عبارت «حدنگاری» در داخل پرانتز از واژه «کاداستر» سود جسته و در قانون اخیرالتصویب نیز در معنی حدنگاری آمده است. فرهنگستان زبان فارسی، معادل مناسب فارسی کاداستر را «ملک آما» می‌داند؛ بنابراین، کاداستر بر مبنای دانش لغت‌شناسی ریشه‌ای یونانی، قائم به ملک، دارای کارکرد مالی و پیشینه‌ای طولانی است که از خاستگاه ابرزاری خویش فاصله گرفته است. با این وصف، مشترک معنایی رایج و تاریخی را باید در رکن «ثبت»، «اطلاعات» و «قطعه زمین» به شمار آورد.

1. Cadastre

۲. حبیبی درگاه، بهنام و حنیفی، مهران، حقوق کاداستر - ثبت نوین، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۸، ۲.

۳. لارسن، گرهارد سیستم‌های کاداستر و ثبت زمین، ترجمه پورکمال، میترا، چاپ اول انتشارات مرکز اطلاعات جغرافیایی، ۱۳۸۶، ۵.

۴. پورروستایی اردکانی، زهره، بررسی تطبیقی مفهوم، ماهیت و آثار سیستم کاداستر در نظام نوین ثبت، پایان‌نامه ارشد،

دانشگاه خوارزمی (۱۳۹۳)، ۱۳.

۵. معین محمد، فرهنگ معین، ۱۳۷۱، ۱۳۴۳.

مفهوم اصطلاحی کاداستر، اشاره به نقشه کاداستر دارد. کاداستر، فهرست مرتب‌شده اطلاعات مربوط به قطعات و مشخصات زمین است. از همین رهگذر، سه مبنای مورد اختیار در مفهوم‌شناسی کاداستر را می‌توان بازشناسی نمود. به‌گونه‌ای که اندازه و کاربری زمین معین با ابتدای بر اطلاعات منظمی تدوین شده و با قالب مشخصی در جهت پردازش آتی و با تکیه بر مبانی کارکردی زمین مورد نظر باشد. بر این مبنا، تعیین مؤلفه کارآ برای معرفی قطعه زمین از مسیر ثبت کارآمد، نخستین وجه مورد توجه است که در قالب عباراتی نظیر اطلاعات مکانی و مشخصات رقومی برای بهره‌برداری بهینه آتی مورد تبیین قرار می‌گیرد. اطلاعات علمی زمین می‌تواند از مسیر تهیه نقشه با استفاده از عکس‌ها، تصاویر زمینی، دریایی، هوایی، ماهواره‌ای و... حاصل شود. تبدیل رقومی عکس‌ها، تصاویر، ویرایش و تکمیل نقشه‌های زمینی، تطبیق نقشه با وضعیت موجود یا واقعی زمین و اضافه کردن اطلاعات فنی، حقوقی و توصیفی با کنترل نهایی و به‌روزرسانی‌شده موردنظر می‌باشد. اطلاعات توصیفی می‌بایست در پایگاه داده قوی سامان‌دهی شود و اطلاعات مکانی در یک محیط نرم‌افزاری ویژه‌ای ذخیره گردد و ارتباط بین این دو برای انجام آنالیزهای موردنیاز لزوماً باید برقرار شود.^۱

کاداستر، سیستمی است که در آن اطلاعات فنی و اطلاعات حقوقی ضمن تلفیق با یکدیگر نگهداری و مدیریت می‌شود تا در جهت تعیین موقعیت جغرافیایی و هندسی املاک (تثبیت املاک) و عملیات ثبتی نظیر تحدید حدود، تفکیک، تجمیع، افراز و رفع اختلافات ملکی در دعوی حقوقی مورد استفاده قرار گیرد. تعریف فنی کاداستر از نظرگاه فدراسیون بین‌المللی نقشه برداری (FIG)، عبارت از فهرست مرتب‌شده‌ای از اطلاعات مربوط به قطعات زمین در داخل مرز جغرافیایی یک کشور که شامل نقشه‌برداری و افزودن سایر مشخصه‌های زمین؛ نظیر حقوق مالکیت، کاربری، اندازه و ارزش در قالب نقشه با مقیاس بزرگ بوده که به طور رسمی به ثبت می‌رسد^۲ سازمان ملل متحد نیز آن را حاوی اطلاعات نظام‌مند از املاک (UTM) و دارایی‌های غیرمنقول می‌داند که در برگیرنده اطلاعاتی از نوع هندسی و توصیفی است.^۳ کاداستر را به طور اختصار، علائم و نشانه‌های مربوط به تحدید حدود املاک و حریم

۱. ملکی، محمد، نقش کاداستر شهری به عنوان یکی از مجموعه های
در مدیریت املاک شهرها GIS

سومین کنفرانس برنامه‌ریزی و مدیریت شهری مشهد، (۱۳۹۰، ۸)

۲. دفتر کاداستر استان سمنان، جزوه آموزشی آشنایی با کاداستر - اهداف و عملکردها، ۱۳۹۲، ۲

۳. پورروستایی اردکانی، زهره، بررسی تطبیقی مفهوم، ماهیت و آثار سیستم کاداستر در نظام نوین ثبت، پایان‌نامه ارشد،

دانشگاه خوارزمی، ۱۳۹۳، ۶

می‌دانند. فهرست منظمی از داده‌های املاک (قطعات زمین) در داخل کشور نیز دانسته شده است.^۱ بدین ترتیب، اطلاعات حاصل از حدنگاری در جهت رفع اختلافات ملکی در دعوی حقوقی و ثبتی مورد استفاده قرار می‌گیرد. این کارکرد مزیت‌گرا بدون شک می‌تواند آورده‌ای کارآ، سازگار و مرتبط با مدیریت باشد؛ بنابراین، دارای آثار مثبت و نظام‌مندی است که با حقوق مالکیت افراد، ارتباط می‌یابد. تلفیق دو نوع اطلاعات مکانی و توصیفی در کاداستر، مورد توجه است. اطلاعات مزبور، در قالب نوشته‌های دقیق و بانک‌های اطلاعاتی در یک سیستم یکپارچه، جمع‌آوری و به‌روزرسانی می‌شود. اطلاعاتی از قبیل مالکیت، قیمت، کاربری و دیگر مشخصات فیزیکی را می‌توان در شمول تعریفی کاداستر ردگیری نمود.

مفهوم فنی نقشه کاداستر، بر اطلاعات زمینی و جغرافیایی نقشه کاداستر دلالت دارد. رویکرد فنی نقشه نیز عبارت از اطلاعات هندسی و توصیفی ملک از قبیل موقعیت جغرافیایی ملک، حدود اربعه و حدود هندسی آن در مقیاس نقشه‌های بزرگ می‌باشد. به نظر «هنسن»، یک قطعه زمین کاداستری، قطعه‌ای پیوسته از زمین می‌باشد که در آن حقوق و بهره‌گیری ملکی منحصر به فرد آن به صورت واحد و یکپارچه شناخته شده باشد. یک قطعه زمین کاداستر باید یک ناحیه به هم پیوسته از زمین باشد که یک نوع بهره‌گیری از زمین را دربرگیرد. بر روی نقشه یک قطعه کاداستری، خطی شکل می‌گیرد که نقشه را احاطه کرده و دارای هویت کاملاً منحصر به فرد می‌باشد. کاداستر به معنای یک ارزیابی و طبقه‌بندی سیستماتیک از زمین، تحت کنترل یک دولت مرکزی به وسیله نقشه‌هایی از قطعات زمین‌هاست که بر مبنای نقشه‌های توپوگرافی طراحی شده و بر طبق قطعات زمین در دفاتر ثبت، رکورد شده‌اند.^۲ با ترکیب و پردازش به هنگام اطلاعات فنی برآمده از سیستم اطلاعات جغرافیایی (مکانی)، توان افزایش داده‌ها از مرحله ابزاری به یک سیستم کارآ بدل خواهد شد. ارزش کاداستر حقوقی، نظم‌آوری توأمان ثبتی از مسیر فناوری اطلاعات در کنار مهندسی هدفمند زمین با تکیه بر افق توسعه پایدار، جلوه‌های امنیت حقوقی را با دلایل قابل توجیه اقتصادی - اجتماعی تبیین می‌دارد. کاداستر به نظام‌مندی حقوقی زمین به‌عنوان مال غیرمنقول و مالک به‌عنوان شخص ذی‌نفع می‌پردازد. تنظیم محدوده ملک، هر قدر دقیق‌تر و توصیفی‌تر باشد، رویکرد شناسایی و اثباتی بهتری در محکمه می‌یابد؛ بنابراین، اطلاعات حاصل از کاداستر به‌عنوان داده‌ای فنی - علمی در جهت انضباط‌گرایی و مبناشناسی به یاری حقوق‌دان می‌آید. اطلاعات توصیفی، هندسی و حقوقی دارایی‌های غیرمنقول در کاداستر حقوقی نگهداری و مدیریت می‌شود. این سخن بدان معناست که شناسایی قانونی و مفهوم

۱. آدابی، حمیدرضا، **حقوق ثبت تخصصی**، چاپ پنجم، جنگل جاودانه، ۱۳۹۱، ۱۴۷.

۲. لارسن، گرهارد، **سیستم‌های کاداستر و ثبت زمین**، ترجمه پورکمال، میترا، چاپ اول، انتشارات مرکز اطلاعات جغرافیایی، ۱۳۸۶، ۳۷.

حقوقی کاداستر با توجه به رویکرد فنی آن باید تبیین و ارزیابی شود. بر این اساس، باید کاداستر را با عناوین ابزاری و یا سیستمی مورد شناسایی ماهیتی قرار داد تا از این منظر، قابلیت قانونی و ارزیابی قضایی کاداستر مورد قبول منطق حقوقی نیز قرار گیرد.

در نظام ثبت شخصی (Deeds System) یا ثبت اسناد و قولنامه‌ها تمرکز روی ثبت مالک و دارنده حق است و بیانگر این نکته است که «چه کسی مالک چه چیزی می باشد». در حالی که در نظام ثبت عینی (Titel System) یا ثبت حق مالکیت زمین، تمرکز بر ثبت حق مالکیت است و اینکه «چه چیزی به وسیله چه کسی مورد تملک قرار گرفته» را ارائه می کند. در واقع، تفاوت این دو نظام در تفاوت کیفیت اطلاعات نهفته در آنهاست. بدین معنا که در نظام ثبت شخصی اطلاعاتی که مبنای ثبت قرار می گیرد، اطلاعات مربوط به مالک و دارنده حق است. در حالی که در نظام ثبت عینی اطلاعات مبنای ثبت، اطلاعات مربوط به حق مالکیت موضوع ثبت است نه دارنده آن^۱ کاداستر حقوقی پاسخگویی به پرسش‌هایی نظیر چه کسی؟ چه مقدار؟ چگونه؟ و کجا؟ را تبیین می کند.

گفتار دوم. ماهیت سیستم کاداستر

کاداستر پدیده‌ای فرارشته‌ای با برخورداری از وجوه حقوقی و فنی است که به ترتیب مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بند نخست. ماهیت حقوقی سیستم کاداستر

اصولاً اطلاعات را اولین عنصر برنامه‌ریزی دانسته‌اند که با افزایش سرسام‌آور حجم اطلاعات در جوامع امروزی مورد توجه قرار می گیرد^۲ یکی از ریزمؤلفه‌ها و عناوین تحت مطالبه حقوق بشر «حق دسترسی به زمین» است. در حقوق شهروندی نیز که در واقع حقوق بشر داخلی محسوب می شود، امنیت حقوقی شهروندان در مقابل تعرض دولت‌ها از دیگر دست‌آوردهای مکاتب فراملی تلقی می شود. با این دیدگاه ماهیت حقوقی کاداستر به عنوان یک امر اعتباری، از یک سو جزء «حق شهروندان» و از سوی دیگر، جزء «تکالیف» و تعهدات دولت در مسیر مردم‌سالاری به حساب می آید. اینکه حقوق عینی شهروندان و دارایی‌های غیرمنقول

۱. طباطبائی حصارى، نسرین، نسرین، بررسی تطبیقی نظام ثبت املاک با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران، فصلنامه

حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴، صص ۲۳۷ - ۲۱۹، ۱۳۸۹، ۲۲۶

۲. فرج‌زاده، منوچهر و سرور، هوشنگ، مدیریت و مکان‌یابی مراکز آموزشی با استفاده از سیستم اطلاعات جغرافیایی،

فصلنامه تحقیقات جغرافیایی، ش ۶۷، ۱۳۸۱، ۱۵۲

آنها مورد شناسایی دولت و مورد ضمانت قرار بگیرد، از فرامین مکتب حقوق شهروندی است و باعث اعتماد سیاسی در ساختار نظام سیاسی می‌شود که از وظائف حاکمیت است. با استفاده از ابزارهای مختلف حقوقی از جمله کاداستر، دولت‌ها می‌توانند شفافیت اطلاعات را در پرتو اصل امنیت تابعان حقوقی فراهم سازند.

کارکرد سلبی کاداستر رقومی، جلوگیری و پیشگیری از تعرض به زمین و مالکیت خصوصی است. به‌طوری‌که کاداستر رقومی، املاک مردم را شناسایی نموده و برای شهروندان کارکردهای سلبی و ایجابی به وجود می‌آورد. همان‌گونه اصل ۴۳ ق.ا. نیز اموال و مالکیت خصوصی را محترم دانسته و از آن حمایت می‌کند. طبیعی است که از جلوه‌های حمایت قانونگذار در امان نگاه‌داشتن دارایی‌های غیرمنقول شهروندان می‌باشد. کارکرد ایجابی شناسنامه‌دار نمودن اراضی و املاک را می‌توان در مؤلفه‌های هویت‌بخشی آنها، افزایش ضریب امنیت املاک و اراضی و نیز حق دسترسی به اطلاعات زمین توسط شهروندان رهگیری مود؛ بنابراین، ماهیت حقوقی طرح جامع کاداستر رقومی، از جهاتی به حق شهروندی عطف می‌شود؛ بدین ترتیب که ناظر به تکلیف دولت می‌باشد. ماهیت حقوقی طرح جامع کاداستر از جانب دولت نیز به یک تکلیف و نه اختیار استدلال می‌شود؛ بنابراین، اولاً دولت موظف به ثبت و تثبیت اطلاعات کاداستری است. ثانیاً به‌منظور حفظ محیط زیست، مدیریت زمین و منابع کافی، آینده‌پژوهی و تصمیم‌گیری باید چاره‌گری کند، با این تفسیر، چاره‌ای جز بهره‌گیری از شیوه ثبت نوین وجود ندارد. اعتقاد بر سیستم کاداستر، سرآغاز تحول‌گرایی نهاده‌های غیرکارآمدی است که می‌تواند علاوه‌بر سرعت در رسیدگی در مقام دست‌یابی سریع به عدالت، زمینه اصلاحی سیستم‌های دیگر باشد. ارزش حقوقی اطلاعات برآمده از کاداستر می‌تواند در مقام دعوا و دفاع از دعوا به‌عنوان دلیل (م. ۱۹۴ ق.آ.د.م.) و یا در مقام سند (م. ۱۲۸۴ ق.م.) قابل استناد و اعتبار، مورد ارزیابی دادرس نیز قرار گیرد. تنظیم و پردازش اطلاعات ثبت نوین با تکیه بر ماهیت دولتی آن از جایگاه اعتباری خاصی برخوردار است؛ بدین تفسیر که کفایت قانونی و ارزش حقوقی اسناد را داراست. از جنبه آثار اثباتی نیز با توجه به نوع ثبت به کار رفته در آن، که قائم به مقام دولتی است، کارکرد اجرایی بهینه‌ای را فراهم می‌سازد.

بند دوم. ماهیت فنی سیستم کاداستر

الف. سیستم اطلاعات مکانی

سیستم اطلاعات مکانی معمولاً از نوع رایانه‌ای است. به تولید، پردازش و تحلیل مدیریت اطلاعات جغرافیایی و اطلاعات مکانی می‌پردازد. به عبارت دیگر، این سیستم رایانه‌ای برای مدیریت و تجزیه و تحلیل اطلاعات مکانی بوده که قابلیت جمع‌آوری، ذخیره، تجزیه، تحلیل و نمایش اطلاعات جغرافیایی (مکانی) را دارد. هدف نهایی یک سیستم اطلاعات جغرافیایی، پشتیبانی جهت تصمیم‌گیری‌های پایه‌گذاری شده بر اساس داده‌های مکانی می‌باشد و عملکرد اساسی آن به‌دست‌آوردن اطلاعاتی است که از ترکیب لایه‌های متفاوت داده‌ها با روش‌های مختلف و با دیدگاه‌های گوناگون به دست می‌آیند^۱ این سیستم، عمومی‌ترین و معروف‌ترین سیستم اطلاعاتی است که در اختیار جامعه نقشه‌برداری قرار دارد. سیستم اطلاعات جغرافیایی با بهره‌گیری از امکانات علمی - فنی پیشرفته نقشه‌برداری و نیز اطلاعات جغرافیایی، امکان تعیین موقعیت و شناسایی عوارض پدیده‌های مکانی و همچنین برقراری ارتباط بین آنها را میسر می‌سازد.

افزایش روزافزون جمعیت و لزوم مدیریت منابع طبیعی تجدیدشونده، از ضرورت‌های پیگیری و ذخیره اطلاعات مکانی می‌باشد. این سیستم در نهادها و سازمان‌هایی از قبیل شهرداری‌ها و تأسیسات صنایع، صورتی کاربردی یافته است. مزیت‌های این سیستم را در روزآمدسازی اطلاعات، دستیابی به اطلاعات آماری به هر شکل دلخواه، انتقال آسان و سریع اطلاعات، تکثیر و تلفیق آنها می‌توان شمارش نمود. ارکان سیستم اطلاعات مکانی را نیز می‌توان در سه عنوان، بازشناسی نمود: منبع ذخیره اطلاعات، گردآوری اطلاعات و بهره‌گیری از آنها در امر پژوهش، آموزش، برنامه‌ریزی و اجرا در این حیطه جای می‌گیرند. سیستم اطلاعات مکانی، ماهیت فنی دارد و با ابتدا بر کارایی در شیوه و هدف، بر پردازش اطلاعات فنی راه‌گشایی می‌کند. بر این مبنا، می‌توان طرح کاداستر را در معنای محدود عملیات «نقشه‌برداری فنی» محسوب نمود.

ب. سیستم اطلاعات زمینی

سیستم اطلاعات زمینی وسیله‌ای برای برنامه‌ریزی، توسعه و کنترل منابع زمینی جهت استفاده بهینه از زمین بوده و به نوعی غایت بهینه‌گرایی منابع طبیعی را دنبال می‌کند. فدراسیون جهانی نقشه‌برداری در تعریف سیستم اطلاعات زمینی مقرر می‌دارد: «سیستم

۱. دفتر مطالعات زیربنایی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، بررسی فنی کاداستر، ش مسلسل ۱۲۲۳۷، ۱۳۹۰، ۳۳.

اطلاعات زمین ابزاری برای تصمیم‌گیری قانونی، مدیریتی و اقتصادی بوده و کمکی برای برنامه‌ریزی و توسعه از طرفی شامل پایگاهی از داده‌های زمینی و از سوی دیگر تکنیک‌ها و فنون جمع‌آوری، پردازش، روزآمدسازی و توزیع قانونمند داده‌های اخیر را در بر می‌گیرد»^۱

مبنای سیستم اطلاعات زمین، وجود سیستمی همگن جهت ارتباط داده‌های زمین با داده‌های درون سیستم است. با افزایش تولیدات صنعتی در کشورهای پیشرفته و نیز افزایش بی‌رویه جمعیت در کشورهای جهان سوم و در حال توسعه، وجود یک سیستم مدیریتی زمینی قوی لازم و ضروری به نظر می‌رسد. از طرفی استفاده بی‌رویه از منابع زیرزمینی نظیر معادن، جنگل‌ها و... در نتیجه فرسایش خاک، وجود یک سیستم اطلاعات زمینی را گریزناپذیر نموده است. به‌طور کلی، هدف نهایی در کاداستر را باید هم‌سو با سیستم اطلاعات زمینی دانست تا با وضع مقررات اصولی بتوان با تکیه بر کاداستر، نسبت به مدیریت زمین نیز برنامه‌ریزی نمود.

بند سوم. ماهیت دولتی و فراگیری سیستم کاداستر

بررسی و مطالعه تجربیات کشورها مثل فرانسه و انگلستان و همچنین دقت در فعالیت‌های فدارسیون جهانی نقشه‌برداری بیانگر این تذکار است که متولی اجرایی نمودن طرح کاداستر رقومی، یکی از ارگان‌ها و سازمان‌های زیرمجموعه دولت بوده است؛ بنابراین، ماهیت نقشه‌های کاداستر را باید از لحاظ تولیت، «دولتی» قلمداد نمود. به همین دلیل، امروزه بحث از «خصوصی‌سازی» و «تمرکززدایی» در خدمات دولتی به میان آمده است. طبیعتاً چنان‌چه آغاز و انجام طرح کاداستر را گروه مطالعاتی و نقشه‌برداری خصوصی بر عهده گیرد، در آن صورت باید کاداستر را از جهت مرجع فراهم‌سازی و ناظر آن «خصوصی» دانست.^۲

فراگیربودن کاداستر نیز که هدف کاداستر جامع رقومی می‌باشد، به‌منزله اصالت تهیه کاداستر ملی و فراملی (جهانی) است. چه اینکه تمامی نقاط و تکه‌های زمین به‌سان تکه‌های جدول می‌باشند که برنامه‌ریزی در هر بخش نیازمند لحاظ سایر پتانسیل‌های موجود در بخش‌های دیگر زمین نیز تلقی می‌شود. با این وصف، ممکن است، این ماهیت از نقطه‌نظر اطلاعاتی و نه سرزمینی باشد که در این صورت این فراگیری چه در کاداستر

۱. حبیبی درگاه، ۱۳۹۳: ۲۵ حبیبی درگاه، بهنام و حنیفی، مهران، **حقوق کاداستر - ثبت نوین**، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش،

۲۵، (۱۳۹۸)

۲. همان، ۱۰۱

محلی و چه در کاداستر ملی باید جزء ماهیت ذاتی کاداستر رقومی تفسیر گردد. در تهیه کاداستر تلاش مبنایی بر رویکردهایی استوار می‌شود که همه اطلاعات تصورش‌دنی فعلی و حتی بعدی در نقشه‌های کاداستری مضبوط باشد تا اینکه در آینده به راحتی و با کمترین تلاش به منظور بهره‌برداری از اطلاعات، تمرکز یابد. تمرکز بر داده‌ها با تأکید بر امکان دسترسی مناسب برای پردازش‌های بعدی ناظر به نقش کارکردی اطلاعات مبنایی است. بر این اساس، گردآوری داده‌ها و اطلاعات، بر مبنای اصولی و فنی معمولاً در مقام شناسایی جلوه‌های فعلی است اما کسب اطلاعات پیشین را نباید در قالب ماهیت و کارکرد «این زمانی» جست‌وجو نمود؛ توان‌افزایی هر نوع داده می‌تواند در ارزیابی با داده‌های آتی مورد سنجش تطبیقی قرار گیرد؛ بنابراین، ماهیت کاداستر بر مبنای داده‌های تدوین شده از نظر تاریخی نیز قابل ارزیابی و مبنایی برای مقایسه‌های بعدی است و اصولاً به معنای کاهش ارزش بازدهی اطلاعات نخواهد بود.

گفتار سوم. کارکردها و آثار سیستم کاداستر

بی‌تردید دستیابی به توسعه پایدار در حوزه حقوق زمین از کاربست کاداستر می‌گذرد. در این صورت می‌توان شاهد کارکردهای گونه‌گون کاداستر و مجموعه‌ای از آثار آن شد.

بند نخست. کارکردهای سیستم کاداستر الف. کارکرد کلان کاداستر

کارکرد کلان کاداستر، حول محور مدیریت زمین (زمین‌داری) و مدیریت مکانی تمرکز می‌یابد. محتوای کاداستر، مجموعه اطلاعات هندسی و توصیفی از زمین اعم از زمین، عرصه، اعیان، ساختمان‌ها، ویلاها، باغ‌ها، جنگل‌ها، مسکن شهری، روستایی و... می‌باشد. سیستم اطلاعات زمین نیز حامل داده‌های جغرافیای طبیعی و حقوقی قبلی و لاحق است. در این توصیف، سیستم با ارائه اطلاعات زمین، بستر توانمندسازی سرزمین را از رهگذر دسترسی‌پذیری و تبادل اطلاعات علمی فراهم می‌سازد. اطلاعات مکانی، یکی از مهمترین و حساس‌ترین عوامل تصمیم‌گیری در زندگی روزمره است. به همین دلیل نیز سنجش بسیاری از نیازها، اهداف و فعالیت سازمان‌های مختلف را زمانی می‌توان قابل اتکاء دانست که امکان دسترسی به داده‌های مکانی مناسب و یک‌پارچه در آن میسر باشد. با این تفسیر، داده‌های مکانی با وصف روزآمدی در خدمت برنامه‌ریزی آتی قرار می‌گیرد.

مدیریت زمین، نیازمند وجود اطلاعات و داده‌ها از زمین می‌باشد. این اطلاعات و داده‌ها از طریق طرح کاداستر، اجرایی می‌شود و از همین رهگذر برای مدیریت زمین نیز فضای مناسبی ایجاد خواهد شد. برنامه‌ریزی و تعیین خط‌مشی‌های عمرانی، سیاسی، حقوقی و... از مسیر آورده‌های اطلاعاتی و کارآمد کاداستر حاصل خواهد شد؛ مثلاً، با وجود اطلاعات هندسی اراضی در مناطق مختلف می‌توان به شکل اراضی و نوع کاربری واقف شد. از بانک اطلاعات زمین می‌توان در جهت توسعه عمرانی منطقه، سود جست یا از طرح کاداستر سیاسی می‌توان به وسعت شهرستان، استان و شهر پی برد و در تقسیم‌بندی استفاده کرد. این تحلیل بر مبنای فنی، اطلاعاتی و مدیریتی گرایش دارد، اقتضاء محیطی و انطباق نیازهای آتی را برای تحول‌گرایی کلان ردیابی می‌کند؛ بنابراین، از حیث قلمرو می‌تواند سیستم‌های دیگری غیر از ثبت نوین را راه‌گشایی نماید. واقعیت آن است که درک کارکرد و آثار قابل‌شمار کاداستر، الزاماً فرآیندی از بالا به پایین را می‌پیماید؛ بدین معنا که اگر دست‌اندرکاران اجرایی و قانونی در گستره کلان بر آن اعتقاد راسخ نداشته باشند، برآیند کیفی و حداکثری را به همراه نخواهد شد.

ثمره مدیریت هدفمند زمین با مهندسی اطلاعات روزآمد در مقام انطباق با نیازها و فرصت‌هایی است که می‌تواند چالش‌های فعلی را به مزایایی درخور شمارش بدل سازد. تفکر الکترونیکی‌شدن امور ثبتی و ایجاد «بانک اطلاعات سرزمین» (م. ۲۰ آیین‌نامه ۱۳۷۹)، اگرچه در مقام ابزاری قابل رهگیری است، اما محدوده غییر و تصحیح را با سرعت به شاخص‌هایی فراگیر تبدیل نموده است. بر این اساس باید پذیرفت که ارائه دعاوی واهی نسبت به زمین و امکان معاملات غیرعادلانه از مسیر ناکارآمدی سیستم سنتی به سوی رویکرد اصلاحی و فایده‌گرای اجتماعی گرایش یافته است. پیشتر نیز حداکثرسازی منافع تابعان حقوق از مسیر برنامه‌های توسعه رهگیری شده بود؛ مثلاً قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه (مصوب ۱۳۸۹) در جهت استانداردسازی اطلاعات و انضباط‌گرایی آثار کلان اطلاعات، «مرکز داده‌های قوه قضائیه» را پیش‌بینی نموده بود. رویکرد پیش‌اندیشیده از مسیر برنامه‌های توسعه در قالب مقرره‌ای اجرائی برای راه‌گشایی‌های مطلوب، هم‌اکنون از مسیر قوانین ثبتی (بند دوم از قسمت «ح» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه)، مؤلفه‌های کارآمدی را بر نهادهای سنتی، بار نموده است. مدیریت زمین، قابل‌استناد بودن اطلاعات زمین را در رفع و یا فصل اختلافات مردم با شاخص اعتمادزایی به کار می‌گیرد؛ بنابراین، کاداستر با موضوعیت کارکرد کلان درواقع جهت‌دهی پیش‌اندیشیده‌ای است که دلالت بر برنامه‌ریزی و خط‌مشی‌های

دولتی دارد. به عبارت بهتر کاداستر، تقسیم انرژی طبیعی و انسانی کشور بر پایه اطلاعات مکانی، مقدور و منظوم خواهد ساخت. از دیگر کارکرد کلان سیستم کاداستر، انضباط‌گرایی در ساختار زمین و توسعه پایدار اقتصاد شهری و اقتصاد کشاورزی است. نمونه اقتصاد شهری را می‌توان در شیوه تقسیم نواحی و مناطق زمین، شیوه معماری، منازل و ساختمان‌ها با اتکاء بر داده‌های صحیح، قدرت موقعیت، ریزش اراضی، شیوه مدیریت و برنامه‌ریزی شهری بازشناسی نمود. حفظ و مدیریت محیط زیست نیز برآیندی مهم و کارکردی کلان از سیستم اطلاعات و بانک اطلاعات زمین است.

ب. کارکرد خرد سیستم کاداستر

۱. عامل هویت‌بخشی

یکی از کارکردهای مهم حقوقی کاداستر را می‌توان انتظام و رسمیت‌بخشی به اراضی و املاک غیرمنقول دانست. درواقع، جلوه مشروعی بهره‌برداری از عرصه و اعیان زمین از کارکردهای خرد کاداستر می‌باشد. این کارکرد می‌تواند دولت را ملتزم به شناسایی و احترام به حقوق غیرمنقول خصوصی نماید. دیگر اینکه از طریق ضمانت‌اجراهای حقوقی به کنترل زمین همت گماشته می‌شود و تمامی افراد جامعه نیز به‌مثابه دولت با احترام به حقوق عینی، ملزم به رعایت سهم اشخاص از حقوق زمین خواهد بود.

۲. عامل توسعه‌گرایی حقوقی

هدف تمام قواعد حقوقی، تأمین آسایش، نظم عمومی و اجرای عدالت است^۱ و شفافیت را قلب دموکراسی می‌دانند^۲. هر قاعده‌ای که نیاز بشری را به نظم‌آوری تقنینی تبدیل کند، بی‌گمان نهادهای حقوقی است که در صورت پاسخگویی به نیازهای اجتماعی و اقتصادی، توان تولید امنیت و توسعه را دارد. اگرچه حقوق کاداستر را بیشتر عطف به رشته‌های غیرحقوقی تلقی می‌کنند، اما نظر به رکن تحول‌گرایی موجود در این سیستم به نظر می‌رسد، کارکرد و نقش سیستمی کاداستر، زمینه‌ساز اصلاحات اساسی در هر جامعه می‌تواند باشد و در این میان، شناسایی کارکرد سیستم و ماهیت فرارشته‌ای آن، اقتضائات نوینی را ایجاد می‌کند. توسعه و اصلاح کارکرد سند ثبتی ملک باید آینه تمام‌نمای حقوق و تعهداتی باشد که بر ملک، ثبت شده و تعلق گرفته است^۳. امروزه حقوق پیشرو، قواعدی

۱. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق*، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، (۱۳۸۳)، ۳۵.

2. Burbank, Stephen, «Litigation and Democracy: Restoring a Realizing Prospect of Trial», Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, VOL.46,P.41,(2011).

را رهگیری می‌کند که در عین انتظام بخشی به روند بازار و مسکن، رفتارهای اقتصادی و قراردادی نوینی را بر پایه نیازسنجی و هدف گذاری آتی طراحی و برنامه‌ریزی نماید. از جمله مبانی حقوقی مترقی و پیشرو، رویکرد پیش‌گیرانه در امر تقنین می‌باشد؛ بنابراین، یکی از عملکردهای پیش‌گیرانه در تقنین راجع به زمین (حقوق زمین)، بحث کاداستر رقومی است. درواقع سیستم کاداستر رقومی، عامل پیش‌گیری و جلوگیری از تورم قانونی، ایجاد امنیت قضایی و اجرایی می‌باشد؛ بنابراین، کاداستر رقومی باعث توسعه حقوقی در مرحله وضع قانون و مرحله قضایی شده و به دنبال خود، توسعه‌گرایی سایر شاخه‌های اجتماعی را نیز به همراه خواهد داشت. بررسی نقاط ضعف ثبت سنتی و اختلافات متعدد ملکی، اشتباهات و اختلاف سنتی، اهمیت نوین کاداستر را نمایان می‌سازد. در واقع، طرح کاداستر به علت به‌روزر بودن از هدر رفت زمان، جلوگیری می‌کند. این معنا با اتکاء بر اطلاعات دقیق و با کیفیت حاصل می‌شود. سرعت و دقت استفاده از طرح کاداستر، بدون تردید موجبات توسعه‌گرایی حقوقی را از رهگذر تأمین اصول امنیت و شفافیت حقوقی دربر خواهد گرفت.

۳. عامل قضا‌دایی

قضا‌دایی دارای دو مفهوم عام و خاص است که مفهوم خاص قضا‌دایی، حول محور از بین بردن مقتضی اختلافات و مراعات اشخاص اعم از حقوقی یا حقیقی می‌باشد. معنای عام قضا‌دایی علاوه‌بر دربرگرفتن معنای خاص آن، اشاره به مشارکت مردمی در حل اختلافات، تمرکز دایی در قضاوت، خصوصی‌سازی در دادرسی، استقرار نهادهای حل اختلاف تخصصی و صنفی، برقراری سیستم‌های حل اختلاف جایگزین و... جهت کارآمدی نظام قضایی و جلوگیری از قضا‌دگی جامعه است.^۱ از شاخص‌های قضا‌دایی، می‌توان به تصویب قوانین کارآمد، آموزش حقوقی و ایجاد بسترهای مناسب جهت توسعه فرهنگ حقوقی اشاره نمود که این شاخص‌ها را می‌توان از دید ثبت نوین طرح کاداستر حل‌وفصل نمود. از دیگر مشکلات دستگاه قضا، تمرکز گرا بودن آن می‌باشد. به عبارت مشخص‌تر دستگاه قضا به کمک قانونگذار می‌تواند به تشکیل دادگاه‌های اداری در هر شهرستان اقدام نموده و تمامی مراعات ثبتی را که جنبه ثبتی آنها غلبه دارد به چنین دادگاه‌های تخصصی واگذار نمایند. دعاوی ناشی از ثبت باید به دادگاه‌های تخصصی ثبتی سپرده شود. بدین معنا که قضا‌دایی، یک راهبرد کلی قضایی بوده و تفویض منازعات ثبتی با توان‌افزایی درونی داده‌ها و اطلاعات مبتنی بر کاداستر قابل نشانه‌گیری است.

۱. السان، مصطفی، وضعیت ثبتی ملک در حقوق انگلیس، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، دوره ۲، ش ۶۲، صص ۱۲ - ۱،

(۱۳۸۵)، ۱۲

۲. حبیبی درگاه، بهنام و حنیفی، مهران، پیشین، ۸۲

بنابراین، کارکرد حقوقی کاداستر در سه عامل پیش مذکور و در هم تنیده پدیدار می‌شود. درواقع نبود عامل هویت‌بخشی به زمین، بدون تردید عامل توسعه‌گرایی و پیش‌گیرانه را تحت تأثیر قرار داده و عامل قضا‌دایی را رفع نخواهد کرد؛ بلکه قضا‌گرایی، عملاً افزایش خواهد یافت. این‌گونه مسائل، اهمیت و ضرورت طرح کاداستر را کاملاً روشن می‌کند. طرح کاداستر با اطلاعات دقیق و با کیفیت مناسب در اختیار مدیران قرار می‌گیرد. بدین ترتیب که زمین‌ها دارای هویت شده و به تعاقب هویت‌داری زمین‌ها، عامل توسعه‌گرایی یا پیش‌گیرانه کارکرد حقوقی کاداستر نیز جلوه می‌نماید. اگر عامل توسعه‌گرایی یا پیش‌گیرانه اجرایی شود، بدون شک مرافعات زمین کاملاً کاهش خواهد یافت و ثمره آن قضا‌دایی در مسئله زمین خواهد بود. این مطلب گویای آن است که برای مسئله زمین و حل‌وفصل مسائل پیرامون آن باید نظیر دیگر کشورهای جهان از روش‌های نوین فناوری اطلاعات بهره گرفت. با توجه به اینکه مشکلات ناشی از زمین در کشور ما فراوانی بیشتری دارد، نیاز به سیستم فناوری نوین، «طرح کاداستر نوین» ضروری می‌باشد؛ به‌گونه‌ای که تمام دستگاه‌های قانون‌گذار و مجری، مراکز علمی و... باید با همکاری تنگاتنگ، طرح کاداستر (ثبت نوین) را برای حل‌وفصل معضلات و مشکلات زمین‌یاری رسانند، این هم‌یاری وجهه حقوقی و فراحقوقی دارد که این امر، منافع ملی را تأمین نموده و منابع ملی را انتظام می‌بخشد.

بند دوم. بررسی آثار سیستم کاداستر

آثار کاداستر معطوف به ابعاد حقوقی نبوده و بنا به طبیعت فرارشته‌ای آن شامل آثار فراحقوقی نیز می‌گردد.

الف. آثار حقوقی کاداستر

۱. آثار ثبتی

از آثار پیش‌گیرانه کاداستر، ایجاد فرهنگ حقوقی متعالی و درونی کردن هزینه‌هاست. رشد و گسترش جمعیت و نیاز به زمین برای ساخت‌وساز مسکن باعث استفاده بی‌رویه از منابع طبیعی و زمین‌های بکر شده است که افزایش جمعیت، رشد و گسترش شهرنشینی و شهرسازی را در برداشته است. به دلیل عدم حاکمیت مدیریت صحیح منابع و زمین، محیط زیست و منابع طبیعی به خطر افتاده است و از نظر اجتماعی فرآیندهای شهرسازی و

شهرنشینی باعث گسترش فقر، زاغه‌نشینی، حاشیه‌نشینی، اسکان‌های غیررسمی و بزه‌کاری شهری شده است. نبود بانک اطلاعات مفید که در اختیار مدیران قرار بگیرد و منجر به مدیریت هوشمندانه زمین، جمعیت و شهرسازی شود، به‌عنوان یکی از مشکلات مطرح شده می‌باشد. بر این اساس، استفاده از طرح کاداستر مسلماً باعث گشایش بسیاری از مشکلات خواهد شد. در روش نوین ثبت، بدون تردید باید نقشه‌های کاداستر را مهم‌ترین و دقیق‌ترین منبع مراجعه اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی، سازمان‌ها، نهادهای عمومی و خصوصی دانست و نیز منبع درآمدی برای سازمان ثبت اسناد و املاک کشور به شمار می‌آید.^۱ مسلماً ریشه اغلب اختلافات، ناشی از نحوه تنظیم و تدوین اسناد انتقال و یا اسناد ثبتی است. راه‌هایی از این وضعیت نیز اجرای سریع و دقیق عملیات کاداستر است. سیستم کاداستر، مدیریت هوشمندانه و بهینه منابع متکی بر زمین به‌شمار می‌رود و باعث می‌شود تا برنامه‌ریزی دقیق و کنترل‌شده‌ای در قالب حقوق زمین و حقوق ثبت نوین محقق گردد. از این رو، آثاری همچون ایجاد پایگاه داده‌های زمین، مستندسازی اطلاعات زمین و افزایش ضریب امنیت زمین بر ثبت نوین، شهر و مدیریت آن حاصل می‌شود.

۲. آثار قضایی

۱.۲. آثار قضایی شکلی

منظور از آثار شکلی، اشاره به فرآیند رسیدگی قضایی در ارتباط با دعوی ملکی و به‌طور کلی دعاوی زمین می‌باشد که ایجاد ادبیات قضایی یا حذف موازی‌کاری برخی نهادها از جمله آثار شکلی و قضایی کاداستر است. یکی از کارکردهای کاداستر حذف موازی‌کاری نهادهایی مثل دادگستری، اداره ثبت اسناد و املاک و شهرداری در امور ملکی و زمین می‌باشد؛ مثلاً، با اداره ثبت اسناد و املاک استان تهران موسوم به «تفاهم‌نامه ادبیات مشترک»، اقدام به توصیف واژگان فعال موجود در مراجع قضایی، ادارات، ثبت و شهرداری و شیوه همکاری در تهیه نقشه‌های کاغذی و رایانه‌ای نموده است. از اساسی‌ترین مشکلات نظام قضایی، مفهوم‌شناسی عبارات حقوقی مندرج در متن قانون می‌باشد که با رفع این معضل در پرونده‌های قضایی ملکی با توجه به اطلاعات هندسی و توصیفی یکسان در کاداستر ملی، همه مناقشات پایان می‌یابد. تحقق خدمات حقوقی کارآمد نیز از آثار قضایی شکلی است. از مشکلات دعاوی مطروحه در نظام حقوقی ایران، بستر نامناسب قانونی و اطلاعات حقوقی پایین بوده که منظور از بستر نامناسب حقوقی عدم ممنوعیت معاملات زمین در قالب سند عادی غیررسمی

۱. فرامرزی پور، قادر، آثار اجرایی شدن طرح کاداستر بر روابط حقوقی اشخاص، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریان، ش

و حتی به صورت شفاهی، عدم ارائه اطلاعات زمین به مردم و خریداران و فروشندگان و عدم دسترسی مردم به طرح‌های مصوب زمین از قبیل طرح‌های تفصیلی، هادی یا... می‌باشد. در طرح کاداستر به علت ثبت صحیح و دقیق، کلیه زمین‌ها از سندیت درخور اتکاء برخوردار هستند. این حق دولت و ملت است که بر نقل و انتقال اراضی و املاک، واقف شوند. طرح کاداستر موجب وحدت‌گرایی در قوانین، قواعد و رویه‌ها می‌شود. کاداستر از طریق انتقال دانش فنی و الکترونیکی به تحقق دادگستری الکترونیکی و بهره‌مندی سیستم عدالت مدنی از فن‌آوری اطلاعات کمک شایانی خواهد نمود. از جمله نمودهای سیستم قضایی کارآمد، استانداردسازی زمان رسیدگی و کیفیت بالای آراء صادره قضایی می‌باشد که معطوف به سرعت و دقت در فرآیند دادرسی می‌باشد؛ بنابراین، طرح کاداستر را باید عاملی چشمگیر و سازنده در تحقق کارآمدی سیستم قضایی تلقی نمود. این برداشت با مقرره‌های جدید تقنینی، نظیر مبحث آیین دادرسی الکترونیکی، شورای راهبری دادرسی الکترونیکی (مصوب ۱۳۹۳) و راهبردها و اهداف قوه قضاییه نیز انطباق دارد.

۲.۲. آثار قضایی ماهوی

نبود اطلاعات صحیح از داده‌های موضوعی یا حکمی، پرونده‌های مطروحه و یا خلأ ابهام در اطلاعات نه‌تنها در زمان تشکیل دعوا بلکه در فرآیند رسیدگی نیز وجود دارد که نبود اطلاعات صحیح برای صادرکردن حکم و اقناع ذهنی قاضی چه در حالت مبتنی بر اطمینان و چه در حالت مبتنی بر عدم اطمینان، بسیار مهم بوده که این مسئله باعث صدور آراء غیرواقعی یا آراء صوری از طرف قاضی می‌شود. حال آنکه بیشتر آراء مربوط به دعاوی ملکی و ثبتی در یک شرایط و محیط قضایی عدم اطمینان صادر می‌شود. کاداستر با در اختیار گذاردن اطلاعات کامل و دقیق، موجب تحقق رأی واقعی شده و از اطاله دادرسی و صوری بودن آراء نیز جلوگیری به عمل می‌آورد.^۱

ب. آثار فراحقوقی کاداستر

آثار اجتماعی، اقتصادی و سیاسی حائز اهمیت و بررسی است.

۱. آثار اجتماعی

۱.۱. برنامه‌ریزی و مدیریت شهری

۱. حبیبی درگاه، بهنام و حنیفی، مهران، پیشین، ۹

با گسترش روزافزون و خیره‌کننده شهرها به‌خصوص در کشورهای در حال توسعه و بلعیده‌شدن زمین توسط شهرنشین‌ها موجبات گسترش ساخت‌وسازهای بی‌قاعده و خارج از اصول شده که این مسئله، تلف‌شدن زمین و منابع شهری را در برداشته است. در کشورهای در حال توسعه به علت فقدان اطلاعات مکانی، زمین، ملک و... برنامه‌ریزان درواقع نتوانسته‌اند همراه با رشد شهر و شهرنشینی به پیش بروند. نبود اطلاعات کمی کافی، کیفی، صحیح و به‌روز از عوامل عدم موفقیت برنامه‌ریزان شهری است. ولی اجرای طرح سیستم کاداستر با در اختیار گذاشتن اطلاعات و داده‌های مکانی مناسب از زمین و املاک شهری به برنامه‌ریزان در پیش‌برد خط و مشی‌های اصولی یاری می‌رساند. درواقع، طرح‌های شهری با کمک کاداستر می‌تواند هویتی هدف‌دار داشته باشد و همچنین موجب توسعه اجتماعی شهر شود که کاهش هزینه‌های طرح‌های شهری را با توجیه اقتصادی به تعادل برساند. کاربرد دیگر سیستم کاداستر برای مدیران و برنامه‌ریزان شهری است که می‌تواند کمک به اعطاء مجوز برای ساخت‌وساز در مقیاس کلان باشد.

از مزایای دیگر کاداستر کمک به حفظ محیط زیست و توسعه پایدار شهری است. همان‌طور که کاداستر می‌تواند با اطلاعات سیستمی خود در مورد زمین‌ها و منابع شهری به کمک برنامه‌ریزان و مدیران بیاید. در سطحی دیگر، موجبات تلف‌شدن زمین و جلوگیری از استفاده بی‌رویه زمین را فراهم می‌کند که نتیجه آن مسلماً توسعه پایدار شهر است. سیستم کاداستر با توجه به اینکه اطلاعات بسیار کارآمد را در اختیار مدیران قرار می‌دهد، موجبات تصمیم‌گیری‌های صحیح را برای مدیران به ارمغان می‌آورد. بدین ترتیب اقتصاد، امنیت و توسعه پایدار شهری با کاداستر متحول خواهد شد که نتیجه‌اش توسعه اجتماعی، فقرزدایی شهری و ایجاد امنیت و رفاه شهروندان است.^۱

۲.۱. کارآمدی سازمان‌ها در خدمات رسانی به مردم

سازمان‌های خدماتی نظیر شهرداری، مخابرات، برق، سازمان آب و فاضلاب، گاز و... در استفاده از سیستم کاداستر منافع سرشاری می‌برند. سازمان‌ها در شناسایی، برآورد میزان زیربنا و همچنین نوع کاربری انشعاب و مسیرهای عبور خدمات آب و فاضلاب تلفن و گاز، کمک شایان توجهی می‌کند؛ مثلاً، سالیانه حدود یک میلیون حادثه در شبکه‌های توزیع آب شهری در ایران اتفاق می‌افتد و بیش از بیست درصد از کل درآمدهای شرکت آب و فاضلاب، صرف ترمیم این حوادث می‌گردد. وجود یک سیستم کاداستر مطمئن، دقیق، صحیح و روزآمد

۱. پورروستایی اردکانی، پیشین، ۷۹

از سیستم کاداستر منافع سرشاری می‌برند. سازمان‌ها در شناسایی، برآورد میزان زیربنا و همچنین نوع کاربری انشعاب و مسیرهای عبور خدمات آب و فاضلاب تلفن و گاز، کمک شایان توجهی می‌کند؛ مثلاً، سالیانه حدود یک میلیون حادثه در شبکه‌های توزیع آب شهری در ایران اتفاق می‌افتد و بیش از بیست درصد از کل درآمدهای شرکت آب و فاضلاب، صرف ترمیم این حوادث می‌گردد. وجود یک سیستم کاداستر مطمئن، دقیق، صحیح و روزآمد می‌تواند در نهایت هزینه رفع حوادث را کاهش داده و رضایت شهروندان را نیز جلب نماید^۱. کاداستر باعث بهبود سیستم آدرس‌گذاری و نشانه‌شناسی در سازمان شهرداری نیز می‌شود. کاداستر، سیستمی است که با پلاک‌های ثبتی سروکار دارد. بر این مبنا، کارآمدترین سیستم برای بهبود نظام آدرس‌گذاری تلقی می‌شود. اهمیت سیستم آدرس‌گذاری نه تنها در رفت‌وآمد شهروندان و محموله پستی بلکه در امور اقتصادی، امور سیاسی و بهداشت نیز مؤثر می‌باشد.

۳.۱. برنامه‌ریزی روستایی

توجه به سابقه روستانشینی در کشور ایران و اهمیت دستیابی به توسعه، بدون ملاحظات و آثار اجتماعی - اقتصادی حاکم بر جامعه روستایی کشور ناممکن خواهد بود. شناخت نیازها، کمبودها، امکانات و الزامات حاکم بر این جامعه می‌تواند روند دستیابی به توسعه در کشور را تسهیل یا کند نماید. توسعه پایدار روستایی نیز يك فرآیند می‌باشد که در نتیجه حصول به آن نیازمندی‌های مادی و معنوی جامعه محروم با دستیابی به رفاه به سبب ارتقاء سطح کیفیت زندگی و کاهش فقر و ثبات نسبی در اقتصاد، حاصل‌شدنی خواهد بود که نیاز به يك برنامه‌ریزی سیستمی و همه‌جانبه را طلب می‌کند. موضوع مالکیت بر منابع تولید و مسکن در جامعه روستایی کشور ایران با حساسیت بیشتری پیگیری می‌گردد. در فرآیند توسعه پایدار روستایی ایجاد حس مشارکت، اعطای مسئولیت، امتیازدهی و از همه مهم‌تر اعطاء مالکیت به شکل دقیق می‌تواند از چالش‌های ریشه‌دار در این خصوص کاسته و شرایط مناسبی را برای شکوفایی جامعه و زیرساخت‌های اقتصادی و اجتماعی آن به ارمغان آورد. یکی از حرکات مهم و اقدامات مؤثر و مناسبی که به نوعی می‌تواند نقش مؤثری در جهت دستیابی به توسعه پایدار روستایی به ایفای نقش بپردازد، تحدید حدود و مشخص شدن وضعیت مالکیت حقیقی و حقوقی افراد بر زمین و مسکن می‌باشد.

۲. آثار اقتصادی

۱. برنجکار، حمید، درس کاداستر، جزوه درسی در مرکز ملی کاداستر، (۱۳۸۸)، ۳۴

آثار اقتصادی کاداستر را می‌توان مفهومی روشن دانست. درک معنا و فلسفه تحلیل اقتصادی، همانا تبیین نهادهای، مفاهیم و روابط حقوقی به زبان اقتصادی است. روش تحلیل اقتصادی، صرفاً یک ابزار ایضاحی و تبیینی است.^۱ اطلاعات دقیق، صحیح و کارآمد کاداستر به آثار پیش‌گیرانه و آثار اثباتی معطوف می‌شود. آثار پیش‌گیرانه، موجبات الکترونیکی‌شدن اطلاعات و جلوگیری از سوءاستفاده رانت اطلاعاتی زمین، زمین‌خواری و فساد مالی در بدنه اجرایی می‌باشد. درواقع، اتکاء بر فایده بیشتر، هزینه کمتر را می‌توان در اجرای طرح کاداستر ردیابی نمود؛ زیرا با کاربست این مؤلفه‌ها قادر به جلوگیری از زیان‌های بعدی خواهیم بود. هر قدر اجرای قانون مناسب به تأخیر افتد، لزوماً تفویت منافع را به همراه خواهد آورد؛ بنابراین، کفایت قانونی و شفافیت قانونی، موجب طرح امنیت حقوقی و قضایی می‌شود.^۲ خارج‌شدن از حالت بوروکراسی اداری و آثار اثباتی در رابطه با اشتغال‌زایی و بهبود سیستم مالی و افزایش سرمایه‌گذاری، تولید و صرفه‌جویی اقتصادی می‌شود. ما از هر جنبه به کاداستر نگاه کنیم، آثار اقتصادی فراوانی دارد. بهبود کارایی اقتصادی و بهینه‌سازی درآمدهای مالیاتی از جمله آثار اقتصادی این طرح خواهد بود.

۱.۲. بهبود کارایی اقتصادی

تحلیل اقتصادی حقوق یا اقتصاد حقوق به دنبال بازخوانی قواعد حقوقی از منظر روش و استدلال مفاهیم اقتصادی (اعم از خرد و کلان) است و درواقع پیامدهای علم حقوق (در مراحل تقنین، تفسیر و اجرای قواعد حقوقی) به لحاظ «کارایی» مورد مطالعه قرار می‌گیرند.^۳ مدیریت صحیح داده‌های بازار زمین، مستلزم افزایش سرمایه‌گذاری و اشتغال‌زایی می‌باشد؛ بنابراین، کارایی اقتصادی در حد کلان از طریق سیستم کاداستر بهبود می‌یابد. کاداستر به دلیل دارا بودن اطلاعات جامع دارایی‌های غیرمنقول باعث ایجاد بسترهای مناسب در معاملات و عملکرد بازار می‌شود. بازار نیز با در اختیار داشتن اطلاعات فوق، امنیت‌خاطر در نقل و انتقال‌ها را از سویی تسهیل در معاملات و بازدهی آن را از سوی دیگر نوید می‌دهد. چنین رویکردی در بازار املاک و اراضی منجر به توسعه‌گرایی و حجم بالای روابط مالی در اجتماع شده و به رشد اشتغال و رشد تولید درآمد ناخالص ملی کمک خواهد کرد.

۱. آقای طوق، مسلم، تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲، (۱۳۹۲)، ۱۵

۲. حبیبی درگاه، بهنام، حقوق و اقتصاد (حقوق دادرسی مدنی)، چاپ اول، جلدانه جنگل، (۱۳۹۲)، ۵۴

۳. حبیبی درگاه، بهنام، تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی، چاپ اول، انتشارات مجد، (۱۳۸۹)، ۹

۲.۲. بهبود درآمدهای مالیاتی

حقوق، صرفاً مبحثی فنی و اجتماعی نیست، بلکه قواعد حقوقی، ابزارهایی برای رسیدن به اهداف مهم اجتماعی است. اقتصاد، یک نظریه رفتاری را برای پیش‌بینی چگونگی پاسخ مردم به تغییرات قوانین فراهم می‌نماید^۱. بهبود درآمدهای مالیاتی یکی از نمودهای بهبود کارآیی اقتصادی و اهداف اولیه محسوب می‌شود؛ مثلاً، اخذ مالیات صحیح از املاک با داشتن منطقه، مساحت، زیربنا، کاربری و مالک یک ملک میسر می‌گردد و اینها عناصری هستند که در یک سیستم کاداستر انتظار می‌رود. سیستمی نظیر کاداستر نه تنها باعث کارآمدی سیستم ثبتی می‌شود، بلکه به عنوان داده‌ای درخور اتکاء بستری برای کارآمدی نظام تقنینی و قضایی نیز قلمداد می‌شود (دادگر، ۱۳۸۶: ۲۶). با توجه به اینکه بحث نظام مالیاتی در کشور ما به صورت گسترده مطرح می‌باشد. در قوه مقننه، قضائیه و مجریه لوایح و قوانینی تدوین گردیده است تا از مالیات به عنوان یک ابزار درآمدی در بودجه سالانه نشانه‌گیری شود. فرار مالیاتی نیز یکی از ضعف‌های سیستمی است. حال اگر یک سیستم کاداستر واقعی داشته باشیم بر اساس اطلاعات واقعی می‌توان مالیات را به صورت عادلانه از همه دریافت کرد که نتیجه‌اش بهبود شرایط اقتصادی کشور و توسعه عدالت می‌باشد. مشکل اساسی در امر اخذ مالیات، نبود اطلاعات و داده‌های موردنیاز سازمان‌ها می‌باشد.

۳. آثار سیاسی

از جمله ارکان تشکیل یک حاکمیت و مردم، «سرزمین» می‌باشد. به عبارت دیگر، رکن پایه‌ای و مهم در به وجود آمدن یک کشور سرزمین با حدود اربعه معین و مشخص می‌باشد. با توجه به اهمیت ویژه طرح کاداستر در عرصه سیاست خارجی و داخلی و نقاط مرزی در کلیه تقسیمات سیاسی نظیر تقسیمات جمعیتی، جغرافیایی، مدیریت بحران، امور دفاعی و شیوه‌های تمرکززدایی باید پذیرفت که طرح کاداستر، در واقع، توسعه سیاسی کشور و اهمیت سرزمینی را مورد نظر دارد. اطلاعات برآمده از کاداستر، موجب پویایی در سیاست خارجی و داخلی خواهد شد. همچنین در عرصه بین‌المللی در حدود مرزهای آبی، هوایی و زمینی با کشورهای هم‌جوار و کنترل بروز جنگ و تجاوز به حریم‌ها مؤثر است.

طرح کاداستر در امنیت محیط شهری دارای فایده است. اجرای کاداستر می‌تواند مراکز

۱. کوتر، رابرت و یولن، تامس، **حقوق و اقتصاد**، ترجمه دادگر، یداله و هزاوه، اخوان، چاپ ششم، انتشارات نور علم (۱۳۹۱)، ۶.

امنیتی، نظامی و انتظامی را هم تحت کنترل عملیاتی قرار دهد. نگرش ابزاری و سیستمی توأمان به کاداستر از زمینه‌های مورد تأکید نگارنده در این پژوهش است. یکی از موارد کاداستر جهانی توفیق در اتحاد کشورها و رعایت حریم و حرمت سرزمین می‌باشد؛ مثلاً، کشور کویت در عرض شش سال توانست سیستم رایانه‌ای در تأسیسات فنی و خدماتی بر مبنای کاداستر رقومی ایجاد نماید تا این کشور را به یک کشور زنده و پویا با نظام اداری و اقتصادی کارآمد تبدیل نماید. اثر سیاسی طرح کاداستر را می‌توان در دو عنوان کاربردهای دفاعی - امنیتی و کاربری در مدیریت بحران شمار کرد.

به عنوان یک اصل باید پذیرفت که طراحی سیستم‌های ثبت زمین و کاداستر باید آینده‌نگر باشد.^۱ از اهداف شمردنی در ثبت نوین، فراهم‌شدن امکان مدیریت محیطی با تکیه بر وجود اطلاعات کامل ملک می‌باشد. این گونه اطلاعات در عین اینکه باعث بسترسازی مناسب در راستای شفاف‌سازی و انضباط‌گرایی کاداستری می‌شوند، شرایط مساعدی را نیز برای امنیت اسکان، امنیت در سرمایه‌گذاری بازار املاک و به تعادل کشیدن آن، امنیت در وام بازار و مسکن و... را نیز موجه می‌سازد. یک کاداستر را یک سیستم اطلاعات زمین قطعه‌گرا، به‌هنگام و دربرگیرنده کلیه رکوردهای منافع هر قطعه زمین می‌دانند که با اطلاعات و رکوردهای دیگر، مانند شرح و توصیف ماهیت، بهره‌برداری و مالکیت‌ها کامل می‌شوند و اغلب شامل حدود، ارزش آن قطعه و تغییرات بعدی آن نیز می‌شود.^۲ ایجاد مجموعه‌ای از ابزارهای قدرتمند برای جمع‌آوری، مرتب‌سازی، بازیافت، تبدیل و نمایش اطلاعات از جهان واقعی برای دستیابی به اهداف خاص را باید برآیند سرعت در عصر اطلاعاتی دانست.^۳ از مزایای مهم اجرای کاداستر را می‌توان در کنترل و به‌روزرسانی داده‌های ثبتی شمار کرد به گونه‌ای که آسان‌تر و کم‌هزینه‌تر می‌شود.^۴ خوشبختانه طرح جامع حدنگار کاداستر کشور در تاریخ سوم تیرماه ۱۳۹۳ ه.ش. به تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان در ۹۳/۱۱/۲۹ رسیده است و اقدامات اجرایی پسین نیز موجبات تدریجی کارکردگرایی، ثبات، امنیت‌بخشی، منفعت حقوقی و فراحقوقی را حاصل خواهد نمود.

۱. جلیلی، معصومه، مفهوم کاداستر در حقوق ثبت و مطالعه و بررسی تطبیقی آثار آن در برخی کشورها، ماهنامه کانون

سردفتران و دفتریاران، ش ۴۶، صص ۶۸ - ۴۱ (۱۳۸۲)، ۶۸

۲. آذری، علیرضا، پایگاه اطلاعات جغرافیایی کاداستر - املاک ثبتی، دو ماهنامه شهرنگار، ش ۳۸، صص ۲۴ - ۲۱ (۱۳۸۸)، ۱

۳. برک پور، ناصر و اسدی، ایرج، سامانه اطلاعات جغرافیایی - نیازها و کاربردها، ماهنامه شهرداری‌ها، ش ۴۱، صص ۳۹ - ۲۵،

(۱۳۸۱)، ۳۹

۴. در تجميع قطعات زمین در طرح‌های توسعه شهری، دو ماهنامه شهرنگار، ش GIS قاجار خسروی، محمد مهدی، نقش،

۵۱، صص ۳۷ - ۳۲ (۱۳۸۸)، ۳۲

نتیجه

هنجارهای عقلانی حاکم بر مدیریت ثبتي به دنبال ایجاد توازن در میزان مطلوبیت فرآیند خدمات‌رسانی است. آورده دگرگون‌سازی تحت عنوان IT در مقام عملیاتی قادر است تا سیستم کاداستر را برای نوسازی کارکردهای سنتی از محور خدماتی و با مؤلفه اطلاعات به‌هنگام به کار گیرد. سیستم کاداستر دارای کارکردهای حقوقی درخور است. کارکردهای حقوقی را می‌توان در توقیف اموال، مستندسازی اطلاعات زمین، ایجاد پایگاه داده‌های زمین و تضمین ضریب امنیت زمین و ملک جست‌وجو نمود که می‌تواند در قالب مرجع تعیین ارزش اراضی و املاک نیز مورد اشاره قرار گیرد. سامانه‌های الکترونیکی نیز به‌عنوان نظامی تحول‌گرا در کنار ادبیات حقوقی مشترک، قابل طرح بوده و عواقب و عوارض این نوگرایی از محور توجیهات اقتصادی، نیازهای حقوقی و الزامات فراحقوقی، اجرای کاداستر را با تأکید بر منافع کلان و ملی، راه‌گشایی می‌کند. کاربست رویه الکترونیکی به تدریج، فرآیند اجرایی - خدماتی ثبت را به نظم‌آوری و استانداردسازی سوق داده است، به‌گونه‌ای که مدیریت در نظام ثبتي را با شاخصه‌هایی نظیر سرعت و دقت به کیفیتی رضایت‌بخش بدل نموده است. مصرف‌کنندگان خدمات ثبتي با افزایش اعتمادبخشی به سیستم‌های الکترونیکی و تکنولوژی‌های خدماتی همچون کاداستر، کاهش دعاوی را نشانه‌ای کارآمد دانسته‌اند. مزیت در هدف، روش و ماهیت از وجوه بارز اجرای کیفی سیستم کاداستر است. کاهش دعاوی مربوط، هم در افزایش کارآمدی و بهبود درآمدهای ملکی در مسائل اقتصادی، مدیریتی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و حقوقی قابل تبیین است. ازجمله آثار طرح جامع «کاداستر چند منظوره» را می‌توان کاهش دعاوی ملکی و زمین، بهبود درآمدهای ملکی، افزایش کارایی اقتصادی، مدیریت و نظارت بر بازار زمین و نقل‌وانتقال، طراحی، برنامه‌ریزی و مدیریت شهری، برنامه‌ریزی نظامی و دفاعی، مدیریت بحران و حوادث غیرمترقبه، بهبود خدمات‌رسانی سازمان‌ها، کاهش بوروکراسی اداری، چابک‌شدن سازمان‌ها، کاهش اختیارات دولت، زمینه‌ساز مطالعات پایه‌ای و ارزیابی طرح‌ها، شناسایی مالکین و نوع کاربری املاک، بهبود سیستم آدرس‌گذاری، فعال‌شدن ممیزی صحیح شهرها، مدیریت بهینه کشاورزی و منابع طبیعی، ایجاد اشتغال، آمایش سرزمینی، حفاظت از محیط زیست، ایجاد زیرساخت‌های اطلاعات مکانی و حقوقی و... را برشمرد. درواقع کاداستر، ابزاری برای رشد اجتماعی و اقتصادی بوده و باعث امنیت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی می‌شود. مزیت کاداستر با ایتنای بر کارآمدی در ریزمؤلفه‌هایی نظیر شفافیت، دقت، اطمینان و قابلیت به‌روزرسانی مؤید مفهوم ضرورت و اثربخشی تغییر است. مزیت موردنظر باید قادر به رفع یا کاهش مشکلات ثبت

سنتی باشد. افزایش امنیت در نقل و انتقالات زمین از محور داده‌های روزآمد و دقیق برآمده از بانک اطلاعات با تأکید بر اینکه اطلاعات از صحت، اعتبار قانونی و «انکارناپذیری» برخوردارند. توان‌افزایی و مزیتی قابل‌شمار برای سیستم ثبتی نوین است؛ لکن ضرورت دارد طرح‌های کاداستری باید برخوردار از مبانی تقنینی و منسجم و معطوف به همکاری سازمان‌های تحت امر باشد. بایسته است به هنگام‌سازی بانک اطلاعات و مطالعه فرآیند تولید تا پیش طرح، معطوف به نظارت شورای راهبری کاداستر باشد. لزوم ارتقاء وضعیت زیرساخت‌های مرتبط با بانک‌های اطلاعاتی و استفاده از کاداستر در جهت سرشماری آنلاین، روزآمد، یک‌پارچه و قابل دسترس که به سامانه‌های آماری ثبت احوال و مرکز ملی داده‌های قضایی با دیگر استان‌ها متصل شده باشد. مشارکت بخش خصوصی در مسائل غیرامنیتی کاداستر با هدف توان‌افزایی و بیشینه‌سازی قدرت خدماتی کاداستر به موازات استفاده از کاداستر به‌عنوان ابزار اجرای سیاست‌های کنترلی و مالیاتی در بخش مسکن می‌تواند ثمربخش تلقی شود. با تمرکز بر ارتقاء میزان بازدهی و منافع اجتماعی حاصل از آن به‌عنوان شاخصی از شفافیت و اصل امنیت حقوقی و قضایی راهبری شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف. کتاب‌ها

۱. آدابی، حمیدرضا، حقوق ثبت تخصصی، چاپ پنجم، جنگل جاودانه، (۱۳۹۱).
۲. سکافی، نادر، فرهنگ ثبتی، چاپ دوم، انتشارات دادگستر، (۱۳۸۲).
۳. پورکمال، محمد، مقدمه‌ای بر شناخت کاداستر و کاربردهای آن، چاپ اول، انتشارات مرکز اطلاعات جغرافیایی شهر تهران، (۱۳۷۷).
۴. تفکریان، محمود، حقوق ثبت املاک، چاپ سوم، انتشارات نگاه بینه، (۱۳۹۳).
۵. حبیبی درگاه، بهنام و حنیفی، مهران، حقوق کاداستر - ثبت نوین، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، (۱۳۹۸).
۶. حبیبی درگاه، بهنام، تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی، چاپ اول، انتشارات مجد، (۱۳۸۹).
۷. حبیبی درگاه، بهنام، حقوق و اقتصاد (حقوق دادرسی مدنی)، چاپ اول، جاودانه جنگل، (۱۳۹۲).
۸. معاونت پژوهش‌های سیاسی - حقوقی مجلس، دفتر مطالعات حقوقی اظهارنظر کارشناسی درباره طرح جامع کاداستر، اعاده شده از شورای نگهبان، ش مسلسل ۲ - ۱۳۲۵۶، ۲۴۰، دوره ۹ (۱۳۹۳).
۹. دفتر کاداستر استان سمنان، جزوه آموزشی آشنایی با کاداستر - اهداف و عملکردها، (بهمین ۱۳۹۲).
۱۰. دفتر مطالعات زبرنایی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، بررسی فنی کاداستر، ش مسلسل ۱۲۳۳۷ (۱۳۹۰).
- ب. مقاله‌ها
۱۱. آذری، علیرضا، پایگاه اطلاعات جغرافیایی کاداستر - املاک ثبتی، دو ماهنامه شهرنگار، ش ۳۸، صص ۲۴ - ۲۱ (۱۳۸۸).
۱۲. آقایی طوق، مسلم، تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، ش ۲، صص ۱۷ - ۱ (۱۳۹۲).
۱۳. السان، مصطفی، وضعیت ثبتی ملک در حقوق انگلیس، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، دوره ۲، ش ۶۲، صص ۱۲ - ۱ (۱۳۸۵).
۱۴. برک پور، ناصر و اسدی، ایرج سامانه اطلاعات جغرافیایی - نیازها و کاربردها، ماهنامه شهرداری‌ها، ش ۴۱، صص ۳۹ - ۲۵ (۱۳۸۱).

۱۵. جلیلی، معصومه، مفهوم کاداستر در حقوق ثبت و مطالعه و بررسی تطبیقی آثار آن در برخی کشورها، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، ش ۴۶، صص ۶۸ - ۴۱، (۱۳۸۲).
۱۶. دادگر، یداله، مروری بر تحولات مقوله کارایی در ادبیات اقتصادی - نظریه‌ها و کاربردها، مجله پژوهش حقوق و سیاست دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، ش ۲۳، صص ۳۷ - ۱۹، (۱۳۸۶).
۱۷. طباطبائی حساری، نسرين، نسرين، بررسی تطبیقی نظام ثبت املاک با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۴، صص ۲۳۷ - ۲۱۹، (۱۳۸۹).
۱۸. فرامرزی پور، قادر، آثار اجرایی شدن طرح کاداستر بر روابط حقوقی اشخاص، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، ش ۱۰۷، صص ۳۵ - ۲۶، (۱۳۸۹).
۱۹. فرج‌زاده، منوچهر و سرور، هوشنگ، مدیریت و مکان‌یابی مراکز آموزشی با استفاده از سیستم اطلاعات جغرافیایی، فصلنامه تحقیقات جغرافیایی، ش ۶۷، صص ۹۰ - ۸۰، (۱۳۸۱).
۲۰. قاجار خسروی، محمد مهدی، نقش GIS در تجميع قطعات زمین در طرح‌های توسعه شهری، دو ماهنامه شهرنگار، ش ۵۱، صص ۳۷ - ۳۲، (۱۳۸۸).
۲۱. معاونت پژوهشی مجلس شورای اسلامی، طرح کاداستر در لایحه بودجه سال ۱۳۷۸ با تأکید بر بند الف تبصره ۳۲، کد ۱۶۰۴۱۷۷، ش ثبت دبیرخانه ۱۰۱۳۹.
۲۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، چاپ هشتم، انتشارات امیرکبیر، ج ۱ و ۴، (۱۳۷۱).
۲۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ چهارم، شرکت سهامی انتشار، (۱۳۸۳).
۲۴. کوتر، رابرت و یولن، تامس، حقوق و اقتصاد، ترجمه دادگر، یداله و هزازه، اخوان، چاپ ششم، انتشارات نور علم (۱۳۹۱).
۲۵. لارسن، گرهارد سیستم‌های کاداستر و ثبت زمین، ترجمه پورکمال، میترا، چاپ اول، انتشارات مرکز اطلاعات جغرافیایی، (۱۳۸۶).
۲۶. ملکی، محمد، نقش کاداستر شهری به عنوان یکی از مجموعه‌های GIS در مدیریت املاک شهرها، سومین کنفرانس برنامه‌ریزی و مدیریت شهری مشهد، (۱۳۹۰).
- ج. پایان‌نامه و جزوه
۲۷. پورروستایی اردکانی، زهره، بررسی تطبیقی مفهوم، ماهیت و آثار سیستم کاداستر در نظام نوین ثبت، پایان‌نامه ارشد، دانشگاه خوارزمی (۱۳۹۳).
۲۸. برنجکار، حمید، درس کاداستر، جزوه درسی در مرکز ملی کاداستر، (۱۳۸۸).
۲. انگلیسی

29-Burbank, Stephen, «Litigation and Democracy: Restoring a Realizing Prospect of Trial», Harvard (Civil Rights, Civil Liberties Law Review, VOL.46, P.41, (2011

30-Ahadnejad, M, The Evaluation and monitoring of Annually change sin rural cadastral Map with use of geographical Information system Techniques Map Asian, kuala Lumpur- Malaysia (2003

Measuring the regulations of the Guardian Council; Fundamentals, realm and controllability

Hamed nikoonahad *

Shabnam owrangi**

Abstract

Code writing is one of the most influential and sensitive powers of governance. Using these regulatory tools, government officials directly and indirectly define behavioral frameworks for citizens. The Guardian Council, as the sole legislative body of the Constitution, is enshrined in the Constitution with unique powers, including the interpretation of the Constitution and election monitoring. Considering the legislative records, it indicates that this council, in order to perform its basic duties, directly or with the approval of the ordinary legislator, has initiated various regulations. This article is concerned with identifying the justifiable basis of the Guardian Council's by-laws, the thematic and legal scope of this authority, and the possibility of overseeing the by-laws approved by the council. The findings of the investigation show that the Guardian Council has the authority to write bylaws in accordance with the powers provided for in the constitution and their administrative requirements. The jurisdiction of the Council in the writing of letters is subjectively limited to the powers provided for in the Constitution and is mainly the subject of Articles 4, 85 and 91-99. The limits of this competence of the council are in terms of rulings, fidelity to the texts of the constitution, observance of the jurisdiction of other institutions and the pillars of constitutional rights, as well as the necessity of setting a rule. In terms of oversight, it was concluded that the judicial oversight of the Administrative Court of Justice over the decisions of the council does not negate the independence of the council and is necessary to ensure the rule of law and the implementation of Article 173.

Keywords: Writing Regulations, Article 99 of the Constitution, Article 138 of the Constitution, Guardian Council, Regulation, Supervision of the Guardian Council.

1. Assistant Prof, Department of Public Law, Faculty of Law, Qom University, Iran.

2. MA. in Public Law, Qom University, Iran (Corresponding Author)



Criminal responsibility of government about Ecocide

Aida Heidary*

Seyyed Mojtaba Vaezi**

Abstract:

The transition from the gendarme to the welfare state and expanse of the powers and responsibilities of the government has provided a ground for the commission of crimes. As a result, the state's criminal responsibility was born. In Iran the discrepancy ended with the recognition of the state's criminal responsibility in 1395 and the stipulation in article 143 of the Islamic Penal Code. One of the concerns of this article is the criminal responsibility of government about the crime of Ecocide that causes destruction of plant and animal species. Consequently, by accepting the Strict responsibility of governments in the international arena, it seeks to provide a suitable way to compensate for environment damages. One of the effective factors in this field is the production and usage of transgenic products, which the Biological [Safety] Act of the Islamic Republic of Iran has paid attention to and in the Note of Article 31 of the Sixth Development Plan Law has been emphasized on the government's responsibility about testing of transgenic products and informing the public.

Keywords: Ecocide, Government, Transgenic products, Environment, Criminal Responsibility..

1- Ph.D. Student [in] Public Law, Shiraz University. (Corresponding Author) International and Public law Department. Shiraz. Iran.

2- Associate Professor of Public LAW, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University. International and Public law Department. Shiraz. Iran.

The Development Of German Administrative Law

Florian Becker

Translated by: khadijeh shojaeian *

Abstract:

The structure and function of German administrative law must be understood in light of historical issues and the requirements of the Constitution. In the 19th century, the political climate changed in order to protect human rights and expanse the principle of a lawful administration and the level of government intervention in individual rights increased. As a result, judicial review was introduced to protect the individual in front of the administration. This century in Germany is characterized not only by the constitutional rights movement but also by the creation of substantive administrative rights. Administrative law became a separate discipline from constitutional law. The 1949 Constitution brought about fundamental changes in administrative law; It has established the form of administration and the rules that govern it, and in various articles, it has provided effective guarantees for the principle of a lawful administration and judicial review. In recent years, there has been criticism of German administrative law, and a group of thinkers has called for the creation of new administrative law in response to the social, administrative complexities and demands of Europeanization, arguing that traditional German administrative law is no longer suitable for this purpose.

Keywords: Administrative law, judicial review, administrative courts, the rule of law

1- Assistant Prof, Department of Public Law, Faculty of Humanities, Shiraz Branch, Islamic Azad University, Shiraz, IranPublic law Department. Shiraz. Iran.



No Date, No Signature: Administrative and Judicial Prohibition to Work for Artists in Iranian Law

Vahid Agah *

Abstract:

One of the aspects of the intervention of some governments for producing and supplying artistic works like music, theater and cinema is censorship for the form and contents; nevertheless, in Iran, this censorship is significantly obvious about artists that is so-called as Prohibition to Work for Artists i.e. the artistic works are not subject of censorship; rather the person who created such artistic work is prohibited to continue working and this phenomenon was accompanied with applying prohibition or limitation in the occupation of artists since the victory of the Islamic revolution in Iran up to now. In the present research, this issue is studied from the legal point of view and the result show that legal references of the licensing system of art in Iran do not have qualification for prohibiting artists apart from their artistic work. Thus, according to triplet principles of “nulla crimen sine lege and nulla poena sine lege and judicial investigation of them” and in compliance with acts and regulations, it is only possible to prohibit the person from continuing his artistic work by complementary punishment and order of suspension of punishment, postponement of the verdict and conditional freedom only through a final written verdict of qualified judicial courts. Thus, prohibiting the activity of artists by order of the Ministry of Culture and Islamic Guidance in practice is null and void in the legal system and is regarded as unlawful.

Keywords: Administrative Prohibition to Work, Judicial Prohibition to Work, Censorship, Censorship of Artists, Ministry of Culture and Islamic Guidance.

1- Assistant Professor of Public law at department of public and international law, faculty of law and political sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran
dragah@atu.ac

Legal Barriers to Concluding Partnership Agreements in Municipalities from the Perspective of Iranian Administrative Law

Gholam Hasan Mazarei *

Masood Araei **

Abstract:

As a public non-governmental organization, the municipality has a number of features, privileges and authorities that distinguish it from other public institutions, and today it plays a decisive role in people's lives by fulfilling its broad and diverse competencies by concluding public contracts. One of the ways to accelerate economic development and prosperity and create jobs in cities is to attract people's participation, capital and investment. In the field of urban management, the current law of municipalities sees the municipal system as a state system and only deals with the issue of tolls in municipalities. Despite the significant position of municipalities in providing public services, the status and legal framework of municipal projects in our legal system Not specified. This highlights the need to examine and explain the status and legal system of such contracts and legal barriers to their conclusion with the private sector. In this study, while addressing the nature and characteristics of partnership contracts in municipalities, some of the obstacles and challenges of this type of contracts; Existence of special rules and regulations of municipalities, lack of reassuring rules for the participant, lack of appropriate guarantees for the participant, lack of royalties and facilities for participation, existence of some special privileges and administrative powers in the laws and regulations of municipalities, lack of type participation contracts in municipalities, lack of transparency It has identified municipal laws and regulations and other issues that, of course, face other restrictive legal requirements that have been addressed in detail

.Keywords: Municipalities, Partnership Agreements, Legal Barriers, Restrictions and Prohibitions.

1- PhD in Public Law, Faculty Member of Shahid Chamran University of Ahvaz

2- Graduate in Public Law, University Lecturer (Corresponding Author)



A reflection on what and why the emergence of new administrative law

Ali Taheri*

Sara Khakpour**

Abstract:

Many writers and thinkers believe that the evolution of administrative law is inseparable from the rise and fall of theories of government and administration. In other words, changes in theories and approaches to managing public affairs and public administration have led to changes and the introduction of new approaches or frameworks in administrative law. In this article, we show that the transition from traditional views of governance to new public management and the emergence of regulatory governments, which see steering as the role and duty of government rather than rowing, and Privatization, deregulation, and the use of market style in the management of public affairs have led to the formation of a new generation of administrative law with distinctive features from previous generations. In this generation, which is called the "new administrative law" due to the "new public management", instead of the previous command and control systems, the emphasis is on public participation with the private sector, and the distinction between legislative and law enforcement steps is in place and Has given a dynamic interaction between these stages. However on the one hand the roles and responsibilities defined in our constitution for the government, and on the other hand, the formation of a global trend to reconsider the market-oriented conceptions of government and administration, has led to the achievements of the new administrative law in question. And its applicability in the legal, political and managerial environment of our country to face doubts.

Keywords: New Administrative Law, new public Management, Generations of Administrative Law, Traditional Government Management, Weber Bureaucracy

The Obstacles and Restrictions of Administrative Law in Iran in the Establishing Process

Ayat Mulaee *

Abstract:

The course Iran's administrative law is one of the most important courses in the field of public law; In a way that without knowing it, graduates of this field will not be able enough to present their expertise to the community. This article is with understanding such importance which aims to discuss the most important challenges of this course. Therefore, it has answered this question: From the perspective of public law, what are the challenges of the Iranian administrative law course? Using the research method: descriptive-analytical and in answer to the question, the most important results are as follows: First; there are many challenges in localizing the concept of administrative law in Iran. Second; the administrative law in Iran has always been on the margins of understanding and importance of the jurists. Third; the knowledge of "administrative law" has faced many problems, due to the crisis in the relationship between "the administration" with "the society" and "the administration" with "the government". Fourth; for lack of historical understanding of the concept of "administration" and the rules governing it, the possibility of shaping Iran's administrative law has been challenged. Fifth; due to the mentioned problems, administrative law books have not been able to signify the relationship with Iran's administrative law, as a result, these books have been ineffective in solving management problems.

Keywords:Iran's administrative law, Methodology, The Challenge of the Modern State, The Pathology of Administrative Law.

1-Assistant Prof., Department of Law, Faculty of Law & Social Sciences, University of Tabriz, Iran.

amulaee@tabrizu.ac.ir

A Comparative Study of the Right to Good Administration in European Code of Good Administrative Behavior and the Iranian Legal System

By Emphasizing the two Principles of lawfulness and proportionality

Zohreh rahmani *

Abstract:

As the individual's rights play a central role in the modern administrative systems around the world, addressing the concept and analysis of the content and legal nature of the good administration is of particular importance. The Right to Good Administration perceived as one of the fundamental right of individuals to protect them against administrative bodies which was first introduced in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In this regard, the adoption of the "European Code of Good Administrative Behavior" by the European Parliament in 2001 is an important source for understanding the meaning, principles and axes that European Courts are trying to comply with. To clarify the importance of good administration, special attention should be paid to the principles of good administration, each of which is one of the basic guarantees against the abuse of power. In this research, two crucial principles "lawfulness" and "proportionality" is addressed. The findings of the present research, which have been studied descriptively and analytically, are that in the European Code of Good Administrative Behavior, these principles is explicitly mentioned and therefore in the structure of EU member states to practiced and considered. However, in the Iranian legal system, due to the lack of administrative code, some of these principles have not been identified and implemented although in the procedure of the Court of Administrative Justice, in some cases these principles have been considered.

Keywords: Proportionality, lawfulness, Right to good administration, Good administrative behavior

1-Zohreh Rahmani, Assistant Prof. Department of Public Law, Islamic Azad University, Bandar Anzali Branch, Bandar Anzali, Iran

The concept of urban cadastre, its function and its effects

Behnam Habibi Dargah *

Abstract:

The cadastre is based on the purpose of information-oriented engineering with the stability and security approach based on the ground unit and its technology function is of information and service type. Social returns, economic prosperity, legal effects and political implications. Efficiency and updating of this dynamic system can have direct and indirect effects on the functioning of other systems. Cadastre is a new management model and a new record. The security and transparency of land transactions are justified in the light of this intellectual framework. Cadastral information technology emphasizes the production and consumption of information. The full implementation of a multipurpose cadastre can meet the interests of the state and the people as a national goal. Improving access to information and better application of spatial and temporal data at a wider level will change the approaches and modify the functions through the cadastral system. Multi-purpose cadastre and sustainable exploitation of land rights are changing the nature and prediction of probabilities. Creating new plans for planners aimed at reducing disagreements and standardizing decisions. Therefore, the efficiency of cadastral information is in resource management and maximizing benefits. Quality standards, reasonable utilization, legal security, increased trust in investment, maximum optimal utilization, maximum economic perception, environmental balance and operational research in this system have a special place.

Keywords: Cadastre, Urban Cadastre, Urban Planning, Land Rights

1- Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Islamic Azad University, Karaj Branch

Journal of Modern Research on Administrative Law

Second year /third issue / summer2020



ISSN : 2717-0497

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 Special
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



Second year / Second issue / Spring 2020



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law
second year, third issue, summer 2020

Title of Articles

- ▶ Measuring the regulations of the Guardian Council; Fundamentals, realm and controllability
- ▶ The Development Of German Administrative Law
- ▶ Criminal responsibility of government about Ecocide
- ▶ No Date, No Signature: Administrative and Judicial Prohibition to Work for Artists in Iranian Law
- ▶ Legal barriers to concluding partnership agreements in municipalities from the perspective of Iranian administrative law
- ▶ A reflection on what and why the emergence of new administrative law
- ▶ Obstacles and Restrictions of Administrative Law in Iran in the Process of Establishing "Administrative Law of Iran"
- ▶ The concept of urban cadastral, its function and its effects
- ▶ "A Comparative Study of the Right to Good Administration in European Code of Good Administrative Behavior and the Iranian Legal System By Emphasizing the two Principles of lawfulness and proportionality"