

پژوهش‌های نوین اداری

فصلنامه علمی: پژوهش‌های نوین حقوق اداری
سال چهارم: شماره سیزدهم: زمستان ۱۴۰۱



عنوان مقاله‌ها

- ❖ واکاوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن. محسن عسگری؛ حسین حبیبی‌تبار؛ محمود قیوم زاده
- ❖ آثار تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری- قضایی رسیدگی به جرایم از دیدگاه حقوق اداری. پویا پژوهی؛ محمد شمس‌ناتری
- ❖ ارزیابی شرط موازنه اقتصادی به عنوان گونه نوین شروط تثبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به مثابه قراردادی اداری. فرزاد قیصریان؛ منصور امینی
- ❖ واکاوی نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم: سازگاری یا تقابل. علیرضا دبیرنیا؛ علی مشهدی؛ مهدی شفیعی افراپلی
- ❖ سیاست‌های تقنینی و انحصار در مقررات حوزه درمان. فردین مرادخانی؛ داوود کاظمی
- ❖ ممیزی آثار سینمایی مسعود کیمیایی و علی حاتم‌ی در پرتو حقوق ممیزی دهه ۶۰. امیرحسین سلیمیان؛ وحید آگاه؛ محمد جلالی
- ❖ کاستی‌ها و کژتابی‌های نظام صدور مجوز برگزاری تجمعات در حقوق اداری ایران. علی بیاتی
- ❖ بررسی تئوری‌های حاکم بر مقررات دولتی در حقوق عمومی اقتصادی. رضا طجربلو
- ❖ نظام حقوقی حاکم بر دعاوی طاری در محاکم حقوقی و دیوان عدالت اداری. جلال جعفری؛ جواد خالقیان؛ جلیل مالکی
- ❖ تأملی در مطلوبیت و امکان حقوقی پیش‌بینی شرط داوری در قراردادهای کار در نظام حقوقی ایران. محمدقاسم تنگستانی؛ علی طاهری
- ❖ نسبت‌سنجی نظام حقوقی- اجرایی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با قانون اساسی. حسین صادقی؛ الهه مرندی
- ❖ آسیب‌شناسی دادرسی در مراجع انضباطی نیروهای مسلح در پرتو معیارهای عام دادرسی منصفانه. مهدی غفوری زاد؛ علی رادان جبلی
- ❖ بررسی رویه اداری پیشگیری از ورشکستگی در فرانسه و امکان کاربرد آن در نظام حقوق اداری ایران. مریم دادخواه؛ میترا ضرابی





فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری

سال چهارم / شماره ۱۳ / زمستان ۱۴۰۱

شاپا چاپی: ۲۷۱۷۰۴۹۷

صاحب امتیاز: انجمن ایرانی حقوق اداری

جانشین سردبیر:

دکتر محمد حسنونند

سردبیر:

دکتر بیژن عباسی لاهیجی

مدیر مسئول:

دکتر اسدالله یآوری

اعضای هیئت تحریریه

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

شورای علمی فصلنامه

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

مسئول هماهنگی:

محمد هدایتی

مدیر داخلی و صفحه‌آرا:

مهدی حسنونند

ویراستار ادبی فارسی:

دکتر محمدصادق دهقان

ویراستار انگلیسی:

حدیثه داوودی

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



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

نیش کوچه هفت‌پیکر، پلاک ۳۳، طبقه ششم

کد پستی: ۱۴۳۴۸۶۳۱۱۱

وب سایت: www.malr.ir

تلفن: ۰۹۲۱۴۹۳۰۸۳۸

ایمیل: malr.journal@gmail.com

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

شرایط و ضوابط ارسال مقاله به فصلنامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری

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

الف. نکات شکلی:

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

ب. شیوه ارجاع دهی:

- ۱ ارجاعات در متن مقاله به ترتیب شماره‌گذاری شده و بر طبق شماره‌ای که در متن به آن داده شده در زیرنویس همان صفحه خواهد آمد. پاورقی‌ها در هر صفحه از شماره ۱ شروع می‌شود لازم به ذکر است سبک ارجاعات می‌بایست همانند سبک درج فهرست منابع باشد.
- ۲ اگر دو نویسنده یا بیشتر باشد، نام خانوادگی، نام، نام و نام خانوادگی نویسنده دوم به بعد. عنوان کتاب. محل نشر: انتشارات، سال انتشار، صفحه یا صفحات در صورت ارجاع در پانویس‌ها. مثال: دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی. قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. ویرایش اول. تهران: خلیج فارس، ۱۳۸۰، ص ۱۸۳.
- ۳ شیوه ارجاع به آراء قضایی و داوری نیز باید به صورت پاورقی (مرجع صادرکننده رأی، سال صدور رأی: پاراگراف مربوطه) باشد. به عنوان مثال: (ICJ Rep, 2010: para. 104)

ج. شیوه تنظیم فهرست منابع پایانی:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

انواع مقاله قابل ارسال به نشریه

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

ب، مطالعه آرای قضایی (case study)

د. شیوه تنظیم فایل حاوی مشخصات نویسندگان:

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

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

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

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

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

۴- حتماً نویسنده مسئول مشخص شود.

نمونه:

دستورگرایی بین المللی: ابزارهای شناخت

International Constitutionalism: The Tools of Recognition

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

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

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

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

ه. مسئول مکاتبات و تماس‌های تلفنی از سوی فصلنامه

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

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

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

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

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



فهرست مطالب

واکوی چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن . محسن عسگری؛ حسین حبیبی تبار؛ محمود قیوم‌زاده.	۱۱۳
آثار تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری - قضایی رسیدگی به جرایم از دیدگاه حقوق اداری. پویا پژوهی؛ محمد شمس‌ناتری.	۴۱
ارزیابی شرط موازنه اقتصادی به عنوان گونه نوین شروط تثبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به مثابه قراردادی اداری. فرزاد قیصریان؛ منصور امینی.	۶۱
واکوی نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم: سازگاری یا تقابل. علیرضا دبیرنیا؛ علی مشهدی؛ مهدی شفیعی افرایی.	۸۷
سیاست‌های تقنینی و انحصار در مقررات حوزه درمان. فردین مرادخانی؛ داوود کاظمی.	۱۱۳
ممیزی آثار سینمایی مسعود کیمیایی و علی حاتمی در پرتو حقوق ممیزی دهه ۶۰. امیرحسین سلیمیان؛ وحید آگاه؛ محمد جلالی.	۱۴۱
کاستی‌ها و کژتابی‌های نظام صدور مجوز برگزاری تجمعات در حقوق اداری ایران. علی بیاتی.	۱۶۷
بررسی تئوری‌های حاکم بر مقررات دولتی در حقوق عمومی اقتصادی. رضا طجربلو.	۱۹۵
نظام حقوقی حاکم بردعاوی طاری در محاکم حقوقی و دیوان عدالت اداری. جلال جعفری؛ جواد خالقیان؛ جلیل مالکی.	۲۱۵
تأملی در مطلوبیت و امکان حقوقی پیش‌بینی شرط داوری در قراردادهای کار در نظام حقوقی ایران. محمدقاسم تنگستانی؛ علی طاهری.	۲۴۳



فهرست مطالب

نسبت‌سنجی نظام حقوقی - اجرایی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با قانون اساسی. حسین صادقی؛ الهه مرندی.

۲۶۳

آسیب‌شناسی دادرسی در مراجع انضباطی نیروهای مسلح در پرتو معیارهای عام دادرسی منصفانه. مهدی غفوری زاد؛ علی رادان جبلی.

۲۸۹

بررسی رویه اداری پیشگیری از ورشکستگی در فرانسه و امکان کاربرد آن در نظام حقوق اداری ایران. مریم دادخواه؛ میترا ضرابی.

۳۰۵



واکاوای چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان و راهکارهای اصلاح آن

محسن عسگری*

حسین حبیبی تبار**

محمود قیوم‌زاده***

چکیده

برخوردارای از تکنولوژی تولیدات دانش‌بنیان، حسب نوع صنعت می‌تواند قدرت زیادی به دولت‌ها ببخشد. بنابراین، حمایت از این شرکت‌ها ضرورت دارد. قانون‌گذار نیز دولت را به حمایت از این شرکت‌ها ملزم کرده، ولی به سبب ناهماهنگی اداری و نبود برخی زیرساخت‌ها، این حمایت‌ها، بازدهی مورد انتظار را نداشته است. در این پژوهش به روش تحلیلی - توصیفی، چالش‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان بررسی و نتیجه گرفته شد که متولی امتیازبندی شرکت‌ها، چندان تخصصی نیست. این مرجع، تنها مالکیت شرکت شتاب‌دهنده را معیاری برای امتیاز پژوهشی می‌داند که این امر موجب تنها حضور و بهره‌مندی از مزایای شرکت‌های دانش‌بنیان توسط شرکت‌های مادر می‌شود و بازدهی مورد انتظار را ندارند. از طرف دیگر، برخی امتیازات در نظر گرفته شده برای شرکت‌های دانش‌بنیان در عمل با مقررات اداری نهادی دیگر بی‌اثر گردیده است. سازمان امور مالیاتی با تقسیم‌بندی ناصحیح مشاغل، امکان بهره‌مندی شرکت‌های دانش‌بنیان را از مزایای معافیت مالیاتی گرفته و گمرک جمهوری اسلامی ایران نیز با وضع آیین‌نامه حمایت از ملوانان، امکان ورود کالای مشابه محصولات دانش‌بنیان به کشور را فراهم کرده است. در سکوت قانون، مالکیت معنوی قابلیت رهن‌گذاری ندارد و نیاز است که از نظر اداری، چنین امتیازی برای مالکیت معنوی منظور شود که نوعی حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان محسوب می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: شرکت‌های دانش‌بنیان، مالکیت معنوی، مراکز رشد، شتاب‌دهنده، چالش‌های اداری.

*. دانشجوی دکتری، حقوق خصوصی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران.
**. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران. (نویسنده مسئول)
yoonatanss@gmail.com

***. استاد، گروه معارف و حقوق، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران.

maarefteacher@yahoo.com

قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۸۹	ق.ح.ش
آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۹۱	آ.ا.ق
قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸	ق.ح
آیین‌نامه تأسیس و راه‌اندازی پارک‌های علم و فناوری، مصوب ۱۳۹۵	آ.پ
قانون اجرای احکام، مصوب ۱۳۵۶	ق.ا.ح

«فهرست علایم و اختصارات»

مقدمه

محصولات/ خدمات جدید علاوه بر ایجاد اشتغال و رونق اقتصادی می‌توانند قدرت خاصی به هر کشور اعطا کنند که از انحصار خاص آن ناشی می‌شود. بسیاری از مخترعان و مبتکران طرح‌های بدیع، سواد دانشگاهی چندانی ندارند، اما تولید محصول/ خدمات نوآورانه دارای بنیان علمی است. در حال حاضر، ابرقدرت‌ها، انحصار در برخی تکنولوژی‌ها را به ابزار فشار برای تحمیل خواسته‌های خود بر دیگر کشورها بدل کرده‌اند که بیانگر اهمیت تولیدات بر پایه علم است. بنابراین، دولت‌ها در سراسر جهان، سیاست حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان را در پیش گرفته‌اند تا با توسعه تولیدات/ خدمات مهم زمینه رونق اقتصادی کشور خود را فراهم کنند.

در ایران، قانون حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان، تا حدّی دیرتر از انتظار و در سال ۱۳۸۹ به تصویب رسید. این شرکت‌ها به موجب ماده یکم همین قانون چنین تعریف شدند: «شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان، شرکت یا مؤسسه خصوصی یا تعاونی است که به منظور هم‌افزایی علم و ثروت، توسعه اقتصاد دانش‌محور، تحقق اهداف علمی و اقتصادی (شامل گسترش و کاربرد اختراع و نوآوری) و تجاری‌سازی نتایج تحقیق و توسعه (شامل طراحی و تولید کالا و خدمات) در حوزه فناوری‌های برتر و با ارزش افزوده فراوان به ویژه در تولید نرم‌افزارهای مربوط تشکیل می‌شود.»

با وجود وضع قانونی که دولت را به حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان ملزم می‌کند

«ق.ج.ش» و «آ.ا.ق»)، این حمایت‌ها، انتظارات مبتکران را برآورده نساخته و سالانه، مهاجرت بسیاری از خبرگان به خارج از کشور گزارش شده است.^۱ اگر در وضعیت قانون‌گذاری صحیح، اثر مطلوب آن محقق نشود، چند حالت متصور است. نخست این که قانون‌گذاری ایراد دارد. دوم این که ناهماهنگی‌های اداری موجب خنثی شدن اثر حمایتی می‌شود. سوم این که به دلیل نبود زیرساخت‌ها، امکان اجرای قانون مهیا نیست. در این پژوهش، احتمال دوم که ناهماهنگی اداری باشد، بررسی شده است.

قاضی نوری و همکاران (۱۳۹۵)، رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی را با رویکرد تکنوسومی بررسی کردند. اشراقی و همکاران (۱۴۰۰)، اثر سیاست‌های حمایتی را بر گذار شرکت‌های دانش‌بنیان به مرحله رشد کاویدند. علوی (۲۰۱۸)، بی‌اعتمادی به شرکت‌های دانش‌بنیان را علت ناکامی سیاست‌های دولتی در این خصوص دانسته است. دون و همکاران (۲۰۱۸)، سیاسی شدن حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان را علت ناکامی توسعه دانستند. این پژوهشگران، مشکلات تقنینی و اجرایی حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان را بررسی کرده‌اند. در این میان، بررسی مشکلات اداری در این حوزه بی‌پیشینه است و این پژوهش برای نخستین بار به آن توجه کرده است.

در ایران به ویژه پس از تحریم‌های اعمالی در دهه ۹۰ خورشیدی، توجه به توسعه شرکت‌های دانش‌بنیان روزبه‌روز بیش‌تر شد و دولت برای اجرای مفاد «ق.ج.ش»، آیین‌نامه‌ای مرتبط را در سال ۱۳۹۱ تصویب کرد. هدف این پژوهش آن است که از دیدگاه حقوق اداری، چالش‌های ناکامی سیاست‌های حمایتی از شرکت‌های دانش‌بنیان بررسی و راهکارهای اصلاحی برای آن پیشنهاد شود.

گفتار اول. حمایت از آثار بدیع

در خصوص حمایت از خلق آثار بدیع، نظرهای مختلفی وجود دارد. برخی معتقدند که دولت باید از هر طرح نوآورانه‌ای حمایت کند.^۲ در مقابل، برخی دیگر با این استدلال که هر طرح بدیع قابلیت تجاری‌سازی ندارد، دولت را تنها ملزم به حمایت از طرح‌های مفید می‌دانند.^۳

۱. اشراقی، علی‌رضا، سید ایمان میرعمادی و محمد وصال، «ارزیابی اثر سیاست‌های حمایتی بر گذار شرکت‌های دانش‌بنیان به مرحله رشد»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، ص ۴۴.

2-Esmaili Yadaki, M., "A Comparative Analysis of the Exception of Educational Use in Literacy and Artistic Property Rights", Journal of Civil Law Knowledge, 2017, 6(1), p. 21.

3-Guaragna, M. B., Stimulating Innovation in Brazil: A Study of Intellectual Property Law, Biotechnology and Open Scientific Innovation (Doctoral dissertation, Queen Mary University of London), 2017, p 25.

عقیده دوم، طرفداران بیش‌تری دارد؛ چون تنها درصد اندکی از طرح‌های بدیع به سوددهی تجاری می‌رسند.^۱

مصادیق طرح‌های بدیع می‌تواند شامل نشر کتاب، ترجمه، اختراع صنعتی، نشان تجاری و طرح‌های بدیع کسب و کار باشد که مالکیت آن‌ها با نام «مالکیت معنوی» خوانده می‌شود. ایران که تقریباً نظریه دوم را پذیرفته است، قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان را در سال ۱۳۴۸ تصویب کرد و برای هر طرح بدیع، مدت حمایت مشخصی در نظر گرفت. بازدهی مناسب مالی، در طول دوران حمایت متصور است. بنابراین، مزد خلق آثار بدیع برای خالق آن چنین است که در طول مدت مشخص، بازدهی بالایی مالی به واسطه انحصار در مدت یادشده ایجاد شود.

شرکت‌هایی که با هدف به ثمر رساندن چنین طرح‌هایی تأسیس می‌شوند، شرکت دانش‌بنیان نام می‌گیرند و از نظر حقوقی از حمایت دولت بهره‌مند خواهند شد.^۲ از نظر اجرایی، پارک علم و فناوری در هر استان تأسیس شده که متولی حمایت از طرح‌های مبتکرانه است. در قوانین موضوعه به «پارک علم و فناوری»، هیچ اشاره‌ای نشده است. بنابراین، جریان تأسیس و فعالیت آن جنبه اجرایی دارد و وضع مقررات اداری در رویه این نهاد نقشی مهم دارد. در خصوص نحوه حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان، نظرهای مختلفی مطرح است که به آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول. شراکت ریسک‌پذیر

پیش‌بینی آینده مالی طرح‌های مبتکرانه سخت است و طرح‌های توجیهی تنها حدس و گمان‌هایی در این خصوص محسوب می‌شوند. سرمایه‌گذاران معمولاً به حضور در فعالیت‌های با ریسک اندک تمایل دارند که آمار خرید سهام بورسی در جهان، آن را تأیید می‌کند.^۳ برای مثال، سهم شرکت خودروسازی در ایران، به دلیل انحصاری بودن بازار و پیش‌بینی میزان سود آن، همواره جزء پرفروش‌ترین سهام‌هاست، در حالی که سهام شرکت‌های نوپا جزء ارزان‌ترین سهام‌هاست.

۱. رحیمی، علی و حسین شبیری، «مبانی فقهی و حقوقی مالکیت فکری یا معنوی»، فصل‌نامه پژوهش‌های فقهی و حقوقی، دوره چهارم، ۱۳۹۷، ص ۲۱۵.

۲. صادقی، حدیثه و مهسا اکبری، «مزایا و معایب پیوستن ایران به کنوانسیون برن»، ارائه شده در همایش ملی ایران و چالش‌های حقوقی بین‌المللی، مراغه، ۱۳۹۳، ص ۱۲.

3-Esmaceli Ranjbar, Khatereh and Soleimani, Ameneh, "Presenting a Model for the use of Internet of Things in the based Companies", Journal of Information Technology Management, 2021, P. 25 - Iranian Knowledge

بنابراین، سرمایه‌گذاری ممکن است در شرکت‌های دانش‌بنیان سرمایه‌گذاری کنند و در آینده مالی آن سهام شوند. قانون‌گذار در خصوص این نوع حمایت، در «ق.ج.ش» که جزء معدود منابع حقوقی حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان است، چیزی ذکر نکرده است. بنابراین، حسب اصل آزادی اراده‌ها، سرمایه‌گذاران این حوزه تحت عنوان شرکت‌های شتاب‌دهنده^۱ در این فعالیت‌ها حضور دارند. در ایران، بیش‌تر شتاب‌دهنده‌ها، دولتی هستند و برای نخستین بار، شتاب‌دهنده تیک به عنوان تنها شرکت شتاب‌دهنده با مالکیت خصوصی در غرب کشور تأسیس شده است.

چون قانون موضوعه در خصوص شرکت‌های شتاب‌دهنده وجود ندارد، ماهیت این شرکت‌ها در مرحله نخست توسط مقررات اداری پارک علم و فناوری به عنوان متولی این شرکت‌ها و سپس بر پایه اساس‌نامه خود این شرکت‌ها تعیین می‌شود. چون استانداردسازی اساس‌نامه این شرکت‌ها هنوز انجام نشده، بر حسب اصل آزادی اراده‌ها، مقررات اداری متنوعی برای این شرکت‌ها متصور است. البته شرکت‌های دولتی شتاب‌دهنده، وضعیت اداری منسجم‌تری دارند. در حال حاضر، شرکت‌های شتاب‌دهنده دولتی و خصوصی تحت نظارت پارک علم و فناوری، طرح‌های مبتکرانه را بررسی می‌کنند و در صورت جلب نظر مدیرعامل، ضمن تأسیس شرکت دانش‌بنیان، در مالکیت آن سهام می‌شوند.^۲

با توجه به انتقادهای واردشده به ماهیت شرکت‌های دولتی (بازدهی اندک و حتی منفی، مدیریت ناکارآمد، اختلاس و فساد، نبود انگیزه برای پیشرفت و نظیر آن)، در این حوزه نیز اعتراض‌های فراوانی به عملکرد شتاب‌دهنده‌های دولتی وجود دارد. در همین راستا، شرکت شتاب‌دهنده خصوصی با عملکردی بهتر تأسیس شده است که البته چالش‌های اداری فراوانی پیش رو دارد. شتاب‌دهنده‌های خصوصی با توجه به آثار مثبتی که برای برخی شرکت‌ها از نظر کسب امتیاز پژوهشی دارد، تنها با انگیزه ارتقای شرکت مادر تأسیس می‌شوند و حمایت از طرح‌های دانش‌بنیان را در اولویت برنامه‌های خود جای نمی‌دهند. بنابراین، وضع قوانین مرتبط با شتاب‌دهنده‌های خصوصی با چالش اداری روبه‌روست.^۳

به هر حال، ماهیت حقوقی این شرکت‌ها در مرحله نخست بر اساس مقررات اداری پارک علم و فناوری به عنوان نهاد نظارتی و سپس بر پایه اساس‌نامه غیر استاندارد خودشان شکل گرفته است. از این رو، پارک علم و فناوری باید به استانداردسازی (یکسان‌سازی) اساس‌نامه این شرکت‌ها دست بزند.

۱-Start Up.

۲. رنجبر، احمد، «سیاست و اداره: تمایز و هم‌پوشی»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۱۵۰.

۳. همان، ص ۱۵۲.

بند دوم. تأمین مالی

جنبه دیگر از حمایت شرکت‌های دانش‌بنیان، بدون شراکت ریسک‌پذیر است که با کمک‌های مالی به این شرکت‌ها انجام می‌شود. بر اساس عقیده نخست در خصوص کمک به شرکت‌های دانش‌بنیان باید امکانات مالی لازم برای هر طرح مبتکرانه فراهم شود و این سرمایه‌گذاری در نهایت به تولد طرحی پربازده ختم شود. این نوع تأمین مالی از نوع کمک مالی بلاعوض است و بر خلاف شتاب‌دهنده‌ها که در قالب شراکت فعالیت دارند، سرمایه‌ها به صورت غیر انتفاعی و در راستای اهداف دولتی برای این مهم هزینه می‌شود.^۱ تأمین مالی می‌تواند جنبه بلاعوض نداشته باشد و در قالب تسهیلات به فعالان این عرصه پرداخت شود. با توجه به ماهیت غیر انتفاعی این نوع هزینه‌ها، از نظر اداری، پارک علم و فناوری، مسئول مستقیم این امر مهم تعیین شده است که از منابع دولتی که در اختیار دارد، برای تأمین مالی شرکت‌های دانش‌بنیان بهره می‌برد.^۲

در «ق.ج.ش»، هیچ نامی از کمک‌های بلاعوض نیامده و عمدتاً از تسهیلات سخن به میان آمده است. در حقیقت، دولت، تمرکز خود را بر اعطای تسهیلات به شرکت‌های دانش‌بنیان قرار داده است و بنابراین، رویه اعطای کمک‌های مالی بلاعوض به درستی مشخص نیست.^۳ در مواد ۷ تا ۱۳ «آ.ا.ق»، به صورت جزئی به کمک بلاعوض اشاره شده است، اما چنین برداشتی می‌شود که اعطای این کمک‌ها به اطمینان کامل از بازدهی طرح‌ها بستگی دارد و در مسیر پرسیک ثمردهی این شرکت‌ها، کمک بلاعوضی صورت نمی‌گیرد و تنها اعطای تسهیلات در این دوران، قانونی محسوب می‌شود.

بند سوم. آخرین وضعیت

در سال‌های پس از ۱۳۹۷ که تحریم‌ها، ضربه‌ای شدید به اقتصاد کشور وارد ساخت، توجه به تولید داخلی بیش از پیش برجسته شد. نام‌گذاری سال‌های مختلف توسط مقام معظم رهبری نیز نشان‌دهنده توجه به شرکت‌های تولیدی بود. حمایت‌ها به صورت تقنینی، اجرایی و نیز در قالب شرکت‌های دانش‌بنیان صورت گرفت و دولت از منابع مختلف برای

1-Shahin, Arash and Malekzadeh, Nasim, WOOD, Lincoln C., "Developing a decision making grid for selecting innovation strategies the case of knowledge based companies", Technology Analysis & Strategic Management, 2021, P. 8.

۲. رحیمی مقدم، سید حسین، علی اکبر گرجی ازندریانی و مرتضی نجابت‌خواه، «واکاوی و تحلیل تبعات بوروکراسی در نظام آزادسازی اقتصادی ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۱۴۰.

۳. خیاطیان یزدی، محمدصادق، مهدی الیاسی و سید حبیب‌الله طباطباییان، «الگوی پایداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره دوم، ۱۳۹۵، ص ۵۵.

اعطای تسهیلات به این شرکت‌ها بهره برد. در آخرین اقدام حمایتی دولت، ضمن همکاری با قوه قضاییه، حق برخورداری از نمایندگان حقوقی غیر وکیل برای این شرکت‌ها در نظر گرفته شد. در این حالت، برای اجرای امور حقوقی، هزینه کم‌تری صرف می‌شود و شرکت‌های دانش‌بنیان توانایی تربیت وکیل تخصصی را دارند. به جز این موارد، برخی الزامات به صورت دستور به ارگان‌ها صادر شد که آن‌ها را به خرید کالا از شرکت‌های دانش‌بنیان ملزم کرد. البته نیاز است که این قبیل حمایت‌ها در چارچوب قاعده و قانون مشخص صورت گیرد. به هر حال، جنبه‌های حمایتی دولت از این شرکت‌ها در چند سال اخیر تقویت یافته است.

گفتار دوم. مشکلات اداری شتاب‌دهنده‌ها

با توجه به اطلاق نام «شرکت» بر شتاب‌دهنده‌ها و تأسیس آن‌ها به موجب قوانین ثبت شرکت، مالکان آن باید بر اساس منفعت مالی، فعالیت اقتصادی خود را انجام دهند. بنابراین، منافع شخصی در این فعالیت نقش مهمی دارد که ممکن است موجب بروز تعارض منافع شود. بخشی از مشکلات اداری در حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان به شتاب‌دهنده‌ها مربوط است که بررسی می‌شود.

بند اول. تلاش برای اعتبار شرکت

نخستین منبع حقوقی مربوط به تأسیس شرکت، قانون تجارت است که در سال ۱۳۱۱ تصویب شده و پس از گذشت نه دهه تقریباً بدون تغییر مانده است و قانونی به‌روز محسوب نمی‌شود. با تأسیس اداره شرکت‌ها، امور مربوط به تأسیس، انحلال و تغییر اساس‌نامه به این اداره سپرده شده که این مسئولیت در اساس‌نامه سازمان (اداره شرکت‌ها) مشهود است. از طرف دیگر، شخصیت حقوقی برای آغاز فعالیت خود، ملزم به کسب مجوز از متولیان خاص است.^۱ برای مثال، اگر شرکتی در زمینه صادرات زعفران فعالیت دارد، مجوز فعالیت لازم را باید از اتحادیه صادرکنندگان زعفران بگیرد.

از نظر اداری نیز متولی کسب و کارها باید معیار رتبه‌بندی آن‌ها را در نظر بگیرد که این رتبه‌بندی در مرحله نخست به سازمان فنی و عمران استاندارد و سپس به سازمان برنامه و بودجه سپرده شده که نقش معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی ریاست جمهوری در این باره پررنگ است. در ماده واحده آیین‌نامه تأسیس این معاونت، نظارت کیفی بر فعالیت شرکت‌های بزرگ آمده است. بنابراین، مسئله رتبه‌بندی عملاً به این نهاد سپرده شده است که در تنظیم کلیات آن نقشی مهم بر عهده دارد.^۲

۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۱۳۴.

۲. موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۵۴.

مطابق آیین‌نامه اجرایی صادرشده در خصوص رتبه‌بندی شرکت‌ها، برای حضور در فعالیت‌های مبتکرانه، امتیاز قابل‌توجهی تعیین شده و صرف داشتن واحد فعال در این حوزه به معنای کسب امتیاز است. بر اساس ماده هفتم آیین‌نامه رتبه‌بندی شرکت‌ها که معاونت یادشده تنظیم کرده است، امتیاز پژوهشی برای شرکت‌ها در صورت احراز این شرایط محقق می‌شود:^۱

۱. داشتن واحد فعال تحقیق و توسعه؛^۲

۲. مالکیت شرکت‌های دانش‌بنیان؛

۳. مالکیت شرکت‌های حامی توسعه علم.

در مورد نخست، شرکت‌ها تنها به صرف داشتن واحد تحقیق و توسعه، مستحق دریافت امتیاز پژوهشی هستند و کیفیت این فعالیت‌ها توسط هیچ معیاری اندازه‌گیری نمی‌شود. بنابراین، شرکت‌ها تنها با استخدام دو یا سه نفر در این بخش می‌توانند برخی فعالیت‌های ابتدایی تحقیقاتی را انجام دهند که همین میزان فعالیت برای کسب حداکثر امتیاز پژوهش کفایت می‌کند.

مالکیت شرکت‌های دانش‌بنیان، شرکت‌ها را واداشته است که با حضور در فعالیت‌های مبتکرانه از امتیاز پژوهشی بهره ببرند. بحث در این خصوص، خارج از موضوع پژوهش کنونی است؛ چون این نوع حضور تقریباً چالش محسوب نمی‌شود.

در مورد سوم، مالکیت شرکت‌های شتاب‌دهنده، جزئی از کسب حداکثر امتیازات محسوب شده است که در عمل، موجب تعارض منافع صاحبان شرکت با اهداف شتاب‌دهی می‌گردد. معمولاً شرکت‌ها، شرکت شتاب‌دهنده (با مالکیت شخصیت حقوقی) تأسیس می‌کنند و ضمن سخت‌گیری در خصوص میزان ریسک پروژه‌ها، در عمل، وارد هیچ فعالیت نوآورانه‌ای نمی‌شوند. در این وضعیت، شرکت مادر از مزایای تسهیلات شرکت‌های دانش‌بنیان بهره می‌برد و حداکثر امتیازات پژوهشی را کسب می‌کند. طبیعتاً تسهیلات دریافتی توسط شرکت‌های شتاب‌دهنده با مالکیت خصوصی، توسط شرکت مادر هزینه می‌شود که حیطه فعالیت غیر دانش‌بنیان دارد. با این چالش از وضع مقررات اجرایی و اداری ناشی شده و اصلاح آن نیز تنها به دست مسئولان سازمان‌های یادشده امکان‌پذیر است.

به نظر می‌رسد که نهاد متولی امتیازبندی شرکت‌ها باید همان متولیان کسب و کار باشند؛ چون به صورت تخصصی به این مهم رسیدگی خواهد کرد. پس سپردن امتیازبندی شرکت‌ها به معاونت ریاست جمهوری که در بخش کلان اجرایی فعالیت دارد، خطایی اداری محسوب می‌شود.

۱. طیبی ابوالحسنی، سید امیرحسین و زینب زین‌الدینی، شرکت‌های دانش‌بنیان، تهران: نورا، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۶۵.

در آیین‌نامه تنظیمی معاونت ریاست جمهوری، صرف مالکیت در شرکت‌های شتاب‌دهنده، معیار کسب امتیاز پژوهشی و بهره‌مندی از تسهیلاتی است که از منابع اختصاص یافته به شرکت‌های دانش‌بنیان استفاده می‌شود.^۱ صندوق نوآوری و شکوفایی، موضوع ماده (۵) «ق.ج.ش» که در مواد ۴، ۶، ۷، ۸ و ۹ «آ.ا.ق» از آن نام برده شده، صندوقی است که منابع مالی مرتبط با طرح‌های نوآورانه را شامل می‌شود. از محل این منبع به شرکت‌های شتاب‌دهنده، وام می‌دهند، ولی نظارتی بر محل خرج کردن آن وجود ندارد. بنابراین، از محل منابع مالی که برای توسعه شرکت‌های دانش‌بنیان در نظر گرفته شده است، شرکت‌های غیر دانش‌بنیان بهره می‌برند (مشکلات تقنینی فصل سوم «آ.ا.ق»).

برای رفع این چالش باید اولاً متولی خاص امتیازبندی شرکت‌ها به متولیان کسب و کار تخصصی تغییر یابد. ثانیاً به صرف مالکیت شرکت شتاب‌دهنده، امتیاز پژوهشی تعلق نگیرد و میزان شتاب‌دهی موفق، معیاری برای اعطای تسهیلات و امتیاز باشد. ثالثاً بر محل خرج کردن تسهیلات، نظارت بهتری اعمال شود. همه این موارد را می‌توان در آیین‌نامه اجرایی آورد.

بند دوم. نبود معیار مناسب برای تعیین میزان ریسک

به موجب بخش‌نامه وزارت علوم، تحقیقات و فناوری که در سال ۱۳۹۰ صادر شد، شتاب‌دهنده‌های دولتی تحت نظارت مراکز پارک علم و فناوری هستند و از نظر اداری باید تابع این نهاد باشند. حتی بودجه این شرکت‌ها را پارک علم و فناوری از محل صندوق مندرج در ماده پنجم «ق.ج.ش» برداشت می‌کند.^۲

دولتی بودن هر دو نهاد، زمینه را برای الزام تبعیت فراهم می‌کند و تنظیم این رابطه عمودی، حسب اختیارات دولتی، وجاهت قانونی دارد. با این حال، باید دانست که در پارک علم و فناوری، هیئت داورى چندنفره وجود دارد که در خصوص مسائل فنی طرح‌ها از جمله توجیه اقتصادی آن‌ها نظر می‌دهند، ولی شتاب‌دهنده‌های دولتی، مستقل از نظر این هیئت عمل می‌کنند. این وضعیت به روزه سوء استفاده از منابع دولتی بدل شده است که به عنوان بودجه به این شتاب‌دهنده‌ها اختصاص می‌یابد. بنا به گزارش پارک علم و فناوری در استان‌های اصفهان، کرمان و کردستان (سال ۱۳۹۷)، بیش‌تر شرکت‌های دانش‌بنیان گزینش شده توسط شتاب‌دهنده‌ها توجیه اقتصادی نداشته‌اند.^۳

۱. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۵۴.

۲. موسی‌زاده، پیشین، ص ۶۵.

۳. طباطبایی مؤتمنی، پیشین، ص ۱۵۴.

از این گزارش می‌توان چنین استنباط کرد که با وجود لزوم تبعیت شتاب‌دهنده‌های دولتی از مرکز پارک علم و فناوری، این مراکز از نظر هیئت دآوری در خصوص توجیه اقتصادی طرح‌ها تبعیت نکرده‌اند و به صلاح‌دید مدیران سازمان در این خصوص تصمیم می‌گیرند. در نتیجه، شرکت‌های بدون توجیه اقتصادی برای شتاب‌دهی انتخاب می‌شود که در نهایت، به حیف و میل منابع دولتی می‌انجامد. اگر شتاب‌دهنده‌ها به تبعیت از نظر هیئت دآوری مستقر در پارک علم و فناوری ملزم باشند و با توجه به تبعیت از پارک، نظر کارشناسان آن را برای انتخاب شرکت صحیح بدانند، می‌توان به هدایت صحیح منابع دولتی که در اختیار مراکز است، امید داشت.

استانداردسازی اساس‌نامه این شرکت‌ها نیز با توجه به دولتی بودن به سادگی امکان‌پذیر است. مثلاً وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی از اختیار خود برای استانداردسازی اساس‌نامه شرکت‌های تعاونی بهره برده است. وزارت علوم، تحقیقات و فناوری نیز می‌تواند اساس‌نامه نمونه شرکت‌های شتاب‌دهنده را تنظیم کند که به موجب آن، تبعیت از نظر هیئت دآوری پارک علم و فناوری برای شرکت‌ها الزامی شود. مزیت دیگر استانداردسازی اساس‌نامه این شرکت‌ها، یک‌پارچه شدن مقررات اداری متنوع و گاه متعارض شرکت‌های دارای فعالیت مشابه است.

در خصوص شرکت‌های شتاب‌دهنده خصوصی که به تعداد انگشت‌شمار فعالیت دارند، باید گفت که الزام آن‌ها به تبعیت از پارک علم و فناوری ممکن نیست. بر اساس اصل آزادی اراده‌ها، شتاب‌دهنده‌های خصوصی با مبتکران، قرارداد منعقد می‌کنند تا به بازدهی بالای طرح منتهی شود. بنابراین، از نظر اداری نمی‌توان تبعیت کامل از پارک علم و فناوری را بر آن‌ها الزامی کرد و مرکز پارک علم و فناوری تنها ناظر است.

به نظر می‌رسد سرمایه‌های این شرکت‌ها، صحیح‌تر هدایت شده و با توجه به منفعت مالی صاحبان این شرکت‌ها، به نحوی عادلانه‌تر در خصوص بازدهی طرح‌ها اظهار نظر شده است.^۱ البته صاحبان حقیقی این شرکت‌ها از برخی طرح‌های تأیید نشده بعدها به نحوی دیگر استفاده می‌کنند که برخلاف مفاد «ق.ج» است.^۲ به موجب مفاد این منبع حقوقی، استفاده بدون رضایت از طرح‌هایی که حتی به ثبت نرسیده‌اند، ممنوع است. پارک علم و فناوری که تنها اختیار اداری نظارت بر مراکز شتاب‌دهی خصوصی را دارد، می‌تواند ضمن ثبت اولیه طرح‌ها، در صورت رد توجیه اقتصادی‌شان، آن‌ها را بایگانی کند تا اگر بعدها از آن‌ها استفاده شد، بتواند گزارش‌های لازم را به مقامات قضایی ارائه دهد. به این ترتیب، با اختیار اداری پارک، ادله اثبات دعوای مدنی به نظام قضایی ارائه می‌شود و از حقوق مبتکران صیانت خواهد شد.

۱. موسی‌زاده، پیشین، ص ۶۵.

۲. طیبی ابوالحسنی و زین‌الدینی، پیشین، ص ۵۴۲.

بند سوم. شراکت انعطاف‌ناپذیر

مطابق بخش‌نامه وزارت علوم، تحقیقات و فناوری که در سال ۱۳۸۹ و در جریان تأسیس شرکت‌های شتاب‌دهنده دولتی تدوین و ابلاغ شد، شرکت‌های شتاب‌دهنده با اعطای ۲۰ میلیون تومان به صاحبان طرح، بدون مشارکت در مالکیت معنوی، ۳۰ درصد از سهام شرکت دانش‌بنیان در حال تأسیس را صاحب می‌شوند.^۱ با تورم‌های چندساله اخیر، مطابق آخرین بخش‌نامه وزارت علوم، تحقیقات و فناوری در سال ۱۳۹۹، مبلغ مشارکت به ۲۰۰ میلیون تومان افزایش یافت. شرکت‌های خصوصی، صورتی دیگر از شراکت را پیشنهاد کرده‌اند که انعطاف‌پذیری بهتری دارد. برای نمونه، در سال ۱۳۹۶، شتاب‌دهنده خصوصی تیک، با پرداخت مبلغ حداکثر ۳۰ میلیون تومان، صاحب حداکثر ۲۰ درصد سهام شد.^۲ ذکر عنوان «حداکثر»، نشان‌دهنده توافق اولیه و اثر نظر کارشناسی بر طرح نوآورانه است. به صورت منطقی، بازدهی تمامی طرح‌ها یکسان نیست. پس نحوه مشارکت در آن‌ها نیز متفاوت است. بنابراین، ذکر میزان ثابت سرمایه‌گذاری در قبال سهم ثابت شراکت ممکن نیست. شتاب‌دهنده‌های دولتی که ملزمند از بخش‌نامه‌های دولتی تبعیت کنند، نمی‌توانند این قاعده را برهم زنند. پس جذابیت شتاب‌دهنده‌ها برای حضور در شرکت‌های دانش‌بنیان به حداقل خواهد رسید. درست است که شرکت‌های خصوصی رویه منعطف‌تری را در پیش گرفته‌اند، اما باز هم نیاز است که حسب وضعیت روز، این قواعد تعدیل یابند. برای مثال، می‌توان ذکر کرد که قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) ضمن رسمیت‌بخشی به دیه و بیان مطالب ماهوی در این خصوص، مبلغ دیه را تابع اعلام نظر سالانه قوه قضاییه دانسته است. قوه قضاییه حسب شرایط اقتصادی، در ابتدای سال، میزان دیه را اعلام می‌کند. ضمن الگوبرداری مشابه از رویه قوه قضاییه، بهتر است در خصوص شراکت ریسک‌پذیر، مبلغ و میزان سهم شراکت در ابتدای سال اعلام شود تا جذابیت لازم را برای همکاری شرکت‌های دانش‌بنیان داشته باشد.

بند چهارم. محسوب شدن به عنوان شرکت دانش‌بنیان

بر اساس بخش‌نامه وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، شرکت‌های شتاب‌دهنده دولتی تحت تبعیت مراکز علم و فناوری هستند، در حالی که شتاب‌دهنده‌های خصوصی تنها

۱. همان، ص ۱۴۲.

۲. بابایی فارسانی، میثم، صادق حسینی مقدم و فرهاد فرهادی، «تعامل فرهنگ یادگیری سازمانی با ظرفیت جذب، نوآوری باز و رهبری توان‌مندساز در شرکت‌های دانش‌بنیان: تحلیل یک مدل میانجی تعدیل‌شده»، فصل‌نامه مدیریت دانش سازمانی، دوره چهارم، ۱۴۰۰، ص ۲۰۰.

تحت نظارت این مرکز قرار دارند. بنابراین، رابطه عمودی بین مرکز و شرکت‌های شتاب‌دهنده برقرار است. شرکت‌های شتاب‌دهنده به صورت رسمی و اداری، تسریع‌کننده تأسیس و ثمردهی شرکت‌های دانش‌بنیان هستند، اما در عمل، به این دلایل، نوعی شرکت دانش‌بنیان محسوب می‌شوند:

۱. استفاده داریم از تمامی امکانات فیزیکی شرکت‌های دانش‌بنیان در محل پارک علم و فناوری؛
 ۲. استفاده از تسهیلات مالی مانند شرکت‌های دانش‌بنیان؛
 ۳. مخاطب قرار گرفتن اداری مانند دیگر شرکت‌های دانش‌بنیان؛
 ۴. وضع قراردادهای مابین با مرکز پارک علم و فناوری مانند دیگر شرکت‌های دانش‌بنیان.
- گویا شرکت‌های شتاب‌دهنده از تمامی امکانات شرکت‌های دانش‌بنیان استفاده می‌کنند و به دلایلی که پیش‌تر بیان شد، انتظارات لازم در این خصوص را برآورده نمی‌سازند. این در حالی است که از نظر رسمی و اداری نیز شرکت‌های شتاب‌دهنده به عنوان شرکت دانش‌بنیان خوانده نمی‌شوند. چند انتقاد در این باره وارد است: شرکت‌های شتاب‌دهنده دولتی تمامی مشکلات گفته‌شده در مورد مدیریت دولتی را دارند. افزون بر آن، موجب هدررفت بخشی از منابع مالی می‌شوند که به شرکت‌های دانش‌بنیان اختصاص یافته است. همچنین بازدهی مورد انتظار را ندارند.
- شرکت‌های خصوصی نیز از تمامی مزایای شرکت‌های دانش‌بنیان بهره می‌برند. این شرکت‌ها با سرمایه‌های کلان توسط شرکت‌های بزرگ تأسیس شده‌اند، ولی رسماً به آن نیازی ندارند. این مورد مهم موجب شده است که تنها از نام اداری حضور در مرکز پارک علم و فناوری بهره ببرند.
- مشکل مشابه، پیش‌تر در کشور ترکیه مطرح بود. در این کشور، شتاب‌دهنده‌ها به صورت عمودی، زیرمجموعه مراکز حمایتی طرح‌های نوین قرار داشتند. صاحب‌نظران این کشور چنین پیشنهاد داده بودند که از نظر اداری، رابطه بین شتاب‌دهنده‌ها و مراکز حمایتی باید افقی باشد و نه عمودی. بنابراین، از سال ۲۰۰۵ به بعد، تمامی شرکت‌های دولتی و خصوصی شتاب‌دهنده، طرف مقابل مراکز حمایتی قرار گرفتند و در صورت استفاده از امکانات سازمان، هزینه آزاد آن پرداخت شد. در ضمن، اولویت اعطای تمامی امکانات حمایتی به شرکت‌های دانش‌بنیان تعلق گرفت. در نتیجه، آمار شرکت‌های تحت حمایت که به بازدهی رسیدند، روزبه‌روز رشد بهتری داشت و تا سال ۲۰۱۲ به بیش از ۳۰۰ درصد رسید که اکثریت آن‌ها با حمایت شرکت‌های شتاب‌دهنده دولتی به بازدهی رسیدند.^۱

1-Zhang, J., Gu, Z., Jang, J., Wu, H., Stoecklin, M. P., Huang, H., & Molloy, I., "Protecting intellectual property of deep neural networks with watermarking", In Proceedings of the 2018 on Asia Conference on Computer and Communications Security 2018 , P.160

بنابراین، می‌توان از الگوی کشور ترکیه بهره گرفت و شرکت‌های شتاب‌دهنده را «همکار» و نه «تابع» پارک علم و فناوری دانست. اولویت واگذاری امکانات مراکز پارک علم و فناوری باید به شرکت‌های دانش‌بنیان باشد و در صورت اعطای برخی امکانات مانند دفتر کار به شرکت‌های شتاب‌دهنده، هزینه آزاد آن محاسبه شود. به این صورت، منابع اختصاص یافته دولت به صورت مستقیم برای شرکت‌های دانش‌بنیان هزینه می‌شود. افزون بر آن، چون شرکت‌های شتاب‌دهنده، امتیازات خاص ندارند، زمینه برای همکاری بهتر آن‌ها فراهم می‌شود.

گفتار سوم. ناهماهنگی‌های اداری

در گفتار پیشین، چالش‌های اداری شتاب‌دهنده‌ها بررسی شد که بر جریان حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان مؤثر است. در این گفتار، خارج از مباحث شتاب‌دهنده‌ها، ناهماهنگی‌های اداری حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان بررسی شده که یا به دلیل زیرساخت اجرای قانون مرتبط بوده است یا به خنثی شدن اثر حمایت انجام شده یک سازمان توسط سازمانی دیگر اشاره دارد. هیئت دولت به عنوان بالاترین رکن اجرایی هر کشور، از اختیارات لازم برای رفع ناهماهنگی‌های اداری بهره‌مند است.

بند اول. نبود ضمانت خرید محصول / خدمات

در «ق.ج.ش» و «آ.آ.ق» که اصلی‌ترین منابع حقوقی در خصوص حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان هستند، به خرید تضمینی محصولات/خدمات شرکت‌های دانش‌بنیان هیچ اشاره‌ای نشده است که نوعی ضعف در حمایت‌های دولتی محسوب می‌شود. البته بخش‌نامه‌های پراکنده در این خصوص وجود دارد، اما متأسفانه هیچ اداره و سازمان دولتی به خرید محصول/خدمات شرکت‌های دانش‌بنیان ملزم نیست.

اولاً این موضوع در «ق.ج.ش» نیامده که اصلی‌ترین منبع حقوق موضوعه در خصوص حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان است. ثانیاً در آیین‌نامه اجرایی آن نیز چنین تضمینی وجود ندارد. بخش‌نامه‌های پراکنده که جای بحث چندانی در این پژوهش ندارد، به اداره‌های دولتی چندان الزامی نکرده است. البته چنین الزامی برای شرکت‌های خصوصی و جاهت قانونی ندارد. با این حال، دولت می‌تواند حسب اختیارات اجرایی - اداری خود، نهادهای دولتی را به خرید محصول/خدمات از شرکت‌های دانش‌بنیان داخلی ملزم کند. در همین راستا، دانشگاه کرمان با وجود تولیدات پنل‌های خورشیدی در شهرستان یزد، چند

۱. کریمی فرد، حسن و مهدی نژادخلیلی، «آسیب‌شناسی وظایف و عملکرد شوراهای اسلامی شهر در ایران: با

بهره‌گیری از نظرات اعضای شورا و کارشناسان» (گزارش پژوهشی)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی،

۱۳۹۶، ص ۶۱.

صد دستگاه پنل خورشیدی وارد کرده است که انتظار می‌رفت این محصول را با هزینه حداقلی از شرکت دانش‌بنیان مستقر در یزد بخرد.^۱ در کشور ژاپن به موجب دستور نخست‌وزیر، از سال ۱۹۸۰، اولویت خرید محصول/خدمات با شرکت‌های داخلی دانش‌بنیان است. در کشور کره جنوبی نیز به شرط تأیید کیفیت محصولات دانش‌بنیان، اولویت خرید با شرکت‌های داخلی است. در آلمان و فرانسه هم چنین الزامات اداری وجود دارد.^۲ به طور طبیعی، رئیس دولت به عنوان بالاترین رکن اجرایی هر کشور، اختیار الزام اداری به نهادهای دولتی را دارد. گفتنی است که فرمان‌های دولتی بر خلاف قوانین موضوعه توسط رئیس بعدی قابل لغو است، ولی این دستورهای دارای اثر مطلوب مرتباً تمدید شده است.^۳ نتیجه بحث این که در ایران، هیچ قانون و مقرراتی، اداره‌ها و شرکت‌های دولتی را به خرید محصول/خدمات از شرکت‌های دانش‌بنیان ملزم نمی‌کند که در این خصوص باید دستورهای اجرایی مقتضی صادر شود.

بند دوم. ناهماهنگی در منع واردات

انتظار می‌رود که با توسعه محصولات/خدمات دانش‌بنیان، واردات محصولات مشابه متوقف یا حداقل سازی شود. مانند مشکل پیشین، منبع حقوقی خاصی در این خصوص وجود ندارد، اما هیئت دولت در تاریخ ۱۳۹۳/۱۰/۰۳ با صدور مصوبه‌ای، وزارت‌خانه‌های علوم، تحقیقات و فناوری و اقتصاد را موظف کرد که آیین‌نامه اجرایی موقعیت محصول/شرکت‌های دانش‌بنیان را تهیه و تنظیم کند تا به موجب آن، در صورت تضمین رفع نیاز داخلی توسط این محصول/خدمات، از واردات آن جلوگیری شود.^۴

آیین‌نامه یادشده در پایان سال ۱۳۹۴ تهیه، تنظیم و اجرا شد. به موجب مواد ۵ تا ۱۰ این آیین‌نامه، پارک‌های علم و فناوری استان، موظف به اعلام نظر کیفی در خصوص محصولات دانش‌بنیان است. پس از اعلام ارزش اقتصادی توسط کارشناسان وزارت اقتصاد، به

۱. بابایی فارسانی، حسنی مقدم و فرهادی، پیشین، ص ۲۱۰.

2-Janke, T., True Tracks: Indigenous cultural and intellectual property principles for putting self-determined nation into practice, 2019, p. 125

3-Guo, M., Intellectual Property Strategy and Ecosystem Evolution (Doctoral dissertation, University of Cambridge), 2021, p. 75

۴. معصومی، عاطفه و عمار فیضی، «مدل‌های فرهنگ سازمانی و شرکت‌های دانش‌بنیان»، فصل‌نامه علمی - تخصصی رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، دوره پنجم، ۱۴۰۰، ص ۷۰.

میزان تأمین نیاز داخلی، از واردات محصول / خدمات جلوگیری می‌شود و گمرک جمهوری اسلامی ایران، موظف به رعایت این مهم است. در عمل، گمرک جمهوری اسلامی ایران با اظهارنامه‌ای به شکل مانیفیست و ثبت الکترونیکی آن، امور اداری گمرکی را انجام می‌دهد. به موجب مقررات اداری گمرک جمهوری اسلامی ایران که از قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲) ریشه گرفته است، به محض تسلیم مانیفیست، بسته‌بندی باز نخواهد شد. در مواردی که کالا توسط ملوانان و با کشتی‌های تجاری با ظرفیت کم‌تر از ۵۰۰ تن به کشور وارد می‌شود، با تغییر در مانیفیست، تنها چند قلم کالا به گمرک اظهار می‌گردد، در صورتی که در داخل بسته، کالای بسیاری وجود دارد.

واردات کالا به این روش، تابع مقررات خاص دیگری به نام آیین‌نامه ورود کالا توسط ملوانان شناورهای دریایی سنتی با ظرفیت کم‌تر از ۵۰۰ تن (لنج تجاری) و سامان‌دهی و نوسازی آن شناورها (مصوب ۱۳۹۷) است. در عمل، به دلیل نبود مرجع تأیید اصالت مانیفیست، واردات کالا به این طریق به روزه‌ای برای واردات بی‌رویه بدل شده است که آیین‌نامه مشترک وزارتخانه‌های اقتصاد و علوم، تحقیقات و فناوری را نادیده می‌گیرد.^۱ در واقع، به طریق قانونی، کالای قاچاق به کشور وارد می‌شود. چون گمرک، نهادی تحت تبعیت از وزارت امور اقتصادی است، این وزارتخانه می‌تواند با تنظیم مقرراتی، مرجع اصالت مانیفیست را تعیین کند تا بتواند مقدار دقیق کالای واردشده توسط ملوانان را به کشور شناسایی کند و مانع از واردات بی‌رویه شود.

بند سوم. ناتوانی در تعیین میزان ریسک

در فصل دوم آیین‌نامه اجرایی پارک علم و فناوری (مصوب ۱۳۹۵) به تشکیل هیئت سه نفره برای تعیین میزان ریسک فعالیت اقتصادی اشاره شده است. در عمل، داوران فنی که حسب تجربه از وضعیت بازار اطلاع دارند، میزان ریسک اقتصادی طرح را تعیین کرده‌اند که گاهی اشتباه است.^۲ آیین‌نامه پارک علم و فناوری، مشخصات خاصی برای داوران تعیین نکرده است و در حال حاضر، حسب عرف اداری، داوران فنی، وضعیت اقتصادی را مشخص

۱. عربی، افسانه، محمودرضا چراغ‌علی، محمدشریف شریف‌زاده و محمدباقر گرگی، «شناسایی و ارزیابی شاخص‌های تجاری‌سازی دانش با رویکرد بین‌الملل در شرکت‌های دانش‌بنیان شهر تهران»، مدیریت کسب و کار، دوره سیزدهم، ۱۴۰۰، ص ۴۴۰.

۲. سپهوند، رضا، صابر تقی‌پور و معصومه مؤمنی‌مفرد، «انحصارگرایی تخصصی و انحرافات محیط کاری: تحلیل نقش میانجی پنهان‌سازی دانش با تأکید بر نقش تعدیل‌گر انگیزه کار تیمی»، فرآیند مدیریت و توسعه، دوره دوم، ۱۴۰۰، ص ۱۶۰.

می‌کنند. این داوران تنها در مورد مسائل فنی تخصص دارند که بیش‌تر در اعلام نظر به سامانه مالکیت معنوی در خصوص نوآورانه بودن طرح کارآیی دارد. با این حال، اظهار نظر این داوران در خصوص اقسام طرح‌ها مشهود است. این در حالی است که سنجش ریسک اقتصادی حسب هر صنعت متفاوت است.

بنابراین، در سکوت آیین‌نامه (مصوب ۱۳۹۵) و عرف شکل گرفته در پارک علم و فناوری، برآورد دقیقی از آینده اقتصادی طرح صورت نخواهد گرفت. به این ترتیب، جای کارشناس اقتصادی خالی است و باید با اصلاح آیین‌نامه یادشده یا صدور بخش‌نامه‌ای جدید، به حضور کارشناس اقتصادی در هیئت داوری تعیین وضعیت اقتصادی رسمیت بخشند تا برآورد اقتصادی از طرح‌های ارائه‌شده، دقیق‌تر صورت پذیرد. با توجه به اختیاراتی که «آپ» در خصوص تعیین هیئت داوری به مرکز اختصاص داده است، تنها با تصمیم مدیران سازمان می‌توان این مشکل اداری را برطرف کرد.

بند چهارم. سامانه مؤدیان مالیاتی

به موجب بند اول ماده سوم «ق.ج.ش»، معافیت از پرداخت مالیات، عوارض، حقوق گمرکی، سود بازرگانی و عوارض صادراتی به مدت پانزده سال از حمایت‌های دولتی نسبت به شرکت‌های دانش‌بنیان محسوب می‌شود. از طرف دیگر، فصل ششم «آ.ا.ق» تحت عنوان معافیت‌های مالیاتی و گمرکی که مواد ۱۹ تا ۲۲ را شامل می‌شود، به معافیت مالیاتی شرکت‌های دانش‌بنیان اشاره دارد. این منابع حقوقی به اداره امور مالیاتی ابلاغ شده و این سازمان موظف به رعایت این مهم است.

از سال ۱۳۹۷ و در جریان تحول در نظام الکترونیکی مالیاتی، طبقه‌بندی مشاغل حسب استانداردهای «آیسیک ۵»^۱ و «این تاکد»^۲ انجام شد. ظاهراً این استانداردها بر اساس متداول‌ترین رتبه‌بندی مشاغل در سطح دنیا انجام شده است که نقاط قوت و ضعف فراوانی دارد.^۳ بحث در خصوص این رویه رتبه‌بندی، خارج از پژوهش کنونی است، اما به

۱. کد «آیسیک»، مخفف International Standard Industrial Classification یعنی سیستم بین‌المللی طبقه‌بندی استاندارد صنایع است. کدگذاری به عنوان روش ساده و دقیق برای تعیین هویت کالا، قطعات، مدارک و اموال، سال‌هاست که در سطر شرکت‌ها و زنجیره‌های تأمین به کار می‌رود.

۲. این تاکد مالیاتی به منظور افزایش دقت و تمرکز بالا در طبقه‌بندی انواع فعالیت شغلی صورت می‌گیرد. مدیران تمامی مشاغل اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی موظف هستند پس از راه‌اندازی شغل خود، بلافاصله کد مالیاتی را بگیرند که منحصر به شغل خودشان است. اگر بدون داشتن کد مالیاتی، معامله‌ای صورت بگیرد، جرم محسوب و شرکت جریمه می‌شود.

۳. سپهوند، تقی‌پور و مؤمنی‌مفرد، پیشین، ص ۱۶۰.

ذکر این نکته اکتفا می‌شود که در این رویه، جایگاه شرکت‌های دانش‌بنیان مشخص نیست. بنابراین، شرکت‌های دانش‌بنیان هنگام ارائه اطلاعات به سازمان امور مالیاتی که به صورت الکترونیکی انجام می‌شود، مجبور به انتخاب فعالیت خود حسب دو استاندارد یادشده هستند که جایگاهی برای شرکت‌های دانش‌بنیان ندارد.^۱

به این ترتیب، سازمان امور مالیاتی خواه ناخواه، شرکت‌ها را به اقسام «دانش‌بنیان» و «غیر دانش‌بنیان» تفکیک نکرده است و محاسبه مالیاتی شرکت‌های دانش‌بنیان مانند شرکت‌های عادی انجام خواهد شد. چون «ق.ح.ش» و «آ.ا.ق» از منابع حقوقی لازم‌الاجرا هستند، سازمان امور مالیاتی، موظف به اصلاح استاندارد رتبه‌بندی مشاغل هستند تا با شناسایی شرکت‌های دانش‌بنیان، معافیت مالیاتی آن‌ها را اعمال کند. بنابراین، رویه اداری در پیش‌گرفته شده در سازمان امور مالیاتی با الزامات دو منبع حقوقی یادشده تفاوت دارد و باید آن را اصلاح کرد.

گفتار چهارم. مشکلات مربوط به مالکیت معنوی

مهم‌ترین جنبه حقوقی حمایت از آثار بدیع، اعطای سند مالکیت معنوی به مالک طرح و حمایت از فعالیت انحصاری آن به مدت مشخص است. شرکت‌های دانش‌بنیان عمده‌تر پایه مالکیت معنوی طرح‌های بدیع استوار است و در صورت اجرای صحیح قانون مربوط می‌توان به حمایت واقعی از این شرکت‌ها اطمینان داشت. البته «ق.ح» به نظر به‌روز نبوده و نیازمند اصلاحاتی در این خصوص است. با وجود ابهام‌های قانون یادشده، مشکلات اداری بر سر اجرای آن وجود دارد که به آن اشاره می‌کنیم.

بند اول. رویه مرکز مالکیت معنوی

به موجب مفاد «ق.ح» در مورد اختراعات، با وجود اشعار قانونی و برخی تناقض‌ها در مورد نحوه محاسبه مبدأ زمان حمایت، در عمل، بیست سال حق انحصاری تولید محصول از زمان تسلیم اظهارنامه به مخترع داده شده است. این مدت زمان برای آثار تألیفی تا ۵۰ سال پس از فوت پدیدآورنده است. در صورت تأمین منابع مالی و دیگر حمایت‌ها، این حق می‌تواند به ایجاد کسب و کار تولیدی پرسود بدل شود.

هم اکنون شرکت‌های دانش‌بنیان زیادی در کشور مشغول به کار هستند که افراد خلاق، حاصل طرح‌های بدیع خود را ابتدا در قالب اختراع در سامانه ثبت مالکیت گزارش

۱. سعدآبادی، علی‌اصغر، فهیمه آزموده و کیارش فرناش، «اقدام‌پژوهی رویداد استارت‌آپی (شتاب) خاتون: بررسی نقش‌های

دوگانه خانوادگی و اجتماعی زنان»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۱۰.

می‌دهند و پس از بررسی‌های کارشناسانه، سند مالکیت معنوی (گواهی‌نامه ثبت اختراع، گواهی ثبت طرح بدیع و هر سندی که توسط مرکز مالکیت معنوی برای خالق اثر بدیع صادر می‌شود) برای این افراد صادر می‌شود. سپس با حمایت‌های دولتی/بخش خصوصی، کسب و کار مرتبط را راه‌اندازی می‌کند که در صورت توجیه مالی، درآمد مناسبی نصیب صاحب اختراع می‌گردد. در آثار سفارشی یا مواردی که مستخدمان به دستور کارفرما، اثری بدیع می‌آفرینند، کارفرما یا سفارش‌دهنده، صاحب طرح محسوب می‌شود.^۱

در صورت ثبت کامل یا ناقص طرح نوآورانه (اختراع یا هر طرح بدیع به استثنای تألیفات و نتایج تحقیقات علمی) در سامانه مالکیت معنوی قوه قضاییه می‌توان به مبدأ زمانی ثبت برخط طرح استناد جست و کپی‌برداری و سرقت از طرح بدیع را پی‌گیری کرد.^۲ در واقع، زمان ثبت در سامانه مالکیت معنوی، خود، دلیلی برای اثبات مالکیت اموال فکر محسوب می‌شود. همان‌طور که ذکر شد، آثار هنری، تألیفات، ترجمه و تحقیقات علمی، مشمول ثبت در سامانه مالکیت معنوی نیست، اما حقوق مالکیت فکری شامل آن‌ها نیز می‌شود. اگر بتوان اثبات کرد که نوشته‌های پیش از چاپ نیز متعلق به مؤلف است، کپی‌برداران آن به مجازات محکوم خواهند شد.

«ق.ج» را تقریباً می‌توان تنها منبع حقوق موضوعه در خصوص حمایت دولتی از مالکیت معنوی دانست. مرکز مالکیت معنوی قوه قضاییه نیز در چارچوب این قانون، مقررات اداری خود را تنظیم کرده است که ضمن همکاری با مراکز پارک علم و فناوری، برای طرح‌های بدیع، سند صادر می‌کند. مدت زمان حمایتی که در سند ذکر شده، بسته به طرح‌های مختلف متفاوت است که نشان‌دهنده رویه اداری مبهم مرکز مالکیت معنوی است. برای مثال، مدت حمایت از طرح کسب و کار اسنپ^۳ به عنوان طرحی بدیع، ده سال؛ برخی اختراعات کوچک مثل طرح فرمان تاشو، بیست سال؛ طرح‌های توسعه‌ای، بیست سال و اختراعات صنعتی، سی سال است که این آمار با بررسی چندین سند مالکیت معنوی به دست آمده است.^۴ اکنون این سؤال مطرح است که مبنای حقوقی از تصویب چنین مدت حمایتی چیست؟

۱. پیلوار، رحیم، **فلسفه حق مالکیت**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۴۳۲.

۲. در تفسیر موسّع از «ق.ج» و بررسی چند پرونده حقوقی، در صورت اثبات وجود طرح بدیع و ثبت نشدن آن، کپی‌بردار به مجازات مندرج در «ق.ج» محکوم می‌شود.

3-Snapp.

۴. کشاورز، بهمن، **سرقفلی و حق کسب یا پیشه در تجارت**، تهران: مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ

اول، ۱۳۹۴، ص ۵۴.

به نظر می‌رسد «ق.ج» به صورت مبهم در این خصوص صحبت کرده و جزئیات آن به وضع مقررات اداری مرکز مالکیت معنوی سپرده شده است. در «ق.ج» از مدت حمایت سی ساله صحبت شده است که به نظر می‌رسد مدت‌های غیر از سی سال، مبنای قانونی ندارد. از طرف دیگر، با توجه به این که مرکز مالکیت معنوی، زیرمجموعه قوه قضاییه است، در تفسیر مسائل حقوقی اهلیت دارد. در این میان، احتمال دارد که تعیین مدت زمان‌های متفاوت در سکوت قانون و از اختیارات اداری مرکز سرچشمه گرفته باشد. درج مدت زمان کوتاه حمایت نیز می‌تواند کاهش حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان تلقی شود. بنابراین، نیاز است که اولاً مدت حمایت، مبنای حقوقی تری بیابد و در سکوت قانون، مقررات اداری این موضوع مهم در مشورت با اهل خبره تعیین شود تا به سبب مدت حمایت اندک، انگیزه شرکت‌های دانش‌بنیان در ادامه فعالیت کاهش نیابد. همچنین با تدوین مقررات اداری دقیق‌تر باید تعیین مدت زمان حمایت صراحت یابد. البته اگر قوه مقننه ضمن اصلاح «ق.ج» به این مدت زمان، رسمیت بهتری می‌بخشد، اجرای آن با سهولت بهتر ممکن بود و مرکز مالکیت معنوی نمی‌تواند مقررات اداری خلاف آن تنظیم کند.

بند دوم. کارگروه رسیدگی به شکایات

بیان شد که گاهی شتاب‌دهنده‌های خصوصی پس از اعلام بازدهی نداشتن طرح، بعدها از آن استفاده می‌کنند. با توجه به رویه شتاب‌دهنده خصوصی که تنها طرح‌های پیش از ثبت را می‌پذیرد، استفاده از این طرح‌ها بعدها ممکن است. هر چند جرم‌انگاری استفاده از طرح‌های ثبت‌ناشده حسب تفسیر موسّع از «ق.ج» امکان دارد، به دلیل صراحت نداشتن قانون‌گذار در این خصوص، رسیدگی به شکایات این حوزه بسیار زمان‌بر است. در این مواقع، با همکاری پارک علم و فناوری و قوه قضاییه، هیئت داوری که پیش‌تر توضیح داده شد، نظر کارشناسی را بیان و شعبه حقوقی دادگستری بر اساس آن رأی صادر می‌کند.^۱ گفتنی است کیفیت اظهار نظر هیئت داوری در بیش‌تر موارد، مورد قبول طرفین نیست. هیئت یادشده بیش‌تر در خصوص جنبه‌های نوآوری طرح تخصص دارد و تغییرات اندک در طرح، به سهولت می‌تواند در هیئت داوری پذیرفته شود. از طرف دیگر، در صورت ثبت نشدن طرح در سامانه مالکیت معنوی باید به دست‌نوشته‌هایی اکتفا کرد که تنها در خود شتاب‌دهنده ثبت شده و بنابراین، ادله اثبات دعوا کاملاً از بین رفته است. بنابراین، حقوق پدیدآورنده به سهولت از بین می‌رود.

۱. خدمت‌گزار، محسن، *فلسفه مالکیت فکری*، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۱، ص ۷۵.

برای رفع این مشکل، راهکارهایی پیشنهاد می‌شود:

۱. وزارت دادگستری باید رشته کارشناسی مرتبط با مالکیت معنوی را تربیت کند و صلاحیت اظهار نظر هیئت داوری فنی را در خصوص کپی‌برداری باید سلب کرد.
 ۲. مرکز پارک علم و فناوری باید طرح‌ها را پیش از اعلام به شتاب‌دهنده‌های خصوصی ثبت کند تا در صورت کپی‌برداری به عنوان ادله اثبات دعوا قرار گیرد.
 ۳. پارک علم و فناوری باید علاوه بر مجازات‌های قضایی، تنبیه اداری نیز برای شتاب‌دهنده‌های متخلف در این حوزه در نظر بگیرد.
- در وضعیت کنونی که شتاب‌دهنده‌های خصوصی با سرمایه کلان می‌توانند به راحتی از طرح‌های ارائه‌شده کپی‌برداری کنند، انگیزه مخترعان و پدیدآورندگان طرح‌های بدیع برای نوآوری کاهش یافته است که این مورد هرگز مطلوب نیست.

بند سوم. رهن‌گذاری اسناد

در اصطلاح حقوقی، توقیف به معنای بازداشت کردن یک وسیله است. توقیف اموال به معنای بازداشت وسیله توسط قوای دولتی خوانده می‌شود. در اصطلاح حقوقی، توقیف به محکوم علیه خوانده می‌شود. منظور از محکوم علیه، کسی است که حکم به زیان وی صادر شده است. در واقع، توقیف اموال از نظر حقوقی به بازداشت دارایی شخصی اطلاق شده که حکم به زیان وی صادر گردیده است. بحث در مورد قابل توقیف بودن اموال فکری بسیار گسترده است. قانون‌گذار تنها در تبصره ماده ۶۵ «ق.ا.ح» به منع توقیف آثار تألیفی و ترجمه پیش از انتشار تصریح کرده است.

میزان مالیت اموال فکری مبهم است و طلبکاران، خواهان اموالی هستند که قابلیت نقدشوندگی بهتری داشته باشند. در خصوص توقیف اموال معنوی نمی‌توان ماده قانونی نافی آن یافت. بحث در این خصوص، اندکی خارج از پژوهش کنونی است، اما به لحاظ اثر آن بر حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان، مختصری در خصوص توقیف این اموال صحبت شده است. دیوان عالی کشور نیز در این مورد، رأی وحدت رویه صادر نکرده است. با این حال، در بررسی مثال‌های حقوقی، می‌توان رویه قضایی را حتی المقدور، حفظ مالکیت معنوی دانست. در این خصوص به مثال زیر توجه شود:

در شهرستان کرمانشاه، به موجب دادنامه ۱۳۹۰۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۱۲۹ برای مطالبه مهریه، شرکت دانش‌بنیان که مدیرعامل و رئیس هیئت مدیره آن، مخترع همان طرح تولیدی بودند، دادگاه چنین حکم داد که ۴۸ درصد سهام برای دیون مهریه مدیرعامل به همسرش واگذار

شده و به جهت حمایت قانون از مخترعان، اداره این شرکت باید در اختیار دو نفر یادشده باشد که مجموع سهام آن‌ها تا مدت سی سال باید حداقل ۵۱ درصد باقی بماند و یک درصد باقی‌مانده به شریک بی‌طرف تعلق داشت و به جای خود باقی ماند. تنها سهم مدیرعامل از ۵۸ درصد به ۱۱ درصد تقلیل یافت که به کمک ۴۰ درصد سهم رئیس هیئت مدیره، در مقام ۵۱ درصد مخترعان طرح باقی بماند.^۱

از بحث‌های بیان‌شده چنین مشخص شد که حق و حقوق کامل مالکیت فکری قابلیت مصادره ندارد. مثلاً علامت تجاری، قابلیت توقیف و ضمانت‌گذاری ندارد. تنها در صورتی حق مصادره دارد که فعالیت اقتصادی مرتبط با مالکیت فکری به مرحله بازدهی رسیده باشد. حق سی‌ساله مخترع بر اثر فکری، قابلیت توقیف ندارد، اما قابلیت واگذاری دارد. تنها راه حل مصادره اموال فکری، نخست، منافع مالی آن است که مثال‌هایی از آن ذکر شد.

برای نمونه، یک نشان تجاری، اگر به مرحله بازدهی مالی رسیده باشد، بخشی از عواید و درآمد آن قابل مصادره است. میزان دقیق تصرف در این درآمد را قانون مشخص کرده و هزینه‌های زندگی مالک اثر نیز باید تأمین شود. اصل اثر در صورتی که قابلیت فروش بخشی از آن وجود داشته باشد، هم‌چون یک کارخانه و شرکتی که با قوانین دانش‌بنیان تشکیل شده است، باید به گونه‌ای مصادره شود که مدیریت مالک اثر نسبت به آن باقی بماند. مثلاً ۴۹ درصد شرکت به نفع طلبکار مصادره یا به مزایده گذارده می‌شود. به جز مثال‌های بیان‌شده، راه دیگری برای توقیف اموال فکری وجود ندارد.

بنابراین، خط قرمز قانون در ورود به حقوق مالکیت معنوی، حفظ نام آن‌ها و سی سال حق طرفین است. با این‌که مهریه، حق زن محسوب می‌شود، مجاز نبود که به حق مالکیت اصلی طرح وارد شود. عرف حقوقی، تنها اجازه محدود ورود به حق مالکیت معنوی را به گونه‌ای داد که حقوق افراد حفظ و باقی طلب مهریه، از منابع دیگر جبران شود. مثال‌های دیگر در این مورد موجود است که برای پرهیز از اطاله کلام از آن گذشتیم. تنها به ذکر این نکته اکتفا می‌شود که توقیف منافع مادی اموال معنوی به سهولت انجام می‌شود، اما در صورت کافی نبودن منافع مادی، اموال معنوی نیز به سبب دیون قابل مصادره است.

بنابراین، قابلیت رهن‌گذاری اسناد مالکیت معنوی از دیدگاه حقوقی و اداری تقریباً منتفی است. این در حالی است که در کشورهایی هم‌چون انگلستان و ژاپن، رهن‌گذاری سند مالکیت فکری از نظر حقوق اداری پذیرفته شده است و هم‌اکنون جریان دارد.^۲ در ایران که

۱. میرحسینی، سید حسن، **حقوق مالکیت صنعتی (جلد ۳)**، تهران: میزان، ۱۳۹۱، ص ۴۳.

۲. اخگر، بابک و سیمین عباسی، **مدیریت حقوق مالکیت فکری**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۵۴.

شرکت‌های دانش‌بنیان ممکن است سرمایه‌چندانی نداشته باشند و تنها دارایی آن‌ها همان مالکیت معنوی است، رهن‌گذاری آن از قبال دریافت وام و دیگر تسهیلات ناممکن است. این در حالی است که رویه حقوقی در این خصوص مبهم است و در چنین سکوتی، عرف اداری نیز از پذیرش آن معذور است. البته با توجه به تفسیرهای حقوقی که بیان شد، با اختیارات مدیران سازمان‌ها می‌توان چنین موردی را به رسمیت شناخت.

در وضعیتی که قوانین موضوعه در این خصوص صراحت ندارند، تصمیم مدیران سازمان‌ها به پذیرش یا رد سند مالکیت معنوی از قبال رهن، کاملاً صحیح و حقوقی خواهد بود. دولت می‌تواند برای رسمیت‌بخشی اداری به این موضوع مهم پیش‌گام شود و با صدور بخش‌نامه‌ای، اداره‌ها و بانک‌های دولتی را به پذیرش این وثیقه فراخواند. قوه قضاییه نیز حسب مقررات اجرایی می‌تواند دادگستری را به پذیرش این اسناد وادارد. در صورت رسمیت یافتن این اسناد در نظام اداری دولتی می‌توان به رشد اعتبار آن نزد شرکت‌های خصوصی امید داشت که البته این کار مهم با همکاری‌های دولتی تقویت خواهد شد. در این صورت، ضمن اعتباربخشی بیش‌تر به اسناد مالکیت معنوی می‌توان از شرکت‌های دانش‌بنیان بهتر حمایت کرد.

نتیجه‌گیری

جنبه‌های تقنینی سیاست حمایتی از شرکت‌های دانش‌بنیان ضعیف است و اجرای این قوانین با زیرساخت‌های کنونی سازگاری ندارد. در سکوت قانون، ناهماهنگی‌های اداری نیز مشهود است که در مجموع، موجب عقیم ماندن سیاست‌های حمایتی دولت از شرکت‌های دانش‌بنیان شده است. بنابراین، برای حرکت مستقیم این نهادها در مسیر حمایت از شرکت‌های دانش‌بنیان باید انگیزه‌های اساسی و مشروع برای این شرکت‌ها ایجاد شود. چون هماهنگی تمامی بخش‌های اجرایی توسط دولت به عنوان عالی‌ترین نهاد اجرایی صورت می‌پذیرد، باید بین نهادهای مختلف برای اجرای دقیق حمایت‌ها از شرکت‌های دانش‌بنیان هماهنگی ایجاد کرد که تنها با فرمان‌های دولتی امکان‌پذیر است.

بر این اساس، پیشنهادهای این پژوهش به این شرح است:

۱. به قوه مجریه پیشنهاد می‌شود با تعیین متولی تخصصی برای رتبه‌بندی شرکت‌ها، صرف مالکیت در شرکت‌های شتاب‌دهنده را معیار امتیاز پژوهشی قرار ندهد و معیار بازدهی کامل طرح را معیار امتیاز قرار دهد.

۲. به مراکز پارک علم و فناوری پیشنهاد می‌شود طرح‌های پیش‌نویس را در بایگانی الکترونیکی ثبت و ذخیره کند تا در صورت هر گونه سوء استفاده از آن، به عنوان ادله اثبات دعوا قرار گیرد.

۳. به مراکز پارک علم و فناوری پیشنهاد می‌شود برای تعیین آینده اقتصادی طرح‌های بدیع، از کارشناسان اقتصادی بهره ببرند.

۴. به وزارت علوم، تحقیقات و فناوری پیشنهاد می‌شود با اصلاح سازوکار حمایت‌های شرکت‌های شتاب‌دهنده از طرح‌های بدیع، رابطه این شرکت‌ها را با پارک علم و فناوری به صورت افقی و از نوع همکاری قرار دهد، نه از نوع عمودی و تبعی.

۵. به وزارت امور اقتصادی پیشنهاد می‌شود با صدور بخش‌نامه‌ای، معیار اصالت مانیفیست‌های گمرکی را تعیین کند تا روزه واردات غیر مجاز محصولات مشابه دانش‌بنیان از بین برود.

۶. به وزارت امور اقتصادی پیشنهاد می‌شود با صدور بخش‌نامه‌ای، سازمان امور مالیاتی را ملزم کند با اصلاح معیار دسته‌بندی مشاغل، برای شرکت‌های دانش‌بنیان با هدف بهره‌مندی از معافیت‌های مالیاتی، جایگاهی ویژه قرار دهد.

۷. به وزارت دادگستری پیشنهاد می‌شود رسته مالکیت معنوی را بین کارشناسان تربیت کند تا سرقت‌های این حوزه به صورت فنی مشخص شود.

۸. به مسئولان بانک مرکزی پیشنهاد می‌شود با صدور بخش‌نامه‌ای به قابلیت

رهن‌گذاری اسناد مالکیت معنوی رسمیت ببخشند. پیشنهاد مشابه به قوه قضاییه و دیگر ارگان‌های دولتی نیز داده می‌شود.

۹. به مرکز مالکیت معنوی قوه قضاییه پیشنهاد می‌شود در سکوت «ق.ج» و داشتن اختیار اداری در خصوص تعیین مدت زمان حمایت، ضمن مشورت با اهل فن، مدت زمانی منطقی برای حمایت از آثار نوآورانه مختلف تعیین کند.

۱۰. به وزارت علوم، تحقیقات و فناوری پیشنهاد می‌شود هر ساله برحسب میزان تورم، میزان سرمایه‌گذاری و سهم شرکت‌های شتاب‌دهنده در طرح‌های بدیع را مشخص کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اخگر، بابک و سیمین عباسی، **مدیریت حقوق مالکیت فکری**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۲. پیلوار، رحیم، **فلسفه حق مالکیت**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۳. خدمت‌گزار، محسن، **فلسفه مالکیت فکری**، تهران: میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۱.
۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۵. طبیبی ابوالحسنی، سید امیرحسین و زینب زین‌الدینی، **شرکت‌های دانش‌بنیان**، تهران: نورا، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۶. کشاورز، بهمن، **سرقفلی و حق کسب یا پیشه در تجارت**، تهران: مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، چاپ اول، ۱۳۹۴.
۷. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۸. میرحسینی، سید حسن، **حقوق مالکیت صنعتی (جلد ۳)**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. اشراقی، علی‌رضا، سید ایمان میرعمادی و محمد وصال، «**ارزیابی اثر سیاست‌های حمایتی بر گذار شرکت‌های دانش‌بنیان به مرحله رشد**»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره چهاردهم، ۱۴۰۰، صص ۳۷ - ۵۳.
۲. بابایی فارسانی، میثم، صادق حسینی‌مقدم و فرهاد فرهادی، «**تعامل فرهنگ یادگیری سازمانی با ظرفیت جذب، نوآوری باز و رهبری توان‌مندساز در شرکت‌های دانش‌بنیان: تحلیل یک مدل میانجی تعدیل‌شده**»، فصل‌نامه مدیریت دانش سازمانی، دوره چهارم، ۱۴۰۰، صص ۱۹۷ - ۲۲۸.
۳. خیاطیان یزدی، محمدصادق، مهدی الیاسی و سید حبیب‌الله طباطباییان، «**الگوی پایداری شرکت‌های دانش‌بنیان در ایران**»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره دوم، ۱۳۹۵، صص ۴۹ - ۶۲.
۴. رحیمی مقدم، سید حسین، علی‌اکبر گرجی ازندریانی و مرتضی نجابت‌خواه، «**واکاوی و تحلیل تبعات بوروکراسی در نظام آزادسازی اقتصادی ایران**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۱۳۵ - ۱۶۲.

۵. رحیمی، علی و حسین شبیری، «مبانی فقهی و حقوقی مالکیت فکری یا معنوی»، فصل‌نامه پژوهش‌های فقهی و حقوقی، دوره چهارم، ۱۳۹۷، صص ۲۱۱ - ۲۲۰.
۶. رنجبر، احمد، «سیاست و اداره: تمایز و هم‌پوشی»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۱۴۳ - ۱۶۴.
۷. سپهوند، رضا، صابر تقی‌پور و معصومه مؤمنی‌مفرد، «انحصارگرایی تخصصی و انحرافات محیط کاری: تحلیل نقش میانجی پنهان‌سازی دانش با تأکید بر نقش تعدیل‌گر انگیزه کار تیمی»، فرآیند مدیریت و توسعه، دوره دوم، ۱۴۰۰، صص ۱۵۱ - ۱۷۳.
۸. سعدآبادی، علی‌اصغر، فهمیه آزموده و کیارش فرتاش، «اقدام‌پژوهی رویداد استارت‌آپی (شتاب) خاتون: بررسی نقش‌های دوگانه خانوادگی و اجتماعی زنان»، سیاست‌نامه علم و فناوری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۱ - ۱۵.
۹. صادقی، حدیثه و مهسا اکبری، «مزایا و معایب پیوستن ایران به کنوانسیون برن»، ارائه شده در همایش ملی ایران و چالش‌های حقوقی بین‌المللی، مراغه، ۱۳۹۳.
۱۰. عربی، افسانه، محمودرضا چراغ‌علی، محمدشریف شریف‌زاده و محمدباقر گرجی، «شناسایی و ارزیابی شاخص‌های تجاری‌سازی دانش با رویکرد بین‌الملل در شرکت‌های دانش‌بنیان شهر تهران»، مدیریت کسب و کار، دوره سیزدهم، ۱۴۰۰، صص ۴۳۲ - ۴۴۸.
۱۱. قاضی نوری، سید سروش، جهانیار بامداد صوفی و نیلوفر ردایی، «بررسی رفتار و عملکرد شرکت‌های دانش‌بنیان ایرانی با رویکرد تکسونومی»، فصل‌نامه مدیریت توسعه فناوری، دوره چهارم، ۱۳۹۵، صص ۹ - ۳۲.
۱۲. معصومی، عاطفه و عمار فیضی، «مدل‌های فرهنگ سازمانی و شرکت‌های دانش‌بنیان»، فصل‌نامه علمی - تخصصی رویکردهای پژوهشی نوین در مدیریت و حسابداری، دوره پنجم، ۱۴۰۰، صص ۶۴ - ۸۵.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری‌سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۹۱.
۲. آیین‌نامه تأسیس و راه‌اندازی پارک‌های علم و فناوری، مصوب ۱۳۹۵.
۳. آیین‌نامه ورود کالا توسط ملوانان شناورهای دریایی سنتی با ظرفیت کم‌تر از (۵۰۰) تن (لنج تجاری) و سامان‌دهی و نوسازی آن شناورها، مصوب ۱۳۹۷.
۴. قانون اجرای احکام، مصوب ۱۳۵۶.

۵. قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱ با آخرین اصلاحات.
۶. قانون حمایت از شرکت‌ها و مؤسسات دانش‌بنیان و تجاری سازی نوآوری‌ها و اختراعات، مصوب ۱۳۸۹.
۷. قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان، مصوب ۱۳۴۸.
۸. قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز، مصوب ۱۳۹۲.

Latin source2

A) Book

- 1-Alavi, H., Delivery terms in transport process of export trade and their effect on the risk of discrepancy in documentary letters of credit; evidence from Estonia, 2018
- 2-Dunn, J. P., Ledford, S., Jackson, S. H., & Wood, A. G., U.S. Patent Application, No. 15/711,416, 2018
- 3-Guaragna, M. B., Stimulating Innovation in Brazil: A Study of Intellectual Property Law, Biotechnology and Open Scientific Innovation (Doctoral dissertation, Queen Mary University of London), 2017
- 4-Guo, M., Intellectual Property Strategy and Ecosystem Evolution (Doctoral dissertation, University of Cambridge), 2021
- 5-Janke, T., True Tracks: Indigenous cultural and intellectual property principles for put-determination into practice, 2019-ting self

B) Article

- 1-Esmaceli Ranjbar, Khatereh and Soleimani, Ameneh, "Presenting a Model for the use based Companies", Journal of Information - of Internet of Things in the Iranian Knowledge Technology Management, 2021
- 2-Esmaili Yadaki, M., "A Comparative Analysis of the Exception of Educational Use in 30 - Literacy and Artistic Property Rights", Journal of Civil Law Knowledge, 2017, 6(1), 19
- 3-Shahin, Arash and Malekzadeh, Nasim, Wood, Lincoln C., "Developing a decision making grid for selecting innovation strategies the case of knowledge based companies", 17 - Technology Analysis & Strategic Management, 2021, 1
- 4-Zhang, J., Gu, Z., Jang, J., Wu, H., Stoecklin, M. P., Huang, H., & Molloy, I., "Protecting intellectual property of deep neural networks with watermarking", In Proceedings of the 172 - 2018 on Asia Conference on Computer and Communications Security 2018 , 159

آثار تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری - قضایی رسیدگی به جرایم از دیدگاه حقوق اداری

پویا پژوهی*

محمد شمس ناطری**

چکیده

برای تحقق جرم، تجمیع سه عنصر روانی، مادی و قانونی نیاز است. در وضعیت تقنینی فعلی، موانع مسئولیت کیفری به دو دسته عوامل موجهه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری تقسیم می‌شود. با این حال، نبود برخی عناصر می‌تواند به طور کلی مانع تحقق جرم شود که در جریان امور اداری قضایی دادسرا اهمیت دارد. این پژوهش به روش تحلیلی - توصیفی انجام شده و هدف آن است که آثار تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری دادسرا بررسی شود. نتیجه چنین شد که مرز میان موانع تحقق جرم با دو تأسیس کنونی یادشده در قانون مجازات اسلامی خلط شده است که از نظر حقوقی به تفکیک نیاز دارد. در صورت تحقق نیافتن جرم، بسیاری از تشریفات دادرسی کیفری که از اصول حقوق اداری قضایی محسوب می‌شود، مثل قرار تعقیب، تأمینات و بازداشت متهم باید لغو شود و جریان تحقیقات نیز مسیری دیگر را در پیش گیرد. در واقع، برخورد مسئولان قضایی با مرتکب، مانند مجرم نخواهد بود. در این باره نیاز است که ضابطان دادگستری با نظام قضایی هماهنگی اداری کامل‌تری داشته باشند تا تشریفات اداری دادرسی کیفری در خصوص تأسیس جدید یادشده به درستی اجرایی شود. رسیدگی خاص و جزئی به مسئله انتساب جرم نیز در تأسیس جدید نیاز هست که مستلزم همکاری تنگاتنگ و بدون فوت وقت دو نهاد قضایی دادسرا و دادگاه است.

کلیدواژه‌ها: تحقق جرم، مسئولیت کیفری، عناصر متشکله جرم، حقوق اداری قضایی، دادرسی کیفری.

*. دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران.

ppzhwhy71@gmail.com

** . دانشیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

shkwrymqswd@gmail.com

ق.م.ا	قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲
ق.آ.د.ک	قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۴
ق.س	قانون به کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری، مصوب ۱۳۷۳

«فهرست علایم و اختصارات»

مقدمه

در نظام اداری - قضایی کنونی، به محض تشخیص اولیه وقوع جرم، جریان تحقیقات از دادسرا آغاز می‌شود. ارتکاب جرم به سبب وقوع سه عنصر مادی، روانی و قانونی فعل یا ترک فعل غیر قانونی است. «ق.آ.د.ک»، منبع حقوقی اصلی در خصوص تشریفات اداری - قضایی مسائل کیفری است، اما این منبع در خصوص عناصر شاکله جرم مطلبی بیان نکرده است و در جریان تحقیقات، «ق.م.ا» نیز نقش مهمی دارد. بنابراین، با فرض ارتکاب جرم، دادسرا به تأمین متهم اقدام می‌کند. در نهایت، در جریان دادرسی در شعبه کیفری، مجرم ممکن است به سبب برخی عوامل از مجازات معاف شود. در واقع، فاعل عمل مجرمانه، مجرم شمرده می‌شود و تشریفات اداری - قضایی در خصوص مجرمان برای وی اعمال می‌گردد، اما در نهایت، با اثبات مجرمیت، از مجازات معاف خواهد شد.

این در حالی است که حسب نظریه‌های مهم حقوق کیفری، برخی از عوامل رافع مجازات، به صورت کلی، مانع تحقق جرم می‌شود و اگر تأسیس «موانع تحقق جرم» در حقوق کیفری ایجاد شود، در جریان تشریفات اداری - قضایی، متهم از بدو شناسایی می‌تواند از مزایای منع تعقیب بهره ببرد. بنابراین، در صورت اصلاح تأسیسات یادشده در «ق.م.ا»، جریان اداری تحقیقات قضایی به طور کلی متأثر می‌شود.

خالقی و رجبی (۱۳۹۲) به تحلیل معیار نوعی در عنصر روانی جرم قتل عمدی با دیدگاه تطبیقی پرداختند. بیگلری (۱۳۹۶)، عنصر روانی جرم بین‌المللی نسل‌زدایی را در فقه و حقوق بررسی کرده است. صالح‌آبادی و توده (۱۳۹۶)، نقش اراده را در عنصر روانی جرم بررسی کردند. ایمانی (۱۳۹۸) نیز به تطبیق شاخص‌های عنصر روانی جرم در نظام حقوقی ایران و انگلستان پرداخت.

تحقیقات حقوق کیفری عمدتاً بر تحلیل ماهوی مسئولیت کیفری متمرکز بوده‌اند، اما در خصوص مرز میان تأسیس موانع تحقق جرم و خلط آن با دو تأسیس «عوامل موجهه جرم» و «موانع مسئولیت کیفری»، تحقیقی انجام نشده است. پژوهش حاضر برای نخستین بار به این موضوع مهم پرداخته است. با تأسیس جدید، تشریفات اداری دادسرا نیز که آغاز

تحقیقات کیفری از آن‌جا شکل می‌گیرد، متأثر خواهد شد. بنابراین، جنبه نوآوری پژوهش کنونی، بررسی مرز بین تأسیس‌های سه‌گانه حقوق کیفری و اثرگذاری آن بر جریان اداری دادسراست.

سؤال پژوهش این است که اثر تأسیس «موانع تحقق جرم» بر جریان اداری - قضایی رسیدگی به جرایم چیست؟ چنین فرض می‌شود که در صورت تأسیس مورد نظر، تشریفات اداری رسیدگی به جرایم در دادسرا به ساده‌ترین صورت ممکن رخ می‌دهد که موجب بهینه‌سازی انرژی و زمان در جریان اداری - قضایی خواهد شد. هدف پژوهش نیز بررسی اثر تأسیس جدید موانع تحقق جرم بر تشریفات اداری - قضایی رسیدگی به جرایم است. در این پژوهش ابتدا مبانی آن شامل تشریفات اداری دادسرا و اثر مجرمیت بررسی می‌شود و سپس از دیدگاه حقوق کیفری، موانع تحقق جرم واکاوی خواهد شد. در مبحث بعدی، ضمن بررسی اصول اداری حاکم بر رسیدگی جرم، زمینه برای شناسایی خلأهای حقوق اداری فراهم می‌آید که در مبحث پایانی به آن پرداخته شده است. در نهایت، نتیجه‌گیری و پیشنهادهایی آمده است.

گفتار اول. رسیدگی به جرایم

نظام قضایی دارای سیستم اداری خاصی است که از ماهیت قضایی آن ریشه می‌گیرد. چون نظام اداری با مسائل اجرایی پیوندی عمیق دارد، قوه مجریه، رأس نظام اداری کشور به شمار می‌آید و استانداران نیز در سطح استان، مدیران عالی اداری محسوب می‌شوند. قوه قضاییه از نظر اداری و مدیریتی، مستقل از قوه مجریه است، اما این قوه نیز به قوه محرکه نیازمند است و در حیطه امور خود، با مسائل اجرایی - اداری ارتباط دارد.^۱ در واقع، نظام اداری قوه قضاییه تنها از نظر ارتباطی، مستقل از قوه مجریه است، ولی از نظر ماهیت اداری، تقریباً مانند قوه مجریه است.^۲

با توجه به اهمیت خاص قوه قضاییه در کشور، تشریفات اداری رسیدگی به پرونده‌ها، در منبعی حقوقی به نام «آیین دادرسی» تنظیم شده که در امور مدنی و کیفری متفاوت است. بنابراین، جریان اداری نظام قضایی در مرحله نخست در چارچوب آیین دادرسی قرار دارد و

۱. آرای، مسعود و فرامرز عطریان، «واکاوی هیئت حل اختلاف ماده ۳۸ قانون اصلاح و تسری آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران به کلان‌شهرها و نظارت بر آرای آن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، مهر ۱۴۰۱، شماره ۱۲، صص ۱۲۸۱-۵.

۲. انصاری، علی و حسین دهقانی، «حسن نیت در حقوق دادرسی»، حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۳۹۶، صص ۱۰۹-۱۳۳، ص ۱۱۰.

سپس در حیطه اختیارات مسئولان، در قالب بخش‌نامه‌های صادرشده خواهد بود. بحث در خصوص جریان دعاوی مدنی از قلمرو پژوهش کنونی خارج است و در این بخش، مبانی اداری - قضایی رسیدگی به جرایم واکاوی شده است.

بند اول. تشریفات اداری - قضایی دادسرا

رسیدگی به تمامی جرایم از دادسرا آغاز می‌شود و پس از پیمودن مراحل تحقیقات اولیه، پرونده برای صدور رأی به شعبه کیفری دادگاه می‌رود. امور اداری - قضایی رسیدگی به جرایم در بخش جداگانه‌ای از آیین دادرسی کیفری بررسی می‌شود که به آیین دادرسی کیفری معروف است. این منبع حقوقی بارها اصلاح شد و در نهایت، آخرین اصلاحات آن در سال ۱۳۹۴ صورت گرفت که مهم‌ترین منبع حقوق اداری در جریان رسیدگی به جرایم محسوب می‌شود. به موجب ماده یکم آن، «آیین دادرسی کیفری، مجموعه مقررات و قواعدی است که برای کشف جرم، تعقیب متهم، تحقیقات مقدماتی، میانجی‌گری، صلح میان طرفین، نحوه رسیدگی، صدور رأی، طرق اعتراض به آراء، اجرای آراء، تعیین وظایف و اختیارات مقامات قضایی و ضابطان دادگستری و رعایت حقوق متهم، بزه‌دیده و جامعه وضع می‌شود».

به طور کلی، بر اساس مفاد «ق.آ.د.ک»، ارتکاب جرم با شکایت شاکی خصوصی، اطلاع دادستان از موضوع، گزارش‌های ضابطان دادگستری و دیگر مقامات مسئول به دادسرا اعلام می‌گردد. در صورت کفایت ادله اتهام، متهم فراخوانده و حسب میزان جرم، قرار تأمین برایش صادر می‌شود. دادسرا به کمک ضابطان، تحقیقات را آغاز و ادله اثبات جرم را جمع‌آوری و تکمیل می‌کند تا در ادامه از آن برای اثبات مجرمیت استفاده شود که در «ق.آ.د.ک» به صراحت ذکر شده است. با تجمیع ادله، دادستان، خود، در مقام شاکی قرار می‌گیرد و پرونده را برای صدور حکم به دادگاه می‌فرستد. در نهایت، بر همین مبنا، حکم صادر و جریان فرجام‌خواهی آن نیز پیموده می‌شود. دادسرا نیز مسئول اجرای احکام کیفری است و پس از صدور رأی، به طور مستقیم برای اجرا اقدام خواهد کرد.

در دو تأسیس کنونی که در «ق.م.ا» ذکر شده است، مجرمیت وجود دارد، ولی مجازاتی برای مجرم لحاظ نمی‌شود. بنابراین، به محض اطلاع از این وضعیت، دادسرا، خود را به پیمودن تشریفات اداری - قضایی ملزم می‌داند و برای بازداشت متهم و پیمودن مراحل دادرسی اقدام خواهد کرد. در نهایت و در جریان صدور رأی، قاضی شعبه کیفری به تبرئه وی حکم می‌دهد. بر این اساس، جرم صورت گرفته است و تمامی تشریفات اداری - قضایی را باید پیمود، ولی در نهایت، مجرم از مجازات مبرا است.

تشخیص ماهیت جرم، از حیطه امور اداری خارج است و حسب منابع مختلف حقوق

کیفری و در رأس آن، «ق.م.ا» بررسی می‌شود. مسئولان دادسرا که از امور حقوق کیفری به خوبی اطلاع دارند، حسب ماهیت جرم که قانون‌گذار برای آن مجازات تعیین کرده است، وارد کار می‌شوند. به موجب ماده دوم «ق.م.ا»، هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود. بر اساس این ماده، عنصر قانونی جرم باید محرز شود و مسئولان قضایی به موجب اطلاعاتی که از فعل یا ترک فعل مجرمانه دارند، وارد عمل خواهند شد.

بند دوم. اثر مجرمیت بر تشریفات اداری

دادسرا در صورتی به قضیه ورود می‌کند که مستندات اولیه از وقوع جرم در دسترس باشد. تشخیص کفایت مستندات اولیه بر عهده مقام قضایی (حسب نیاز دادیار، بازپرس یا دادستان) است. بنابراین، دادسرا به جریان تحقیقات ورود می‌کند و بسته به نوع جرم، قرار تأمین برای مرتکب مشخص می‌کند. به موجب ماده ۲۱۷ «ق.آ.د.ک»، به منظور دسترسی به متهم و حضور به‌موقع وی، جلوگیری از فرار یا مخفی شدن او و تضمین حقوق بزه‌دیده برای جبران ضرر و زیان وی، بازپرس پس از تفهیم اتهام و تحقیق لازم، در صورت وجود دلایل کافی، یکی از این قرارهای تأمین را صادر می‌کند:

الف) التزام به حضور با قول شرف؛

ب) التزام به حضور با تعیین وجه التزام؛

پ) التزام به عدم خروج از حوزه قضایی با قول شرف؛

ت) التزام به عدم خروج از حوزه قضایی با تعیین وجه التزام؛

ث) التزام به معرفی نوبه‌ای خود به صورت هفتگی یا ماهانه به مرجع قضایی یا انتظامی با تعیین وجه التزام؛

ج) التزام مستخدمان رسمی کشوری یا نیروهای مسلح به حضور با تعیین وجه التزام، با موافقت متهم و پس از اخذ تعهد پرداخت از محل حقوق آنان از سوی سازمان مربوط؛
چ) التزام به عدم خروج از منزل یا محل اقامت تعیین‌شده با موافقت متهم با تعیین وجه التزام از طریق نظارت با تجهیزات الکترونیکی یا بدون نظارت با این تجهیزات؛

ح) اخذ کفیل با تعیین وجه الکفاله؛

خ) اخذ وثیقه اعم از وجه نقد، ضمانت‌نامه بانکی، مال منقول یا غیرمنقول؛

د) بازداشت موقت با رعایت شرایط مقرر قانونی.

قانون‌گذار با ذکر عنوان «مجرمیت» و مستندات اولیه آن، قرار تأمین صادر می‌کند. بنابراین، در وضعیتی که مجرمیت وجود دارد، ولی از مجازات معاف است، دادسرا بدون در

نظر گرفتن مجازات شدن یا نشدن وی، رفتار یکسانی خواهد داشت. البته نوع مجازات احتمالی در جریان تعیین نوع تأمین نقش دارد، ولی در اصل صدور قرار تأمین، بین مجرم و غیر مجرم تفاوت هست.^۱ اگر فعل یا ترک فعل ارتكابی به موجب قانون، جرم تلقی نشود، دادسرا هرگز به جریان ورود نمی‌کند و در نهایت، به عنوان شاهد و مطلع، از فرد مورد نظر بازجویی می‌کند. اگر به حضور این فرد در دادگاه نیاز باشد، تأمین‌های نسبتاً ساده برای وی منظور می‌شود. بنابراین، انتساب مجرمیت در جریان تأمین از وی نقشی مهم دارد.

گفتار دوم. تأسیس موانع تحقق جرم

قانون‌گذار، عوامل موجهه جرم را عاملی بر مجازات نکردن دانسته که در واقع با ذکر ماده قانونی، فعل یا ترک فعل مجرمانه را از مجازات معاف دانسته است. این در حالی است که با ذکر این ماده، عنصر قانونی جرم مخدوش است. در تأسیسی دیگر، با وجود انتساب مجرمیت، مجازات برای مجرم اعمال نمی‌شود. این در حالی است که در تأسیس‌های مطرح‌شده، گاهی به طور کلی، جرم محقق نشده است که در این قسمت، در این باره بحث می‌کنیم.

بند اول. خلط با موانع مسئولیت کیفری

قانون‌گذار، فصل دوم از «ق.م.» را به موانع مسئولیت کیفری اختصاص داده که چنین است:

۱. فقدان عقل، بلوغ و اختیار (ماده ۱۴۰)

۲. اکراه (ماده ۱۴۰)

۳. افراد نابالغ (ماده ۱۴۶)

۴. وجود اختلالات روانی در حین ارتکاب جرم (ماده ۱۴۹)

این موارد به طور مستقیم از منبع حقوقی مهم «ق.م.» استخراج و عنوان رافعیات از مسئولیت کیفری با صراحت برای آن‌ها ذکر شده است. بر این اساس، جرم حادث شده است، ولی برای آن، مسئولیت کیفری وجود ندارد.

در واقعیت، فقدان عقل که به نرسیدن به بلوغ یا جنون اشاره دارد، به معنای نداشتن علم و سوء نیت مرتکب در موضوع جرم است. بنابراین، عنصر روانی جرم مخدوش است و اساساً جرمی اتفاق نیافتاده است. در خصوص اکراه، بسته به نوع فشار واردشده، سوء نیتی برای ارتکاب جرم وجود ندارد و در این مورد نیز جرمی حادث نشده است. از بین عوامل

۱. عباسی، بیژن، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: دادگستر، ۱۴۰۰، ص ۴۳.

یادشده، فقدان اختیار را می‌توان کاملاً در حیطه عوامل رافع مسئولیت کیفری طبقه‌بندی کرد؛ چون اختیار، جزء هیچ یک از عناصر شاکله جرم نیست. بنابراین، جرم محقق شده، ولی مرتکب به سبب اختیار نداشتن مجازات نخواهد شد.^۱

برخی منابع، «اراده» را مترادف با «اختیار» دانسته و این مفاهیم را در قلمرو مسئولیت کیفری جای داده‌اند. بر مبنای مفاهیم حقوق کیفری، اراده و اختیار با وجود ارتباط نزدیک با یکدیگر، هرگز مترادف معنایی ندارند. در نظریه مسئولیت کیفری، اختیار از شرایط انتساب مسئولیت کیفری است.^۲ «اختیار» در لغت به معنای آزادی در انتخاب است. قانون‌گذار در بحث مسئولیت کیفری، فاعلان مکره را از مسئولیت کیفری معاف دانسته است یعنی افرادی که به دلایل مختلف، در تصمیم‌گیری، آزادی ندارند، بی‌اختیار شمرده می‌شوند و مسئولیت کیفری برای آن‌ها منظور نمی‌شود. به طور طبیعی، کسی که از قدرت آزادی انتخاب خود به صورت نادرست استفاده کند و در پرتو این آزادی، عمل مجرمانه انجام دهد، در برابر عمل ناصحیح خود مسئولیت دارد. پیش‌تر، قانون‌گذار در بحث رفع مسئولیت کیفری مجرمان مست، از عبارت «مسلوب الاراده» استفاده کرده بود که بعدها این اصطلاح با عبارت «مسلوب الاختیار» جای‌گزین و اصلاح شد؛ چون فرد مست به دلیل زایل شدن موقتی عقل، قدرت انتخاب ندارد و بی‌اختیار است.

اراده، دستوری از طرف ذهن انسان برای انجام فعل است که به محض صدور، فعل اجرا می‌شود. از این رو، با وجود اختلاف نظر حقوق‌دانان کیفری، نظریه قرار گرفتن اراده در عناصر مادی تقویت شده است؛ چون به محض صدور دستور از طرف ذهن انسان، فعل اجرا می‌شود و با بحث مادی گره می‌خورد.^۳ زمانی که اختیار یک فرد به هر علتی محدود یا زایل شود، اراده وی به امر منتسب است و در واقع، با اراده امر فعل توسط عامل صورت می‌پذیرد.

به عقیده برخی حقوق‌دانان، در صورت نبود اختیار، صحبت کردن از اراده بی‌معناست. عکس این قضیه نیز ممکن است. اگر فردی با اختیار کامل تصمیمی بگیرد، اما به هر دلیل، اراده نداشته باشد، هیچ جرمی مرتکب نشده است. در این حالت، مانند مثالی که پیش‌تر بیان شد، به سبب نبود عنصر مادی نمی‌توان جرمی برای وی محقق ساخت. در

۱. بیگلری، پویان، «بررسی عنصر روانی جرم بین‌المللی نسل‌زدایی در فقه و حقوق»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره چهارم، ۱۳۹۶، صص ۱ - ۳۰، ص ۱۵.

۲. نجارزاده، مجید، کمک حافظه حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: دوراندیشان، ۱۴۰۰، ص ۵۴.

۳. سکندری، محمد، «بررسی فقهی و حقوقی عنصر روانی جرم با نگاهی به حقوق جزای ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ۱۳۹۹، ص ۶۵.

واقع، شخص با اختیار تصمیم گرفته، اما اراده انجام آن را نداشته است و به همین سبب، قابل سرزنش نیست.

در نتیجه، اختیار به معنای قدرت انتخاب بین چند راه است و انسان باید از نعمت عقل خود در راه انتخاب گزینه‌ها بهره‌برد و در صورت استفاده ناصحیح از این قدرت، مسئولیت کیفری دارد. «ق.م.» نیز به صراحت، اختیار را از شرایط انتساب مسئولیت کیفری دانسته است. اراده نیز به معنای صدور دستور ذهنی برای ارتکاب فعل مجرمانه است که با توجه به نبود خلأ زمانی بین اراده و ارتکاب فعل، زیرمجموعه عنصر مادی جای دارد و هم در بحث تحقق مسئولیت کیفری و هم در بحث تحقق جرم، جزئی از عناصر آن شمرده شده که این نیز گونه‌ای دیگر از خلط حدود است.

در جرایم مستوجب حد، اگر سوء نیت نداشتن ثابت شود، مسئولیت کیفری متهم مرتفع می‌شود. در نظریه مورد بحث نیز می‌توان به طور کلی، جرم را تحقق نیافته دانست. مثال حقوقی مهم در این باره، نوشیدن مشروبات الکلی توسط اقلیت‌های مذهبی مقیم کشور است. با توجه به نبود منع شرعی این گونه نوشیدنی‌ها در ادیان غیر اسلام، نوشیدن آن‌ها توسط اقلیت‌های مذهبی بدون نیت مجرمانه است و اگر در محدوده خاص خود و به دور از جامعه اسلامی باشد، جرمی محقق نمی‌شود و قابل تعقیب نیست.^۱ در «ق.م.» باز هم از عنوان مسئولیت کیفری استفاده شده، در حالی که بنا به مثالی که بیان شد، اصولاً جرمی تحقق نیافته است. در این جا بار دیگر خلط وارد شده دو نظریه در اجزای عنصر روانی مشهود است.

تنها مصداقی از موانع مسئولیت کیفری که جرم در آن تحقق یافته است و اختلاط مرزها در آن مشهود نیست، نداشتن اختیار است که در عناصر شاکیه جرم وجود ندارد و در عین حال، مانع ارتکاب جرم محسوب می‌شود.

بند دوم. خلط با عوامل موجهه جرم

در ادامه فصل دوم از «ق.م.» که به موانع مسئولیت کیفری می‌پردازد، ضمن ذکر عنوان «مجازات نمی‌شود»، عنصر قانونی جرم را مستقیماً نادیده انگاشته و به صورت کلی، می‌توان این موارد را از موانع تحقق جرم دانست. با این حال، در تفسیری اشتباه، تنها از آن با نام رافعیت مجازات یاد شده است. مصادیق آن حسب مفاد «ق.م.» عبارتند از:

۱. اضطراب (ماده ۱۵۲)

۱. صالح‌آبادی، مژگان و حسین توده، «بررسی نقش اراده در عنصر روانی جرم»، سومین همایش ملی پژوهش‌های نوین در حوزه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی ایران، قم، ۱۳۹۶، ص ۶۵.



۲. خواب و بی‌هوشی (ماده ۱۵۳)

۳. مستی و بی‌ارادگی (ماده ۱۵۴)

۴. دفاع مشروع (ماده ۱۵۶)

۵. ارتکاب به حکم قانون (بند اول ماده ۱۵۸)

۶. اجرای اهم قانون (بند ب ماده ۱۵۸)

۷. تربیت فرزندان (بند ت ماده ۱۵۸)

۸. عملیات ورزشی (بند ث ماده ۱۵۸)

۹. عمل جراحی و اقدامات طبی (بند ج ماده ۱۵۸)

مواد ۵۷۴ و ۵۸۰ سابق نیز اثبات امر آمر قانونی را بر عهده متهم گذاشته است. دیوان عالی کشور، رأی دادگاه بدوی را در رد ادعای دفاع مشروع به دلیل اثبات نشدن آن توسط مرتکب، ابرام کرده است.^۱ به هر حال، قوانین و رویه قضایی کشور در خصوص بار اثبات عوامل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم، حکمی جامع ندارد. البته از ظهور بعضی مواد قانونی یا احکام قضایی می‌توان در این مورد به نکاتی دست یافت.

به نظر می‌رسد اگر دادرس در وجود عوامل موجهه جرم و عوامل رفع مسئولیت کیفری شک کند و اصلی عملی یا ظهوری عرفی وجود داشته باشد که بتواند دعوی متهم را رد یا قبول کرد، باید به آن تمسک کند و بر اساس آن حکم بدهد که نتیجه آن، گاه مجرمیت و گاه تبرئه متهم است. اگر اصل یا ظهوری وجود نداشته باشد که موضوع را منقح کند، حکم به مجرمیت متهم مشکل است. پس مقام قضایی مکلف است علاوه بر اثبات ارتکاب عمل از ناحیه متهم، نبود عوامل موجهه جرم یا عوامل رافع مسئولیت کیفری یا شروط اجرای مجازات را نیز به اثبات برساند. در غیر این صورت، باید به برائت متهم حکم بدهد؛ زیرا اولاً برای مجازات متهم باید هم وجود مقتضی یعنی تحقق جرم اثبات شود و هم نبود موانع مجازات. ثانیاً تفسیر به نفع متهم که هدف آن، رعایت احتیاط نسبت به جان و مال و آبروی متهم است، با آن چه گفته شد، سازگاری دارد.

در خصوص عوامل یادشده باید گفت: اولاً عنصر قانونی جرم مخدوش است که موجب می‌شود جرم تحقق نیابد. ثانیاً بخشی از اجزای عناصر روانی و مادی نیز مخدوش است، به این شرح:

۱. اضطراب (فقدان سوء نیت)

۲. خواب و بی‌هوشی (فقدان اراده)

۱. غلامی، نبی‌الله، محمود عباسی و سکینه سلطانی کوهبنانی، «مفهوم جنون در قانون مجازات اسلامی؛ موضوعیت یا طریقت»، مجله علمی - پژوهشی حقوق پزشکی، دوره چهل و چهارم، ۱۳۹۷، ص ۸۵.

۳. دفاع مشروع (فقدان سوء نیت)

۴. ارتکاب به حکم قانون (فقدان سوء نیت)

۵. اجرای اهم قانون (فقدان سوء نیت)

۶. تربیت فرزندان (فقدان سوء نیت)

۷. عملیات ورزشی (فقدان سوء نیت)

۸. عمل جراحی و اقدامات طبی (فقدان سوء نیت)

قانون‌گذار در خصوص خطای جزایی که بدون سوء نیت است، ضمن برشمردن مصادیق آن و محسوب کردن به عنوان جرم، تنها نوع مجازات را تغییر داده و به سمت دیه هدایت کرده است. بنابراین، به سبب صراحت قانون در این خصوص و خاص بودن عنصر قانونی آن، نبود سوء نیت نمی‌تواند علتی بر تحقق نیافتن جرم تلقی شود.^۱ در خصوص دیگر مصادیق عوامل موجهه جرم که درباره آن‌ها توضیح داده شد، عناصر روانی یا مادی به علاوه عنصر قانونی آن‌ها مخدوش است و اساساً جرمی حادث نشده است.

بند سوم. بی‌توجهی قانون‌گذار

گفتیم که به موجب نظر اکثریت حقوق‌دانان کیفری که نظرهای فقهی نیز بر آن اثرگذار بوده، تجمیع سه عنصر روانی (شامل علم و سوء نیت)، مادی (اراده و فعل ارتكابی) و قانونی (جرم‌انگاری) برای تحقق جرم نیاز است که البته برخی منابع، اراده را زیرمجموعه عنصر روانی قرار داده‌اند.^۲ متأسفانه، قانون‌گذار در این خصوص، صراحت لازم را ندارد. البته ذکر ماده دوم «ق.م.» در خصوص تعریف جرم، خود، دلیلی بر لزوم جرم‌انگاری فعل یا ترک فعل مجرمانه است. در خصوص عنصر روانی، ماده ۱۴۴ اشعار دارد که در تحقق جرایم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم باید قصد او در ارتکاب رفتار مجرمانه احراز گردد. در جرایمی که وقوع آن‌ها بر اساس قانون به تحقق نتیجه منوط است، قصد نتیجه یا علم به وقوع آن نیز باید محرز شود. در خصوص عنصر روانی نیز می‌توان حسب تفاسیر موسّع از بحث‌های اکراه، اجبار و جنون، عنصر مادی را یافت.

بنابراین، قانون‌گذار، بسیار پراکنده، عوامل تحقق جرم را تنظیم کرده است که نیاز بود در تأسیسی جداگانه و صریح، این عناصر را ذکر می‌کرد؛ چون عناصر شاکله جرم در حقوق کیفری، جایگاهی ویژه دارد و نظرهای مکرر در این خصوص، هویدای تعریف دقیق آن است. همان گونه که بیان شد، به جز بحث اختیار و فقدان آن که دقیقاً با وجود احتساب

۱. عسکری، امیر و بیژن عباسی، سازمان‌های اداری و محلی، تهران: امجد، ۱۴۰۰، ص ۳۲.

۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۴۳.

به عنوان جرم، فاقد مسئولیت کیفری دانسته شده، دیگر مصادیق عوامل موجهه جرم یا موانع مسئولیت کیفری، یکی از عناصر یادشده را ندارند که در این خصوص توضیح داده شد. بنابراین، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار کیفری به نظر جمهور حقوق‌دانان توجه چندانی نکرده و در تأسیسی خلط‌شده، بسیاری از مسائل را نادیده انگاشته است.

گفتار سوم. اصول اداری رسیدگی به جرایم

در خصوص نحوه اطلاع‌رسانی جرایم به دادسرا و تحقق جرم نیز توضیح داده شد. دادسرا حسب اختیارات اداری - قضایی خود که نوعی خاص از مسائل اداری محسوب می‌شود،^۱ مسئولیت پی‌گیری جرایم حادث را عهده‌دار است. در واقع، رسیدگی قضایی به جرایم، بر خلاف دعاوی مدنی، از دادگاه آغاز نمی‌شود و این موضوع به صراحت در آیین دادرسی ذکر شده است. بنابراین، در نگاه نخست، عنصر قانونی جرم و شناخت فعل یا ترک فعل به عنوان جرم نقش مهمی در امور اداری - قضایی دادسرا دارد. اکنون در این باره توضیح می‌دهیم.

بند اول. در صورت توجیه جرم

گفتیم که تا قانون‌گذار، فعل یا ترک فعلی را جرم‌انگاری نکرده باشد، نمی‌توان با مرتکب آن برخورد کرد. قانون‌گذار با تأسیس عوامل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم، این قبیل ارتکاب‌ها را از مسئولیت مبرا دانسته، اما تشریفات اداری - قضایی این موارد همچنان دست و پاگیر است.

برای مثال، پس از شهادت چند مأمور نیروی انتظامی به دست اشرار، انتقادهای زیادی به «ق.س» مطرح شد که بر این اساس، شرایط سخت حقوقی در استفاده از سلاح موجب استرس نیروهای مسلح در استفاده از آن می‌شود، به گونه‌ای که در بیش‌تر مواقع، تلاش می‌کنند از سلاح استفاده نکنند.^۲ همین امر موجب شهادت چند مأمور نیروی انتظامی به دست اشراری شده بود که به سلاح سرد مسلح بودند. این حوادث برای چهره پلیس کشور خوش‌آیند نیست. جدا از مسائل تقنینی، ممکن است رویه قضایی و تشریفات دادرسی به این موضوعات هم بسیار زمان‌بر و دست و پاگیر باشد.

۱. دانش ناری، زهرا و سید احمد حبیب‌نژاد، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت هیئت رسیدگی به امور مراکز فرهنگی: ارائه الگوی مطلوب دادرسی اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، مهر ۱۴۰۱، شماره ۱۲، صص ۶۲۳۷.

۲. فتحی، مرتضی، عادل ساریخانی و رضا رضایی، «تأثیر مستی بر مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران، اسکاتلند و فقه اسلامی»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره هشتم، ۱۴۰۰، ص ۸۵.

رئیس قوه قضاییه در پاسخ به انتقادهای از این قانون، آن را کامل و جامع دانست، ولی ادعان کرد که رویه اداری - قضایی رسیدگی به تیراندازی مأموران پیچیده است که مأمور را از تیراندازی، حتی در صورت ضرورت باز می‌دارد. در خصوص عوامل موجهه جرم نیز همین مسئله صادق است. حالت‌هایی مثل اضطرار، دفاع مشروع و چند مورد دیگر از عوامل رافع مسئولیت کیفری شمرده شده، ولی پی‌گیری قضایی در این مورد چنان زمان‌بر و پیچیده است که افراد را از انتخاب این گزینه‌ها باز می‌دارد. حتی در خصوص کمک به دیگران باید رویه قضایی معتدلی را با این هدف انتخاب کرد که افراد در اجرای این فعل، اختیار لازم را داشته باشند و از ترس پی‌گیری‌های پیچیده قضایی از این اقدام خودداری نکنند.^۱

افعال اداری - قضایی در چارچوب قانون آیین دادرسی کیفری و دیگر منابع حقوقی توسط ریاست قوه قضاییه قابل ابلاغ است و در حقوق اداری - قضایی جای دارد. بنابراین، بر اساس این اختیارات می‌توان مانع از آن شد که جریان پی‌گیری‌های قضایی موجب نادیده انگاشته شدن برخی حقوق گردد. در حقیقت، می‌توان گفت در مواردی که قانون‌گذار با هدف برخی مصالح اجتماعی، ارتکاب برخی افعال به ظاهر مجرمانه را مجاز شمرده است، نباید رویه اداری - قضایی دادرسی به گونه‌ای باشد که موجب تردید در ارتکاب آن شود؛ چون این ارتکاب، لازمه برخی مصالح اجتماعی است. در چارچوب قانون نباید رویه اداری را چنان سخت کرد که اثر قانون‌گذاری خنثی شود.

برای نمونه، گزارش‌های مکرری از قصاص محیط‌بانانی منتشر می‌شود که در درگیری با شکارچیان غیر مجاز تیراندازی کرده‌اند. این در حالی است که محیط‌بانان در حیطه امور طبیعی، ضابط دادگستری محسوب می‌شوند. این افراد نیز ملزم به رعایت «ق.س» هستند، اما گاهی به سبب ناتوانی در اثبات وضعیت تیراندازی، به قصاص محکوم می‌شوند. در واقع، این قبیل اقدامات قضایی، کمک به شکارچیان غیر مجاز محسوب می‌شود. بنابراین، جریان اداری - قضایی تحقیقات در دادرسی باید به صورت مناسب تعدیل شود تا حقی از افراد ضایع نگردد.

بند دوم. در صورت تحقق نیافتن جرم

با توجه به تعریف مجرمیت در «ق.آ.د.ک» و جواز ورود نظام قضایی به بررسی این موضوع مهم، اگر تأسیس «موانع تحقق جرم» صورت پذیرد، باید از مرتکب تنها به عنوان شاهد یا مطلع دعوت کرد.^۲ در بررسی مفاد کلی آیین دادرسی کیفری که سند اداری دادرسی نیز

۱. محمدی، حمید، مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر در حقوق کیفری ایران و مصر، تهران: گنج

دانش، ۱۳۹۵، ص ۵۴.

۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۱۹۰.

محسوب می‌شود، در صورت ارتکاب فعل به ظاهر مجرمانه، دادسرا باید تحقیقات خود را آغاز کند. اگر با شرایطی که قانون‌گذار، آن را از موانع تحقق جرم می‌داند، دادسرا بررسی را آغاز کند، فراخوانی مرتکب تنها جنبه بازجویی خواهد داشت و نمی‌توان مانند مجرم با وی برخورد کرد.^۱ با این شرایط، تحقیقات اولیه در خصوص مخدوش شدن عناصر شاکله جرم در همان دادسرا انجام می‌شود و تنها در صورت تردید در ادله تحقق نیافتن جرم می‌توان برای مرتکب تأمین قرار داد.^۲

به محض احراز خدشه‌دار شدن عناصر شاکله، مجرم نبودن فرد برای دادسرا محرز می‌شود و حسب مفاد «ق.آ.د.ک» باید قرار منع تعقیب و منع بازداشت برای مرتکب صادر گردد. تنها به سبب اطلاعاتی که مرتکب دارد، می‌توان با هدف حضور وی در دادگاه، تأمین‌های مختصری از وی گرفت. به طور طبیعی، تأمین‌های گرفته‌شده از فرد مطلع با تأمین‌های شخص مجرم تفاوت‌های اساسی دارد. البته برخی معتقدند که در خصوص تبرئه متهم، تنها دادگاه تصمیم می‌گیرد. بر حسب اختیارات قضایی مقامات دادسرا که در «ق.آ.د.ک» ذکر شده است، به محض احراز تحقق نیافتن جرم باید دستور منع تعقیب و منع بازداشت صادر کرد. در معتدلانه‌ترین تفسیر موسّع می‌توان نوع تأمین دریافت‌شده را به ساده‌ترین حد ممکن تقلیل داد؛ چون احتمال محکومیت مرتکب بسیار پایین است. البته با توجه به اختیار دخالت دادگاه کیفری در برخی مراحل تحقیقات می‌توان رسیدگی به موضوع تحقق نیافتن جرم را خارج از نوبت بررسی کرد و با دخالت دادگاه، فوری منع تعقیب صورت گیرد.

گفتار چهارم. بایسته‌های تقنینی - اداری

تا این جا به چالش‌های بخش تقنینی و اداری - قضایی اشاره شد. با هدف اجرای بهتر عدالت باید این چالش‌ها برطرف شوند. ذیل این مبحث، موردهایی بررسی شده است که به آن‌ها می‌پردازیم.

بند اول. تغییرات در قانون مجازات اسلامی

به چالش اختلاط مرز چند تأسیس در «ق.م.ا» اشاره شد. اولین اقدام قانون‌گذار باید تفکیک دقیق این تأسیسات باشد. در قدم نخست باید تأسیسی به نام شرایط تحقق جرم

۱. مصباح‌زاده، نجیبه، «تحلیل عنصر روانی جرم در حقوق کیفری ایران و افغانستان و فقه امامیه»،

پایان‌نامه کارشناسی ارشد، جامعه المصطفی‌العالمیه، ۱۳۹۸، ص ۵۴.

۲. آقای‌نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۷۶۵.

ایجاد گردد که ماده دوم قانون فعلی نیز برای تعریف عنصر قانون جرم در این بخش وارد شود. در این تأسیس باید تعریف عناصر روانی مادی و قانونی به صراحت بیاید و در خصوص اختلاف بین حقوق دانان در خصوص جایگاه اراده بین عناصر مادی یا روانی، وضعیت آن مشخص گردد. بنابراین، تعریف دقیق و کامل از عناصر شاکیه جرم در این قسمت انجام شود و مخدوش شدن هر یک از این عوامل می‌تواند دلیلی بر تحقق نیافتن جرم باشد.

در تأسیس موانع مسئولیت کیفری، تنها می‌توان اختیار را قرار داد؛ چون شرایط فقدان اختیار برای وضعیتی که جرم حادث شده، ولی نمی‌توان شخص را مجازات کرد، صادق است. در بخش عوامل موجهه جرم نیز می‌توان برخی مصادیق را قرار داد. البته جرایم غیر عمدی در هیچ یک از این سه دسته جای ندارد؛ چون هم جرم محقق شده و هم دارای مجازات است. با این حال، نوع مجازات آن با حالت عمدی تفاوت دارد.^۱ در تأسیس عوامل موجهه جرم می‌توان چند مصداق خاص را قرار داد. بنابراین، می‌توان به بحث تحقق جرم خوش‌بین بود تا در این صورت، جریان اداری - قضایی تحت تأثیر این مهم قرار گیرد.

بند دوم. تغییرات در دادرسی کیفری

در «ق.آ.د.ک» با صراحت از اثر مجرمیت صحبت نشده، اما تمامی تشریفات دادرسی به ارتکاب فعل مجرمانه وابسته دانسته شده است. نظام قضایی در این شرایط با دو دغدغه روبه‌روست. اولاً باید با سخت‌گیری در جریان تحقیقات، امکان سوء استفاده را به حداقل رساند تا عاملی بر پیش‌گیری از جرم تلقی شود. از طرف دیگر، متهم نیز دارای حقوقی است و نمی‌توان آن را نادیده انگاشت.^۲ پس باید بین این دو مورد تعادل ایجاد کرد.

در وضعیت کنونی، سخت‌گیری در خصوص تحقیقات، با توجه به مثال‌هایی که بیان شد، موجب تردید در ارتکاب برخی افعال می‌گردد. برای مثال، اگر فردی در مقام دفاع از خود قرار گیرد، می‌کوشد با هدف فرار از تشریفات پیچیده دادرسی که محتمل است به قصاص وی بیانجامد، از حق خویش صرف نظر کند. در این صورت، فردی که در مقام دفاع مشروع، مرتکب قتل می‌شود، درگیر پیچ‌وخم‌های اداری - قضایی می‌گردد و محتمل است به سبب عدم تشخیص قاضی مبنی بر تناسب ارتکاب فعل، حکم قصاص برایش صادر شود.^۳ در صورت رخ دادن مورد مشابه باید رویه اداری معتدل‌تری در پیش گرفت و با سخت‌گیری نسبتاً ساده‌تر، ادله این مهم را پذیرفت. بنابراین، نظام قضایی باید تعادل بین

۱. محمدحسینی، شاپور، محمود المیر، محمد اشرافی و مسعود حیدری، «جایگاه علم به قانون در رابطه با ارکان جرم»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره یازدهم، ۱۳۹۷، ص ۳۵.

۲. رستمیان، پیمان، محمدحسین حجاریان و حسن‌علی مؤذن‌زادگان، «بررسی سوء نیت در اقسام جنایت در فقه و حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره دوازدهم، ۱۳۹۸، ص ۱۰۰.

۳. ایمانی، معصومه، «بررسی تطبیقی شاخصه‌های عنصر روانی جرم در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۸، ص ۴۳۱.

این مهم را به خوبی مدیریت کند.

در «ق.آ.د.ک» در خصوص شیوه برخورد با غیر مجرم، به صورت پراکنده، مباحثی با عنوان مطلعین و شهود مطرح است. بنابراین، در صورت احراز شرایط تحقق نیافتن جرم می‌توان با دریافت تأمین نسبتاً مناسب و در مدت زمانی کوتاه، تحقیقات را به پایان برد. در خصوص تبرئه در جریان دادرسی یا در دادگاه نیز مباحث مختلفی وجود دارد. برخی معتقدند که دادرسی تنها در صورت محکومیت قطعی شخص ثالث، حق صدور حکم برائت متهم را دارد. برخی دیگر نیز به اختیار دادرسی در صدور حکم برائت اعتقاد دارند. در نظریه معتدل می‌توان گفت که حسب قوت مستندات وقوع جرم و با درخواست دادستان می‌توان جلسه رسیدگی خارج از نوبت، تنها برای بحث تحقق جرم تشکیل داد.^۱

سخت‌گیری در این خصوص باید متعادل شود که هر دو هدف تعالی نظام قضایی تحقق یابد. با توجه به اصل استقلال قضات و انتسابی بودن آن‌ها توسط ریاست قوه قضاییه، این قوه می‌تواند ضمن صدور بخش‌نامه اداری، شیوه سخت‌گیری در خصوص دادرسی موارد تحقق نیافتن جرم را بیان دارد. این بخش‌نامه باید در چارچوب «ق.آ.د.ک» قرار داشته باشد. بنابراین، می‌توان چنین پیشنهاد داد که در موارد تحقق نیافتن جرم، دادرسی باید با هدف حفظ تعادل در اهداف دوگانه یادشده، با دریافت تأمین مناسب، حتی المقدور، متهم را آزاد سازد و ضمن همکاری با شعب کیفری دادگستری، خارج از نوبت، به بحث تبرئه متهم رسیدگی کند.

بند سوم. اصلاح ساختار اداری

رابطه بین دادرسی و دادگاه در ایران به این موارد خلاصه شده است:

۱. تکمیل تحقیقات و ارسال پرونده به شعبه کیفری برای صدور رأی؛^۲

۲. صدور رأی در خصوص اختلاف بین بازپرس و دادستان؛

۳. حق نظارت قاضی شعبه کیفری بر جریان تحقیقات؛

۴. بازگشت پرونده به جریان تحقیقات دادرسی در صورت عدم کفایت ادله اثبات.

در کشورهای غربی، مرز بین دادرسی‌های کیفری و مدنی به درستی مشخص نیست. در فرانسه، رسیدگی به پرونده‌های کیفری و حقوقی با یکدیگر امکان‌پذیر است. گاهی قاضی صادرکننده رأی شخصاً جریان تحقیقات را به دست می‌گیرد. بنابراین، نظام قضایی کشورهای غربی، انعطاف خوبی در جریان تحقیقات قضایی دارند.^۳

۱. منصور، جهانگیر و حسین زارعی، *تخلّفات اداری (جلد ۱)*، تهران: میزان، ۱۴۰۰، ص ۶۵.

۲. بابایی‌مهر، علی، *حقوق اداری (جلد ۱)*، تهران: مجد، ۱۴۰۰، ص ۱۲۸.

۳. بابایی‌مهر، علی، *حقوق اداری (جلد ۲)*، تهران: مجد، ۱۴۰۰، ص ۷۶.

به علت شکاف در روابط بین دادسرا و دادگاه، به فرض تحقق نیافتن جرم، متهم ممکن است تا زمان صدور رأی قطعی در بازداشت باقی بماند. بنابراین، در تأسیس تحقق نیافتن جرم، همکاری بین دادگاه و دادسرا باید به نوعی مشخص شود که خارج از نوبت و در اسرع وقت، حکم برائت متهم صادر گردد.

از طرف دیگر، رابطه بین ضابطان دادگستری و نظام قضایی نیز باید به درستی مشخص شود. در حال حاضر، ضابطان دادگستری به محض مشاهده وقوع جرم، به مدت مشخص، جریان تحقیقات و بازجویی را آغاز می‌کنند که البته نباید بیش از ۲۴ ساعت به طول بیانجامد و پس از آن باید با کسب اجازه از مقامات قضایی ادامه یابد.^۱ بنابراین، وظیفه ضابطان دادگستری در برخورد با جرایم مشهودی که در حیطه تحقق نیافتن جرم قرار دارد، باید به صراحت مشخص شود.

۱. شیروی، مهسا و حنظله رستمیان، «بررسی نقش اراده در تحقق مسئولیت کیفری در نظریات جرم‌شناختی و تأثیر آن بر مسئولیت کیفری منحرفین جنسی»، مجله علمی - پژوهشی حقوق پزشکی، دوره پنجم، ۱۳۹۰، ص ۵۰.

نتیجه‌گیری

برای فهم اثر تأسیس «موانع تحقق جرم» بر جریان اداری - قضایی رسیدگی به جرایم چنین فرض شد که در صورت تأسیس مورد نظر، تشریفات اداری رسیدگی به جرایم، در دادسرا به ساده‌ترین صورت ممکن رخ خواهد داد که این امر موجب بهینه‌سازی انرژی و زمان در جریان اداری - قضایی می‌شود.

بر مبنای قوانین فعلی، در صورت مخدوش شدن هر یک از عناصر شاکله جرم، جریان تحقیقات متوقف می‌شود و قرار منع تعقیب برای متهم صادر می‌گردد که بر مبنای حقوق اداری - قضایی، امری قانونی به شمار می‌رود. در وضعیت فعلی که تأسیس «موانع تحقق جرم» وجود ندارد، دادسرا ملزم است تا پایان سیر دادرسی، تقاضای تأمین از متهم را داشته باشد.

بر اساس نظر حقوق‌دانان برجسته کیفری، برخی موانع مسئولیت کیفری یا عوامل موجهه جرم، در عمل، از موانع تحقق جرم محسوب می‌شود که قانون‌گذار به اشتباه، تأسیس‌های فعلی را ذکر کرده است. بنابراین، در صورت تأسیس موانع تحقق جرم و اصلاح دو تأسیس فعلی، جریان اداری دادسرا به ساده‌ترین صورت ممکن به کار خود ادامه خواهد داد. این موضوع مهم موجب حمایت از حقوق متهم، مجرم و بهینه‌سازی وقت و هزینه سیستم اداری قوه قضاییه می‌گردد.

مبتنی بر نتیجه این تحقیق به قانون‌گذار کشور پیشنهاد می‌شود که اولاً با تأسیس جدید «موانع تحقق جرم» در «ق.م.ا»، مرز بین سه تأسیس «تحقق جرم»، «موانع مسئولیت کیفری» و «عوامل موجهه جرم» را مشخص کند. ثانیاً با اصلاح برخی مفاد «ق.آ.د.ک» از نظر اداری، سازوکار همکاری بین دادسرا، دادگاه و ضابطان قضایی را برای منع تعقیب متهم غیر مجرم فراهم آورد تا ضمن رعایت حقوق عامه، تشریفات اداری - قضایی پرونده‌های کیفری را ساده‌سازی کند.

فهرست منابع الف) کتاب

۱. آقایی‌نیا، حسین، جرایم علیه اشخاص (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۳. بابایی‌مهر، علی، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
۴. بابایی‌مهر، علی، حقوق اداری (جلد ۲)، تهران: مجد، ۱۴۰۰.
۵. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۶. عباسی، بیژن، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: دادگستر، ۱۴۰۰.
۷. عسکری، امیر و بیژن عباسی، سازمان‌های اداری و محلی، تهران: امجد، ۱۴۰۰.
۸. محمدی، حمید، مسئولیت کیفری ناشی از فعل غیر در حقوق کیفری ایران و مصر، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵.
۹. منصور، جهانگیر و حسین زارعی، تخلفات اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۴۰۰.
۱۰. نجارزاده، مجید، کمک حافظه حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: دوراندیشان، ۱۴۰۰.

ب) مقاله

۱. آرای، مسعود و فرامرز عطریان، «واکاوی هیئت حل اختلاف ماده ۳۸ قانون اصلاح و تسری آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران به کلان‌شهرها و نظارت بر آرای آن»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، مهر ۱۴۰۱، شماره ۱۲، صص ۱۲۸۱-۱۲۸۵.
۲. انصاری، علی و حسین دهقانی، «حسن نیت در حقوق دادرسی»، حقوق اداری، دوره چهارم، ۱۳۹۶، صص ۱۰۹ - ۱۳۳.
۳. بیگلری، پویان، «بررسی عنصر روانی جرم بین‌المللی نسل‌زدایی در فقه و حقوق»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره چهارم، ۱۳۹۶، صص ۱ - ۳۰.
۴. خالقی، علی و رجب، محمدعلی، «تحلیل معیار نوعی در عنصر روانی جرم قتل عمدی (مطالعه تطبیقی)»، نشریه حقوق کیفری، دوره چهارم، ۱۳۹۲، صص ۱۲۱ - ۱۴۶.
۵. دانش‌ناری، زهرا و سید احمد حبیب‌نژاد، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت هیئت رسیدگی به امور مراکز فرهنگی: ارائه الگوی مطلوب دادرسی اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره چهارم، مهر ۱۴۰۱، شماره ۱۲، صص ۶۲۳۷.

۶. رستمیان، پیمان، محمدحسین حجاریان و حسن‌علی مؤذن‌زادگان، «بررسی سوء نیت در اقسام جنایت در فقه و حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی بین‌المللی، دوره دوازدهم، ۱۳۹۸، صص ۹۳ - ۱۱۹.
۷. شیروی، مهسا و حنظله رستمیان، «بررسی نقش اراده در تحقق مسئولیت کیفری در نظریات جرم‌شناختی و تأثیر آن بر مسئولیت کیفری منحرفین جنسی»، مجله علمی - پژوهشی حقوق پزشکی، دوره پنجم، ۱۳۹۰، صص ۴۳ - ۸۳.
۸. صالح‌آبادی، مژگان و حسین توده، «بررسی نقش اراده در عنصر روانی جرم»، سومین همایش ملی پژوهش‌های نوین در حوزه علوم انسانی و مطالعات اجتماعی ایران، قم، ۱۳۹۶.
۹. غلامی، نبی‌الله، محمود عباسی و سکینه سلطانی کوهبنانی، «مفهوم جنون در قانون مجازات اسلامی؛ موضوعیت یا طریقت»، مجله علمی - پژوهشی حقوق پزشکی، دوره چهل و چهارم، ۱۳۹۷، صص ۷۷ - ۹۴.
۱۰. فتحی، مرتضی، عادل ساریخانی و رضا رضایی، «تأثیر مستی بر مسئولیت کیفری در حقوق کیفری ایران، اسکاتلند و فقه اسلامی»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره هشتم، ۱۴۰۰، صص ۷۹ - ۱۰۶.
۱۱. محمدحسینی، شاپور، محمود مالمیر، محمد اشرافی و مسعود حیدری، «جایگاه علم به قانون در رابطه با ارکان جرم»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، دوره یازدهم، ۱۳۹۷، صص ۲۸ - ۵۳.
۱۲. نوبهار، رحیم و محمدرضا خط‌شب، «اراده آزاد به مثابه رکن مسئولیت کیفری در جدال سازگارانگاری و ناسازگارانگاری»، پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، دوره یازدهم، ۱۳۹۶، صص ۸۷ - ۱۱۳.

ج) پایان‌نامه

۱. ایمانی، معصومه، «بررسی تطبیقی شاخصه‌های عنصر روانی جرم در نظام حقوقی ایران و انگلستان»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۸.
۲. سکندری، محمد، «بررسی فقهی و حقوقی عنصر روانی جرم با نگاهی به حقوق جزای ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه سیستان و بلوچستان، ۱۳۹۹.
۳. مصباح‌زاده، نجیبه، «تحلیل عنصر روانی جرم در حقوق کیفری ایران و افغانستان و فقه امامیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، جامعه المصطفی العالمیه، ۱۳۹۸.

د) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۴.
۲. قانون اساسی ایران، مصوب ۱۳۵۸، بازنگری شده در سال ۱۳۶۸.
۳. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۴.
۴. قانون به‌کارگیری سلاح توسط مأمورین نیروهای مسلح در موارد ضروری، مصوب ۱۳۷۳.
۵. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.
۶. قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۶، با آخرین اصلاحات.



ارزیابی شرط موازنه اقتصادی به عنوان گونه نوین شروط تثبیت در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی به مثابه قراردادی اداری

فرزاد قیصریان*

منصور امینی**

چکیده

سرمایه‌گذاری خارجی معمولاً متضمن انتقال سرمایه برای مدت نسبتاً بلندی به کشور میزبان و مستلزم اعتماد به دولتی است که اختیار قانون‌گذاری در کشورش را دارد و می‌تواند سرنوشت سرمایه‌گذاری را دگرگون سازد. شروط تثبیت اساساً برای استوارسازی وضعیت سرمایه‌گذار و اجتناب از گزندپذیری ایشان در برابر دولت میزبان تنظیم می‌شود. شروط یادشده انواع مختلفی دارد که در سالیان اخیر به شرط موازنه اقتصادی بیش‌تر توجه شده و در عمل، با شروط تثبیت سنتی قراردادهای سرمایه‌گذاری در بسیاری از کشورها جای‌گزین گردیده است. شرط موازنه برای حفظ تعادل اقتصادی به صورت کلی در قرارداد درج می‌شود و بر خلاف اقسام سنتی شروط تثبیت، دولت‌های میزبان نیز می‌توانند از آن بهره‌مند شوند. در این نوشتار ضمن ارزیابی تطابق شرط موازنه اقتصادی با موازین حقوق اداری و تبیین اقسام آن، شرط تعدیل خودکار به عنوان کارآمدترین نوع این شرط در بوت‌ه عمل بررسی خواهد شد.

کلیدواژه‌ها: حقوق اداری، سرمایه‌گذاری خارجی، شرط موازنه اقتصادی، شرط تثبیت.

*. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
farzadghaisarian@yahoo.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
aminimansour@yahoo.fr

مقدمه

امروزه بسیاری از محققان به اثر مثبت سرمایه‌گذاری خارجی بر اقتصاد کشور میزبان به ویژه کشورهای در حال توسعه توجه دارند.^۱ البته عقیده مخالف نیز در این خصوص وجود دارد که سرمایه‌گذاری خارجی را منشأ اثرات منفی نظیر تورم و نابرابری درآمدی می‌دانند.^۲ تصمیمات سرمایه‌گذار بر ستون محیط تجاری، سیاسی و حقوقی کشور میزبان بنا می‌شود. از این رو، با توجه به جمیع شرایط یادشده، انتظار مشروعی از قرارداد دارد که به عنوان یکی از استانداردهای رفتار عادلانه و منصفانه تلقی شده است.^۳

تغییر در این شرایط با اعمال دولت میزبان اعم از تغییر در سیاست‌های اداری، تغییرات قضایی و سیاسی می‌تواند سرمایه‌گذاری را با چالش‌های عدیده مواجه سازد و عایدی منتظر سرمایه‌گذار را به یغما برد. در واقع، وجه مشترک سرمایه‌گذاری‌های خارجی، اعتماد به دولتی است که با استفاده از ابزار قانون‌گذاری در کشورش می‌تواند معادلات سرمایه‌گذار را برهم بزند؛^۴ هراسی که همواره اشخاص خصوصی در تعاملات با دولت‌ها در سر دارند.^۵ بهره‌گیری اداره‌ها از ابزار حاکمیتی و نادیده گرفتن حقوق اساسی سرمایه‌گذاران نظیر مالکیت^۶ و اقداماتی نظیر ملی کردن، مصادره و فسخ که می‌تواند بر سرنوشت سرمایه‌گذاری اثر بگذارد، تلاش برای درج شروط ثبات در قراردادها را توجیه می‌کند. بی‌شک، قانون‌گذاری به منظور حفظ منافع عمومی ممکن است در قالب مصادره مستقیم یا غیر مستقیم متجلی شود.^۷

1-Gehne, K., Brillo, R., "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment", Working Paper No 2013/46, Institute of Economic Law Transnational Economic Law Research halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20143.pdf, - Center, January 2014, available at: <https://telc.jura.uni-last visited: 3.3.2022>, p. 1

2-Kaštravčić, R., "The Impact of Foreign Direct Investment on Host Country Exports: A Meta World Economy, A META ANALAYES, ", The World Economy 2020, 43, pp. 3144

3-Klager, Roland, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.164

4-Bernardini, P., "Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments", Journal of World Energy Law & Business, 2008, 1(1), p. 98

۵. عباسی، بیژن و علی سهرابلو، «شروط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حقوق اداری»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، شماره ۶۸، ص ۱۱۱.

6-Montt, S., State Liability in Investment Treaty Arbitration (Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation), Hart Publishing, 2009, p. 168

۷. میهمی، مهدی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۲۸، ص ۲۶۱.

چارچوب تقنینی باثبات، یکی از ملاک‌های اصلی سرمایه‌گذار برای تصمیم به سرمایه‌گذاری است.^۱ شروط تثبیت، راهکاری قراردادی به منظور استوار ساختن ستون‌های سرمایه‌گذاری است که گونه‌های مختلفی دارد؛ گاهی بهره‌نگرفتن از قوه تقنین در خصوص موضوع قرارداد، منظور نظر آن است و گاه استثنای قرارداد از قوانین آتی. زمانی، مراد از آن، انجماد قانون زمان انعقاد قرارداد است و هنگامی، تعادل قراردادی را محور می‌انگارد با این شرح که در صورت بر هم زدن نظم قرارداد سرمایه‌گذاری، دولت میزبان، مکلف به جبران مافات تا برقراری مجدد تعادل باشد. شیوه‌های سنتی شروط تثبیت که در پی رهناسیدن سرمایه‌گذاری از سیطره قوانین آتی از طریق منع قانون‌گذاری کشور میزبان در خصوص سرمایه‌گذاری یا استثنای آن از قوانین مصوب پس از تاریخ سرمایه‌گذاری بودند، از منظر حقوق اداری با ایرادهای مهمی مواجهند و در نهایت نیز نمی‌توانستند در عمل، کشور میزبان را از اقدام در این خصوص باز دارند.

شروط موازنه، تعادل قراردادی هنگام انعقاد را مطمح نظر قرارداده و در صورت ایجاد اختلال در تعادل یادشده توسط دولت میزبان، جبران خسارت به منظور بازگردان تعادل مألوف را میسر می‌کنند. امروزه اقبال به این گونه شروط ثبات به شدت افزایش یافته است، به گونه‌ای که با مطالعه پرونده‌های در دسترس از سال ۲۰۰۰ می‌توان قائل به این امر شد که شروط تثبیت سنتی، حداقل در قراردادهای مجموعه صنعت نفت و گاز دیگر به کار گرفته نشده و با شروط موازنه جای‌گزین گردیده‌اند.^۲

نگارندگان برآنند تا با روش توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای، صحت شرط یادشده را از منظر حقوق اداری بیازمایند و کارآترین شیوه تنظیم این شرط را به منظور تأمین منافع هر دو سوی قرارداد تبیین کنند. با این شرح، در بخش اول، جهات تلقی قرارداد سرمایه‌گذاری به عنوان یک قرارداد اداری از نظر خواهد گذشت. در بخش دوم، اقسام شروط تثبیت تشریح خواهد شد. متعاقب آن، شرط موازنه اقتصادی از منظر حقوق اداری سنجیده و در واپسین بخش، شیوه‌های اعمال این شرط با نظر به رأی داوری معروفی در این خصوص به بحث گذارده می‌شود.

گفتار یکم. قرارداد سرمایه‌گذاری به مثابه قراردادی اداری

در بستر حقوق عمومی، نظریه‌های خدمت عمومی و برتری منافع عمومی رشد کرده‌اند که می‌توانند مبنایی برای دولت‌ها در تعیین شرایط سرمایه‌گذاری و تغییر در آن تلقی

1-Umirdinov, A., "The End of Hibernation of Stabilization Clause in Investment

Arbitration: Reassessing Its Contribution to Sustainable Development", Denver Journal of International Law & Policy, 2015, volume 43, Number 4, p.458

۲. زارعی، محمدحسین و آیت مولایی، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۶۳، ص ۱۷۱.

شوند. قراردادهای سرمایه‌گذاری را از اقسام قراردادهای اداری دانسته‌اند. گرایش در حقوق ایران نیز نظیر حقوق انگلستان، ارائه تعریف از قرارداد با تمرکز بر حقوق خصوصی بوده است.^۱ با این شرح، معیارهایی برای تعریف قرارداد اداری آمده است که برمی‌شماریم.

بند یکم. عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد

عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد، اولین ویژگی قراردادهای اداری است.^۲ اصل بر این است که یکی از طرفین قرارداد اداری، عمومی باشد. با این حال، ممکن است که دو طرف یک قرارداد، اشخاص خصوصی باشند، ولی به جهت موضوع قرارداد و هدف خدمت‌رسانی عمومی، آن قرارداد، اداری به شمار آید.^۳ با اکتفا بر این شاخص و با توجه به تصریح قانون مدیریت خدمات کشوری در ماده ۱۳ خود بر امکان مشارکت بخش خصوصی در امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی با نظارت و حمایت دولت، اگر بخش خصوصی در این راستا، قراردادی منعقد کند، این قرارداد را می‌توان قراردادی اداری دانست.^۴ طرفیت دولت یا نهادهای دولتی را در انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری که عمدتاً در تعریف این قرارداد نیز منعکس می‌شود،^۵ می‌توان اولین عامل اداری برشمردن این قراردادها دانست.^۶

بند دوم. هدف قرارداد

هدف انعقاد قرارداد، شاخص دیگر قراردادهای اداری است که مهم‌ترین شاخص نیز به شمار می‌رود. با این شرح، آرمان خدمت‌رسانی عمومی و برآوردن منفعت عمومی، ویژگی اصلی این دسته از قراردادهاست.^۷ نشانگر در این میان، ارتباط موجود میان فعالیت‌های اداره و رفاه عمومی است.^۸ و اساساً این هدف است که مبنایی عادلانه برای ویژگی ترجیحی حقوق عمومی تلقی می‌شود.^۹ امکان واگذاری مسئولیت‌ها از طریق بخش عمومی به

1-Mckendrick, Ewan, Contract Law, Oxford: Oxford University Press, 2008, p.21.

۲. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق‌دان، ۱۳۹۲، ص ۹۰.

۳. زارعی و مولایی، پیشین، ص ۱۷۲.

۴. همان، ص ۱۷۶.

5-Cotula, L., "Foreign investment contracts, sustainable Market Investment Briefing", 2007, available at: <https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17015IIED.pdf>, last visited :2.1.2022

۶. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۱۷.

۷. انصاری، پیشین، ص ۱۱۴.

8-Langrod, G., "Administrative Contracts: A Comparative Study", The American Journal of Comparative Law, 1955, Vol4, Issue 3, p. 329

۹. زارعی و مولایی، پیشین، ص ۱۱۷.

بخش خصوصی نیز در همین هدف محوری ریشه دارد. امروزه قراردادهای سرمایه‌گذاری به منظور اکتشاف، بهره‌برداری، توسعه منابع طبیعی،^۱ ایجاد تأسیسات جدید و زیرساخت‌های عام‌المنفعه منعقد می‌شوند. از این رو، با عنایت به هدف انعقاد نیز که شاخص اصلی قراردادهای اداری به شمار می‌رود، اداری تلقی می‌گردند.

بند سوم. حاکمیت قواعد و اصول خاص

حکمرانی قواعد خاص بر اعمال اداری، منبث از هدف قراردادهای اداری است که همانا تأمین منفعت عموم است. بر این مبنا، این مقررات را ترجیحی،^۲ اقتداری، امتیازی و حمایتی خوانده‌اند.^۳ همانا برآوردن مصالح عمومی، قواعدی فزاینده‌تر از برابری طرفین معامله - آن چنان که در قراردادهای خصوصی مبناست - می‌طلبد.^۴ با اتکا به همین قواعد، ممکن است دولت کشور میزبان، مقررات جدیدی در تغایر با شرط تثبیت مندرج در قرارداد وضع کند.

بند چهارم. وجود دادگاه‌های اختصاصی برای رسیدگی و حل فصل اختلافات

این ویژگی نیز ناشی از غایت برآوردن منفعت عام است که در ایران، شاخصی جامع به شمار نمی‌رود؛ چون بسیاری از دعاوی مربوط در محاکم عمومی بررسی می‌شود.^۵ تبیین این ویژگی به عنوان یکی از مختصات قرارداد اداری، مربوط به حقوق فرانسه است^۶ که در آن، دادگاه‌های عادی، امکان رسیدگی به پرونده‌های اداری را ندارند.^۷

1-Cotula, Lorenzo, Investment Contract and Sustainable Development, London: International Institute for Environment and Development, 2010, p. 37.

۲. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۱۵.

۳. زارعی و مولایی، پیشین، ص ۱۷۲.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۷، ص ۳۳۶.

۵. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۱۵.

۶. مولایی، آیت، «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۹۴، شماره ۸۹، ص ۱۲۳.

7-Brown, N. L. and Bell, J. S., French Administrative law, Fifth edition, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 222.

گفتار دوم. شروط تثبیت و انواع آن

نابرابری موضع طرف دولتی و طرف خصوصی، دغدغه اساسی سرمایه‌گذاران است؛^۱ چون دولت میزبان قادر است با تغییر در قوانین کشور خود، قرارداد را تغییر دهد.^۲ از این رو، هدف از شروط ثبات، تعدیل قدرت نابرابر مقامات اداری در قراردادهاست.^۳ درج این شرط، مخاطرات سیاسی را کاهش می‌دهد و برابری طرفین در قرارداد را تسهیل می‌کند. آغاز استفاده از شروط تثبیت به حدود ۱۹۳۰ در قراردادهای منعقدشده بین شرکت‌های امریکایی و کشورهای امریکای لاتین برمی‌گردد.^۴ اولین پرونده‌های اختلاف در این باره بین دهه‌های ۱۹۷۰-۱۹۸۰ و با آغاز روند ملی کردن و مصادره طرح شد.^۵

موضوع قوانین مالیاتی به دلیل امکان اثرگذاری چشم‌گیر آن‌ها بر قراردادهای سرمایه‌گذاری از مواردی بوده‌اند که از ابتدای به کارگیری شروط تثبیت در قراردادها درج شده‌اند. همچنین قوانین کار، آزادی حمل و نقل، مالکیت، ضوابط واردات و صادرات معمولاً در قراردادهای سرمایه‌گذاری تثبیت می‌شوند. تلاش سرمایه‌گذاران برای دستیابی به منابع کشورهای میزبان و نیاز کشورهای میزبان به سرمایه‌گذاری خارجی، آن‌ها را به سوی توافقی هدایت می‌کند که معمولاً دارای شرط ثبات است.^۶

بند یکم. شرط ثبات به معنای اخص

به موجب این شرط، دولت‌ها، ملتزم هستند از اختیارات خویش به عنوان یک مقام اداری در برهم زدن نظم قراردادها استفاده نکنند.^۷ دولت باید از قانون‌گذاری خاص، عام و هر اقدام دیگری پرهیزد که منجر به تغییر یا فسخ قرارداد شود. در واقع، این شرط، تغییر در

۱. شمسایی، محمد، «شرط ثبات در قراردادهای دولتی»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۶، شماره ۱۸، ص ۱۰۴.

2-Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, 3rd edn. Cambridge: Cambridge press, 2012, p. 281

۳. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۱۸.

4-Umirdinov, op. cit., p.457.

5-Cotula, L., "Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development", OECD VII Global Forum on International Investment, 1 (7), available at: <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf>>, last visited: 2.8.2021

6-Umirdinov, op. cit., pp. 455.

۷. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۱۸.

مفاد قرارداد را تنها در صورت توافق طرفین امکان‌پذیر می‌داند و عمل یک‌جانبه دولت را در خصوص آن منع می‌کند.^۱ به این وسیله، مانعی در مسیر قانون‌گذاری حکومت در خصوص موضوع سرمایه‌گذاری ایجاد می‌شود.^۲

در پرونده پارکینگ علیه لیتوانی، دیوان داوری این گونه آورد: «این حق و امتیاز انکارناپذیر برای دولت است که حق حاکمیت خویش را در زمینه قانون‌گذاری اعمال کند. دولت حق قانون‌گذاری، تغییر قوانین و نسخ قوانین را به صلاح‌دید خویش دارد و علی‌القاعده اعتراضی به تغییر در قانون وارد نیست. هر فعال اقتصادی و سرمایه‌گذار می‌داند که سرمایه‌گذاری در گذر زمان محقق می‌شود و قانون نیز در گذر زمان دخیل است و تنها آن‌چه منع شده، عمل ناعادلانه، نامعقول و تبعیض‌آمیز در اعمال قوه قانون‌گذاری خویش است».^۳

بند دوم. شرط انجماد^۴

به موجب این شرط، قانون زمان انعقاد قرارداد بر قرارداد حاکمیت می‌یابد. دولت‌ها از تغییر قوانین منع نشده‌اند، ولی این تغییر قانون نمی‌تواند بر قرارداد اثر بگذارد. به عبارتی، قانون حاکم بر قرارداد، ثابت فرض می‌شود.^۵ با این شرح، دولت می‌زبان با اعمال قانون جدید بر قرارداد حاوی شرط انجماد، خلاف شرط قراردادی عمل کرده است.^۶ شروطی با نام شرط عدم تسری^۷ و شرط عدم مداخله^۸ نیز مبین مفهومی کم و بیش نظیر شرط انجمادند. این نوع از شرط ثبات در برخی معاهدات دو یا چندجانبه یا قوانین حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نیز آمده است.^۹ علاوه بر ایرادهایی که از نظر تغایر درج چنین شرطی با حقوق

1-Umirdinov, op. cit., p.461.

۲. مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور، «تأملاتی در باب شرط ثبات در قراردادهای نفتی»، فقه و تاریخ تمدن، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۳۷، ص ۵۴.

3-ParkeringsCompagniet AS v. Lithuania (hereinafter Parkerings v. Lithuania), ICSID Case No ARB/05/8; Award on jurisdiction and merits, 11 September 2007, para. 331, available at

<http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0619.pdf>

4-Freezing Clause .

۵. شمسایی، پیشین، ص ۱۰۸.

۶. نیک‌بخت، حمیدرضا، «مروری بر قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل»، الهیئت و حقوق، بهار و تابستان ۱۳۸۴، شماره ۱۵ و ۱۶، ص ۲۰.

7-Nonapplication Clause.

8-Nonintervention Clause.

9-Howse, Robert, "Freezing Government Policy: Stabilization Clause in Investment Contract", Investment Treaty News, Issue 3, Volume 1, April 2011, p.3

اداری وجود دارد و در بخش آتی مطرح می‌شود، مقرر کردن چنین شرطی در قرارداد، قرارداد را با خلأ قانونی مواجه می‌کند. اگر قانون جدید، قانون قدیم را نسخ کند، اساساً قانون سابق اعتباری نخواهد داشت. در چنین حالتی، اگر قائل شویم که قانون جدید نیز به جهت شرط بر قرارداد حاکم نخواهد بود، با ایراد نبود قانون حاکم بر قرارداد مواجه خواهیم شد. مزید بر آن، استفاده معمول از شرط تثبیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری، اداره را با خیل عظیمی از استثنائات مواجه می‌سازد که هر یک برای زمان انعقاد قرارداد تثبیت شده‌اند. این وضعیت برای کشورهای در حال توسعه که معمولاً در ضبط و ثبت اسناد و تمهیدات دولت الکترونیک دچار ضعفند، چالشی بزرگ به شمار می‌رود.^۱

بند سوم. شرط موازنه اقتصادی^۲

در قراردادهای سرمایه‌گذاری به ویژه در حوزه انرژی که سرمایه‌گذار هزینه زیادی مصرف می‌کند، ثبات قرارداد صد چندان اهمیت می‌یابد. شروط تثبیت در معنای سنتی در پی ثبات چارچوب قانونی قرارداد به عنوان بستری قابل اتکا است که سرمایه‌گذار با توجه به آن قرارداد بسته است. با این وصف، پذیرش این دسته از شروط در نظر بسیاری از حقوق‌دانان نظام کامن لا و حقوق نوشته دشوار است.^۳

امروزه بسیاری از کشورها، به ویژه کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۴ از درج شروط تثبیت خودداری می‌کنند؛ چون قانون اساسی آن‌ها، دولت را از پذیرفتن تعهدی بازداشته است که پیشاپیش، دست دولت‌های بعدی را می‌بندد.^۵

هم‌راستا با افول درج شروط تثبیت معمول در قراردادها، محققان این بحث را پی گرفتند که باید از گونه‌ای دیگر از شروط تثبیت بهره برد. شروط تثبیت سنتی، در پی حفظ قرارداد با همان شرایط سابق بودند، اما در صورت خلف وعده توسط دولت میزبان، منفعل عمل

1-Gehne, K. and Brillo, R., "Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment", Working Paper No 2013/46, Institute of Economic Law, p.4

2-Economic Equilibrium Clause .

3-International Financial Corporation, "Stabilization Clauses and Human Rights", A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, 2008, available at: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/502401468157193496/pdf/452340WP0Box331ation1Paper01PUBLIC1.pdf> , last visited: 15.1.2022

4-OECD.

5-Cameron, P., International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, Oxford: Oxford Press, 2010, p.17 .

می‌کردند. در ضمن، شروط یادشده معمولاً صلاحیت قانون‌گذاری دولت‌های میزبان را نشانه می‌رفتند که با قانون اساسی آن کشورها مغایر بود. وانگهی این دسته از شروط تنها منافع سرمایه‌گذار را در خصوص تغییرات در نظر می‌گرفت، در حالی که شروط موازنه در پی برآوردن منافع هر دو طرف است.

با این شرح، شرط موازنه نه تنها برای سرمایه‌گذار قابل استناد است، بلکه دولت میزبان نیز می‌تواند از آن بهره‌مند گردد. معمولاً سرمایه‌گذار از این تغییرات متضرر می‌گردد، اما هیچ تضمینی نیست که همواره در تجارت و اقتصاد بر یک پاشنه بچرخد. البته زیان دولت میزبان از برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد نیز متصور است.^۱ ضمن این‌که ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری برای منابع طبیعی مثل نفت و گاز نیز متغیر و متزلزل است و به دلیل نوسان شدید در بازار، هر دو طرف سرمایه‌گذار و دولت ممکن است متضرر شوند. همین موضوع ایجاب می‌کند که هنگام قرارداد، بیش از آن‌که به ثبات قانون حاکم بیندیشند، تعادل اقتصادی قرارداد را در نظر بگیرند. به هر حال، شرط موازنه اقتصادی، به هر دو طرف، فضایی باز برای تنظیم تعادل اعطا می‌کند.^۲

این شرط که شرط ثبات اقتصادی نیز نامیده شده است،^۳ امروزه در بیش‌تر قراردادهای دولتی به چشم می‌خورد. اقبال امروزه به شرط موازنه به این دلیل است که دو عنصر مهم در قراردادهای سرمایه‌گذاری را در نظر دارد؛ ثبات و انعطاف.^۴ این شرط به دنبال حفظ منافع مالی سرمایه‌گذار و خسران مالی ناشی از تغییر قوانین است.^۵ شرط ثبات اقتصادی که ممکن است در قالب شرط موازنه اقتصادی کامل یا جزئی متبلور شود، ماهیت ترمیمی دارد. تأکید آن نیز بر جبران خسارت اقتصادی است، نه منع از وضع یا شمول قانون.^۶ امکان برهم خوردن این موازنه، به ویژه در سرمایه‌گذاری‌های مربوط به حوزه انرژی به دلیل پیچیده و فنی بودن موضوع و امکان وقوع تغییرات متعدد در عرصه‌های سیاسی، فنی،

1-Daniel, P., Keen, M. and Mcpherson, C., The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice, London: Routledge, 1th edition, 2010, p.115

2-Umirdinov, op. cit., p.456 .

۳. مافی و تقی‌پور، پیشین، ص ۵۵.

4-Salacuse, J. W., "Renegotiating International Project Agreements", Fordham International Law Journal, Volume 24, Issue 4, 2000, pp. 1317

۵. شمسایی، پیشین، ص ۱۱۰.

6-United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Principles for Responsible Contracts Integrating Investor Contract Negotiations, Geneva: United Nations Pub- - The Management of Human Rights Risks into State lication, 2015, p. 20

اقتصادی و مقرراتی بیش‌تر وجود دارد. چنین رخدادی، محل رویارویی اصل الزام‌آور بودن قراردادهای اصل تغییر شرایط است.^۱ با این شرح، استناد به اصل الزام‌آور بودن قراردادهای به جهت این‌که شرایط قرارداد تغییر کرده و نظم اقتصادی تصویرشده توسط قرارداد مشوّش شده است، میسر نیست.^۲ مزیت اصلی شروط موازنه، مشارکت آن‌ها در نگاه‌داشت حسن ارتباط و فضای مذاکره و گفت‌وگو میان کشور میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است.^۳

گفتار سوم. شرط موازنه اقتصادی از منظر حقوق اداری

اعتبار شروط تثبیت در مقام تئوری، همواره موضوع بحث‌های حقوقی عدیده بوده است.^۴ لازم به توضیح است که رویکرد حقوق اداری با حقوق قراردادهای و تجارت در خصوص شرط ثبات متفاوت است. غایت حقوق اداری، برآوردن منفعت عام است و قرارداد با اشخاص نمی‌تواند بر این منفعت اثر بگذارد. حال آن‌که پاسداشت قرارداد، مبنای حقوق تجارت به شمار می‌رود و عنان پیچیدن از عهد به هر دلیل، ولومنفعت عموم را موجه نمی‌داند. حاکمیت دولت در اعمال تصدی‌گری خویش، عام و مطلق است^۵ و این حق عام را نمی‌توان با درج شروط تثبیت در قرارداد، اسقاط‌شده دانست.^۶ دولت‌ها، فرآیند ملی کردن را برای دستیابی به حداکثر منافع از منابع طبیعی سرزمین خود انجام می‌دهند. در همین راستا، اقدامات دیگری نظیر افزودن بر مالیات از استخراج این منابع طبیعی مثل نفت و گاز صورت می‌گیرد.^۷ تلقی شرط تثبیت به عنوان مانعی در راستای این اعمال، با اصل حاکمیت دولت‌ها بر منابع سرزمینی در تعارض است.

۱. شیروی، عبدالحسین و فریده شعبانی جهرمی، «مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی»، مطالعات اقتصاد انرژی، پاییز ۱۳۹۱، شماره ۳۴، ص ۱۶۸.

2-Van Houtte, H., Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, in Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Paris: ICC Publication, No. 480/4, 1993, p.111

۳. نمونه‌ای از شروط موازنه اقتصادی در قرارداد نمونه مشارکت در تولید استان کردستان آمده است که به این شرح است: «اگر در هر زمانی پس از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قرارداد، تغییری در آن چارچوب مالی و یا اقتصادی آن بر اساس قانون منطقه کردستان یا سایر قوانین قابل اجرا در منطقه کردستان ایجاد شود و پیمان‌کار از این رهگذر، متحمل زیان گردد، شرایط و ضوابط قرارداد باید طوری تغییر داده شود که پیمان‌کار را به حالت موقعیت اقتصادی پیشینی بازگرداند که اگر چنین تغییری در چارچوب قانونی، مالی و یا اقتصادی رخ نمی‌داد، در آن موقعیت قرار داشت».

4-Loncle, J. M., Philibert Pollez, D., "Stabilization Clauses in Investments Contracts", INT'L Bus. L.J., 2009, p. 278.

5-Development Agreements", 28 Virginia Journal of International Law, 1987, No.8, p. 1041.

۶. شمسایی، پیشین، ص ۱۰۹.

7-Oyewunmi, T., "Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Contracts: Examining the Problems and Key Issues", The Oil, Gas & Energy Law Intelligence (OGEL, ISSN 1875 418X) Journal, 9, 2011, p.12

اصل حاکمیت قانون به عنوان یکی از اصول بلامنازع حقوق عمومی به مثابه منطبق بودن تمامی اقدامات اداری با قانون است.^۱ در خصوص این که چه قانونی بر قرارداد سرمایه‌گذاری حکم‌فرماست، نظر غالب، حاکمیت قانون ملی کشور میزبان به دلیل اداری بودن قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی و خروج آن‌ها از شمار معاهدات بین‌المللی است.^۲ استثنا ساختن قرارداد سرمایه‌گذاری از قوانین آتی ملی - آن گونه که در شروط تثبیت به مفهوم سنتی مورد نظر است - موجد دخالت در قانون حاکم بر قرارداد است؛ چون اساساً قانون‌گذاری به منظور تمهید نیازهای احاد جامعه صورت می‌گیرد و تعهد ذاتی دولت‌ها به پاسداشت منفعت عامه، از طریق درج شرط تثبیت قابل سلب نیست.^۳

در ضمن، به عنوان یک اصل، قوه مجریه نمی‌تواند صلاحیت قوه مقننه را در قانون‌گذاری محدود کند. وانگهی امکان چنین لگام زدنی بر صلاحیت تقنینی توسط خود قوه مقننه نیز با تردیدهای فراوانی روبه‌روست.^۴ در آرای داوری، گاهی چنین شرطی پذیرفته شده^۵ و در آرای دیگری، پذیرش چنین شرطی به درج صریح آن و مقید بودن آن به قید زمان وابسته دانسته شده است.^۶ توجه به این نکته ضروری است که تعهد دولت به تثبیت یا انجماد تا پایان عمر قرارداد است که ممکن است بازه زمانی درازمدتی را شامل شود.^۷

اداره نمی‌تواند بر سر صلاحیت حاکمیتی خویش معامله کند و اقتدارش را به این وسیله مخدوش سازد.^۸ این که شروط تثبیت قانون حاکم بر قرارداد را به قانون زمان انعقادش تثبیت می‌کنند، به این معناست که دولت میزبان را از تصویب قوانین در خصوص سرمایه‌گذاری باز داشته‌اند.^۹ این شرط در عمل نمی‌تواند دولت را از تصویب قوانین در این

۱. منصوری‌نیا، زینب، «اصل حاکمیت قانون در سازمان‌های اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، قانون‌یار، سال پنجم، بهار ۱۴۰۰، شماره ۱۷، ص ۸۸۰.

۲. مزارعی، غلام‌حسن و مسعود آرای، «موانع حقوقی انعقاد قرارداد مشارکت در شهرداری‌ها از منظر حقوق اداری ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۳، ص ۱۳۸.

3-Berger, K. P., "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contract: The Role of Contract Drafters and Arbitrators", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, 36, p. 1360

4-Delaume, Ibid, p. 29.

5-Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco), Award, 23 Aug 1958.

6-The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL) Award of May 24, 1982

۷. پیران، حسین، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹، ص ۸۶.

۸. زارعی و مولایی، پیشین، ص ۱۷۳.

9-Katja, G. and Brillo, Romulo, stabilization clauses in international investment law: Beyond Balancing and Fair Equitable Treatment, 2017, p. 8

خصوص منع کند، آن گونه که دیوان داوری ایکسپد در پرونده پارکینگ علیه لیتوانی^۱ آورده است.^۲ دولت‌ها حق بر قانون‌گذاری، تغییر و اصلاح قوانین، با وجود شروط تثبیت را دارند؛ چون اساساً قوانین و مقررات در بستر زمان رشد می‌یابند؛ حقی که نمی‌توان از دولت‌ها به جهت شروط قراردادی‌شان سلب کرد. با این وصف، درج این شرط می‌تواند منجر به صدور حکم به خسارت سنگین‌تری نسبت به زمانی شود که این شرط وجود ندارد.^۳ ایرادهای یادشده در شروط موازنه وجود ندارد؛ چون بر خلاف شرط ثبات و انجماد، اولاً صلاحیت قانون‌گذاری دولت‌ها هدف قرار نگرفته، بلکه تنها مقرر شده است در صورت قانون‌گذاری و بر هم خوردن موازنه اقتصادی قرارداد، خسارت واردشده به سرمایه‌گذار از این نظر جبران شود.^۴ ثانیاً اختلالی به موجب شرط یادشده در تصویب قوانین یا تسری آن‌ها به قرارداد سرمایه‌گذاری وارد نشده است. با این حال، اگر قانون مصوب پس از انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری، شرایط سرمایه‌گذار را به نسبت زمان انعقاد قرارداد بدتر سازد و موازنه قراردادی را بر هم بزند، تفاوت پدیدآمده باید برای سرمایه‌گذار جبران شود.^۵ هم‌چنین تعقیب منفعت عمومی ایجاب می‌کند اداره، قدرت لازم برای دستیابی به آن را اعم از تنظیم، تغییر و خاتمه قراردادهای داشته باشد؛ چون هم‌گامی اعمال اداره با منافع عمومی، چه بسا تغییر در قراردادهای یا خاتمه آن‌ها را ایجاب کند.^۶ با این شرح و از آنجایی که دستیابی به منفعت عمومی، منطقی اصلی اقدامات اداری است، درج شروط تثبیت، در عمل، مجال روزآمدسازی قراردادهای را از اداره سلب می‌کند. شروط موازنه به دلیل این‌که محدودیتی در این قابلیت اداره ایجاد نمی‌کنند، با چنین ایرادی نیز مواجه نخواهند بود. یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های شروط موازنه این است که کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه‌یافته در اعتبار آن‌ها تردید ندارند.^۷ این شرط به این دلیل نیز اهمیت دارد که هم حق دولت برای تغییر قوانین و هم منافع سرمایه‌گذار را در نظر می‌گیرد.^۸ به طور

Parkerings v Lithuania I.

ICSID Case No. ARB/05/8, 3322.

Maniruzzaman, A. F. M., "The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Ap.praisal of the Emerging Trends", Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2, p. 126
Delaume, op. cit., p. 264.

۵. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۳۱.

۶. عباسی، بیژن، **حقوق اداری**، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵، ص ۱۹۴.

Erkan, M., International Energy Investment Law, Stability through Contractual Clauses, London: Kluwer Law7
and Business, 2011, p. 159

۸. سیدمرتضی حسینی، راحله، بهرام تقی‌پور، مهدی عباسی سرمدی و فاطمه امیری، «مذاکره مجدد در قراردادهای بالادستی صنعت نفت از منظر حقوق و اخلاق»، پژوهش‌های اخلاقی، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۳۴، ص ۱۳۰.

کلی، شروط موازنه و مذاکره مجدد معمولاً در قراردادهای سرمایه‌گذاری به ویژه در منابع طبیعی در کنار هم در یک قرارداد درج می‌شود و مانع به چالش کشیده شدن حاکمیت کشور میزبان می‌گردند.^۱

گفتار چهارم. شیوه اعمال شروط موازنه اقتصادی

شروط موازنه اقتصادی با تکیه بر اصل «نه منفعت، نه زیان»^۲ در پی برقراری مجدد تعادل اقتصادی قراردادند که به دلیل اعمال یک‌جانبه دولت نظیر مصادره یا تغییر قوانین مالیاتی بر هم خورده است،^۳ به صورتی که نظم پیشین قرارداد به آن برگردد.^۴ هدف در چنین روندی، بازگرداندن تعادل به قرارداد به شیوه و در حدودی است که در قرارداد تصریح شده است.^۵ بر این مبنا، طرفی که اعمال شرط موازنه را درخواست می‌کند، به تغییر اوضاع و احوال^۶ استناد می‌جوید، در حالی که طرف مقابل عمدتاً به اصل الزام قرارداد^۷ متمسک می‌شود.^۸

بند یکم. مذاکره به منظور بازیابی تعادل قراردادی^۹

این شرط، طرفین قرارداد را برای دستیابی مجدد به نظم قراردادی، به مذاکره به مثابه فرآیندی ملزم می‌کند که اعضای مذاکره‌کننده با تشریک مساعی در پی رسیدن به راه حلی مشترکند که نتیجه آن به نفع هر دو طرف باشد.^{۱۰} لازم است چنین شرطی از

1-Erkan, op. cit., p.150.

2-no profit no loss rule .

3-Maniruzzaman, op. cit., p. 119.

4-Horn, N., «Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Law and International Law, - of - law - the - in - diversity - and - uniformity - norbert - koeln.de/113800/_/horn - 1985, available at: <http://translex.uni-commercial-international-of-law-transnational-the-schmitthoff-horn-in-contracts-commercial-international-london-frankfurt-am-1982-3-et-seq/> last visited:3.3.2022 - boston - antwerp - transactions -

5-Berger. op. cit., p. 1365.

6-rebus sic stantibus.

7-pacta sunt servanda.

8-Erkan op. cit., p.159.

9-Negotiated Economic Balancing (NEB)

۱۰. علی‌خانی، محمد، «راه‌کارهای برون‌رفت از بن‌بست‌های مذاکراتی و حل تعارض مسائل نفتی»، پژوهش‌های حقوقی، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۳۵، ص ۲۶۳.

شرط مذاکره که ناظر به حل و فصل اختلافات است، تفکیک شود.^۱ شرط یادشده مستلزم مذاکره پیش از ارجاع امر به داوری یا مرجع قضایی است و شروط داوری چندلایه‌ای نیز نامیده شده است.^۲

هم‌چنین شروط مذاکره مجدد را که به صورت عام و در شرایط تغییر اوضاع و احوال در قراردادها وجود دارند، از شرط موضوع بحث باید تمیز داد. هدف از مذاکره قسم اول، تنها بازگرداندن موازنه اقتصادی به قرارداد است،^۳ حال آن‌که شروط دسته دوم، صرف نظر از موجبات اختلاف بین طرفین، در صورت وقوع وقایع خاص تعیین‌شده در قرارداد، این امکان را برای سرمایه‌گذار فراهم می‌آورد تا در صورت برهم خوردن نظم سابق قرارداد، مجدداً مذاکره^۴ و کل قرارداد یا شروط خاصی از آن را بازبینی کنند.^۵ در واقع، این مذاکره، فرآیندی است که در آن، طرفین برای انطباق قرارداد با شرایط جدید یا تقاضای جدید می‌کوشند^۶ تا از انحلال قرارداد جلوگیری کنند.^۷ پس اعم از مذاکره برای موازنه اقتصادی است، اگر چه عمده موضوع تغییر شرایط و اوضاع و احوال، اقتصادی باشد.

در خصوص شرط موازنه اقتصادی باید دانست که الزام به مذاکره لزوماً به معنای توافق نیست.^۸ در واقع، این تعهدی به نفس مذاکره و نیز مذاکره با حسن نیت است.^۹ لزوم حسن نیت در مذاکره به مثابه تعهد به پیشبرد اهداف مذاکره و نه صرفاً تعهد به صورت مذاکره است که مستلزم تلاش جدی، انعطاف‌پذیری و توجه به نیازها و مواضع طرف مقابل است.

۱. شیروی، عبدالحسین و محمدجواد کاظمی، «بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی»، نشریه حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۰۴، ص ۲۱۵.

2-Multitier Dispute Resolution Clauses.

3-Gotanda, J.Y., "Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2004, 36(1461), p.146

4-Al Qurashi, Zeyad A., "Renegotiation of International Petroleum Agreements", Journal of International Arbitration, 22(4), 2005, p. 265

5-Momberg Uribe, R., The Effect of Change of Circumstances on the Force of Contracts, Netherland: Intersentia, 2011, p. 38

۶. شیروی و شعبانی جهرمی، پیشین، ص ۱۶۳.

۷. ابراهیمی، سید نصرالله، هدایت فرخانی و ساحله حمزه‌نهاد، «تغییر بنیادین اوضاع و احوال در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز: مطالعه موردی حقوق ایران و کامن‌لا»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، پاییز ۱۴۰۰، شماره ۸، ص ۸۰.

8-Bernardini, op. cit., p. 105.

۹. سیدمرتضی حسینی، تقی‌پور، عباسی سرمدی و امیری، پیشین، ص ۱۳۰.

با این حال، تعهد به مذاکره، تعهد به فعل است و نه نتیجه و صرف نرسیدن به توافق منجر به مسئولیت یک طرف نمی‌شود.^۱

بر همین مبنا، احتمال به نتیجه نرسیدن شروط موازنه اقتصادی از طریق مذاکره زیاد است. از این رو، همواره در خصوص موفقیت شروط مذاکره تردیدهایی هست؛ چون آن‌ها توافق بر توافق^۲ نیستند، بلکه توافق برای مذاکره^۳ به شمار می‌روند. به همین دلیل، عده‌ای معتقدند که علی‌الاصول، چون هیچ تضمینی نیست که مذاکره بتواند به ثمر برسد و تعادل را به قرارداد برگرداند، فایده چندان بر تصریح به این شرط در قراردادها مترتب نیست.^۴ در پاسخ به این مدعا، به کارنامه این قسم مذاکرات مجدد به منظور بازایی تعادل اقتصادی قراردادی استناد شده که تا حدود قابل قبولی، موفقیت‌آمیز بوده است.^۵

ایراد دیگری که بر این شرط وارد شده، این است که با وجود فراهم آوردن انعطاف قراردادی ممکن است منجر به ابهام و عدم قطعیت قرارداد شود.^۶ دشواری در تدوین این شرط، یکی از عوامل تمایل نداشتن به درج آن‌ها در قرارداد ذکر شده است.^۷ این نکته نیز نباید از خاطر برود که مذاکره اصولاً مستلزم قضاوت شخص ثالثی نیست،^۸ ولی تعیین اشخاص ثالث برای تصمیم‌گیری در این خصوص نیز متصور است. ناکامی در مذاکره با هدف دستیابی به موازنه مجدد می‌تواند از طریق اعطای اختیار به اشخاص ثالث برای ایجاد تغییرات مقتضی در قرارداد یا پرداخت خسارت به سرمایه‌گذار جبران شود.

بند دوم. شرط تعدیل خودکار^۹

در این گونه از شروط موازنه، قرارداد به صورت خودکار با شرایط مقرر در قرارداد اصلاح خواهد شد. با این شرح، اعمال این شرط ممکن است مستلزم مذاکره و توافق میان طرفین

۱. نامدار زنگنه، محمد و سید حسین طباطبایی، «مذاکره مجدد؛ انعکاس نیاز به استمرار تعادل مالی اقتصادی در قراردادهای صنعت نفت و گاز»، پژوهش‌های حقوقی، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳۹، ص ۵۳.

2-an agreement to agree.

3-an agreement to negotiate.

4-Alexander, F.C., "The Three Pillars of Security of Investment Under PSCs and Other Host Government Contracts", Institute for Energy Law of the Centre for American and International Law's FiftyFourth Annual Institute on Oil and Gas Law (Publication 640, Release 54), Lexis Nexis Mathew Bender, 2003, p.72

5-Erkan, op. cit., p. 150.

۶. نامدار زنگنه و طباطبایی، پیشین، ص ۵۲.

7-Berger, op. cit., p. 1362.

۸. علی‌خانی، پیشین، ص ۲۶۵.

9-Stipulated Economic Balancing (SEB)

باشد، ولی چارچوب و فرمول مذاکره در قرارداد تبیین شده است. از مزایای این شیوه، انعطاف‌پذیر شدن قرارداد و ایجاد ثبات در آن و احتمال بیش‌تر به ثمر نشستن آن به دلیل از پیش مقرر بودن شرایط تعدیل است. البته این نظر نیز مطرح شده است که در خصوص شروط خودکار نیز هیچ ضمانتی نیست که دولت شروط را اعمال کند.^۱ نمونه بارز این شرط را می‌توان در پرونده برلینگتون علیه اکوادور دید.^۲ نکته مهم در این پرونده این است که در این قرارداد ابتدا اقتصاد قرارداد به ضرر کشور میزبان برهم خورده بود و اکوادور با توجه به سهم مشارکت تعیین‌شده در قرارداد برای برلینگتون، از تغییرات شدید قیمت نفت متضرر می‌شد. در این پرونده، اکوادور پس از ناکامی در مذاکره برای تغییر میزان مشارکت سرمایه‌گذار در پروژه، در سال ۲۰۰۶، مالیات بر اضافه عایدی ناشی از افزایش قیمت نفت را معادل ۵۰ درصد و در سال بعدی به ۹۹ درصد افزایش داد. در نتیجه، سرمایه‌گذار با استناد به برهم خوردن توازن قرارداد، متقاضی اعمال مجدد شد. با این حال، شرایط قراردادهای نشان می‌داد که ممکن است هر یک از طرفین قرارداد اعم از کشور میزبان یا سرمایه‌گذار، از برهم خوردن موازنه اقتصادی متضرر شود و مآلاً به شرط موازنه تمسک جوید.

نکته ظریفی که دیوان داوری در این پرونده به آن اشاره کرد، این است که قرارداد صرفاً واجد شرط مذاکره مجدد نیست، بلکه حاوی گونه‌ای شرط تثبیت است که شیوه و فرمول دستیابی مجدد به «اقتصاد قرارداد» در آن تبیین شده است. در واقع، به موجب رأی داوری، طرفین ملزم دانسته شدند ضرایب تصحیحی را اعمال کنند که پس از تغییر مالیات‌ها، تعادل را به قرارداد برمی‌گرداند. از منظر بسیاری از صاحب‌نظران، این پرونده اثبات کرد که اگر شروط موازنه به صورت درست در قرارداد تنظیم شوند، چه قدر می‌توانند کارآمد باشند و راه را بر کارشکنی دولت‌ها در اعمال شروط موازنه ببندند. در این قرارداد، گونه‌ای شرط دولایه موازنه وجود داشت که لایه اول، ناظر بر اعمال ضرایب تصحیح و لایه دوم، ناظر بر شیوه محاسبه آن‌ها بود.

با این وصف، شرط موازنه خودکار را باید کارآمدترین دسته شروط موازنه دانست؛ چون با تبیین شیوه بازگرداندن تعادل به قرارداد و وابسته نکردن آن به صرف مذاکره طرفین، موفق‌تر عمل کرده است.

1-Alexander, op. cit., p.73.

2-Burlington Res., Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability 323(Dec. 14, 2012), <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw0940.pdf>

بند سوم. شروط موازنه اقتصادی نامعین^۱

در این دسته از شروط موازنه اقتصادی، به برقراری مجدد تعادل اقتصادی در صورت بر هم خوردن آن اشاره شده، اما به طبیعت و طریق خاصی برای دستیابی به آن تصریح نشده است. چنین شرطی، در مقام عمل، دستیابی سرمایه‌گذار را به موازنه مجدد دشوار می‌کند؛ چون تمهیدات مقتضی در این خصوص در قرارداد تبیین نشده است. این شرط می‌تواند دستاویزی برای دولت میزبان قرار گیرد و موجب ابهام و افزایش هزینه‌های قراردادی شود.^۲

نخستین گام در چنین شرطی نیز مذاکره است. به صورت کلی، مذاکره در فرآیند شرط موازنه اقتصادی در قرارداد نهفته است.^۳ اگر به نتیجه رسید، مراد حاصل می‌شود، ولی در صورت بی‌نتیجه بودن مذاکره، اگر به دلیل حسن نیت نداشتن یکی از طرفین باشد، مطالبه خسارت متصور است.^۴ در غیر این صورت، یکی از طرفین می‌تواند موضوع را به داوری ارجاع دهد.^۵

شروط موازنه اقتصادی معمولاً بر حسب موقعیت جغرافیایی، قانونی و رشته‌ای که در خصوص آن سرمایه‌گذاری می‌شود، ممکن است متفاوت باشد. با این حال، این شروط در یک نقطه مشترکند و آن این است که آن‌ها در پی محدودسازی امکان تغییر در قوانین کشور میزبان نیستند، بلکه برآنند موازنه برهم خورده ناشی از این تغییر را به نوعی به قرارداد برگردانند.^۶

1-Nonspecified Economic Balancing (NSEB).

۲. سیدمرتضی حسینی، تقی‌پور، عباسی سرمدی و امیری، پیشین، ص ۱۳۰.

3-De Kwant, M., Emerging Oil and Gas Economies: Mitigating Legal, Political and Economic Risks of Foreign Investors in the Russian Federation (Part A), 14 INT'L TRADE & BUS. L. REV. 174, 2011, p. 207

4-Momberg, op. cit., p.231.

5-Bernardini, op. cit., p. 110.

6-Umirdinov, op. cit., p.467.

نتیجه‌گیری

امروزه اثرگذاری سرمایه‌گذاری خارجی بر توسعه کشورها امری مفروغ^۱ عنه است. این رو، کشورها، به ویژه کشورهای در حال توسعه برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی تلاش می‌کنند. نزدیک به یک قرن است که کشورها از شروط تثبیت به منظور فراهم آوردن بستر مورد نیاز و قطعیت قانونی برای سرمایه‌گذاران،^۲ کاستن از خطر سیاسی^۳ و تشویق آن‌ها به سرمایه‌گذاری استفاده می‌کنند. با این حال، شروط ثبات به معنای سنتی، امروزه تا حدودی به دلیل ناکارآمدی و تطابق نداشتن با موازین حقوق عمومی، مهجور شده‌اند. پس شروط ثبات را نمی‌توان مانعی در راستای قانون‌گذاری در زمینه منفعت عمومی دانست. حتی شروط انجماد نمی‌تواند دولت را از اعمال حاکمیت خویش محروم کند.^۴

حفظ موازنه برقرارشده در قرارداد، هدف از درج شروط ثبات است. این موازنه گاه با منع دولت‌ها از برهم زدن آن تداوم می‌یابد (شروط تثبیت به معنای عام) و گاه با جبران مابه‌ازای مالی در صورت مختل شدن آن توسط اقدامات اداری (شروط موازنه) به قرارداد بازمی‌گردد.^۵ با این شرح، شروط تعادل که خسارت اقتصادی ناشی از تغییر قانون را پوشش می‌دهد، گونه نوین شروط تثبیت به شمار می‌رود. این دسته از شروط معمولاً دربردارنده شرط برای مذاکره هستند و گاهی دخالت شخص ثالث نظیر داور نیز در مواردی تعیین می‌شود که مذاکره ره به جایی نمی‌برد.

شرط موازنه علاوه بر هماهنگی با مقتضیات روز سرمایه‌گذاری، با مبانی حقوق اداری نیز هم‌خوان‌تر است؛ چون در اختیار قانون‌گذاری دولت‌ها اختلالی وارد نمی‌آورد^۶ و مجال تعقیب منفعت عام را از رهگذر تصویب قوانین و تغییر آن‌ها فراهم می‌آورد. این شروط در میان کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی نیز به کار می‌رود که معمولاً ناظر به قانون‌گذاری تبعیض‌آمیز است. هم‌چنین قانون‌گذاری در خصوص امنیت، بهداشت عمومی و محیط زیست از شمول آن استثنایافته است. البته ریسک تغییر قانون‌گذاری در کشورهای عضو این سازمان به مراتب، کم‌تر از کشورهای در حال توسعه است.^۷

1-Gehne, and Brillo, op. cit., p. 5.

2-Faruque, A., "Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Functional Value", Journal of International Arbitration, 2006, 23(4), p.321

۳. مافی و تقی‌پور، پیشین، ص ۵۲.

4-Maniruzzaman, op. cit., p. 126.

۵. عباسی و سهرابلو، پیشین، ص ۱۱۸.

6-Cotula, op. cit., p.158.

7-Gehne, and Brillo, op. cit., p.12.

نظریات مختلفی در خصوص این شروط ذکر شده است. در نكوهش آن آمده است كه آن گونه كه از شرط تثبیت انتظار می‌رود، نمی‌توانند دولت میزبان را از تغییر قوانین منع كنند.^۱ علاوه بر آن، ممكن است بر دولت‌ها، هزینه بیش‌تری تحمیل كنند كه از خسارت نقض شرط تثبیت نیز افزون باشد.^۲ همچنین گفته‌اند كه باز كردن امكان گفت‌وگو میان طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری از مزایای این دسته از شروط است، اما ایرادی كه دارند، این است كه باب مذاكره‌ای را باز می‌كنند كه ممكن است به این سادگی بسته نشود. پس آن گونه كه ادعا شده است، ابزاری كارآمد نیست^۳ و نه تنها مانع بروز چالش به شمار نمی‌رود، بلكه می‌تواند به چالشی بزرگ برای به نتیجه رسیدن مذاكرات تبدیل گردد. در واقع، مذاكره مجدد یا مراجعه به شخص ثالث می‌تواند تعهدات طرفین را با دشواری مواجه سازد و خود، ثبات قراردادی را مخدوش كند.^۴

در پاسخ به ایرادهای یادشده باید گفت كه نه تنها شرط موازنه، بلكه درج شروط تثبیت به معنای سنتی نیز نمی‌تواند در عمل، كشور میزبان را از وضع و اعمال قوانین در خصوص سرمایه‌گذاری منع كند؛^۵ چون این حق اساساً از حقوق قابل سلب نیست. با این حال، به نظر می‌رسد كه شرط موازنه از چند جهت مطلوب باشد. از منظر سرمایه‌گذار، درج آن در قرارداد تا حدودی می‌تواند امنیت خاطر برای سرمایه‌گذاری را فراهم كند و از سوی دیگر، موازنه اقتصادی هنگام انعقاد قرارداد را قابل اتكا سازد و مآلاً زمینه تداوم قرارداد را به مثابه طرح همکاری بلندمدت میان طرفین فراهم آورد. همچنین در صورت برهم خوردن موازنه، مطالبه خسارت را برای سرمایه‌گذار آسان سازد.

از منظر كشور میزبان نیز شرط یادشده می‌تواند سودمند باشد؛ چون جای‌گزینی شروط موازنه با شروط تثبیت سنتی، ضمن حفظ قواعد حقوق اداری، امكان اتكا به تعادل قراردادی برای كشور میزبان را نیز فراهم خواهد آورد. پرونده برلینگتون به روشنی نشان می‌دهد كه ممكن است تعادل قراردادی به نفع سرمایه‌گذار برهم بخورد. علاوه بر این، خسارت پرداختی توسط دولت در شروط موازنه اقتصادی به مراتب، كم‌تر از شروط تثبیت است. از منظر كارآمدی عملی نیز اگر شرط موازنه به درستی و دقت تنظیم شود، می‌تواند كارآمدی بیش‌تری نسبت به شروط تثبیت داشته باشد. امروزه هم توسط سرمایه‌گذار و

1-Eljuri, E. & Treviño C., "Political Risk Management in Light of Venezuela's Partial Nationalization of the Oil field. Services Sector", Journal of Energy and Natural Resources Law, Forthcoming, 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1550972> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1550972>, last visited: 3.3.2022, p.15

2-Maniruzzaman, op. cit., p.126.

3-Berger, op. cit., p.1338.

4-Gotanada, op. cit., p.1461.

5-Erkan, op. cit., pp. 139-140.

هم دولت‌ها مفروغ^۱ عنه است که نتیجه نقض تعهد تثبیت سنتی، صرفاً امکان مطالبه خسارت توسط سرمایه‌گذار است، نه منع دولت میزبان از وضع و اعمال قوانین. رأی داوری در پرونده برلینگتون که می‌توان آن را نقطه عطفی در خصوص شروط موازنه دانست،^۲ مبین این موضوع مهم است که اعمال ظرافت در تنظیم شروط موازنه خودکار و تعیین مقیاسی برای تعدیل نظیر ضریب تصحیح که در قرارداد مربوط درج شده بود، چارچوب اقدام در قالب مذاکره را تعیین می‌کند و احتمال موفقیت در آن را به صورت چشم‌گیری افزایش می‌دهد.

چون هدف کلی از درج شروط تثبیت به مفهوم عام کلمه، تحدید ریسک‌های سیاسی ناشی از سرمایه‌گذاری بلندمدت در کشور خارجی است^۳ و شروط موازنه علاوه بر این امر، تا حدودی، تعادل و توازن میان حق دولت میزبان را در قانون‌گذاری و انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی برقرار می‌کند،^۴ امروزه با اقبال روبه‌رو شده است.

1-Umirdinov, op. cit., p. 457.

2-Bernardini, op. cit., p. 98.

۳. میهمی، پیشین، ص ۲۵۹.

فهرست منابع ۱. فارسی

الف) کتاب

۱. انصاری، ولی‌الله، کلیات حقوق قراردادهای اداری، تهران: حقوق دان، ۱۳۹۲.
۲. پیران، حسین، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۹.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۴. عباسی، بیژن، حقوق اداری، تهران: دادگستر، ۱۳۹۵.

ب) مقاله

۱. ابراهیمی، سید نصرالله، هدایت فرخانی و ساحله حمزه‌نهاد، «تغییر بنیادین اوضاع و احوال در قراردادهای بالادستی صنعت نفت و گاز: مطالعه موردی حقوق ایران و کامن‌لا»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، پاییز ۱۴۰۰، شماره ۸، صص ۶۵ - ۹۰.
۲. بهمنی، محمدعلی و نجمه تقوی، «مبانی دکترین انتظارات مشروع در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره هشتم، ۱۳۹۶، شماره ۲، صص ۴۷۵ - ۴۹۸.
۳. زارعی، محمدحسین و آیت مولایی، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۶۳، صص ۱۶۹ - ۲۰۸.
۴. سیدمرتضی حسینی، راحله، بهرام تقی‌پور، مهدی عباسی سرمدی و فاطمه امیری، «مذاکره مجدد در قراردادهای بالادستی صنعت نفت از منظر حقوق و اخلاق»، پژوهش‌های اخلاقی، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۳۴، صص ۱۲۳ - ۱۴۴.
۵. شمسایی، محمد، «شرط ثبات در قراردادهای دولتی»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۶، شماره ۱۸، صص ۱۰۳ - ۱۳۰.
۶. شیروی، عبدالحسین و فریده شعبانی جهرمی، «مذاکره مجدد در قراردادهای سرمایه‌گذاری نفتی»، مطالعات اقتصاد انرژی، پاییز ۱۳۹۱، شماره ۳۴، صص ۱۶۱ - ۱۸۴.
۷. شیروی، عبدالحسین و محمدجواد کاظمی، «بررسی شرط مذاکره در حل و فصل اختلافات تجاری با توجه به رویه قضایی بین‌المللی»، نشریه حقوقی دادگستری، زمستان ۱۳۹۷، شماره ۱۰۴، صص ۲۱۵ - ۲۳۸.

۸. عباسی، بیژن و علی سهرابلو، «شرط ثبات در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی از منظر حقوق اداری»، پژوهش حقوق عمومی، ۱۳۹۹، شماره ۶۸، صص ۱۱۱ - ۱۴۰.
۹. علی‌خانی، محمد، «راه‌کارهای برون‌رفت از بن‌بست‌های مذاکراتی و حل تعارض مسائل نفتی»، پژوهش‌های حقوقی، پاییز ۱۳۹۷، شماره ۳۵، صص ۲۶۳ - ۲۸۵.
۱۰. مافی، همایون و محمدحسین تقی‌پور، «تأملاتی در باب شرط ثبات در قراردادهای نفتی»، فقه و تاریخ تمدن، پاییز ۱۳۹۲، شماره ۳۷، صص ۵۱ - ۷۴.
۱۱. مزارعی، غلام‌حسن و مسعود آرای، «موانع حقوقی انعقاد قرارداد مشارکت در شهرداری‌ها از منظر حقوق اداری ایران»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال دوم، تابستان ۱۳۹۹، شماره ۳، صص ۱۱۹ - ۱۴۴.
۱۲. منصوری‌نیا، زینب، «اصل حاکمیت قانون در سازمان‌های اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری»، قانون‌یار، سال پنجم، بهار ۱۴۰۰، شماره ۱۷، صص ۸۷۳ - ۸۹۶.
۱۳. مولایی، آیت، «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه شدن آن در ایران»، مجله حقوقی دادگستری، بهار ۱۳۹۴، شماره ۸۹، صص ۱۲۳ - ۱۵۰.
۱۴. میهمی، مهدی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۲۸، صص ۲۵۵ - ۲۸۴.
۱۵. نامدار زنگنه، محمد و سید حسین طباطبایی، «مذاکره مجدد؛ انعکاس نیاز به استمرار تعادل مالی اقتصادی در قراردادهای صنعت نفت و گاز»، پژوهش‌های حقوقی، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳۹، صص ۴۱ - ۶۶.
۱۶. نیک‌بخت، حمیدرضا، «مروری بر قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل»، الهیئت و حقوق، بهار و تابستان ۱۳۸۴، شماره ۱۵ و ۱۶.

Latin source2

A) Book

- 1-Brown, N. L. and Bell, J. S., French Administrative law, Fifth edition, Oxford: Clarendon Press, 1998
- 2-Cameron, P., International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, Oxford: Oxford Press, 2010
- 3-Cotula, Lorenzo, Investment Contract and Sustainable Development, London: International Institute for Environment and Development, 2010

- 4-Daniel, P., Keen, M. and Mcpherson, C., The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice, London: Routledge, 1th edition, 2010
- 5-Erkan, M., International Energy Investment Law, Stability through Contractual Clauses, London: Kluwer Law and Business, 2011
- 6-Katja, G. and Brillo, Romulo, stabilization clauses in international investment law: Beyond Balancing and Fair Equitable Treatment, 2017
- 7-Klager, Roland, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2011
- 8-Mckendrick, Ewan, Contract Law, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- 9-Momberg Uribe, R., The Effect of Change of Circumstances on the Force of Contracts, Netherland: Intersentia, 2011
- 10-Montt, S., State Liability in Investment Treaty Arbitration (Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation), Hart Publishing, 2009
- 11-Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, 3rd edn. Cambridge: Cambridge press, 2012
- 12-United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Principles for Re-Investor - sponsible Contracts Integrating The Management of Human Rights Risks into State Contract Negotiations, Geneva: United Nations Publication, 2015
- 13-Van Houtte, H., Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, in Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Paris: ICC Publication, No. 480/4, 1993

B) Article

- 1-Al Qurashi, Zeyad A., “Renegotiation of International Petroleum Agreements”, Journal 300 - of International Arbitration, 22(4), 2005, pp.261
- 2-Alexander, F.C., “The Three Pillars of Security of Investment Under PSCs and Other Host Government Contracts”, Institute for Energy Law of the Centre for American and International Law’s FiftyFourth Annual Institute on Oil and Gas Law (Publication 640, Release 54), Lexis Nexis Mathew Bender, 2003
- 3-Berger, K. P., “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contract: The

- Role of Contract Drafters and Arbitrators”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, 1381 - 36, pp.1347
- 4-Bernardini, P., “Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments”, *Journal of* 112 - *World Energy Law & Business*, 2008, 1(1), pp. 98
- 5-Faruque, A., “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection vs. Func- 336 - tional Value”, *Journal of International Arbitration*, 2006, 23(4), pp.317
- 6-Gehne, K. and Brillo, R., “Stabilization Clauses in International Investment Law: Be- yond Balancing and Fair and Equitable Treatment”, Working Paper No 2013/46, Institute of Economic Law
- 7-Gotanda, J.Y., “Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revis- 1473 - ited”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2004, 36(1461), pp. 1461
- 8-Hansen, Timothy, “The Legal Effect of Given Stabilisation Clauses in Economic De- velopment Agreements”, 28 *Virginia Journal of International Law*, 1987, No. 8
- 9-Howse, Robert, “Freezing Government Policy: Stabilization Clause in Investment Con- tract”, *Investment Treaty News*, Issue 3, Volume 1, April 2011
- 10-Kastratovi’c, R., “The Impact of Foreign Direct Investment on Host Country Exports: Analysis”, *The World Economy*, 2020, 43, pp. 3142 - A Meta
- 11-Kolo, A. & Waelde, T. W., “Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Project: Applicable Legal Principles and Industry Practices”, the *Journal of Word* 55 - *Investment and Trade*, 2000, 1(1), pp.5
- 12-Langrod, G., “Administrative Contracts: A Comparative Study”, *The American Jour- nal of Comparative Law*, 1955, Vol4, Issue 3, pp. 325 – 364
- 13-Loncle, J. M., Philibert Pollez, D., “Stabilization Clauses in Investments Contracts”, 290 - *INT’L Bus. L.J.*, 2009, pp.267
- 14-Maniruzzaman, A. F. M., “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends”, *Journal of World Energy Law &* 155 - *Business*, 2008, Vol. 1, No. 2, pp.119
- 15-Oyewunmi, T., “Stabilisation and Renegotiation Clauses in Production Sharing Con- tracts: Examining the Problems and Key Issues”, *The Oil, Gas & Energy Law Intelligence* (OGEL, ISSN 1875 418X) *Journal*, 9, 2011

16-Salacuse, J. W., “Renegotiating International Project Agreements”, Fordham International Law Journal, Volume 24, Issue 4, 2000

17-Umirdinov, A., “The End of Hibernation of Stabilization Clause in Investment Arbitration: Reassessing Its Contribution to Sustainable Development”, Denver Journal 489 - of International Law & Policy, 2015, volume 43, Number 4, pp. 455

C) Electronic resource

1-Burlington Res., Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability 323(Dec. 14, 2012), <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw0940.pdf>

2-Cotula, L., “Foreign investment contracts, sustainable Market Investment Briefing” , 2007, available at: <https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17015IIED.pdf>, last visited :2.1.2022

Cotula, L., “Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development”,- 2 OECD VII Global Forum on International Investment, 1 (7), available at: <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf>, last visited: 2.8.2021

3-Eljuri, E. & Treviflo C., “Political Risk Management in Light of Venezuela's Partial Nationalization of the Oil field Services Sector”, Journal of Energy and Natural Resources Law, Forthcoming, 2010, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1550972> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1550972> , last visited: 3.3.2022

4-Gehne, K., Brillo, R., “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment”, Working Paper No 2013/46, Institute of Economic Law Transnational Economic Law Research Center , January 2014, available at: halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20143.pdf, last visited: - <https://telc.jura.uni> 3.3.2022

5-Horn, N., «Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European - koeln.de/113800/_/horn - Law and International Law, 1985, available at: <http://translex.uni> - contracts - commercial - international - of - law - the - in - diversity - and - uniformity - norbert transactions - commercial - international - of - law - transnational - the - schmitthoff - horn - :in seq/ last visited:3.3.2022 - et - 3 - at - 1982 - am - frankfurt - london - boston - antwerp -

6-International Financial Corporation, “Stabilization Clauses and Human Rights”, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, 2008, available at:<https://documents1.worldbank.org/curated/en/502401468157193496/pdf/452340WP0Box331ation1Paper-01PUBLIC1.pdf> , last visited: 15.1.2022

7-Le, Q. H., Do Q. A., Pham, H.C, Nguyen, T. D., “The Impact of Foreign Direct Investment on Income Inequality in Vietnam”, *Economies*, 2021, 9(1), 27.<https://doi.org/10.3390/economies9010027>, last visited: 3.3.2022

8-ParkeringsCompagniet AS v. Lithuania (hereinafter Parkerings v. Lithuania), ICSID Case No ARB/05/8; Award on jurisdiction and merits, 11 September 2007, para. 331, available at

<http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0619.pdf>

9-Shemberg, Andrea , “Stabilization Clauses and Human Rights”, IFC/SRSG Research e00a - Paper. 11 March , 2008 , available at: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/0883d81a46641e5a9bba/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=-b2b9-4551-jqeww2e>, last visit- - 46641e5a9bba - b2b9 - 4551 - e00a - 0883d81a - ROOTWORKSPACE ed:15.2.2022



واکاوی نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم: سازگاری یا تقابل

علیرضا دبیرنیا*

علی مشهدی**

مهدی شفیعی افرایلی***

چکیده

پوپولیسم در سالیان اخیر از دل این چالش نظری زاده شده است که از یک طرف، حکومت با رضایت مردم تأسیس می‌شود و از طرف دیگر، قدرت حکومت برای اثرگذاری و پایداری با توسل به مفاهیمی همانند حاکمیت قانون و نظارت قضایی باید منفک و محدود اعمال گردد. این چالش با عنوان «تناقض مشروطه‌گرایی» شناخته می‌شود. تبیین رابطه پوپولیسم با هر یک از مفاهیم حاکمیت قانون و نظارت قضایی در روشن شدن ابعاد این پارادوکس شناخت تفسیر پوپولیستی از مشروطه‌گرایی راه‌گشاست که در این مقاله، این موضوع از منظر حاکمیت قانون تحلیل شده است. بررسی رابطه این دو مفهوم نشان می‌دهد صرف تبیین رابطه پوپولیسم و مفهوم حاکمیت قانون چندان دقیق نیست و ابعاد این ابهام را رفع نمی‌کند و برای روشن شدن تمام زوایا لازم است تا نسبت برداشت‌های مختلف از حاکمیت قانون با پوپولیسم بررسی شود. از این منظر، رابطه پوپولیسم و حاکمیت قانون لزوماً مبتنی بر رابطه تباین نیست، بلکه پوپولیسم صرفاً با برداشت ماهوی از حاکمیت قانون تباین دارد و سازگاری برداشت شکلی از حاکمیت قانون با پوپولیسم، امری ممتنع نیست. با تحلیل رابطه پوپولیسم با برداشت ماهوی از حاکمیت قانون کاملاً مشخص می‌شود که پوپولیسم در نهایت بر خلاف ادعای حمایت از حق حاکمیت مردم، منجر به تحقق آن نمی‌شود، بلکه نتیجه آن، برتری حاکمیت اکثریت است نه مردم. بر این مبنا، می‌توان تحلیل کرد که غلبه برداشت ماهوی از حاکمیت قانون بر پوپولیسم در نظام حقوقی و سیاسی بدون توجه به الگوهای حق‌بنیان نظارت قضایی راه به جایی نخواهد برد.

کلیدواژه‌ها: پوپولیسم، حاکمیت قانون، حکومت به وسیله قانون، برداشت شکلی، برداشت ماهوی.

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

dr.dabirnia.alireza@gmail.com

** دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

mashadiali@yahoo.com

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

shafiei.m1990@yahoo.com

مقدمه

با ورود مفهوم «پوپولیسم» در زمینه مطالعات حقوقی، مفاهیم و مباحثاتی که پیش از این، در مطالعات حقوق عمومی چه بسا محرز تلقی می‌شدند، با چالش‌ها و انتقادهایی روبه‌رو شدند. برای مثال، پوپولیسم برای مفاهیمی هم‌چون مشروطه‌گرایی، نظریه نمایندگی و قدرت مؤسس، چالشی عینی و ملموس محسوب می‌شود و سبب شده است حقوق‌دانان در سال‌های اخیر، مطالعاتی در این باره انجام دهند.^۱

پوپولیسم از جمله مفاهیمی است که در علوم اجتماعی و علوم سیاسی، مطالعات بسیاری در غرب در خصوص آن صورت گرفته است. از جمله مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به کتاب «پوپولیسم»، اثر ارنستو لاکلاو، کتاب «پوپولیسم چیست؟»، اثر یان. ورنر مولر و کتاب «مقدمه‌ای خیلی کوتاه بر پوپولیسم»، اثر کالت واسر و ریویرا اشاره کرد.

این مفهوم اساساً با سه رکن ارتباط دارد که عبارتند از: مردم، نخبگان و اراده همگانی و با سه خصیصه رابطه آشتی‌ناپذیر مردم و نخبگان، تلاش برای اعاده قدرت به مردم و حاکمیت مردمی و شناخت مردم به مثابه کلیت واحد و همگون شناخته می‌شود. این خصیصه‌ها موجب شده است این مفهوم در دهه‌های اخیر در سراسر دنیا به یکی از مهم‌ترین چالش‌ها برای نظام نمایندگی و مشروطه‌خواهی^۲ تبدیل شود.

پوپولیسم در سالیان اخیر از دل این چالش نظری زاده شده است که از یک طرف، حکومت نهایتاً با رضایت مردم تأسیس می‌شود و از طرف دیگر، چنین قدرتی برای این‌که اثرگذار و پایدار باشد، باید کاملاً تقسیم شود و محدود اعمال گردد. این چالش، امروزه با عنوان «تناقض مشروطه‌گرایی» شناخته می‌شود. این تناقض در رابطه پوپولیسم با مفاهیمی هم‌چون قدرت مؤسس، حاکمیت قانون و نظارت قضایی اثرگذار است و اهمیت تبیین رابطه میان این مفاهیم با پوپولیسم آن است که به گره‌گشایی از این تناقض یاری خواهد کرد که البته نیازمند مطالعه دقیق این مفاهیم از منظر حقوقی و سیاسی است.

اندیشمندان علوم سیاسی و جامعه‌شناسان همواره چالش‌های پوپولیسم را برای نظام سیاسی رصد کرده‌اند. به همین دلیل، ادبیات مربوط به پوپولیسم در آثار و نوشته‌های اندیشمندان و تحلیل‌گران علوم سیاسی و علوم اجتماعی اروپایی و آمریکایی از غنای خاصی برخوردار است. البته مطالعه این پدیده از منظر حقوق عمومی بسیار نوظاست و تنها در دو دهه اخیر، توجه حقوق‌دانان را در این کشورها به خود جلب کرده است. با وجود این، در

1-See, for example: corrias, Luigi, "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity", European Constitutional Law Review, 2016, Volume 12, Issue 1; Blokker, P., "Populism as a Constitutional Project", International Journal of Constitutional Law, 2019, Volume 17, Issue 2

2-Constitutionalism.

ایران خصوصاً در حقوق عمومی به تحلیل این پدیده هیچ توجهی نشده است و می‌توان گفت تمام آثار و پژوهش‌هایی که تألیف یا ترجمه شده‌اند، تحلیل این پدیده از زاویه علوم سیاسی و علوم اجتماعی بوده است و هیچ یک از آن‌ها از زاویه دید حقوق اساسی، اداری و به طور کل، حقوق عمومی به واکاوی این مقوله نپرداخته‌اند. همین امر، اهمیت پژوهش حاضر را دوچندان می‌کند که با نگاهی حقوقی به تحلیل این پدیده پرداخته است.

هدف ما در این پژوهش آن است که این مفهوم پرچالش برای نظام سیاسی و حقوقی را با مبانی حقوقی تحلیل کنیم. با عنایت به اقتدای این نظریه به مفهوم «مردم» و «تمسک به آرای مردم»، مطالعه پوپولیسم در دهه‌های اخیر، جذاب و در عین حال، مناقشه‌برانگیز شده است. در این مقاله، بررسی می‌کنیم که تمسک به اراده مردم و حاکمیت مردم چگونه با آمیخته شدن با این نظریه به اقتدارگرایی کامل می‌انجامد و در مقابل، حاکمیت قانون چه نقشی می‌تواند ایفا کند. سعی می‌کنیم به تناقض مشروطه‌خواهی از منظر امکان یا امتناع تعامل میان مفهوم حاکمیت قانون و پوپولیسم بپردازیم. از این رو، تحلیل خواهیم کرد که چه نسبت و رابطه‌ای میان پوپولیسم و حاکمیت قانون برقرار است و حاکمیت قانون در مواجهه با مفهوم پوپولیسم چه جایگاهی دارد.

در پاسخ به این پرسش‌ها تلاش می‌شود با روش بنیادی به تحلیل مختصر مفهومی پوپولیسم و حاکمیت قانون بپردازیم و در ادامه، نسبت یا نسبت‌های میان این دو مفهوم را واکاوی کنیم. از درون این نسبت‌سنجی‌ها، جایگاه حاکمیت قانون برای ما روشن خواهد شد.

گفتار یکم. مفهوم‌شناسی پوپولیسم و حاکمیت قانون

شاید بتوان گفت که یکی از نشانه‌های مهم زمانه کنونی یعنی قرن بیست و یکم، افزایش رو به رشد پوپولیسم در ابعاد مختلف آن است تا جایی که کتاب مجموعه مقالاتی به سرپرستی گیتا یونسکو و ارنست گلنر که در سال ۱۹۶۱ در خصوص پوپولیسم تألیف شد، با این جمله آغاز می‌شود: «شبحی دارد جهان را تسخیر می‌کند: پوپولیسم». به نظر می‌رسد با گذشت زمان و به خصوص در زمانه ما، این جمله، معنایی واقعی و جدی‌تر پیدا کرده است.^۱ در این گفتار، بررسی می‌کنیم که آیا اساساً ارائه تعریفی واحد برای این شبح مبهمی که دنیای امروز را فراگرفته، ممکن است؟ در بند دوم نیز مفهوم حاکمیت قانون تحلیل و انواع برداشت‌های ارائه شده از آن تبیین خواهد شد.

۱. درویشی، هادی و سمیه مؤمنی، «تأملی درباره پدیده پوپولیسم و انواع آن»، جامعه، فرهنگ و رسانه،

۱۳۹۹، شماره ۳۴، ص ۷۰.

بند یکم. تعریف پوپولیسم: آیا ارائه تعریفی واحد از پوپولیسم ممکن است؟

به لحاظ ریشه‌شناسی، واژه «پوپولیسم»، برگرفته از واژه لاتینی Populus به معنی «مردم» است،^۱ اما تعریف این مفهوم چندان ساده نیست؛ چون پوپولیسم را نمی‌توان به یک منطقه جغرافیایی، یک دوره تاریخی خاص یا شکاف ایدئولوژیکی ویژه‌ای محدود کرد. فرهنگ، چارچوب تاریخی و اجتماعی که موجب پیدایش سیاست پوپولیستی می‌شود، بر ویژگی‌های این پدیده اثر می‌گذارد. به همین دلیل، پوپولیسم در کشورها و مناطق گوناگون، مدل‌های مختلفی دارد و اساساً ارائه تعریفی واحد از آن دشوار است.^۲

صاحب‌نظران مختلف در عرصه جامعه‌شناسی و علوم سیاسی، تعریف‌هایی گوناگون از این مفهوم عرضه کرده و در سال‌های اخیر، اندیشمندان حوزه حقوق اساسی به طور ویژه به آن توجه نشان داده‌اند. این پیچیدگی مفهومی از نظر این اندیشمندان دور نبوده است، تا آن جا که آیزایا برلین در سال ۱۹۶۷ در کنفرانسی که با کوشش ارنست گلنر و گیتا یونسکو در مدرسه اقتصاد لندن برای تبیین جنبه‌های عمده مفهومی پوپولیسم برگزار شد، از «پیچیدگی سیندرلایی»^۳ مفهوم پوپولیسم سخن گفت. به تعبیر برلین، دنبال قالب مناسبی برای کفش (واژه پوپولیسم) هستیم و پاهایی را می‌یابیم که تقریباً برای آن کفش مناسبند، اما باز هم همیشه دنبال آن پای واقعی می‌گردیم که بتواند نمونه خالصی از پوپولیسم باشد.^۴ در این خصوص، هشدار وی کاملاً روشن است: جست‌وجو برای تعریفی گنگانه از پوپولیسم دشوار است.

این دشواری در تعریف پوپولیسم به معنای امتناع از ارائه تعریف در خصوص این مفهوم نیست و در این مورد، بسیار تلاش شده است. با وجود این، تعریفی که بیش از همه به آن استناد و از آن بسیار استقبال شده، به تعبیر راویرا کالت واسر،^۵ «تعریف حداقلی از پوپولیسم» است. بزرگ‌ترین مزیت تعاریف حداقلی آن است که ما را وادار می‌کنند تا ویژگی‌های اصلی - یا اگر بخواهیم از واژه فنی پیچیده‌تر استفاده کنیم، شرط لازم و شرط کافی - پدیده مورد نظر را شناسایی کنیم.

۱. هیوود، اندرو، سیاست، ترجمه: عبدالرحمان عالم، تهران: نی، ۱۳۹۹، ص ۵۰۲.

۲. نظری، علی‌اشرف و برهان سلیمی، «پوپولیسم راست افراطی در دموکراسی‌های اروپایی: مطالعه موردی فرانسه»، دولت‌پژوهی، دوره اول، شماره ۴، ص ۱۶۱.

3-Cinderella Complex.

4-Halmai, G., "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", German Law Journal 20, 2019, p. 296.

5-Cristóbal Rovira Kaltwasser

خوش‌بختانه در سالیان اخیر، در مباحث دانشگاهی، به تعریف حداقلی از پوپولیسم توجه شده است. در واقع، برخی نویسندگان به اهمیت فهم پوپولیسم به عنوان پدیده‌ای با حدود و شاخص‌های مشخص اشاره کرده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها، تعریف کاس مود است. طبق تعریف وی، «پوپولیسم، ایدئولوژی مضیقی^۱ است که نهایتاً جامعه را به دو گروه متخاصم و همگن مردم پاک در برابر نخبگان فاسد تقسیم می‌کند و معتقد است سیاست باید تجلی اراده همگانی باشد».^۲

حال برای روشن شدن تعریف به تبیین عناصر سازنده این تعریف می‌پردازیم تا نقاط ابهام روشن شود. اولین نکته‌ای که جلب توجه می‌کند، این است که طبق این تعریف، پوپولیسم، ایدئولوژی است و بر خلاف آن‌چه ممکن است در افواه عمومی مطرح شود، صرفاً استراتژی و نوعی فرصت‌طلبی برای به دست آوردن قدرت نیست.^۳ حال منظور ما از ایدئولوژی چیست؛ ایدئولوژی، مجموعه‌ای کم و بیش هم‌بسته از اندیشه‌هایی است که پایه‌ای برای کنش سیاسی سازمان‌یافته به وجود می‌آورد (چه این کنش برای حفظ روابط قدرت نظام موجود باشد، چه برای اصلاح یا برانداختن آن). تمام ایدئولوژی‌ها اولاً شرحی از نظم موجود ارائه می‌دهند که معمولاً در قالب جهان‌بینی است. ثانیاً الگویی از آینده مطلوب و تصویری از جامعه خوب ترسیم می‌کنند. ثالثاً تعیین می‌کنند که دگرگونی سیاسی را چگونه می‌توان و باید به وجود آورد.^۴

در تعریف بیان‌شده، پوپولیسم، یک ایدئولوژی است، اما یک ایدئولوژی مضیق یا نحیف است. به عبارت دیگر، آن را به طور کامل نمی‌توان یک ایدئولوژی سیاسی تلقی کرد و تمام ویژگی‌های برشمرده‌شده را دارد. به تعبیری، چگالی ایدئولوژی بودن آن نسبت به ایدئولوژی‌های کامل همانند ناسیونالیسم یا سوسیالیسم کم‌تر است؛ چون توانایی ارائه برنامه‌ای منسجم و جامع برای حل تمام مسائل مهم سیاسی را ندارد و هدفش هم آن نیست. برای مثال، پوپولیسم در خصوص این که بهترین نظام اقتصادی چیست، هیچ نظری ندارد و به دنبال پاسخ به آن هم نیست.

از این رو، شاهدیم که بازیگران سیاسی، این ایدئولوژی کم‌رنگ را با ایدئولوژی‌هایی با درجه خلوص بالاتر ادغام می‌کنند که معمولاً در جناح راست با ناسیونالیسم و در جناح چپ با سوسیالیسم ادغام می‌شود.^۵ البته این، نقطه ضعفی برای این ایدئولوژی نیست، بلکه به

1-ThinCentred Ideology.

2-Mudde, C., "The Populist Zeitgeist", Government and Opposition 39, 2004, p. 543.

3-Kaltwasser, op. cit., p.65.

۴. هیوود، پیشین، ص ۶۵.

5-Stanley, B., "The Thin Ideology of Populism", Journal of Political Ideologies 13, 2008, p. 95.

ماهیت ایدئولوژی بازمی‌گردد؛ چون ایدئولوژی‌ها اساساً نظام‌های فکری کاملاً سازمان‌یافته نیستند، بلکه مجموعه‌هایی سیال از اندیشه‌هایی هستند که در چند نکته هم‌پوشانی دارند.^۱ انتقاد از نخبگان، شرط لازم برای پوپولیسم است، ولی کافی نیست. پوپولیست‌ها علاوه بر نخبه‌ستیزی، کثرت‌ستیز هم هستند.^۲ پوپولیست‌ها، جامعه را دارای گروه‌های مختلف با ارزش‌ها و علایق متفاوت نمی‌دانند، بلکه معتقدند همه مردم علایق و ارزش‌های یکسان دارند. از این رو، بر مبنای تعریف کاس مود، پوپولیسم، دو نقطه متضاد دارد: ^۳ کثرت‌گرایی^۴ و نخبه‌گرایی.^۵ نخبه‌گرایی در اصل به معنی عالی‌ترین، بهترین یا برترین بودن است. اگر در معنای بی‌طرفانه یا به صورت تجربی بخواهیم آن را تعریف کنیم، به اقلیتی گفته می‌شود که قدرت، ثروت یا امتیازات به صورت موجه یا ناموجه در دست آنان متمرکز است. نخبه‌گرایی، اعتقاد به حکومت نخبه یا اقلیتی از نخبگان است.^۶ بر این اساس، نخبه‌گرایی در نگاه مانوی و دوگانه‌انگاری جامعه دقیقاً با پوپولیسم مشترک است، با این تفاوت که معتقد است مردم، خطرناک، بی‌ صداقت و عوام هستند و نخبگان نه تنها در اخلاق، بلکه در زمینه‌های فکری و فرهنگی نیز از آنان برترند. پس خواهان آن است که سیاست به طور انحصاری، امری مختص به نخبگان باشد که مردم را راهی در آن نباشد.^۷

تکثرگرایی در نقطه مقابل این هسته مونیستی پوپولیسم و نخبه‌گرایی قرار دارد و با چشم‌انداز دوگانه‌گرایی این دو مفهوم به کلی مخالف است. در تکثرگرایی، جامعه به صورت تنوع وسیعی از گروه‌های اجتماعی با ایده‌ها و منافع گوناگون در نظر گرفته می‌شود. از منظر تکثرگرایی، نبود وابستگی و تفاوت‌ها نه تنها نقطه ضعف نیست، بلکه امری ممکن و حتی مطلوب است.^۸ تکثرگرایان معتقدند که جامعه باید مراکز متعدد قدرت داشته باشد و سیاست از طریق مصالحه و اجماع باید منافع گروه‌های مختلف جامعه را تا جای ممکن بازتاب دهد. ایده اصلی آنان نیز این است که قدرت باید در تمام جامعه توزیع گردد تا

1-Heywood, A., Political Ideologies: An Introduction, 5th Edition, London: Palgrave Mac Millan, 2012, p. 13.

۲. مولر، یان ورنر، **پوپولیسم چیست؟**، ترجمه: بابک واحدی، تهران: بیدگل، ۱۳۹۶، ص ۲۷.

3-Kaltwasser, op. cit., p.66.

4-Pluralism.

5-Elitism.

۶. هیوود، اندرو، **کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی**، ترجمه: اردشیر امیرارجمند و سید باسم موالی‌زاده، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷، ص ۲۱۷.

7-Mudde, op. cit., p. 543.

8-Sabine, G. H., "Pluralism: a point of view", American Political Science Review 17, 1923, p. 39.

از تحمیل اراده گروهی خاص جلوگیری شود.^۱ از نگاه پلورالیست‌ها، «اراده همگانی»، مفهومی ممتنع است و از نگاه آنان، حاکمیت مردم، فرآیندی پویا و سیال دارد و ایستا نیست.^۲ به طور خلاصه، کثرت‌گرایان، منکر ضرورت مطلق وجود نظام حقوقی یا سیاسی یک‌دست و کاملاً هم‌بسته مورد ادعای پوپولیست‌ها هستند.^۳

بند دوم. تحلیل مفهومی حاکمیت قانون و برداشت‌های ارائه‌شده از آن

۱. مفهوم حاکمیت قانون

با وجود اهمیت انکارناپذیری که حاکمیت قانون در سنت حقوقی داشته و دارد، ارائه مفهومی واحد برای آن بسیار دشوار است.^۴ تا جایی که جرمی والدرون این نظر را به بحث گذاشته^۵ که حاکمیت قانون، مفهومی اساساً متعارض^۶ است. با این وجود، دشواری در اجماع رسیدن به ارائه مفهومی واحد به این معنا نیست که ارائه تحلیل مفهومی برای حاکمیت قانون ممتنع باشد. در خصوص تحلیل مفهومی حاکمیت قانون و ارائه تعریفی حداقلی از این مفهوم می‌توان دو گزاره را صورت‌بندی کرد که مؤلفه‌های ضروری و لاینفک مفهوم را دربرگیرد که به طور فراگیر مقبولیت دارد: اول این‌که حکومت باید به شیوه‌ای عقلانی تصمیم بگیرد و عمل کند؛ به این معنی که تصمیمات و اعمال آن‌ها باید بر مبنای «دلایل» باشد. دوم این‌که دلایل به یک معنا باید «قانونی» باشد. در گزاره اول، نوع خاصی از حکومت در نظر نیست. پس کاملاً عینی است. گزاره دوم نیز شامل ماهیت یا محتوای خاصی نیست که «دلایل حقوقی» باید از آن ماهیت و محتوا برخوردار باشند. این دو گزاره نشان می‌دهند که زندگی تحت لوای حاکمیت قانون به مثابه سپری است که انسان را از هوا و هوس، پیش‌داوری و تعصب و احساسات حاکمان یا همان «حاکمیت انسان»^۷ به جای «حاکمیت قانون» در امان می‌دارد. در نقطه مقابل حاکمیت قانون،

۱. موود، کاس و کریستوبال راویرا کالت واسر، مقدمه‌ای خیلی کوتاه بر پوپولیسم، ترجمه: احمد موثقی و حسن اعمایی، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۸، ص ۲۷.

2-Hamara, C. T., "the Concept of the rule of law", In: Flores; Imer, B.; Himma; Kenneth, E. (Ed.), Law, Liberty and the rule of law, Netherlands: Springer Netherlands, 2013, p. 25

۳. وینسنت، اندرو، نظریه‌های دولت، ترجمه: حسین بشیریه، تهران: نی، چاپ دهم، ۱۳۹۴، ص ۲۶۸.

4-Radin, M., "Reconsidering the rule of law", Boston University Law Review 69, 1989, p. 781.

5-Waldron, J., "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?" , Law and Philosophy 21, 2002, p. 137.

6-Essentially Contested Concept.

7-Rule of Man.

حاکمان لزوماً به معیارهای خارج از خودشان رجوع نمی‌کنند، بلکه نیازها، پیش‌داوری‌ها و تصمیم‌های شخصی‌شان اثرگذار خواهد بود. به همین دلیل، جوامعی که به حاکمیت قانون بها نمی‌دهند، بیش‌تر مستعد استبدادند.^۱

۲. برداشت‌های ارائه‌شده از حاکمیت قانون

تحلیل مفهومی صرف برای شناخت تمامی ابعاد حاکمیت قانون کفایت نمی‌کند و لازم است برداشت‌های ارائه‌شده از آن نیز بررسی شود. اساساً باید میان تحلیل مفهومی^۲ و برداشت^۳ تفکیک قائل شویم. برداشت از یک اصطلاح در مقایسه با مفهوم آن، گامی فراتر محسوب می‌شود و نظریه‌های گوناگون فلسفی، حقوقی و سیاسی مطرح می‌شوند. در برداشت از یک اصطلاح، هر طیفی از اندیشه‌ورزان، از نظرگاه خاص، با هدفی مشخص و با ابزارهایی متفاوت از دیگری، آن را تحلیل می‌کنند. به عبارت دیگر، معنای برداشت، بسیار روشن‌تر و ملموس‌تر از معنای مفهوم است و پیش‌فرض‌های مفسر بر تفسیر تأثیری اساسی دارد.^۴

در خصوص مفهوم حاکمیت قانون به دو برداشت مهم توجه شده است که عبارتند از: برداشت‌های شکلی^۵ و برداشت‌های ماهوی^۶ از حاکمیت قانون. اندیشمندانی همچون آلبرت ون دایسی و جوزف رز، حاکمیت قانون را به ویژگی‌ها و صفاتی تقلیل داده‌اند که جنبه فرآیندی و شکلی قوانین یا نظام حقوقی را دارند.^۷ در مقابل، رونالد دورکین، مهم‌ترین منادی برداشت ماهوی از حاکمیت قانون است که در ادامه، نظرهای آنان را برای شفاف شدن معنای این برداشت‌ها تحلیل خواهیم کرد.

الف) برداشت شکلی از حاکمیت قانون

حداقلی‌ترین مشخصه حاکمیت شکلی قانون آن است که هر آن‌چه دولت انجام می‌دهد،

1-Hamara, op. cit., p.17.

2-Concept.

3-Conception.

۴. مرکز مالمری، احمد، **حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۴، ص ۶۱.

5-Thin or formal Conceptions.

6-Thick or Substantive Conceptions.

7-Bradley, A. W., K. D Ewing and C. J. knight, Constitutional & Administrative Law, 16th Edition, Uk: Pearson, 2015, p. 85

8-Rule by Law.

باید مبتنی بر قانون باشد. این برداشت از حاکمیت قانون (حکومت از طریق قانون)^۱ به برداشت آلمانی از حاکمیت قانون با عنوان دولت قانون‌مدار متمایل است. در حقیقت، مناسب‌ترین عنوان برای این نظریه، «حکومت از طریق قانون» است.

امروزه نظریه‌پردازان حقوقی در غرب، عبارت «حاکمیت قانون» را به مثابه مفهومی نمی‌پذیرند که ناظر بر حکومت به وسیله قانون باشد؛ زیرا آن را دارای دلالت ضمنی اندکی بر محدودیت‌های قانونی می‌پندارند که باید بر دولت وارد شود.^۱ به همین دلیل، حتی اندیشمندانی که به برداشت‌های شکلی پرداختند، شاخص‌هایی هم‌چون فراگیر بودن، عطف بما سبق نشدن و اطلاع‌رسانی عمومی را برای قانون برشمردند که در ادامه می‌آید.

نخستین حقوق‌دانی که به نظریه‌پردازی در این خصوص پرداخته است، فردریش ژولیوس اشتال بود. بر اساس آموزه اشتال، صرف تبعیت از قانون کفایت می‌کرد.^۲ در مفهوم حکومت به وسیله قانون، قانون نه در خدمت اهدافی چون تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندی، بلکه به مثابه ابزاری برای حکومت و تحقق ایده‌های جهت‌دار و موقت حکومتی نگریسته می‌شود. به تعبیر دیگر، در «حکومت به وسیله قانون»، قانون به جای این که در خدمت تأمین حقوق و آزادی‌های شهروندی قرار گیرد، به مثابه ابزاری مؤثر برای تأمین اهداف و ارزش‌های ایدئولوژیک منافع حزبی و گروهی به کار گرفته می‌شود.^۳

در مرتبه بالاتر از حکومت از طریق قانون، برداشت شکلی به طور خاص مورد توجه است و باید میان «حکومت به وسیله قانون» و برداشت شکلی به طور خاص که از جانب اندیشمندانی هم‌چون جوزف رز و دایسی مطرح شده است، تفکیک قائل شد. در برداشت شکلی از حاکمیت قانون، مطابقت با هنجارهای رویه‌ای ملاک قرار می‌گیرد. اصولاً برداشت شکلی، فرآیندمحور است و فضیلت‌های اخلاقی و معیارهایی نظیر عدالت را جزئی از نظریه حاکمیت قانون تلقی نمی‌کند و متضمن مجموعه‌ای از تضمین‌های شکلی در برابر سوء استفاده از قدرت است. به عبارت بهتر، برداشت شکلی از حاکمیت قانون، بیش‌تر بر خصیصه‌های فرآیندمحور و رویه‌ای متکی است و توجه چندانی به محتوای واقعی قوانین ندارد.^۴ همان گونه که پیش از این بیان شد، جوزف رز و دایسی، مهم‌ترین منادیان برداشت شکلی هستند که در ادامه، نظرهای آنان را تحلیل می‌کنیم.

۱. غفاری، هدی، «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی

ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، دوره چهاردهم، ۱۳۹۱، شماره ۳۶، ص ۱۱۱.

۲. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل، ۱۳۹۰، ص ۵۴.

3-Adamidis, V., "Democracy, populism, and the rule of law: A reconsideration of their interconnectedness", Politics August 23, 2021, p. 7

4-Craig, P. P., "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", Public Law, 1997, p. 467

ریشه حمایت جوزف رز از برداشت شکلی از حاکمیت قانون را باید در جدایی حقوق از اخلاق دانست.^۱ البته اساساً داوری نهایی در مورد این که حاکمیت قانون دارای جنبه ماهوی است یا صرفاً جنبه شکلی دارد، دایر مدار نسبت حقوق و اخلاق است. پاسخ مثبت یا منفی به این رابطه، جنبه ماهوی و ارزشی حاکمیت قانون را تعیین می‌کند.^۲ رز تصریح می‌کند که هر قانونی که به تصویب پارلمان برسد، باید با خصیصه‌های شکلی حاکمیت قانون مطابقت داشته باشد. البته از نظرگاه رز، این کفایت نمی‌کند، بلکه معتقد است قوانینی که پارلمان تصویب می‌کند و به طور عام اعلام می‌شود، باید راهنمایی برای اعمال شهروندان باشند تا آن‌ها بتوانند برای زندگی خود برنامه‌ریزی کنند و قدرت پیش‌بینی واکنش‌های دولت برای آنان فراهم شود. رز بر اساس این قاعده کلی، تعدادی از ویژگی‌هایی را که قوانین باید داشته باشند، استخراج کرده است تا بتوان گفت مطابقت با آن‌ها مساوی است با انطباق با حاکمیت قانون. همه این موارد به این ایده مربوط است که به افراد امکان می‌دهد بتوانند برای زندگی خود برنامه‌ریزی کنند.^۳

طبق این دیدگاه، حاکمیت قانون اساساً «ارزش سلبی»^۴ تلقی می‌شود، به این معنا که حاکمیت قانون، ارزشی است که صرفاً برای به حداقل رساندن خطرهای قدرت و نظام قانون‌گذاری شکل گرفته است. از نظر رز، ویژگی‌های شکلی، ویژگی‌های حداقلی برای قانون است و نقض آن‌ها مساوی با نقض حاکمیت قانون است. با این حال، وی معتقد است وجود این ویژگی‌ها به این معنا نیست که ما قائل باشیم حقوق ضرورتاً اخلاقی است. به عبارت دیگر، این ویژگی‌ها، منعکس‌کننده ارزش‌های خاص ماهوی همانند عدالت، اخلاق و حقوق بشر نیستند و حاکمیت قانون از این جهت صرفاً ارزشی سلبی است که ضرورتاً خطر قدرت خودسرانه ناشی از قانون را به حداقل می‌رساند. به همین دلیل، رز معتقد است چون حاکمیت قانون، ارزش سلبی و تنها یکی از ارزش‌های نظام حقوقی است که برای برخورداری از یک زندگی مقبول و به دور از استبداد و خودکامگی پدید آمده است، حتی قربانی کردن آن برای دستیابی به دیگر اهداف باارزش‌چندان ناموجه نیست. پس اگر فدا کردن حاکمیت قانون، بهترین راه دستیابی به دیگر اهداف حیاتی برای زندگی مطلوب باشد، نادیده گرفتن این فضیلت مورد ایراد نیست.^۵

1-Raz, J., "The Rule of Law and its Virtue", The Law Quarterly Review 93, 1977, p. 207.

۲. زارعی، محمدحسین، گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن، حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴، ص ۷۲.

3-Craig, op. cit., p. 469.

4-Negative Value.

5-Craig, op. cit., p. 469.

از نظر جوزف رز، برداشت‌های شکلی، منعکس‌کننده ارزش‌های خاص ماهوی همانند آزادی، حقوق بشر و عدالت نیستند و این‌که قانونی بد و ناعادلانه باشد، از اعتبار و مشروعیت آن نمی‌کاهد.^۱ بر مبنای این تحلیل، رز نتیجه می‌گیرد که لزوماً دموکراتیک بودن نظام سیاسی به معنی تحقق حاکمیت قانون در آن نیست و ممکن است حاکمیت قانون در یک نظام غیر دموکراتیک، بیش از نظام‌های دموکراتیک رعایت شود.^۲

اندیشمند دیگری که برداشتی شکلی از حاکمیت قانون ارائه داده، دایسی است. رساله مهم او با عنوان «درآمدی بر مطالعه حقوق اساسی» چنان نفوذی در ادبیات حقوقی و سیاسی دارد که منبع آثار مرتبط با حاکمیت قانون به حساب می‌آید. دایسی، حاکمیت قانون را با سه خصیصه معرفی می‌کند که عبارتند از:

۱. هر گونه سلب آزادی و مجازات (بدنی یا غیر بدنی) اعمال نمی‌شود، مگر به موجب نقض قانونی که طبق حقوق عرفی و نزد محاکم عرفی ایجاد شده باشد.

۲. هر فردی از افراد مستقر در قلمرو سرزمین در هر مقام و درجه که باشد، به صورت برابر، مشمول قوانین کشور است و در برابر محاکم قضایی می‌بایست پاسخ‌گو باشد. به عبارت بهتر، از دیدگاه دایسی، تأکید بر اصل برابری در مقابل قانون به عنوان یکی از اصول بنیادین حاکمیت قانون قابل مشاهده است.

۳. ویژگی سوم که از خصایص حکومت انگلستان برمی‌شمارد، این است که قانون اساسی و اصول بنیادین آن، مشتق از تصمیمات قضایی مربوط به حقوق فردی است و به تعبیر او، «اصول مشروعیت در انگلستان از قبیل آزادی افراد و آزادی اجتماعات و امثال آن از حقوق افرادی که در محاکم قضایی جریان یافته، ناشی شده است.»^۳
در نظر گرفتن این ویژگی‌ها نشان می‌دهد که توجه دایسی به جنبه ماهوی معطوف نیست و بیش‌تر بر جنبه‌های فرآیندی و رویه‌ای مبتنی است.

ب) برداشت ماهوی از حاکمیت قانون

از منظر ماهوی، حاکمیت قانون، بیش‌تر با حق فردی مرتبط است و در صورت تعارض میان حق فردی و اراده اکثریت، حق فردی را حراست و تضمین می‌کند. به عبارت دیگر، این برداشت از حاکمیت قانون مستلزم چیزی بیش از حاکمیت قانون موضوعه و شامل هنجارهای فراحقوقی است. در برداشت ماهوی، هدف قانون نه صرفاً اداره حکومت و برقراری نظم در جامعه، بلکه تأمین اهدافی متعالی و برتر هم‌چون فراهم آوردن زمینه مناسب برای اعمال

1-Ibid., p.468.

2-Raz, op. cit., p.196.

۳. دایسی، آلبرت، درآمدی بر حقوق اساسی، ترجمه: ناصر سلطانی، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۵، ص ۱۰۸.

حقوق و آزادی‌ها و تأمین عدالت است.^۱ در واقع، برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، عناصر شکلی را رد نمی‌کند، اما عناصری خاص را به آن ملحق می‌سازد و جنبه‌های متنوع‌تری دارد که از مهم‌ترین آن‌ها می‌توان از حقوق فردی نام برد. بر این اساس، طبق برداشت ماهوی، حقوق و آزادی‌ها، بخشی از ایده حاکمیت قانون هستند و بر خلاف برداشت شکلی، میان حاکمیت قانون و حقوق و آزادی‌ها و عدالت ماهوی تفکیکی وجود ندارد.^۲

رونالد دورکین، مهم‌ترین نظریه‌پرداز در خصوص برداشت شکلی است. البته اندیشمندان دیگری نیز برای دفاع از این برداشت قلم زده‌اند که می‌توان از یورگن هابرماس نام برد. هابرماس در مقاله مهم خود با عنوان «رابطه درونی میان حاکمیت قانون و دموکراسی» و ذیل بحث میان ارتباط میان این دو مقوله، نظریه حاکمیت شکلی را نقد کرد. هابرماس در توضیح خود چنین می‌آورد: «حقوق‌دانان و جامعه‌شناسان اگر چه دیدگاه‌های متفاوتی دارند، لیکن یک قصد، مدّ نظرشان است و آن این است که آن‌ها میان قانون و حاکمیت قانون از یک سو و دموکراسی از دیگر سو تفکیک قائل می‌شوند. طبق استدلال‌های این دسته، اقتدار سیاسی در هر یک از انواع رژیم‌های سیاسی، همواره قدرت خود را در قالب قانون اعمال نموده است. لذا نظام‌های حقوقی وجود دارند که در آن‌ها هنوز قدرت سیاسی از طریق حاکمیت قانون چارچوب‌بندی نشده است و می‌توان حاکمیت قانونی را فرض کرد که حکومت در آن، دموکراتیک نباشد. به طور خلاصه، نظام حقوقی بدون حاکمیت قانون قابل تصور است و حاکمیت قانون نیز می‌تواند بدون اشکال دموکراتیک قدرت سیاسی وجود داشته باشد و هر یک از آن‌ها می‌توانند در چارچوب دولت‌های مشروطه پذیرفته شوند. با این وجود، مبنای تجربی در خصوص این موضوع، تحت هیچ شرایطی بر این معنا دلالت نمی‌نمایند که حاکمیت قانون بدون دموکراسی امکان‌پذیر است.»^۳

دورکین به منظور تحلیل حاکمیت قانون، دو برداشت را در برابر هم قرار می‌دهد: «برداشت کتاب - قاعده»^۴ و «برداشت حق - بنیاد»^۵. برداشت کتاب - قاعده در واقع، همان برداشت شکلی از حاکمیت قانون است که پیش از این در خصوص آن بحث شد. از دیدگاه دورکین در برداشت شکلی از حاکمیت قانون، توجه به محتوای قانون، موضوع عدالت ماهوی

۱. مرکز مالمری، پیشین، ص ۸۵.

2-Tamanaha, B., On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Edinburgh: Cambridge University Press, 2004, p. 102.

Habermas, J., "On the Internal Relation Between Rule of Law and Democracy", European Journal of Philosophy 3, 1995, p. 12

4-Rulebook Conception.

5-Rights Conception.

است و عدالت ماهوی، ایده‌ای متمایز از حاکمیت قانون است.^۱ سپس برداشت حق - بنیاد خود را شرح می‌دهد که برداشتی ماهوی از حاکمیت قانون است. دورکین معتقد است شهروندان در برابر هم دارای ادعاها و حق‌های اخلاقی بوده و در برابر دولت دارای ادعاها و حق‌های سیاسی هستند. وی از این استدلال نتیجه می‌گیرد که دادرسان در فرآیند دادرسی‌های قضایی و تبعاً قوانین مندرج در کتاب قانون می‌بایست به حق‌های اخلاقی توجه و آن را اعمال کنند.^۲ بنابراین، نظریه حق - بنیاد از حاکمیت قانون، تمایز شکل و محتوا را برنمی‌تابد؛ زیرا آن‌چه از شرایط شکلی حاکمیت قانون برشمرده شد، جزء شرط لازم این مفهوم است و شرط کافی آن، ارزش‌های ماهوی هم‌چون احترام به کرامت انسانی، برابری و عدالت است.^۳

گفتار دوم. تحلیل امکان یا امتناع تعامل مفاهیم

یکی از مشکلاتی که در تحلیل نسبت میان پوپولیسم و حاکمیت قانون رخ می‌نماید و سبب ابهام در تحلیل این مفاهیم می‌شود، تعارض آمیز و مبهم بودن این مفاهیم است که پیش از این به تفصیل بررسی شد. از این رو، کوشیدیم برداشت‌های حاکمیت قانون روشن شود. برای تحلیل نسبت این مفاهیم، تحلیل تبیین رابطه حاکمیت قانون و پوپولیسم چندان راه‌گشا نخواهد بود و به جای آن باید این سؤال مطرح شود که آیا اساساً پوپولیسم با برداشت‌های حاکمیت قانون تعامل دارد؟ اگر چنین است، پوپولیسم با کدام برداشت از حاکمیت قانون قابل جمع است.^۴

به منظور تحلیل دقیق لازم است ابتدا چالش‌ها و نقدهای پوپولیسم به حاکمیت قانون را بررسی کنیم تا ابعاد رابطه روشن گردد. اولین نقد به نگرش پوپولیسم به مفهوم قانون باز می‌گردد. پوپولیست‌هایی همانند کارل اشمیت به آن‌چه با عنوان جدایی قانون از اخلاق در مشروطه‌خواهی لیبرالی مطرح می‌شود، نقد وارد می‌کنند و قرائت پوپولیستی از مشروطه‌خواهی، قائل به ماهیت سیاسی قوانین است. به بیان دیگر، قائل است که اراده سیاسی، فراتر از قوانین است و قانون همواره می‌بایست پیرو آن باشد. از دیدگاه پوپولیست‌ها، قانون همواره باید بیان اراده ملی باشد. در واقع، پوپولیسم، تأکید بر محدودیت قدرت سیاسی از طریق هنجارهای حقوقی و تسلیم قدرت به هنجارهای بالاتر را رد می‌کند و مدعی است حاکمیت قانون و مشروطه‌گرایی، ابزارهایی هستند که منافع اقلیت (نخبگان) را

1-Craig, op. cit., p.477 .

2-Dworkin, Ronald, A Matter of Principle, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p.12 .

۳. زارعی، پیشین، ص ۵۵.

4-Adamidis, op. cit., p.1 .

بر منافع عمومی برتری می‌دهند. از این رو، پوپولیسم به دنبال ایجاد نظم سیاسی جدیدی است تا منافع عمومی و همگان را بر منافع جزئی برتری دهد. پوپولیسم، لیبرال دموکراسی و حاکمیت قانون را یک فترت و انحراف تاریخی می‌داند.^۱

دومین چالش جدی از جانب پوپولیسم، جایگاه حاکمیت در قرائت پوپولیستی است. از نگاه پوپولیست‌ها، حاکمیت در نهایت، به ملت و مردم منتهی می‌گردد، با این قید که این حاکمیت نباید هرگز تحت انقیاد قانون قرار گیرد. آن‌ها به نوعی به دنبال احیای حاکمیت سیاسی هستند و می‌خواهند بر نگرش‌ها و رویکردهایی غلبه کنند که محدودیت‌ها بر عملکرد رهبران سیاسی بار می‌کنند.

سومین چالش مهم پوپولیسم، مسئله فردیت است. این چالش از این رو طرح می‌شود که می‌تواند مفهوم مردم را به مثابه کلیت واحد و همگون مورد نظر پوپولیست‌ها از بین ببرد. از دیدگاه پوپولیست‌ها، حاکمیت قانون، کلیت و همگونی را از بین می‌برد؛ چون به دلیل تأکید بر حق‌های فردی و حمایت از افکار متفاوت، تفکیک در جامعه سیاسی را می‌پذیرد. هم‌چنین منجر به تضعیف قدرت حاکمان می‌شود. فردیت خصوصاً در قرائت لیبرالی آن به تک تک افراد حاکمیت می‌دهد و از نگاه‌های جمع‌گرایانه و تعلق به جمع دوری می‌کند. از این رو، برداشت ماهوی حاکمیت قانون را می‌توان مانعی برای دستیابی به اهداف جمعی دانست. ویژگی مشترک پوپولیست‌ها، تمسک سیاسی به مردم و ادعای مشروعیت است که بر ایدئولوژی دموکراتیک حاکمیت عمومی و قاعده اکثریت استوار است. پوپولیست‌ها ادعا می‌کنند که نظام‌های لیبرال و نمایندگی با همراهی نهادهای قضایی که از دیدگاه آنان، منشعب از مردم نیستند، تمایل دارند حاکمیت مردمی را به افسانه‌ای تحقق‌نیافته تبدیل کنند.^۲

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا تأکید پوپولیست‌ها بر حاکمیت مردم، آن را واجد خصلت دموکراتیک می‌کند؟ مطالعه پوپولیسم نشان می‌دهد دموکراسی نابی که پوپولیست‌ها در پی احیای آن هستند، نه تنها جای‌گزین آن دموکراسی - که منجر به حمایت از حقوق فردی گردد - نمی‌شود، بلکه ایدئولوژی آن‌ها در نهایت، مقابل تام و تمام با حقوق فردی، به ویژه حقوق اقلیت‌هاست. اگر هم نسخه بدیلی ارائه دهند، با توجه به دیدگاه یک‌سونگرانه آن‌ها، ریل‌گذاری برای آن چیزی است که می‌توانیم آن را دیکتاتوری دموکراتیک^۳ بنامیم.^۴ در واقع، تمسک پوپولیست‌ها به قاعده اکثریت و ترجیح رویکرد سیاسی

1-Blokke, P., "Populism as a Constitutional Project", International Journal of Constitutional Law 17, 2019, p. 540.

2-Blokke, op. cit., p.541.

3-Democratic Dictatorship.

4-Arato, A., Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy, Great clarendon street: Oxford university press, 2016, p. 271

بر رویکرد حقوقی از جانب آن‌ها، دستاویزی است برای اعمال قرائتشان از حاکمیت مردم و از آن طریق، سرکوب دیگران (در ادبیات پوپولیستی، مساوی است با نخبگان). این، دقیقاً نقطه‌ای است که پوپولیسم با حاکمیت قانون ماهوی زاویه پیدا می‌کند. همان گونه که پیش از این بیان شد، برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، ترکیبی است از برداشت شکلی به علاوه دموکراسی و حقوق فردی.^۱ طبق برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، تمام قوای عمومی باید همواره در چارچوب محدودیت‌های تعیین‌شده توسط قانون، مطابق با ارزش‌های دموکراسی و حق‌های بنیادین و تحت کنترل دادگاه‌های مستقل و بی‌طرف عمل کنند. برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، اجرای اصولی همانند قانونی بودن، متضمن فرآیند شفاف، پاسخ‌گو، دموکراتیک و کثرت‌گرایانه بودن وضع قوانین، ممنوعیت اعمال خودسرانه قدرت اجرایی، حمایت قضایی مؤثر توسط دادگاه‌های مستقل و بی‌طرف، احترام به حقوق اساسی، تفکیک قوا و برابری در برابر قانون است. بر این مبنا برای این‌که از اعمال خودسرانه قاعده اکثریت جلوگیری شود، لازم است اولاً به حقوق فردی توجه کرد و در درجه بعد، سازوکار مشروعیت بر مبنای رضایت و رعایت حق‌های شهروندان در اولویت قرار گیرد، نه تصمیم بر مبنای صرف رأی و صرف قاعده اکثریت که مطلوب پوپولیسم است.^۲

باید توجه داشت پوپولیسم و دموکراسی، بر حاکمیت مردمی و قاعده اکثریت بنا شده‌اند، اما مفهوم ماهوی از حاکمیت قانون و دموکراسی،^۳ قائل به عنصر دیگری است که پوپولیسم با قائل بودن به ثابت و همگون بودن اراده عمومی، مخالف آن است و آن عنصر، کثرت‌گرایی است. دموکراسی به مفهوم ماهوی آن از حقوق اقلیت و حقوق افراد حمایت می‌کند، در حالی که ایدئولوژی پوپولیسم با این دیدگاه مغایر است. بنابراین، هر گونه تحلیلی از نسبت میان پوپولیسم و حاکمیت قانون به دو متغیر بستگی دارد: اولاً هدفی که حاکمیت قانون در خدمت آن است و برداشتی که از حاکمیت قانون ارائه می‌شود. پوپولیسم به حاکمیت مطلق مردم بی هیچ قیدی ارجحیت می‌دهد و برای خدمت به این هدف، حاکمیت قانون شکلی را به عنوان ابزاری به کار می‌گیرد. پس برداشت ماهوی حاکمیت قانون با پوپولیسم در تعارض قرار دارد؛ زیرا آن‌چه از منظر حاکمیت قانون ماهوی اهمیت دارد، تضمین حق‌های فردی و بنیادین است که از جانب پوپولیسم نقض می‌شود.

1-Allan, T. R., Law, Liberty, and Justice: The legal Foundations of British Constitutionalism, Oxford: Clarendon. Press, 1993, p. 22

2-Hutchinson, A., "Democracy and the rule of law" In: Hutchinson, A. and Monahan, P., (Ed.) The Rule of Law: Ideal or Ideology, Toronto, Canada: Carswell, 1987, p. 100

۳. زارعی، پیشین، ص ۶۹.

پوپولیست‌ها با انحصاری که برای تفکر خود قائلند، معتقدند که تفسیر صحیح از اراده مردم از آن‌هاست و با اعمال فشار به دیگر نهادها تلاش می‌کنند تفسیر خود را حاکم کنند. به باور آنان، قوانینی که وضع کرده‌اند، «فرمان‌های مردم به عنوان حاکم»^۱ است. از این نظر، اقدام دولت زمانی مشروعیت می‌یابد که مبتنی بر اطاعت از قانون (پوپولیستی) باشد و تبعیت از قانون پوپولیستی برای تداوم حاکمیت مردم، ضروری تلقی می‌گردد و به هر گونه محدودیتی برای آن حمله می‌شود.

از این منظر، با توجه به آن‌چه در تحلیل برداشت شکلی بیان شد، پوپولیسم می‌تواند با معیارهای برداشت شکلی هم‌خوانی داشته باشد یعنی قوانین پوپولیستی حتی با این ویژگی‌هایی که از جانب طرفداران برداشت شکلی مطرح شد، همانند: فراگیر بودن، عطف بما سبق نشدن و اطلاع‌رسانی عمومی هم‌خوانی دارد. به تعبیری می‌توان گفت به لحاظ نظری، آرمان پوپولیسم، دستیابی به دموکراسی به علاوه برداشت شکلی از حاکمیت قانون است. برداشت شکلی از حاکمیت قانون به تفصیل توضیح داده شد، اما در مورد مؤلفه دموکراسی باید گفت که پوپولیسم، نوید بازگشت به ناب‌ترین شکل دموکراسی را می‌دهد که در آن، حاکمیت، مطلق است و سیاست، بیانگر اراده ناب مردم است.^۲

صرف هم‌خوانی پوپولیسم با برخی از برداشت‌های حاکمیت قانون و تأکید بر حاکمیت مردم به این ایدئولوژی ارزش نمی‌دهد. درست است که کسب امتیاز بالا در شاخص حاکمیت قانون، شاخصی معتبر از کیفیت یک دموکراسی است، اما اصولاً مشروط بر این که این سیستم با الزامات رویه‌ای پیش‌بینی شده در برداشت شکلی مطابقت داشته باشد، فرآیندهای پاسخ‌گویی پیچیده و دقیق را اجرا کند و دارای نظامی از تفکیک قوا و نظارت و تعادل باشد که امکان ایجاد یک دستگاه قضایی مستقل، دموکراسی و حاکمیت قانون را توأمان فراهم می‌کند.^۳

قانون دموکراتیک نه با این عنوان که «فرمان حاکم» است، بلکه به این دلیل الزام‌آور است که محصول حوزه عمومی است که نمایندگان مردم پس از مشورت کافی با جامعه مدنی به طور دوره‌ای تشخیص می‌دهند و تصویب و ابلاغ می‌کنند. رقابت عمومی و همگانی بودن به عنوان ابعاد مهمی از دموکراسی، فرصتی عادلانه را برای جامعه مدنی فراهم می‌کند تا به قانون‌گذاری کمک کند و از این طریق مشارکت ورزد. حاکمیت واقعی مردم نیز زمانی محقق خواهد شد که هر فرد به عنوان بخشی از منبع قدرت سیاسی تلقی شود و حکومت بر این باور باشد که قدرت، متعلق به مردمی است که آن را تولید کرده‌اند و موقتاً به

1-Utterance of Sovereign people.

2-Adamidis, op. cit., p.10.

3-Habermas, op. cit., p.12.

کارگزاران نظام سیاسی تفویض شده است. در این فرض، دولت نه در جایگاه اصیل، بلکه به عنوان نماینده صاحبان قدرت، صلاحیت پیدا می‌کند تا از سوی مردم و به منظور اهدافی که آن‌ها تعیین کرده‌اند، اعمال حاکمیت کند. در واقع، حاکمیت واقعی زمانی تضمین خواهد شد که تمام اشکال قدرت در یک نظام سیاسی به مبانی و اصول نمایندگی پای‌بند باشند و هیچ شکلی از قدرت سیاسی - حقوقی نتواند بدون گذر از نظام نمایندگی به حیات خود ادامه دهد^۱ و این قرائت‌ها کاملاً مغایر با قرائت پوپولیستی است.

گفتار سوم. تحلیل نقش حقوق اداری در چالش میان پوپولیسم و حاکمیت قانون

در حقوق اداری، چالش میان پوپولیسم و حاکمیت قانون از گذرگاه مفهوم نظارت قضایی نمود پیدا می‌کند. این امر ناشی از آن است که نظارت قضایی بر اعمال دولت، در مفهوم بنیادین حاکمیت قانون ریشه دارد. بدون درک روشنی از ایده حاکمیت قانون و نظام‌های حقوقی - سیاسی مقابل آن و بدون توجه به معیارهای تحقق حاکمیت قانون و تلاش برای اجرای آن‌ها نمی‌توان انتظار داشت که نظارت قضایی بتواند حمایت از حقوق شهروندان مقابل حکومت را فراهم کند^۲ و ریشه عناد دیرینه پوپولیسم با نظارت قضایی را باید در اصطکاک مفاهیم حاکمیت قانون و پوپولیسم واکاوی کرد.

در واقع، حاکمیت قانون یکی از مفاهیم حقوقی و سیاسی است که حقوق اساسی و حقوق اداری را به یکدیگر مرتبط می‌سازد. بر این اساس، مقام‌ها و مسئولان اجرایی کشور مکلفند در روابط خود با یکدیگر و با شهروندان، از شاخص‌های قانونی پیروی کنند و از تصمیم‌گیری‌های خودسرانه، مبهم و زودگذر بپرهیزند. رعایت نکردن موازین قانونی موجب می‌شود اقدامات آنان و مقررات وضع‌شده به علت تضییع حقوق مردم، غیر قانونی اعلام شوند. برای دستیابی به چنین هدفی، وجود نهادهای قضایی مستقل به منظور نظارت و مهار اعمال و اقدامات مسئولان اجرایی یا سیاسی ضرورت پیدا می‌کند. چنین نهادهایی در جریان نظارت، اصول و معیارهای حقوقی را تبیین می‌کنند تا تحقق مفاهیمی هم‌چون حاکمیت قانون و تفکیک قوا را در روابط نهادها و سازمان‌های اجرایی با یکدیگر و با مردم امکان‌پذیر سازند.^۳

۱. دبیرنیا، علی‌رضا، «حاکمیت مردم در مفهوم مدرن (فراساختاری بودن حق حاکمیت)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال بیستم، ۱۳۹۵، شماره ۳، ص ۴۴۵.

۲. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی، تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقای نظارت قضایی)»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۷، شماره ۹، ص ۷.

۳. زارعی، پیشین، ص ۲۱۷.

از نظر دایسی نیز اصل حاکمیت قانون دربردارنده نتایج مشخصی است که نظارت قضایی، یکی از جنبه‌های این اصل به شمار می‌رود. در چنین شرایطی، حاکمیت قانون، میان حقوق افراد و قانون اساسی، حلقه اتصال ایجاد می‌کند. اگر می‌خواهیم آزادی‌ها و حقوق را جدی بگیریم، باید از راهکارهای قضایی شروع کنیم؛ چون اقدام قضایی، حقوق را به بار می‌آورد و به عبارت دیگر، حقوق واقعی وجود ندارد، مگر آن که یک راهکار قضایی برای مطالبه آن وجود داشته باشد. بنابراین، اگر مهم‌ترین کارویژه حاکمیت قانون را پیش‌گیری از اعمال خودسرانه مقامات عمومی فرض کنیم، نظارت قضایی، ابزار مؤثر چنین حاکمیتی محسوب می‌شود که به این وسیله، قدرت را کنترل می‌کند.^۱

تا این جا ارتباط و انسجام مسئله حاکمیت قانون و نظارت قضایی مشخص شد. حال سؤال این است که حاکمیت قانون و پوپولیسم و تحلیل‌هایی که پیش از این مطرح شد، با مفهوم نظارت قضایی چه ارتباطی دارد؟ همان گونه که بیان شد، نظام‌های حقوقی دنیا در عصر کنونی به ویژه در دهه‌های اخیر به پوپولیسم به عنوان یک چالش عینی توجه کرده‌اند. «نظارت قضایی»، یکی از ابزارهای حقوق عمومی به منظور مقید ساختن دولت به حاکمیت قانون و رعایت حقوق و آزادی‌های شهروندان است^۲ و نظارت قضایی و حاکمیت قانون، مکمل یکدیگرند که جدا از هم نمی‌توانند اهداف مورد نظر خود را محقق سازند.^۳ به همین دلیل، تحلیل حقوقی چالش‌های پوپولیسم برای حاکمیت قانون، جدای از مفهوم نظارت قضایی ممکن نیست.

پوپولیسم به عنوان پدیده‌ای که در دهه‌های اخیر، نظام حقوقی را به چالش کشیده، زوایا و شکاف‌هایی را برای نظام حقوقی در بعد حقوق اساسی و حقوق اداری نمایان کرده که شاید پیش از این، چندان عینیت نداشته است. چالش پوپولیسم و حاکمیت قانون به خوبی نمایانگر این انتقاد است که همواره به حقوق‌دانان اداری وارد شده که با آن که مطالعات بازنگری قضایی در مرکز پژوهش‌های آن‌هاست، صرفاً به مسائل حقوقی آن توجه داشته‌اند، در حالی که به بستر بازنگری قضایی که از یک سو، متشکل از نظریه‌های سیاسی و حقوق اساسی است و از دیگر سو، متأثر از نظام سیاسی است، کم‌تر توجه داشته‌اند.^۴

۱. مولایی، آیت و بهروز سعادت‌راد، «مشکلات نظارت قضایی بر نهادهای انقلابی با تأکید بر سازمان تبلیغات اسلامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و سوم، شماره ۱۰۷، ص ۲۱۰.

۲. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و جعفر شفیعی سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره ۵، ص ۲۲.

۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: امکان‌سنجی یک نظریه»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۷، شماره ۴۸، ص ۱۵۱.

۴. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۱، ص ۵۰۰.

پوپولیسم بر مفاهیم بسیاری در حقوق عمومی هم‌چون قدرت مؤسس، نمایندگی، مفهوم حق و حاکمیت قانون اثرگذار است که به بسیاری از این مفاهیم در حوزه مطالعات حقوق اساسی توجه می‌شود، ولی این به معنای اثرناپذیری دیگر حوزه‌ها از پوپولیسم نیست. اثرپذیری دیگر حوزه‌ها در مطالعات حقوقی را باید از دریچه همین مفاهیم تحلیل کرد و چالش پوپولیسم برای حقوق اداری از دریچه مفهوم حاکمیت قانون صورت می‌گیرد.

همانا تبیین رابطه میان حاکمیت قانون و پوپولیسم و روشن ساختن زوایای آن‌ها که پیش از این بررسی شد، در گزینش الگوهای نظارت قضایی به عنوان مهم‌ترین ضمانت اجرایی حاکمیت قانون در نظام‌های حقوقی اثرگذار خواهد بود. پوپولیسم از مصادیق عینی در نظام‌های حقوقی و سیاسی امروز است که حداقل به صورت سلبی به خوبی نشان می‌دهد که در گزینش الگوهای نظارت قضایی، تحلیل حقوقی صرف کافی نیست و نیازمند مطالعات در بستر سیاسی و حقوقی به صورت توأمان است. واضح است که توجه به برداشت ماهوی از حاکمیت قانون بدون توجه به الگوهای حق‌بنیان نظارت قضایی،^۱ راه به جایی نخواهد برد و تمام این‌ها هم‌چون یک زنجیره به هم متصلند.

لاگالین در مقاله‌ای با عنوان «حق‌ها، دموکراسی و حقوق»^۲، دو توجیه اصلی را برای مشروعیت نظم حقوقی در جامعه مدرن تشریح کرد^۳ که عبارتند از: توجیه دموکراتیک نظم حقوقی و توجیه حق بنیاد. پوپولیسم به عنوان پدیده‌ای که در دنیای مدرن ظهور یافته، مهم‌ترین تجلی رویارویی این دو رویکرد است و چالش میان حاکمیت قانون و پوپولیسم به خوبی نشان می‌دهد که پذیرش توجیه حق‌بنیاد برای مشروعیت نظم حقوقی در این تقابل از آسیب‌های پوپولیسم بر نظام حقوقی و سیاسی خواهد کاست.

۱. همان، ص ۵۰۱.

2-Rights, Democracy and Law.

3-Loughlin, M., "Rights, Democracy and Law", In: K. D. Campbell, and K. D. Ewing, and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 41

نتیجه گیری

همان گونه که بیان شد، هدف این پژوهش آن است که با نگاهی حقوقی و صورت بنیادی به تحلیل مفهوم پرچالش پوپولیسم برای نظام سیاسی و حقوقی بپردازیم. با عنایت به اقتدای این نظریه به مفهوم «مردم» و «تمسک به آرای مردم»، مطالعه سیاسی و جامعه‌شناختی پوپولیسم در دهه‌های اخیر و مطالعات حقوقی این پدیده در سالیان اخیر در دنیا، جذاب و در عین حال، مناقشه‌برانگیز است.

در این مقاله بررسی کردیم که چگونه تمسک به اراده مردم و حاکمیت مردم با آمیخته شدن با این نظریه به اقتدارگرایی کامل می‌انجامد و در این میان، حاکمیت قانون چه نقشی می‌تواند ایفا کند. بر این مبنا، تحلیل شد آیا حاکمیت مردم می‌تواند به تنهایی در مقابله با این پدیده برخورد کند و از این دریچه، از منظر حقوق اداری نیز پدیده‌ها تحلیل شد. ابتدا از تحلیل پوپولیسم شروع کردیم. تحلیلی که از تعریف پوپولیسم ارائه شد، نشانه آن است که این مفهوم از سه رکن مهم تشکیل می‌شود: مردم، نخبگان و اراده همگانی. به عبارت بهتر، سه خصیصه پوپولیستی، رابطه آشتی‌ناپذیر اساسی میان مردم و نخبگان، تلاش برای اعاده قدرت به مردم و حاکمیت مردمی، مردم به مثابه کلیت واحد و همگون است. بنا به تعریف ارائه‌شده، پوپولیسم، ایدئولوژی مضیق‌ی است که از حاکمیت مردم به مثابه مجموعه‌ای همگون طرف‌داری می‌کند.

بنابراین، تعریف، پوپولیست‌ها، مشتاق «کل‌گرایی» هستند. این اندیشه که جامعه سیاسی دیگر نباید چند دسته باشد و این تصور که می‌توان کاری کرد که مردم یکی شوند و تمام آن‌ها یک نماینده واحد راستین داشته باشند. پس ادعای اصلی پوپولیسم، گونه‌ای اخلاقی‌شده از کثرت‌ستیزی است. به عبارت دیگر، صرف مخالفت با نهاد مستقر و نخبگان کافی نیست، بلکه پوپولیسم علاوه بر نخبه‌ستیزی، کثرت‌ستیز نیز هست. این نگاه کل‌گرا و هسته مونیستی به اراده همگانی می‌تواند به حمایت از گرایش‌های اقتدارگرایانه منجر شود. به این ترتیب، برخلاف فرآیند عقلانی که از طریق حوزه عمومی ساخته می‌شود، برداشت پوپولیستی از اراده عمومی بر مفهوم شعور و حس مشترک استوار است.

به طور خلاصه، چون پوپولیسم متضمن این است که اراده همگانی، نه تنها شفاف، بلکه مطلق است، می‌تواند به اقتدارگرایی و حملات غیر لیبرالی به هر کسی که تصور می‌شود همگونی مردم را تهدید می‌کند، مشروعیت ببخشد. در واقع، در اندیشه پوپولیستی، جامعه سیاسی به صورت مجموعه‌ای سیاسی، همگون با اراده واحد و همگانی تصور می‌شود که تنها رهبر کاریزماتیک، سخن‌گو و بازتاب‌دهنده صدای مردم است. از دید پوپولیست‌ها، تمام افراد و گروه‌هایی که در این مجموعه واحد و همگون (مردم راستین) قرار نمی‌گیرند،

از جمله نخبگان فاسد، اقلیت‌ها، بیگانگان و مهاجران، دشمن و دیگری تلقی می‌شوند و قابل دفع و طرد هستند.

در مواجهه با این پدیده، حاکمیت قانون می‌تواند نقش بسیار مهمی ایفا کند. البته به صورت بسیط نمی‌توان از نسبت میان حاکمیت قانون و پوپولیسم سخن گفت، بلکه باید نسبت میان برداشت‌های حاکمیت قانون و پوپولیسم بررسی شود. در تحلیل رابطه پوپولیسم و حاکمیت قانون به تحلیل رابطه پوپولیسم و برداشت‌های حاکمیت قانون پرداختیم. با ویژگی‌هایی که برای برداشت ماهوی برشمرده شد، مشخص است که این برداشت با پوپولیسم کاملاً در تناقض است؛ چون پوپولیست‌ها با انحصاری که برای تفکر خود قائلند، معتقدند تفسیری صحیح از اراده مردم از آن‌هاست و با اعمال فشار بر دیگر نهادها تلاش می‌کنند تفسیر خود را حاکم کنند.

به باور پوپولیست‌ها، قوانینی که وضع می‌کنند، «فرمان‌های مردم به عنوان حاکم» است و با توجه به نگاه پوپولیست‌ها به حاکمیت مردم به مثابه کلیت واحد و همگون، آن‌ها هیچ حقی برای دیگران قائل نیستند. دیگران ممکن است نخبگان و دیگر افرادی باشند که در چارچوب این کلیت قرار نمی‌گیرند (مثل مهاجران و اقلیت‌ها). این در حالی است که طبق برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، قوای عمومی مکلفند در چارچوب محدودیت‌های تعیین‌شده توسط قانون، مطابق حق‌های بنیادین و تحت کنترل دادگاه‌های مستقل و بی‌طرف عمل کنند. به عبارتی دیگر، این برداشت، مبتنی بر حفظ حقوق شهروندان است. در مقابل با توجه به آن‌چه در نظر جوزف رز بیان شد، در برداشت شکلی در هر دو روایتش، امکان هم‌پوشانی و تعامل با پوپولیسم وجود دارد و لزوماً برداشت شکلی مغایر با پوپولیسم نیست. همان‌گونه که اشاره شد، پوپولیست‌ها اعتقاد دارند که تفسیر صحیح از اراده مردم از آن‌هاست و با اعمال فشار بر دیگر نهادهای مستقر در جامعه تلاش می‌کنند تا تفسیر خود را حاکم کنند و قوانینی که وضع می‌کنند، «فرمان‌های مردم به عنوان حاکم» است. از این رو، اقدام دولت زمانی مشروعیت می‌یابد که مبتنی بر اطاعت از قانون (پوپولیستی) باشد و تبعیت از قانون پوپولیستی برای تداوم حاکمیت مردم ضروری تلقی می‌شود و هر گونه محدودیتی برای آن زیر سؤال می‌رود.

از این منظر، با توجه به تحلیل مربوط به برداشت شکلی، پوپولیسم لزوماً برداشت‌های شکلی را رد نمی‌کند و حتی برای رسیدن به این اهداف ممکن است از این ابزارها استفاده کند. مثلاً قانون وضع کند که عطف بماسبق نشود و به اطلاع عموم برسد که کاملاً شفاف باشد. پس لازم است که نظام‌های حقوقی و سیاسی، مفهوم حاکمیت قانون را مفهومی بسیط ندانند و در تعیین سازوکارها به تفاوت برداشت‌ها در این خصوص توجه کنند. باید دانست

هر چه سازوکار نظام حقوقی، بیش‌تر مبتنی بر حمایت از برداشت ماهوی از حاکمیت قانون باشد، یکه‌تازی‌های پوپولیسم در آن نظام از طریق حاکمیت قانون با توجیه مستدل‌تری مهار خواهد شد و بهانه حاکمیت مردم زیر لوای تفسیرهای پوپولیستی به بهای حقوق اقلیت و حق‌های بنیادین تمام نمی‌شود. از این طریق، به هر دو مفهوم حاکمیت مردم و حق‌های بنیادین، آسیب‌های کم‌تری وارد خواهد شد.

به تعبیر دیگر، می‌توان گفت پوپولیسم با ادعای حمایت از حاکمیت مردم، یکی از چالش‌های مهم برای حاکمیت مردم در عصر کنونی است و تأکید بر برداشت‌های ماهوی از حاکمیت قانون با اعمال سازوکار نظارت قضایی در نظام حقوقی و سیاسی می‌توان از خطرهای بالقوه این تنش بکاهد. این امر، اهمیت توجه به سازوکارهای حق‌بنیاد در ساختار نظارت قضایی در نظام حقوقی و سیاسی را نشان می‌دهد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بیتام، دیوید، **دموکراسی و حقوق بشر**، ترجمه: محمدتقی دل‌فروز، تهران: طرح‌نو، ۱۳۸۹.
۲. دایسی، آلبرت، **درآمدی بر حقوق اساسی**، ترجمه: ناصر سلطانی، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۵.
۳. زارعی، محمدحسین، **گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن**، حاکمیت قانون و دموکراسی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۴.
۴. مرکز مالیری، احمد، **حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۴.
۵. مولر، یان ورنر، **پوپولیسم چیست؟**، ترجمه: بابک واحدی، تهران: بیدگل، ۱۳۹۶.
۶. موود، کاس و کریستوبال راویرا کالت واسر، **مقدمه‌ای خیلی کوتاه بر پوپولیسم**، ترجمه: احمد موثقی، و حسن اعمایی، تهران: نگاه معاصر، ۱۳۹۸.
۷. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی (جلد ۲)**، تهران: سمت، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
۸. هیوود، اندرو، **کلیدواژه‌ها در سیاست و حقوق عمومی**، ترجمه: اردشیر امیرارجمند و سید باسم موالی‌زاده، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷.
۹. هیوود، اندرو، **سیاست**، ترجمه: عبدالرحمان عالم، تهران: نی، ۱۳۹۹.
۱۰. ویژه، محمدرضا، **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی**، تهران: جنگل، ۱۳۹۰.
۱۱. وینسنت، اندرو، **نظریه‌های دولت**، ترجمه: حسین بشیریه، تهران: نی، چاپ دهم، ۱۳۹۴.

ب) مقاله

۱. دبیرنیا، علی‌رضا، «**حاکمیت مردم در مفهوم مدرن (فرااختاری بودن حق حاکمیت)**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، سال بیستم، ۱۳۹۵، شماره ۳، صص ۱۳۵۱۱۱.
۲. درویشی، هادی و سمیه مؤمنی، «**تأملی درباره پدیده پوپولیسم و انواع آن**»، جامعه، فرهنگ و رسانه، ۱۳۹۹، شماره ۳۴، صص ۸۵۶۹.
۳. غفاری، هدی، «**نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران**»، فصل‌نامه پژوهش حقوق، دوره چهاردهم، ۱۳۹۱، شماره ۳۶، صص ۱۳۲۱۰۷.

۴. گرجی ازندریانی، علی اکبر و جعفر شفیعی سردشت، «اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت»، دانش حقوق عمومی، سال دوم، ۱۳۹۲، شماره ۵، صص ۴۰۲۱.
۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر، «حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: امکان‌سنجی یک نظریه»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۷، شماره ۴۸، صص ۱۸۴۱۰۷.
۶. مولایی، آیت و بهروز سعادت‌نیراد، «مشکلات نظارت قضایی بر نهادهای انقلابی با تأکید بر سازمان تبلیغات اسلامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و سوم، شماره ۱۰۷، صص ۲۲۶۲۰۷.
۷. نظری، علی اشرف و برهان سلیمی، «پوپولیسم راست افراطی در دموکراسی‌های اروپایی: مطالعه موردی فرانسه»، دولت‌پژوهی، دوره اول، شماره ۴، صص ۱۸۵۱۵۷.
۸. هداوند، مهدی، «نظارت قضایی: تحلیل مفهومی، تحولات اساسی (طرحی برای توسعه حقوق اداری و ارتقای نظارت قضایی)»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۷، شماره ۹، صص ۵۶۷.

2-Latin Source

A) Book

- 1-Allan, T. R., Law, Liberty, and Justice: The legal Foundations of British Constitutionalism, Oxford: Clarendon Press, 1993
- 2-Arato, A., Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy, Great clarendon street: Oxford university press, 2016
- 3-Bradley, A. W., K. D Ewing and C. J. knight, Constitutional & Administrative Law, 16th Edition, Uk: Pearson, 2015
- 4-Dworkin, Ronald, A Matter of Principle, Massachusetts: Harvard University Press, 1985
- 5-Heywood, A., Political Ideologies: An Introduction, 5th Edition, London: Palgrave Mac Millan, 2012
- 6-Tamanaha, B., On the Rule of Law: History, Politics, Theory, Edinburgh: Cambridge University Press, 2004

B) Article

- 1-Adamidis, V., «Democracy, populism, and the rule of law: A reconsideration of their

- interconnectedness», *Politics* August 23, 2021, 113
- 2-Blokker, P., "Populism as a Constitutional Project", *International Journal of Constitutional Law* 17, 2019, 536553
- 3-Corrias, Luigi, "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity", *European Constitutional Law Review* 12, 2016
- 4-Craig, P. P., "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, 1997, 467487
- 5-Habermas, J., "On the Internal Relation Between Rule of Law and Democracy", *European Journal of Philosophy* 3, 1995, 1220
- 6--Halmai, G., "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", *German Law Journal* 20, 2019, 296 – 313
- 7-Hamara, C. T., "the Concept of the rule of law", In: Flores; Imer, B.; Himma; Kenneth, E. (Ed.), *Law, Liberty and the rule of law*, Netherlands: Springer Netherlands, 2013
- 8-Hutchinson, A., "Democracy and the rule of law" In: Hutchinson, A. and Monahan, P., (Ed.) *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto, Canada: Carswell, 1987
- 9-Kaltwasser, C., "How to define populism? Reflections on a contested concept and its (mis) use in the social sciences", In: Gregor Fitzi, Juergen Mackert, Bryan Turner (Ed), *Populism and the Crisis of Democracy: Concepts and Theory*, Volume 1, New York: Routledge, 2019
- 10-Loughlin, M., "Rights, Democracy and Law", In: K. D. Campbell, and K. D. Ewing, and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 4160
- 11-Mudde, C., "The Populist Zeitgeist", *Government and Opposition* 39, 2004, 541 – 563
- 12-Radin, M., "Reconsidering the rule of law", *Boston University Law Review* 69, 1989, 781819
- 13-Raz, J., "The Rule of Law and its Virtue", *The Law Quarterly Review* 93, 1977, 195-211
- 14-Sabine, G. H., "Pluralism: a point of view", *American Political Science Review* 17, 1923, 34-50
- 15-Sartori, G., "Concept misformation in comparative politics", *American Political Science Review* 64, 1970, 1033-1053
- 16-Stanley, B., "The Thin Ideology of Populism", *Journal of Political Ideologies* 13, 2008, 95-110
- 17-Waldron, J., "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)?", *Law and Philosophy* 21, 2002, 137164



سیاست‌های تقنینی و انحصار در مقررات حوزه درمان

فردین مرادخانی*

داوود کاظمی**

چکیده

هدف از اصول ۴۴ و ۴۶ قانون اساسی، ایجاد رقابت، منع انحصار، کارآیی و نظارت بر اقتصاد برای افزایش رفاه جامعه و ایجاد عدالت است. با وجود اصل ۴۶ قانون اساسی، هیچ شخصی اجازه ندارد به استناد شغلی که دارد و فعالیتی که انجام می‌دهد، از اشتغال دیگران جلوگیری کند. شایبه انحصارطلبی در مقررات حوزه‌هایی مانند درمان وجود دارد که در این پژوهش بررسی می‌کنیم تا با شناسایی چنین مقرراتی، زمینه اصلاح آن فراهم شود. در پژوهش حاضر، با بهره‌گیری از مطالب کتابخانه‌ای و اینترنتی، از روش توصیفی - تحلیلی برای بررسی داده‌ها استفاده شده است. این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا مقررات وضع‌شده در حوزه درمان، اصل منع انحصار را نقض می‌کند؟ برای پاسخ به این پرسش، با بیان مؤلفه‌های انحصار در قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی و بررسی مقررات و قوانین موجود در حوزه درمان به تناقض‌های این مقررات با اصل ۴۶ قانون اساسی خواهیم پرداخت. در نهایت، به این نتیجه رسیدیم که در قوانین و مقررات موجود در بخش درمان، برخی از مؤلفه‌های انحصار مانند ظرفیت بسیار پایین دانشگاه‌های علوم پزشکی، موانع ضد رقابتی از طریق صادر نشدن مجوز برای پزشکان طب سنتی و تعیین تعرفه‌های پزشکی در این حوزه توسط خود پزشکان مشاهده می‌شود که به عنوان راهکار رویه‌ای، ابتدا باید این قوانین اصلاح شود. به عنوان راهکاری بنیادین، قانون سیاست‌های کلی ضد انحصارطلبی اصل ۴۶ قانون اساسی تدوین شود.

کلیدواژه‌ها: اصل ۴۴ قانون اساسی، اصل ۴۶ قانون اساسی، انحصار، پزشکان، رقابت.

*. دانشیار حقوق عمومی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان. (نویسنده مسئول).

moradkhani.fardin@yahoo.com

davoodkazemi1359@gmail.com

**. دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

مقدمه

طبق اصل چهل و ششم قانون اساسی، هر کس، مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت بر کسب و کار خود، امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند. این اصل دارای دو قسمت است. قسمت اول را می‌توان «اصل حق مالکیت» نام‌گذاری کرد و قسمت دوم را که هیچ فرد حقیقی و حقوقی اجازه ندارد به استناد شغلی که دارد و فعالیتی که انجام می‌دهد، از اشتغال دیگران جلوگیری کند، می‌توان «اصل ضد انحصار» در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دانست.

در مشروح مذاکرات مجلس نهایی قانون اساسی، مطلبی در خصوص این اصل وجود ندارد. این اصل در پیش‌نویس به عنوان اصل نهم معرفی و در آن جا بیان شده بود: «سعی و کار حاصل از آن، حق هر کسی می‌باشد. هیچ کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت رسمی و کار خود، امکان سعی و کار را از دیگری سلب کند. امکان کار و کوشش برای همه باید چنان فراهم گردد که هیچ کس مورد بهره‌کشی و استثمار دیگران قرار نگیرد».^۱ در استفاده از این اصل در این جهت و ارجاع به آن در مجلس نیز سابقه‌ای وجود ندارد و فقط یک بار، نماینده شهرستان اراک در مجلس شورای اسلامی با استناد به این اصل، درخواست حذف بند «د» ماده ۶۵ برنامه پنجم توسعه در خصوص بازخرید نکردن ذخیره مرخصی کارمندان را تقاضا کرد^۲ که فقط به قسمت ابتدای اصل توجه داشت و ارجاع مربوط به قسمت جلوگیری از انحصار نیست.

فصل نهم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی نیز به مبحث تسهیل رقابت و منع انحصار می‌پردازد. تاکنون به دلایل مختلف مانند ماده ۵۰ این قانون، برخی از اصناف که مشمول قانون نظام صنفی شده‌اند و به عرضه جزئی (خرده‌فروشی) کالاها یا خدمات می‌پردازند، از شمول این فصل مستثنا شده‌اند. یکی از اصناف که از این قاعده استثنا شده، بخش درمان کشور است که می‌تواند یکی از دلایل ایجاد شایبه انحصار در حوزه تصمیم‌گیری‌ها و برنامه‌ریزی‌های پزشکی باشد.

سؤال اصلی این پژوهش آن است که آیا مقررات وضع‌شده در حوزه درمان در مقایسه با دیگر کشورها انحصارطلبانه است؟ اگر این گونه است، چه تأثیری بر جامعه داشته و چه مشکلاتی را به وجود آورده است؟ فرضیه ما در این پژوهش آن است که وضعیت کنونی بخش

۱. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۷، صص ۳۳۵-۳۸۰.

۲. خبرگزاری خانه ملت، «عدم بازخرید ذخیره مرخصی کارمندان با قانون اساسی مغایرت دارد»،

۱۳۸۷ (تاریخ مشاهده: ۱۴۰۰/۰۴/۱۸)، در:

درمان مانند بالا بودن هزینه درمان و خدمات پزشکی مانند دندان پزشکی و فاصله بالای این هزینه‌ها نسبت به درآمد سرانه خانوار در جامعه از وجود چنین انحصاری برمی‌خیزد. برای پاسخ به این سؤال سعی می‌کنیم با بررسی مقررات مختلف در حوزه درمان و بیان تناقض‌های این مقررات با اصل ۴۶ قانون اساسی، برای توسعه این اصل و رجوع به آن برای جلوگیری از انحصار در کشور راهکاری بسنجیم. هم‌چنین با بیان مؤلفه‌های انحصار در قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ و بررسی مقررات و قوانین موجود در حوزه درمان و معرفی موادی از آن‌ها که با این اصول در تضادند، می‌توان نتیجه گرفت برخی از مؤلفه‌های انحصار در این حوزه مشاهده می‌شود.

هدف از انجام این پژوهش، معرفی یکی از مصداق‌های انحصار در کشور، از طریق مقایسه قوانین این بخش با کشورهای دیگر و بررسی مشکلات به وجود آمده بر اثر آن در حوزه درمان و مجموعه قوانین و مقرراتی است که در حوزه درمان وضع شده است و در نابسامانی این حوزه نقش اساسی دارد و جای بررسی حقوقی در این حوزه به شدت خالی است. در خصوص سابقه پژوهش، بررسی‌ها نشان می‌دهد که هیچ یک از منابع علمی به انحصار در حوزه درمان و اصل ۴۶ قانون اساسی به عنوان یکی از منابع اصلی جلوگیری‌کننده از انحصار اشاره نکرده است و فقط مکتوباتی در خصوص برخی مصداق‌های انحصار در حوزه درمان در روزنامه‌ها و فضا‌های اینترنتی وجود دارد. همین موضوع، ضرورت مطالعه حقوقی این بحث را دو چندان می‌کند.

این پژوهش بر آن است که خلأ موجود در منابع قانونی در حوزه انحصار را اندکی تعدیل کند. در این مقاله، تنها به برخی از وجوه انحصار در حوزه درمان مانند منفک کردن رشته‌های پزشکی از وزارت علوم، نظام تعرفه‌گذاری، رسیدگی به تخلفات، پذیرش در کنکور، ایجاد محدودیت برای حرفه‌های رقیب و نظام ارجاع خواهیم پرداخت؛ چون پرداختن به همه وجوه و مشکلات این حوزه، نیازمند نوشته‌های متعدد دیگری است.

گفتار اول. انحصار و تاریخچه آن

سابقه اولیه قوانین ضد انحصار، به اعتراض‌های مردم آمریکا به تراست‌های^۱ تجاری برمی‌گردد. نتیجه این اعتراض‌ها، تصویب قانون «شرمن»^۲ (۱۸۹۰) بر اساس طرح سناتور شرمن بود. بعد از این قانون، قوانینی همانند قانون ویلسون^۳ (۱۸۹۵)، قانون کمیسیون بازرگانی فدرال^۴ (۱۹۱۶) و اصلاحیه‌های متعدد آن‌ها، نظام کلی مقررات ضد انحصار را در

1-Trust.

2-Sherman Antitrust Act.

3-Wilson Act.

4-Federal Trade Commission Act.

امریکا سازمان داد. محدودیت‌های نظارتی در امریکا، موانع قابل توجهی برای آزادی انتخاب آمریکایی‌ها در مراقبت‌های بهداشتی ایجاد می‌کند. به گفته کلارک هاویگورست، قوانین صدور مجوزهای حرفه‌ای مدت‌هاست که خدمات‌رسانی بهداشتی را در انحصار پزشکان قرار داده است.^۱

شاید بتوان گفت شایبه ایجاد انحصار در حوزه درمان هم‌زمان با صدور مجوزهای پزشکی پدید آمد. مجوز پزشکی اولین بار در انگلستان در سال ۱۴۴۲ مطرح شد که آرایشگران لندنی مجوز انجام برخی اقدامات را دریافت کردند. این اساس‌نامه، آرایشگران را برای درمان زخم، خون‌ریزی و کشیدن دندان مجاز کرد. در ایالات متحده، اولین قانون صدور مجوز حرفه‌ای مراقبت‌های بهداشتی در سال ۱۶۳۹ در ویرجینیا تصویب شد. در سال ۱۷۶۰، شهر نیویورک، اولین حوزه قضایی امریکا بود که فعالیت پزشکان غیر مجاز را ممنوع کرد. پس از آن، بسیاری از شهرها و ایالت‌های دیگر هم شرایط صدور مجوز را فراهم کردند.^۲ در اوایل قرن نوزدهم، یک مقاله تاریخی در مجله انجمن پزشکی امریکا توضیح می‌دهد که در اواسط قرن نوزدهم، گیاه‌شناسی و هومیوپاتی^۳ تقاضای زیادی داشت. این شیوه‌های درمانی جای‌گزین روش داروی منظم پزشکی شد و به دلیل تقاضای گسترده مصرف‌کنندگان گیاهان دارویی، بیش‌تر قوانین صدور مجوزهای ایالتی که امتیازاتی ویژه به پزشکان اعطا می‌کردند، لغو شد. در آن دوره، ایالات متحده با کم‌ترین میزان مرگ و میر نوزادان در جهان، یکی از سالم‌ترین کشورها بود.

با این اقدام می‌توان متصور شد که منافع شخصی پزشکان کاهش می‌یافت. لغو قوانین صدور مجوز، حرکتی را برانگیخت که منجر به تشکیل انجمن پزشکی^۴ امریکا شد. AMA برای محافظت از پزشکان در برابر رقابت ارائه‌دهندگان مراقبت‌های بهداشتی غیر پزشک تعیین شد. قوانین صدور مجوز حدود سال ۱۸۷۰ مجدداً ظهور کرد. در سال ۱۸۹۵، تقریباً همه ایالت‌ها نوعی هیئت مدیره برای بررسی مجوز پزشکان ایجاد کرده بودند.^۵ مطالعه‌ای در مورد توسعه اولیه قوانین صدور مجوز پزشکی در ایالات متحده گزارش می‌دهد که اهداف AMA برای حمایت از صدور مجوز شامل این موارد است:

1-Havighurst, C., "The Changing Locus of Decision Making in the Health Care Sector", Journal of Health Politics, Policy and Law 11, 1986, p. 700

2-Lowell, L., Final Report of the Commission on Medical Education, New York: Association of American Medical Colleges, 1932, pp.151-153

3-Homeopathy.

4-American Medical Association.

5-Wilson, L., "The Case against Medical Licensing in The Dangers of Socialized Medicine", ed. Jacob Hornberger and Richard Ebeling, Fairfax, Va.: Future of Freedom Foundation, 1994, p.59

۱. ورود به حرفه را محدود می‌کند و از این طریق، فضای مالی باثبات‌تری برای پزشکان فراهم می‌شود؛

۲. تعطیل دانشکده‌های پزشکی انتفاعی و جای‌گزینی آن‌ها با مؤسسات غیر انتفاعی؛

۳. از بین بردن دیگر فرقه‌های پزشکی.^۱

به گفته استارجو،^۲ با وجود قوانین جدید صدور مجوز، درگاه‌های ورود به حوزه پزشکی هنوز کاملاً باز بود و مراکز زیادی در این حوزه مشغول به کار بودند که این موضوع می‌توانست به دو دلیل از نظر پزشکان نامطلوب باشد: اول این‌که این مراکز با هم در جذب دانشجو رقابت کرده و باعث افزایش فارغ‌التحصیلان شده بودند. دوم این‌که این رقابت باعث کاهش هزینه آموزش می‌شد.

در سال ۱۹۰۴، AMA شورای آموزش پزشکی را ایجاد کرد که مأموریت داشت استانداردهای آموزش پزشکی را بالا ببرد. در طول ۱۰ سال تقریباً ۱۳۰ قانون تصویب شد که امور حداقل ۱۴ شغل مربوط به بهداشت را تنظیم می‌کرد. بعد از گذشت چهار سال از این وقایع، رئیس موسسه هومیوپاتی، دکتر دیوید ویلکاکس^۳ اعلام کرد که انجمن پزشکی امریکا به سرعت در حال تبدیل شدن به یک ماشین سیاسی است که هر چیزی را خفه می‌کند که مانع دستیابی به برتری پزشکی باشد.^۴

در ایران هم ایجاد انحصار مرحله‌ای داشته است که بی‌شباهت به این فرآیند نیست. در ایران، دو عامل اخلاق و مذهب در تدوین قواعد حقوق پزشکی نقش چشم‌گیری دارند. از این رو، ایجاد انحصار در آن جای تعجب دارد.^۵ مبنای قواعد قانونی حقوق رقابت در ایران را می‌توان فصل نهم قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و چهارم دانست که در سال ۱۳۸۹ عنوان قانون یافت. ماده ۵۰ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مقرر می‌کند: «افراد صنفی مشمول قانون نظام صنفی که به عرضه جزئی خرده‌فروشی کالاها یا خدمات می‌پردازند، از شمول این فصل مستثنی هستند». می‌توان استنباط کرد جامعه پزشکی از فصل نهم مستثنی شده است. هم‌چنین طبق تبصره ماده ۴۴ قراردادهای تشکلهای کارگری و کارفرمایی هم می‌تواند یک استثنای دیگر محسوب شود.^۶

1-Hamowy, R., "The Early Development of Medical Licensing Laws in the United States, 1875-1900", Journal of Libertarian Studies, 1979, pp. 73-119

2-Star Joe.

3-David Wilcox.

4-Goldberg, B., Alternative Medicine: The Definitive Guide, Puyallup, Wash: Future Medicine, 1993, p.277.

۵. محمودی، ژیلا، «سیر تحولی حقوق پزشکی در ایران»، فصل‌نامه علمی - حقوقی قانون‌یار، دوره دوم، ۱۳۹۶، شماره ۶، ص ۲۳۹.

۶. غمامی، سید محمد مهدی و محسن اسماعیلی، «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، ۱۳۸۹، شماره ۲، صص ۱۵۳.

طبق ماده ۸ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان، تبانی بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به شرط آن‌که کاهش عرضه یا کیفیت محصول یا افزایش قیمت آن را در پی داشته باشد، جرم است. یکی دیگر از مواردی که قانون‌گذار، تبانی را در فعالیتهای اقتصادی منع کرده، ماده ۴۴ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی است که به نظر می‌رسد سیاست‌های وزارت بهداشت در خصوص ظرفیت پایین دانشگاه‌های علوم پزشکی و جلوگیری از ورود طبیبان طب سنتی به بازار کار و طرح جامع نظام ارجاع، نوعی انحصار ایجاد کرده است و با قوانین یادشده در تضادند. فراهم شدن شرایط تعارض منافع، زمینه‌ساز این شده است که قانون یا مقررات رنگ و بوی انحصاری به خود بگیرد.

گفتار دوم. انحصار در حوزه پزشکی

شایبه وجود انحصار در حوزه درمان را در دو وجه می‌توان بررسی کرد؛ یکی، اعلام ظرفیت‌ها و دیگری، اعطای پروانه فعالیت صنفی. ظرفیت رشته‌های پزشکی مدت‌هاست اندکی تغییر کرده، به طوری که میانگین فارغ‌التحصیلان تمام رشته‌های دکتری حرفه‌ای بر اساس سال‌نامه آمار کشور در سال ۱۳۹۷ به طور تقریبی، ۵ هزار نفر در سال است. همچنین فقط ۵/۳ درصد از کل فارغ‌التحصیلان در سال ۱۳۹۷ از دانشگاه‌های وابسته به وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی فارغ‌التحصیل شده‌اند.^۱

بنا بر آمار سازمان بهداشت جهانی، سرانه پزشک در ایران، ۱۵/۸ نفر به ازای هر ۱۰ هزار نفر است،^۲ در حالی که این آمار در کشورهای پیشرو در نظام سلامت بین ۳۰ تا ۵۰ نفر برآورد می‌شود. GHO،^۳ سرانه پزشک در ایران را حتی پایین‌تر از کشورهایی همچون تاجیکستان، ازبکستان و لیبی می‌داند. همچنین سرانه پزشکان متخصص به ازای ۱۰۰۰ نفر جمعیت در ایران، حدود ۰/۶ برآورد شده، در حالی که در کشورهای پیشرفته، این شاخص بین ۲ تا ۳ است.^۴

اصلی‌ترین راهکار افزایش تعداد پزشکان در کشور، افزایش ظرفیت پذیرش رشته‌های پزشکی است. در حال حاضر، کل ظرفیت پذیرش رشته‌های پزشکی در دانشگاه‌ها حدود

۱. مرکز آمار ایران، سال‌نامه آماری کشور، تهران: مرکز آمار ایران، ۱۳۹۷، صص ۶۶۳ و ۶۶۷.

2-World health data platform/GHO/Indicators, The Global Health Observatory, Medical doctors (per 10 000 population), Friday, July 9, 2021, <https://www.who.int/data/gho/data/indicators/indicator>

3-Global Health Observatory .

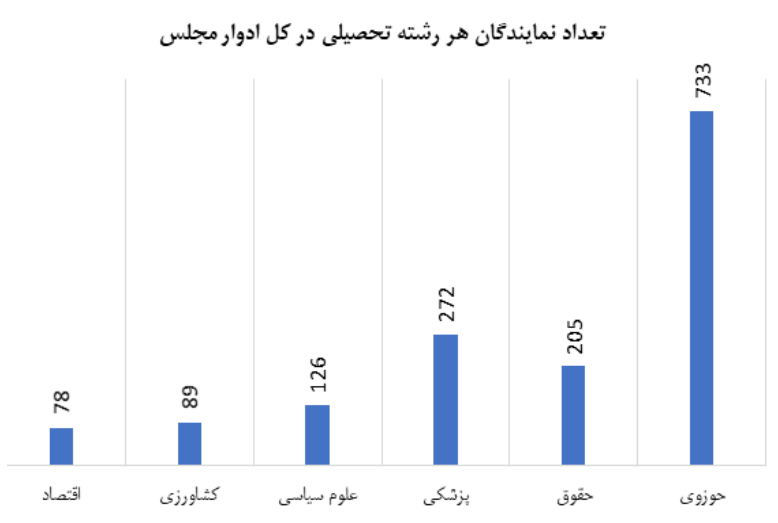
4-Shetty, A. and Shetty, S., "The impact of doctors per capita on the mortality rate in asia", Int J Med Pharm Sci, Vol 04(09), 2014

۷۳۴۶ نفر است که در صورت ثابت ماندن این ظرفیت‌ها، رسیدن به حداقل سرانه مطلوب که ۳۰ پزشک به ازای هر ۱۰ هزار نفر جمعیت برآورد شده است، بیش از ۳۰ سال به طول خواهد انجامید.

نکته قابل توجه دیگر این است که همین تعداد محدود پزشک هم توزیع مناسبی در کشور ندارند و حدود یک هفتم کل پزشکان عمومی و یک پنجم متخصصان و یک چهارم پزشکان فوق تخصص در استان تهران مشغول هستند و مردم ساکن روستاها و شهرهای کوچک از مشکل کمبود پزشک متخصص رنج می‌برند. همچنین در ایران، ۳۳ درصد از کل پزشکان وزارت بهداشت و درمان، پزشک عمومی و ۵/۴ درصد، پزشک فوق تخصص هستند، در حالی که در کشورهای پیشرفته، این آمار کم‌تر از ۳۰ درصد است. به دلیل کم بودن ظرفیت پذیرش دانشگاه‌ها در مقطع تخصص و فوق تخصص، بیش‌تر پزشکان مجبورند به دوره عمومی اکتفا کنند و همین موضوع می‌تواند به شایبه وجود انحصار در مقاطع بالاتر پزشکی قوت بخشد.

بند اول. ریشه ایجاد انحصار در حوزه درمان

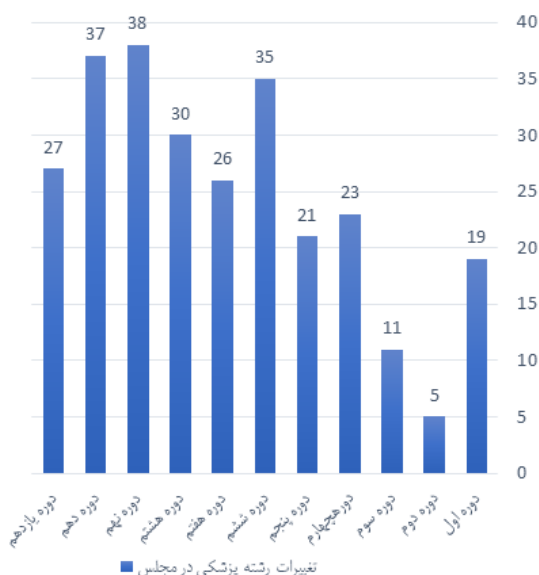
می‌توان گفت که ریشه برخی انحصارهای قانونی در قوانینی است که بر خلاف اصل ضد انحصار ۴۶ قانون اساسی در حوزه درمان وضع شده و انحصارها یا حمایت‌هایی را در این حوزه به وجود آورده است. برای این‌که یک صنف بتواند قوانینی را به نفع خود وضع کند، باید اعضای در پارلمان کشور داشته باشد که بتواند در کسب آرا و جلب نظر دیگر اعضا اثرگذار باشند. با بررسی رشته تحصیلی نمایندگان ادوار مختلف مجلس شورای اسلامی مشخص شد که ۲۷۵ نماینده ادوار مختلف مجلس شورای اسلامی دارای مدرک پزشکی بوده‌اند که در مقایسه با دیگر رشته‌های تخصصی بعد از سطوح مختلف روحانیون، بیش‌ترین تعداد نماینده را در مجلس داشته‌اند (تصویر شماره ۱).



تصویر شماره ۱ - مقایسه تعداد نمایندگان ۶ مدرک تحصیلی که بیشترین تعداد را در طول ادوار یازده گانه مجلس داشته‌اند.

نکته مهم این است که نوع توزیع نمایندگان با مدرک پزشکی در طول ادوار مجلس شورای اسلامی توزیع یک‌نواخت‌تری نسبت به دیگر رشته‌ها دارد (تصویر شماره ۲) و دارای انحراف معیار ۹/۹ است. انحراف از معیار برای نمایندگان روحانیت در مجلس ۵۰/۵ است که نشان‌دهنده تغییرات بالای تعداد روحانیون در ادوار مجلس است، پزشکان به جز دو دوره دوم و سوم در دیگر ادوار دارای تعداد مطلوبی نماینده در مجلس بودند. به جز دوره دوم، در هیچ دوره‌ای، اجازه حضور به دیگر رشته‌ها را در کمیسیون درمان نداده‌اند که می‌تواند عامل مهمی در ایجاد این شایبه باشد که از این طریق، یک صنف بتواند قوانین را به سمت منافع صنفی خود و به نام مجلس پیش ببرد.

تغییرات رشته پزشکی در مجلس



تصویر شماره ۲ - تغییرات تعداد نمایندگان با مدرک پزشکی در ادوار مختلف مجلس شورای اسلامی.^۱

گام اول برای ایجاد شایبه انحصار در حوزه درمان در ۱۳۳۴/۰۳/۲۹ با تصویب قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی برداشته شد.^۲ ماده ۱۰ و ۱۱ این قانون برای پزشکان خارجی تعیین تکلیف کرد، اما در مورد طب سنتی سکوت کرد و در ماده ۳ به طور غیر مستقیم، آنان را متخلف معرفی کرد. ادامه تدوین چنین قوانینی بعد از انقلاب از طریق تصویب قانونی در شورای انقلاب با عنوان اجازه اجرای طرح توسعه مجتمع آموزشی، پژوهشی و درمانی وزارت بهداشتی و بهزیستی در ۱۳۵۸/۱۰/۲۲ بود. در این ماده واحده به وزارت بهداشتی و بهزیستی، اجازه تشکیل مجتمع آموزشی و پژوهشی وزارت بهداشتی و بهزیستی داده شد. در این ماده واحده، همه فرآیندهای آموزشی در قسمت بهداشت بر عهده این سازمان قرار می‌گیرد و در بند ۲ اصول اجرایی طرح عنوان می‌کند این سازمان از یک عده مؤسسات آموزشی و پژوهشی وزارت بهداشتی و بهزیستی و دیگر سازمان‌های وابسته که

۱. همان.

۲. قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی، مصوب ۱۳۳۴، ماده ۱ و ۲.

صلاحیت آموزشی آن‌ها در سطوح مختلف قبلاً مورد تأیید وزارت فرهنگ و آموزش عالی قرار گرفته یا قرار خواهد گرفت، تشکیل می‌شود. نکته قابل توجه در این ماده واحده آن است که یکی از دلایل نیاز به تأسیس این سازمان در بند ب، «عدم همکاری از طرف پزشکان وزارت بهداشت با این مؤسسات در امر آموزش به علت عدم تمایل و یا سایر اشکالات موجود» معرفی شده است که جای بسی تأمل دارد.^۱

گام بعدی با تشکیل شورایی برای سیاست‌گذاری و رسیدگی به امور بهداشت درمان و آموزش پزشکی برداشته شد که هیئت وزیران در جلسه ۱۳۶۳/۷/۲۹ و با پیشنهاد وزارت بهداشت تصویب کرد. اعضای این شورا کاملاً با حضور پزشکان تشکیل می‌شود که نمونه آشکاری از تعارض منافع در قانون است.^۲

از موضوعات قابل تأمل و شایبه‌آفرین این است که در کابینه دولتی که این مصوبه به تصویب رسید، چهار پزشک حضور داشتند: دکتر علی‌اکبر ولایتی، وزیر امور خارجه؛ دکتر مرندی، وزیر بهداشت؛ دکتر ایرج فاضل، وزیر علوم (رئیس سابق نظام پزشکی)؛ دکتر هادی منافی، رئیس سازمان محیط زیست (وزیر بهداشت دولت قبل). به این ترتیب، کابینه‌ای که تأثیر متخصصان پزشکی در آن بالاست و مهم‌تر از همه، وزیر علوم آن هم که باید مخالف جدایی آموزش پزشکی شود، پزشک است، باعث شد مدیریت و برنامه‌ریزی آموزش پزشکی در ایران که از سال ۱۳۵۲ بر اساس ماده ۱ قانون تشکیل شورای آموزش پزشکی و تخصصی رشته‌های پزشکی به عهده وزارت علوم و آموزش عالی قرار گرفته بود، به وزارت بهداشت و آموزش پزشکی داده شود.^۳ این موضوع با تصویب قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۴/۰۷/۰۹ تکمیل گردید. در ماده ۲ این قانون، وظایف و اختیارات وزیر فرهنگ و آموزش عالی در ارتباط با امر بهداشت، درمان، آموزش و پژوهش پزشکی به این وزارت‌خانه محول گشت.^۴

سپردن مسئولیت آموزش دانشجویان رشته‌های پزشکی به وزارت‌خانه بهداشت در ایران برخلاف سنت اداره دانشگاه‌ها و تجربه دیگر کشورها بود و با این استدلال باید نظام دانشگاهی تعطیل گردد و هر وزارت‌خانه به تربیت نیروهای متخصص و مورد نیاز خود اقدام کند و برای نمونه، رشته حقوق به وزارت دادگستری و رشته علوم سیاسی به وزارت خارجه

۱. لایحه قانونی راجع به اجازه اجرای طرح توسعه مجتمع آموزشی، پژوهشی، درمانی وزارت بهداشت و بهزیستی، شورای انقلاب، مصوب ۱۳۵۸.

۲. قانون تشکیل شورایی برای سیاست‌گذاری و رسیدگی به امور بهداشت و درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۳.

۳. قانون تشکیل شورای آموزش پزشکی و تخصصی رشته‌های پزشکی، مصوب ۱۳۵۲.

۴. قانون تشکیل وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۴، ماده ۲.

انتقال یابد (وضعیتی که قبل از تأسیس دانشگاه در ایران حاکم بود). برای مثال، در کشور چین از سال ۲۰۱۰، اضافه کردن دستورات عمل‌های حرفه‌ای قبل یا بعد از نام رشته‌های پزشکی کارشناسی و عالی (تخصص) پزشکی بدون تصویب وزارت آموزش و پرورش مجاز نیست.^۱ از نکاتی که شایبه انحصار را در این حوزه تقویت می‌کند، ماده ۷ قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی است که دست این وزارتخانه را باز گذاشت تا بر میزان ورودی‌های پزشکی اثرگذار باشد که به نوعی بر خلاف اصل ۴۶ قانون اساسی است. نکته دیگر این است که در ایران، برای رشته پزشکی فقط مدرک پزشکی با تحصیلات هفت ساله وجود دارد، اما به طور مثال، در کشور چین، سه نوع مدرک پزشکی وجود دارد. نوع اول، پزشکی با برنامه کارشناسی مدرک‌گراست که شامل ۵ سال تحصیلات پزشکی در مقطع کارشناسی و ۳ سال اقامت است. نوع دوم، آموزش پزشکی عالی است که کالج‌های پزشکی پایه نامیده می‌شود و ۳ سال تحصیل بعد از دبیرستان را ارائه می‌دهند و به صدور دیپلم حرفه‌ای منجر می‌شوند. نوع سوم، آموزش پزشکی در سطح متوسطه است به نام هنرستان‌های متوسطه که آموزش پزشکی بسیار محدودی را پس از دوره راهنمایی ارائه می‌دهند و منجر به صدور دیپلم حرفه‌ای متوسطه می‌شوند. این فارغ‌التحصیلان می‌توانند با تمدید سال آموزش خود پس از دوره کارشناسی، مدرک کارشناسی ارشد یا دکتری دریافت کنند. قانون فعلی اجازه می‌دهد تا فارغ‌التحصیلان پزشکی با مدرک غیر کارشناسی، دستیار دکتری شوند و سپس فرصت دارند که پس از به دست آوردن تجربه کار و گذراندن امتحان، مدرک دکتری دریافت کنند.^۲

موضوع دیگر، تحت نظارت درآمدن همه مؤسسات بهداشتی در ماده ۸ این قانون است. اعضای چنین اجازه‌ای به این وزارتخانه باعث گردید در جلسه ۱۳۶۵/۵/۲۶، آیین‌نامه اجرایی ماده ۸ قانون تشکیل وزارت بهداشت تصویب شود. در ماده ۱ این آیین‌نامه آمده است: «اجازه تأسیس مراکز و مؤسسات پزشکی خصوصی فقط به نام کسانی که دارای مدرک دکتری در رشته‌های پزشکی، دندان‌پزشکی، داروسازی و یا یکی از رشته‌های تخصصی گروه پزشکی باشند، توسط وزارت بهداشت صادر می‌گردد و به مؤسس یا مؤسسان، بیش از یک پروانه تأسیس داده نخواهد شد.» این در حالی است که طبق ماده ۲ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی، هر کس

1-Education Law of the People's Republic of China, Adopted at the Third Meeting of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress on March 18, 1995 and promulgated by Order No. 45 of the President of the People's Republic of China on March 18, 1995, http://en.moe.gov.cn/Resources/Laws_and_Policies/201506/t20150626_191385.html

2-Chee-Ruey, H. and Chengxiang, T., «The multi-tiered medical education system and its influence on the health care market—China's Flexner Report», Human Resources for Health, 2019, p. 13

می‌توانست مؤسسه بهداشتی تأسیس کند. فقط باید از متخصصان به عنوان مسئول فنی استفاده می‌کرد. در ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۸، این حق به صورت انحصاری در اختیار دارندگان مدارک پزشکی قرار گرفت.^۱ سؤال این جاست چرا دیگرانی که مدرک پزشکی ندارند، نمی‌توانند مجوز تأسیس مرکز و مؤسسه پزشکی خصوصی دریافت کنند؟ آیا اگر این افراد چنین کاری را انجام دهند، نمی‌توانند تحت پوشش قانون کار، پزشک استخدام کنند و مشغول خدمات درمانی شوند؟ وجود چنین قوانینی، اجازه سرمایه‌گذاری در حوزه درمان را منحصر به پزشکان خواهد کرد و تأثیر زیادی روی درآمد سرانه پزشکان کشور خواهد گذاشت و فاصله طبقاتی شدید بین این رشته تحصیلی با دیگر رشته‌های تحصیلی ایجاد می‌کند.

نکته قابل توجه دیگر، ماده ۲ این آیین‌نامه اجرایی است که طبق آن، صلاحیت مؤسس یا مؤسسان و همچنین مسئول فنی باید به تأیید کمیسیون قانونی تشخیص امور پزشکی ذی‌ربط برسد که در ادامه، تعیین صلاحیت را به اعضای وابسته به صنف پزشکی واگذار کرده است. همچنین در ماده ۲۹ آن آمده است که همه مراکز و مؤسسات درمانی موضوع این آیین‌نامه ارزش‌یابی شده به استناد امتیازات مکتسبه در سه درجه (یک، دو و سه) قرار می‌گیرند. هزینه تخت - روز (هتلینگ) هر بیمارستان بر اساس درجه تعیین‌شده در آخرین ارزش‌یابی، بر مبنای جدول هزینه تخت - روز که توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تهیه و اعلام می‌گردد، پرداخت خواهد شد. به این ترتیب، تخمین هزینه‌های درمانی به عهده وزارت بهداشت قرار گرفته است که این موضوع می‌تواند شرایط انحصار و ایجاد قیمت‌های ناعادلانه و یک‌طرفه را فراهم آورد و از موقعیت‌های به وجود آمده تعارض منافع در قوانین است. در دیگر اصناف، این موضوع در اختیار سازمان حمایت مصرف‌کنندگان و تولیدکنندگان قرار گرفته است که با حضور نمایندگان دو طرف صورت می‌پذیرد یا این‌که در قانون کار، تعیین دست‌مزد در اختیار شورای عالی کار با حضور نمایندگان دولت، کارگران و کارفرمایان است.^۲

یکی از نکات بسیار مهم در این آیین‌نامه که ذهنیت را به سمت انحصار در این حوزه سوق می‌دهد، ماده ۳۱ است که بر اساس آن، استفاده‌کنندگان از دستگاه‌های تخصصی نظیر سونوگرافی و سی‌تی اسکن باید علاوه بر داشتن مدرک پزشکی تخصصی در رشته مربوط، حداقل دوره آموزشی لازم را که به تأیید کمیته تخصصی مربوط در وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی خواهد رسید، در یکی از مراکز علمی و دانشگاهی داخل یا خارج

۱. آیین‌نامه اجرایی ماده ۸ قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، مصوب ۱۳۶۵.

۲. قانون کار، مصوب ۱۳۶۹.

از کشور گذرانده باشند که با رعایت اصل ۴۶ قانون اساسی فاصله دارد. در کشورهای دیگر، تحصیل و اشتغال برای همه رشته‌ها در رشته‌هایی چون رادیولوژی و سونوگرافی فراهم است، مانند آلمان و ایالات متحده آمریکا.^۱

از دیگر نکات شایبه‌انگیز انحصار مربوط به لایحه‌ای با عنوان اصلاح بعضی از مواد قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی، مصوب ۱۳۳۴ است که وزارت بهداشت آن را در ۱۳۶۷/۰۱/۲۳ تقدیم مجلس کرد. در ماده ۴ این قانون، چهار تبصره به عنوان تبصره‌های ۳، ۴، ۵، ۶ به ماده ۶ اضافه شده و کار را برای متخصصان رشته‌های علوم شیمی سخت‌تر کرده که در این حوزه، توان‌مندتر از پزشکان هستند. پزشکان، داروسازان و دام‌پزشکان فقط با گذراندن یک دوره کارورزی می‌توانند مجوز آزمایشگاه‌های بالینی دریافت کنند، در حالی که این امتیاز شامل رشته‌های شیمی نمی‌شود. از دیگر موارد انحصارآفرینی در این حوزه، تصویب قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی در ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ به دست مجمع تشخیص مصلحت نظام است که بدون اشاره به فعالیت‌های طب سنتی، این گونه فعالیت‌ها را ممنوع می‌کند.^۲

بند دوم. تعرفه‌گذاری

از دیگر موارد انحصار در هر حوزه، سیستم تعرفه‌گذاری است. تعرفه‌گذاری در حوزه درمان، اولین بار در ۱۳۵۱/۱۲/۲۷ در ماده ۶ قانون تأمین خدمات درمانی مستخدمین دولت در قانون به کار گرفته شد و عنوان گردید که میزان سرانه تأمین خدمات درمانی و حدود این خدمات، تغییرات آن و همچنین سهم مشارکت مراجعه‌کننده (مبلغ فرانشیز) به موجب مقرراتی خواهد بود که از طرف شورای فنی پیشنهاد می‌شود و پس از تأیید مجمع عمومی به تصویب هیئت وزیران می‌رسد. در ماده ۴، اعضای شورای فنی با ترکیب کاملاً پزشکی انتخاب می‌شود، به طوری که از ۵ عضو آن، ۳ نفر پزشک است. پس موضوع تعارض منافع در این قانون به خوبی رعایت نشده است.

پس از انقلاب، در ۱۳۶۶/۰۷/۱۹ بعد از تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، این وزارت‌خانه به طور رسمی، میزان حق درمان مشمولین ماده ۱ قانون تأمین خدمات درمانی را از طریق هیئت وزیران تعیین کرد.^۳ گام بعدی تعرفه‌گذاری در ۱۳۶۹/۰۴/۲۴ در بند

1-Wolf, R., Geuthel, N., Gnatzy, F. and Rotzoll, D., «Undergraduate ultrasound education at German-speaking medical faculties: a survey», GMS journal for medical education, 2019, V.36, p. 3

۲. قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مصوب ۱۳۶۷.

۳. مصوبه تعیین میزان حق درمان مشمولین ماده ۱ قانون تأمین خدمات درمانی، مصوب ۱۳۶۶.

۱۰ ماده ۲ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران برداشته شد که در آن، به نظام پزشکی حق داده شد در اجرای صحیح تعرفه‌های خدمات بهداشتی و درمانی با مراجع صلاحیت‌دار همکاری کند. در بند ۱۰ ماده ۳ هم ذکر شد: «همکاری و تلاش برای اجرای صحیح تعرفه‌های خدمات بهداشتی و درمانی با مراجع ذی‌صلاح». در سال ۱۳۷۴ یعنی بعد از قانون بیمه همگانی، عبارت «اجرای صحیح» به «اظهار نظر و مشارکت فعال هنگام تعیین یا تجدید نظر در تعرفه‌های خدمات بهداشتی و درمانی و همکاری با مراجع ذی‌صلاح در اجرای آن» تبدیل شد.^۱ در سال ۱۳۸۳ این عبارت به این شکل عوض شد: «اظهار نظر و مشارکت فعال هنگام تعیین یا تجدید نظر در تعرفه‌های خدمات بهداشتی و درمانی بخش دولتی و تعیین تعرفه‌ها در بخش غیر دولتی براساس ضوابط بند ۸ ماده یک قانون بیمه همگانی درمانی کشور».^۲

در واقع، سازمان نظام پزشکی که در شورای عالی بیمه، نماینده ارائه‌کننده (به ویژه بخش خصوصی) است، به صورت تلویحی، اختیار تعرفه‌گذاری برای بخش غیر دولتی (خصوصی) را دارد. در سال ۱۳۹۳، تعرفه‌های بخش خصوصی هم همان رشد چشم‌گیر دولتی را داشت و قدر مطلق پرداخت از جیب بیماران در بخش خصوصی زیادی افزایش یافت. سؤالی که در این جا به وجود می‌آید، این است که آیا بیمارستان‌های خصوصی هم مثل بیمارستان‌های دولتی در آستانه ورشکستگی قرار داشتند که تعرفه‌های آن‌ها هم باید دو یا سه برابر می‌شد؟

همان طور که مشخص است، ریاست شوراهای تعرفه‌گذاری از سال ۶۴ تا ۱۳۷۳ که با نام شورای فنی فعالیت می‌کرد و از سال ۱۳۷۴ تا ۱۳۸۳ با نام شورای عالی بیمه خدمات درمانی فعالیت کرده است (یعنی ۲۰ سال)، بر عهده وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی بوده است.^۳ چون بیش از ۹۰ درصد اعضای شورای عالی بیمه را پزشکان تشکیل می‌دهند، در حقیقت، پزشکان، خودشان برای خدماتشان تعرفه تعیین می‌کنند که این کار بر خلاف اصل عدم تعارض منافع است.

بند سوم. تخلفات پزشکی

از دیگر مؤلفه‌های قابل بررسی در انحصارآفرینی در حوزه‌های مختلف، موضوع دادرسی است. اولین گام در خارج کردن مرجع رسیدگی به شکایت‌های حرفه‌ای از قوه قضاییه با تصویب قانون نظام پزشکی و ماده ۳۸ آن صورت گرفت که مرجع نهایی اعلام رأی و رسیدگی

۱. قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۴، ماده ۳، بند ۱۰.

۲. قانون سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۳، فصل دوم، بند ک.

۳. مصوبه تعیین تعرفه خدمات تشخیصی و درمانی، مصوب سال‌های ۱۳۸۰ و ۱۳۸۱ و ۱۳۸۳.

به اعتراض و شکایت اشخاص (حقیقی یا حقوقی) از طرز کار هیئت‌های بدوی و تجدید نظر انتظامی موضوع مواد (۳۵) و (۳۶) این قانون، نظارت عالی بر کار هیئت‌های بدوی و تجدید نظر انتظامی و ایجاد هماهنگی بین آن‌ها و تجدید نظر در احکام صادرشده از سوی هیئت‌های تجدید نظر انتظامی را هیئت‌های عالی انتظامی با ترکیب بالای پزشکی قرار داد. در ماده ۲۴ آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی وابسته، مصوب ۱۳۷۳/۰۵/۰۹ هیئت وزیران اعلام شد که مرجع رسیدگی به تخلفات انتظامی شاغلان حرفه‌های پزشکی در هر شهرستان، هیئت بدوی انتظامی نظام پزشکی آن شهرستان است. در نهایت، در ماده ۵۱ بیان شد که رأی هیئت عالی انتظامی قطعی و لازم‌الاجراست و با امضای رئیس هیئت عالی انتظامی ابلاغ می‌شود.^۱ نکته قابل تأمل این است که آیا با وجود این تعداد پزشک به عنوان اعضای هیئت عالی انتظامی نظام پزشکی، اصل بی‌طرفی تهدید نمی‌شود؟

پس از تصویب این قوانین، ریاست قوه قضاییه در ۱۳۷۶/۰۷/۲۸، مصوبه‌ای ابلاغ کرد که بر اساس آن، رسیدگی به جرایم مشاغل پزشکی با کسب نظر هیئت بدوی انتظامی نظام پزشکی صورت گیرد که تشخیص رعایت نشدن موازین فنی و علمی و نظامات دولتی در جرایم ناشی از حرفه صاحبان مشاغل پزشکی، امری است فنی و محتاج به جلب نظر کارشناسی. با توجه به ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی و تشکیل سازمان نظام پزشکی در شهرستان‌ها، دادگاه‌ها در این جرایم باید قبل از احضار پزشک متهم، نظر کارشناسی و تخصصی مشورتی هیئت بدوی انتظامی نظام پزشکی، موضوع ماده ۲۷ قانون نظام پزشکی را بگیرند.^۲ شاید به جرئت بتوان گفت نمونه چنین مصوبه‌ای در مورد هیچ یک از شغل‌های دیگر وجود ندارد که قبل از احضار متهم، از گروه صنفی آن‌ها نظر کارشناسی دریافت شود.

بند چهارم. طب سنتی در تجربه کشورهای دیگر

مؤلفه دیگری که می‌تواند به شناسایی انحصارآفرینی در حوزه خاص شغلی کمک کند، بررسی رعایت اصل رقابت آن حوزه با حوزه‌های رقیب است. در حوزه درمان، دولت با محدود کردن جذب دانشجویان پزشکی از به‌کارگیری رسمی متخصصان طب سنتی نیز جلوگیری می‌کند و عملاً منجر به ایجاد گزینه‌های کمتر و قیمت‌های بالاتر برای مصرف‌کنندگان شده است. در دیگر کشورها، اقدامات متفاوتی در این خصوص صورت پذیرفته است. دولت ویتنام، طب سنتی را از سال ۱۹۵۵ به رسمیت شناخت و اکنون این نظام دارای ۲۵۵۰۰

۱. آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی وابسته، مصوب ۱۳۷۳.

۲. مصوبه رسیدگی به جرایم مشاغل پزشکی با اخذ نظر هیئت بدوی انتظامی نظام پزشکی، قوه قضاییه، مصوب ۱۳۶۷.

پزشک، ۴۹ بیمارستان و ۳ مؤسسه تحقیقاتی است. در اوگاندا، هند و اتیوپی نقش طب سنتی در خدمات بهداشتی اولیه به ترتیب ۶۰،۷۰ و ۹۰ درصد است. در مالزی، سالانه ۵۰۰ میلیون دلار هزینه صرف طب سنتی و مکمل می‌گردد، در حالی که هزینه‌های طب جدید، ۳۰۰ میلیون دلار تخمین زده می‌شود. در بیش‌تر کشورهای توسعه‌یافته نیز طب سنتی و مکمل را افراد بسیاری در این جوامع پذیرفته‌اند، به طوری که ۴۸ درصد مردم استرالیا، ۷۰ درصد جمعیت کانادا، ۴۲ درصد مردم آمریکا، ۳۸ درصد بلژیکی‌ها و ۷۵ درصد مردم فرانسه، حداقل یک مرتبه در سال از خدمات طب مکمل بهره می‌برند. در استرالیا، ۸۰ میلیون دلار، کانادا، ۲/۴ میلیارد دلار؛ انگلیس، ۲/۳ دلار و آمریکا، ۲۱/۲ میلیارد دلار در سال از بودجه صرف خدمات طب مکمل می‌شود.^۱ سهم بودجه طب سنتی در بودجه سال ۱۴۰۰ نظام سلامت ایران تقریباً صفر است. در قانون بودجه ۱۴۰۰ معادل ۱۵۵ هزار میلیارد تومان برای بودجه سلامت سهمیه در نظر گرفته شد که ۷/۵ میلیارد تومان یعنی کم‌تر از ۵ هزارم درصد آن به طب سنتی اختصاص دارد.^۲

با قانون‌مند شدن درمان در ایران، نه تنها هیچ تلاشی برای به رسمیت شناختن پزشکان سنتی که مشغول خدمات‌رسانی طب سنتی بودند، صورت نگرفت، بلکه قانون‌گذاران، قوانین را به گونه‌ای طراحی می‌کردند که این افراد از چشم قانون، مجرم شناخته شوند. برای حل این موضوع، نمایندگان ویژه رییس جمهوری، مصوبه‌ای در ۱۳۹۲/۰۲/۲۸ در هیئت وزیران برای ایجاد معاونت طب سنتی ایرانی - اسلامی تصویب کردند^۳ که نشان داد دولت وقت به دنبال حذف این شایبه انحصار است. هم‌چنین در ۱۳۹۲/۰۴/۲۵، مصوبه سند ملی گیاهان دارویی و طب سنتی در شورای عالی انقلاب فرهنگی تصویب شد.^۴ اصلاحات گسترده‌ای در قوانین بهداشتی در دستور کار دولت‌های مختلف قرار گرفته است، اما در نظام مراقبت‌های بهداشتی ایران، مشکلات جدی وجود دارد. دلیل اساسی این مشکلات نیز نبود بازار آزاد فعال در بهداشت و درمان کشور است.

بند پنجم. نظام ارجاع

مؤلفه دیگری که می‌تواند باعث ایجاد انحصار شود، جلوگیری از رقابت داخلی در یک صنف است که در بخش درمان از طریق اجرای طرح نظام ارجاع و پزشک خانواده صورت

۱. غفاری، فرزانه، محسن ناصری و محمود خدادوست، «طب سنتی ایران و دلایل لزوم احیا و توسعه آن»، مجله طب و تزکیه، دوره نوزدهم، ۱۳۸۹، شماره ۳، ص ۶۵.

۲. لایحه بودجه سال کل کشور، مصوب ۱۴۰۰.

۳. مصوبه ایجاد معاونت طب سنتی ایرانی - اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.

۴. مصوبه سند ملی گیاهان دارویی و طب سنتی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوب ۱۳۹۲.

پذیرفته است که بیش‌تر به قانون ضد رقابت شبیه است تا نظام خدمت‌رسانی عادلانه. در این طرح، حرکت بیمار از یک سطح به سطح بالاتر یا پایین‌تر و ارجاع پزشک خانواده به پزشک متخصص - بیمارستان عمومی، ارجاع از متخصص به فوق تخصص، ارجاع مستقیم پزشک متخصص به پزشک فوق تخصص ممکن نیست، مگر با اعلام و موافقت (تلفنی) پزشک خانواده یا با بازگشت از ارجاع و دریافت موافقت حضوری پزشک خانواده. اگر فرد خارج از سیستم ارجاع به پزشک متخصص مراجعه کند، باید ۱۰۰ درصد ویزیت را شخصاً پرداخت کند و در این حالت، همه هزینه‌های کلینیک و پاراکلینیک و داروخانه به عهده بیمار خواهد بود.^۱ در این طرح، هم پزشکان متخصص مجبور می‌شوند که وارد این بازی شوند و هم مردم برای مراجعه به متخصص باید فرآیندی طولانی بپیمایند. دلیل اصلی سطح‌بندی خدمات در نظام ارجاع، افزایش کیفیت سلامت و بهبود دریافت درمان و صرفه‌جویی در زمان بیان و گفته شده است اجرای مناسب این کار می‌تواند از هزینه‌های واردا شده به بیمار و دولت بکاهد. در صورتی که در کشور آمریکا، قوانین فدرال، همکاری پزشکان و مهار رقابت را منع می‌کند؛ زیرا گزینه‌های مصرف‌کننده را کاهش و قیمت‌ها را افزایش می‌دهد.^۲

بند ششم. قانون محل مطب پزشکان

از دیگر مؤلفه‌های بررسی انحصارآفرینی در یک حوزه شغلی، امتیازاتی ویژه است که قانون‌گذار به آن شغل می‌دهد و دیگر شغل‌ها را محروم می‌کند که در این جا به یکی از این قوانین می‌پردازیم. طبق قانون محل مطب پزشکان، فعالیت شغلی پزشکان و صاحبان حرفه‌ها و وابسته در ساختمان‌های مسکونی و تجاری ملکی و اجاری مانع ندارد. گفتنی است فعالیت اداری در ملک مسکونی ممنوع است و کمیسیون ماده ۱۰۰ شهرداری با این موارد مانند فعالیت اداری در ملک مسکونی برخورد می‌کند. البته این اصل در مشاغل مطب پزشکی، دفتر و کالت، دفتر اسناد رسمی، دفتر ازدواج و طلاق، دفتر روزنامه و مجله و دفتر مهندسی مستثناست.^۳ بند ۲۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری‌ها فقط برای صنف پزشکان به طور کامل استفاده می‌شود و شهرداری‌ها در رویه عملی خود، دیگر موارد اشاره‌شده در این بند را فقط منحصر به مالک می‌دانند. رویه دیوان عدالت اداری نیز تا حدودی این مسئله را تأیید کرده است.^۴ قانون‌گذار بدون در نظر گرفتن قوانین بهداشتی، شایبه چنین انحصاری را برای جامعه پزشکی به وجود آورده و به فکر انتقال بیماری‌های بیماران مراجعه‌کننده به

۱. دستورالعمل برنامه پزشک خانواده و نظام ارجاع در مناطق شهری، مصوب ۱۳۹۱، ص ۱۶.

2-Kumar, P. D., «Antitrust laws in health care: Evolving», American association for physician leadership, 2019, p. 7

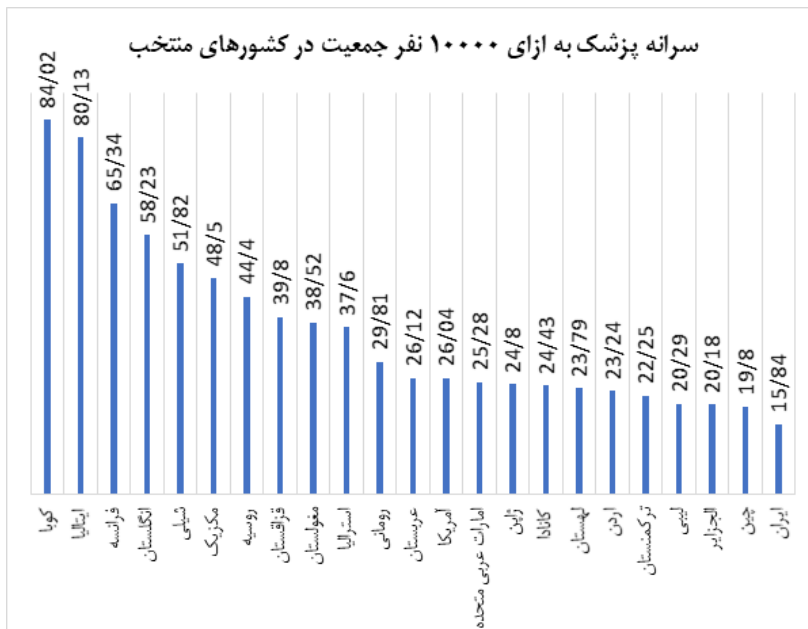
۳. قانون شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۳۴، ماده ۵۵، بند ۲۴.

۴. مصوبه شماره ۱۷۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، ۱۳۷۲/۱۰/۰۴.

این مطبها نبوده است. بهتر بود مجلس شورای اسلامی به جای چنین انحصارگری، این بند را اصلاح می‌کرد.

بند هفتم. پزشکی، یکی از علل اصلی مشکل کنکور

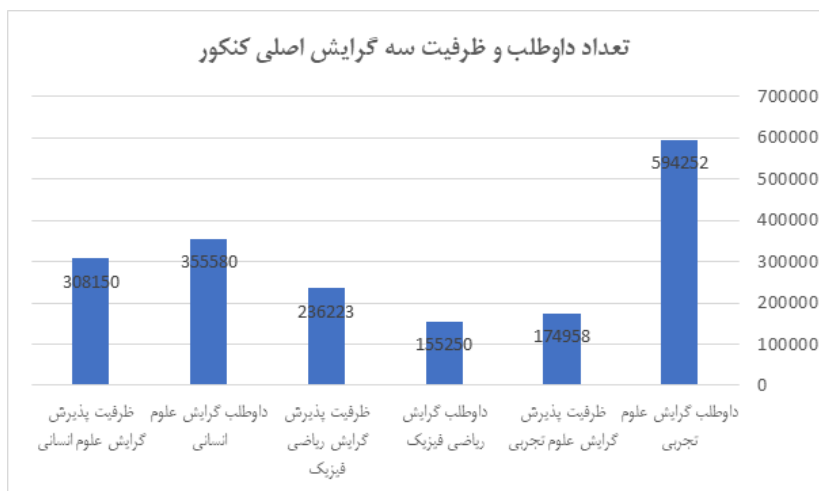
وجود انحصار برای یک جامعه به طور غیر مستقیم، مشکلات بسیار زیادی هم برای دولت و هم برای جامعه ایجاد می‌کند که برای شناسای این مشکلات به دقت بیشتری نیاز است. بنا بر گزارش سازمان جهانی بهداشت در سال ۲۰۱۸، شاخص پزشک به ازای هر ۱۰ هزار نفر جمعیت برای ایران، ۱۵/۸۴ نفر بود. (تصویر شماره ۳) تعداد کم پزشک و تعداد زیاد بیماران باعث فاصله گرفتن درآمد پزشکان از دیگر رشته‌های تحصیلی می‌شود و سبب افزایش هواداران رشته پزشکی در کنکور می‌گردد و کفه ترازوی متقاضیان کنکور به سمت رشته پزشکی سنگین‌تر خواهد شد. با وجود زیرساخت‌های لازم و کافی و رشد جمعیت کشور، هر سال تنها تعداد محدودی از این متقاضیان وارد این رشته می‌شوند. شاید بتوان این گونه تحلیل کرد که این موضوع در رشته پزشکی، ریشه اصلی حذف نشدن کنکور از زندگی اجتماعی مردم ایران است و مشکلات روانی و اقتصادی زیادی هم برای جامعه ایجاد کرده است.



تصویر شماره ۳ - سرانه پزشک به ازای ۱۰۰۰۰ نفر جمعیت در کشورهای منتخب.^۱

1-World health data platform/GHO/Indicators, The Global Health Observatory, Medical doctors (per 10 000 population), Friday, July 9,2021, <https://www.who.int/data/gho/data/indicators/indicator>

تصویر شماره ۴ به خوبی نشان می‌دهد که گرایش تحصیلی ریاضی دارای ظرفیتی بیش از داوطلب و گرایش انسانی نیز به ظرفیت بسیار نزدیک است، ولی گرایش تحصیلی تجربی، ظرفیتی بسیار کم‌تر از داوطلبان دارد و ریشه این فاصله فقط رشته پزشکی است و با اتمام کنکور، بیش‌ترین ظرفیت‌های خالی در دانشگاه‌ها مربوط به رشته‌های زیرمجموعه تجربی (به جز رشته‌های شاخه پزشکی) است. رشته پزشکی در کنکور سراسری سال ۱۳۹۹ دارای ۵ هزار و ۸۶۱ نفر ظرفیت بود که از این میان، ۳ هزار و ۸۳۶ نفر ظرفیت دوره روزانه و ۱ هزار و ۱۹۴ ظرفیت دوره شبانه بود. ظرفیت دانشگاه آزاد اسلامی نیز ۶۵۱ نفر بود. ظرفیت کل دندانپزشکی در کنکور همین سال، ۱۳۷۳ نفر بود. ظرفیت دوره روزانه دندانپزشکی ۸۹۶ نفر و ظرفیت دوره شبانه ۲۷۲ نفر بود. ظرفیت دانشگاه آزاد در رشته دندانپزشکی نیز ۲۰۵ نفر بود.



تصویر شماره ۴ - تعداد داوطلبان و ظرفیت سه گرایش اصلی کنکور.^۱

رشته داروسازی دارای ۱۱۸۰ نفر ظرفیت مجموع روزانه و شهریه‌پرداز است. ظرفیت روزانه، ۷۵۴ نفر و ظرفیت شبانه این رشته، ۲۹۱ نفر است. ظرفیت دانشگاه آزاد در رشته داروسازی تنها ۱۴۰ نفر است. در مجموع، ۸ هزار و ۴۱۹ نفر ظرفیت سه رشته پرتعداد پزشکی، دندانپزشکی و داروسازی است. همچنین ظرفیت دانشگاه آزاد اسلامی در این سه رشته، حدود ۹۹۲ نفر است.^۲

۱. سازمان سنجش آموزش کشور، راهنمای عملی انتخاب رشته آزمون سراسری، تهران: سازمان سنجش آموزش کشور، ۱۳۹۹.

۲. مرکز آمار ایران، پیشین، ص ۶۸۰.

بند هشتم. توزیع ناعادلانه پزشکان متخصص

به مرور زمان، وجود انحصار در یک حوزه باعث رسوخ تفکر اشتباه آن می‌شود و در نهایت، انحصارگرایی را در داخل خود حوزه شغلی به وجود می‌آورد. در سال ۱۳۹۸ تعداد ۵۰۲۱۲ نفر پزشک در دانشگاه‌های علوم پزشکی کشور مشغول به فعالیت بودند. از تعداد پزشکان شاغل در این سال، ۱۷۰۹۰ نفر، پزشک متخصص، ۲۶۷۹ نفر، پزشک فوق تخصص مشغول به کار بودند. از این تعداد، ۲۷۶۵ پزشک متخصص یعنی بیش از ۱۶ درصد و ۷۵۶ پزشک فوق تخصص یعنی بیش از ۲۸ درصد، ساکن استان تهران بودند.

توزیع ناعادلانه سرانه پزشک متخصص در سطح کشور باعث نوعی تبعیض در توجه به مشکلات درمانی بیماران شده است. بسیاری از پزشکان متخصص و فوق تخصص در انواع رشته‌ها، تهران را سکونت‌گاه دائمی خود برگزیده‌اند که این وضعیت، مشکلات عدیده‌ای برای قشر محروم و آسیب‌پذیر جامعه فراهم آورده است. با افزایش تعداد پزشکان متخصص، دیگر نه تنها از تعرفه‌های بالا و صف‌های طولانی مطب‌ها خبری نیست، بلکه در بین پزشکان نیز رقابتی سالم برای ارائه بهتر کیفیت خدمات ایجاد می‌شود. نبود رقیب در یک حوزه شغلی باعث افزایش تقاضا می‌شود و این موضوع، هزینه‌های دسترسی به آن خدمت را در جامعه افزایش می‌دهد و سبب می‌شود نه تنها مردم از پس آن هزینه‌ها برنیایند، بلکه دولت‌ها نیز با تخصیص بودجه به کمک جامعه برآیند.

گفتار سوم. انحصار و تعارض منافع در نظام سلامت

یکی از موضوعات بسیار مهم در حوزه درمان در ایران که با مسئله انحصار به شدت گره خورده، موضوع تعارض منافع است. در حقیقت، کم‌تر وزارتخانه‌ای در ایران به اندازه وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی با مشکل تعارض منافع درگیر است. بررسی این موضوع و نقد و تحلیل مصداق‌های آن، نیازمند نگارش مقاله‌ای مستقل است. با این حال، به دلیل ارتباط داشتن با موضوع این مقاله به آن اشاره خواهیم کرد.

بسیاری از مواردی که در بندهای قبل نقد شد و گفتیم که باعث ایجاد انحصار در حوزه درمان شده‌اند، در حقیقت، از تعارض منافع ناشی می‌شوند. انحصارهای معرفی‌شده در گفتارهای قبلی، زمانی ایجاد تعارض منافع را در بخش درمان فراهم می‌کنند که ظرفیت منافع فردی یا گروهی سیاست‌گذاران با ارائه‌دهندگان مراقبت‌های بهداشتی یکی باشد یا منافع بهداشتی جامعه، آن را به خطر بیندازد. به طور کلی، سه نوع تضاد منافع در حوزه سلامت رخ می‌دهد: یک - نوع اول زمانی رخ می‌دهد که سیاست‌گذاران یا تنظیم‌کنندگان، نقش‌های متعدد

یا دوگانه داشته باشند. از مصداق این نوع در ایران می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. سازمان نظام پزشکی که اعضای آن را پزشکان انتخاب می‌کنند و هزینه‌هایش را نیز پزشکان می‌دهند و بر اساس قانون سازمان نظام پزشکی، حفظ و حمایت از حقوق بیماران و حفظ و حمایت از حقوق صنفی شاغلان حرفه‌های پزشکی را به عهده دارد. آیا می‌توان قضاوت و حمایت از حقوق دو طرف دعوا را به یک طرف واگذار کرد؟
۲. اعطای حق تعرفه‌گذاری خدمات به این سازمان باعث می‌شود به جای در نظر گرفتن منافع عمومی، منافع گروهی در تعیین تعرفه‌ها لحاظ شود.
۳. واگذاری آموزش پزشکی از دیگر مصادیق نوع اول است. واگذاری آموزش و قانون‌گذاری به وزارت بهداشت می‌تواند به آن، امتیازات مهمی اعطا کند، از جمله قدرت تعیین استانداردهای آموزشی و اخلاقی. قدرت تعیین استانداردها، تنش‌های خاصی ایجاد می‌کند.
۴. صدور مجوز توسط سازمان نظام پزشکی باعث شده است مجوز طبابت به پزشکان طب سنتی ندهند یا به پزشکان تحصیل کرده در خارج از کشور با شرایط سخت مجوز بدهند که از دیگر مصادیق تعارض منافع است.^۱

دو - نوع دوم تضاد منافع به دلیل روابط مالی پنهان بین ارائه‌دهندگان خدمات بهداشتی بخش دولتی با بخش خصوصی رخ می‌دهد.

از مصداق‌های این نوع تعارض منافع در ایران می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. اشتغال هم‌زمان پزشکان در بخش عمومی و خصوصی.
۲. پزشکان مسئول در وزارت بهداشت و سازمان نظام پزشکی، سهام‌دار بیمارستان یا شرکت‌ها و صنایع حوزه سلامت هستند.

سه - نوع سوم تضاد منافع ناشی از روش‌هایی است که در آن، پزشکان برای خدمات خود، دست‌مزد دریافت می‌کنند.

از مصداق‌های نوع سوم می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. بودجه وزارت بهداشت به درآمد ناشی از خدمات وابسته است. بنابراین، سود آن‌ها از خدمات متنوع افزایش می‌یابد.
۲. مالکیت پزشکان بر امکانات مراقبت‌های بهداشتی، بیمارستان‌های خصوصی، شرکت‌های تولیدکننده محصولات بهداشتی و داروی و شیوه‌های خودارجایی.

1-Rahman, A., Balasubramaniam, P., Gautham, M., Hutchinson, E., Kitutu, F., Marten, R., et al, Conflicts of interest: an invisible force shaping health systems and policies policies, [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(21\)00202-3](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(21)00202-3), 2021, p. 1

نگرانی در مورد چنین پی‌آمدهایی، رویکردهای جدیدی ایجاد کرده است. در کشورهای دیگر، تجربه‌های خوبی در این زمینه وجود دارد. در سال ۱۹۷۲، کنگره ایالات متحده آمریکا، پرداخت‌های صنعتی خاص یا دیگر مشوق‌ها را به پزشکان غیر قانونی اعلام کرد. چندین سازمان حرفه‌ای پزشکی، دستورالعمل‌ها، کدها یا بیانیه‌های دیگری تدوین کردند که روابط پزشکان را با صنعت کنترل می‌کرد. تعدادی از گروه‌های حرفه‌ای، منشوری را برای حرفه‌گرایی پزشکی تأیید کرده‌اند که «حفظ اعتماد از طریق مدیریت تضاد منافع» را یکی از مسئولیت‌های کلیدی پزشکان معرفی می‌کند. قانون فدرال، «هر گونه پاداش (شامل هر گونه رشوه یا تخفیف) را به طور مستقیم یا غیر مستقیم، آشکار یا پنهان، نقدی یا غیر نقدی، در ازای سفارش، خرید یا ارجاع بیماران برای خدمات یا اقلام تحت پوشش مراقبت‌های بهداشتی فدرال ممنوع می‌کند». ایالت ماساچوست به عنوان بخشی از یک سیاست گسترده که بسیاری از انواع پرداخت‌های شرکت‌ها را به پزشکان ممنوع یا محدود و افشای دیگر پرداخت‌ها را الزامی می‌کند، اخیراً مقرراتی تصویب کرده است که شرکت‌ها را به افشای پرداخت‌ها به پزشکان برای مطالعاتی ملزم می‌کند. همچنین از دیگر راهکارهای جلوگیری از تعارض منافع در مورد درآمدهای پزشکان آن است که پرداخت به پزشکان به صورت پرداخت ثابت انجام شود و محدودیت‌هایی در ارجاعات و خدمات خاص ایجاد گردد.^۱

1-Lo, B. and Field, M., Conflict of interest in medical research, education, and practice, Washington D.C.: Board on Health Sciences Policy of the national academies press, 2009, pp. 166-177

نتیجه گیری

انحصارطلبی به معنای مخصوص کردن امری به شخص یا گروه، انواع متعدد و متنوع دارد که شامل حوزه‌های اجتماعی، فرهنگی، سیاسی، اقتصادی و مانند آن می‌شود. انحصارطلبی در فضای کسب و کار از طریق ایجاد قوانین از مهم‌ترین جلوه‌های آن است که بررسی‌ها نشان داد مصداق‌های بسیاری از انحصار در این حوزه وجود دارد. با مقایسه مؤلفه‌های انحصار در این اصول و تعریف‌های بیان‌شده از آن مشخص شد در برنامه‌ریزی و شیوه مدیریت بخش درمان به دلایلی چون سطح علمی و ایمنی جامعه، از ایجاد رقابت جلوگیری شده است. از نشانه‌های بارز آن نیز می‌توان به تعداد پایین پزشکان در کشور، جلوگیری از افزایش پذیرش در دانشگاه‌ها، اثرگذاری بر مدیریت منابع انسانی کشور، نبود تعادل منطقه‌ای میان عرضه و تقاضا در خدمات پزشکی، جلوگیری از فعالیت رقبای پزشکی مانند طب سنتی، جلوگیری از آموزش دانشگاه‌های خصوصی، تراکم نامناسب پزشکان در شهرها و دسترسی نداشتن مردم مناطق مختلف کشور به متخصصان پزشکی و تعیین و محاسبه نرخ پزشکی توسط خود پزشکان اشاره کرد.

برقراری عدالت اجتماعی و رفاه برای مصرف‌کنندگان نهایی مستلزم رقابت در فعالیت‌های اقتصادی است. حفظ نظم اجتماعی، تقویت سلامت اقتصادی جامعه، ایجاد فضای سالم و جلوگیری از مفاسد اقتصادی ایجاب می‌کند همه روابط اقتصادی افراد در سایه مقررات مصوب شکل بگیرد و تخلف و تجاوز و نقض تکالیف قانونی با ضمانت‌های اجرا همراه باشد. در مواردی نیز که ثبات و توسعه پایدار اقتصادی جامعه آسیب می‌بیند، جرم‌انگاری و تعیین کیفر صورت گیرد.

در قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی، اختیاراتی به نهادهای به نام شورای رقابت برای تصمیم‌گیری با هدف خنثی و اصلاح کردن انحصارطلبی واگذار شده که در همین قانون، فعالیت پزشکان مستثنی شده است. این موارد بر اثر کم‌توجهی به اصل ۴۶ قانون اساسی و فصل نهم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی رخ داده است که به مبحث تسهیل رقابت و منع انحصار می‌پردازد. برای حل این مشکل، دو نوع راهکار پیشنهاد می‌شود: راهکارهای رویه‌ای و راهکارهای بنیادین.

به عنوان راهکارهای رویه‌ای پیشنهاد می‌شود ابتدا موانع ضد رقابتی رفع گردد. در همین راستا، قوانین صدور مجوز پزشکان طب سنتی مانند کشورهای چین، هند و مالزی به رسمیت شناخته شود. خدمات پزشکان طب سنتی و داروهای گیاهی تحت پوشش خدمات بیمه درمانی درآید. تعیین ظرفیت دانشگاه‌های علوم پزشکی از طریق شورایی بی‌طرف بر اساس نیاز مناطق مختلف کشور و با تعهدات خدمت سنگین در همان مناطق صورت پذیرد.

محاسبه نرخ درمان از طریق شاخص درآمد خانوار کشور انجام شود. مانند کشور چین، سطوح مختلف تحصیلی برای رشته پزشکی ایجاد گردد. پرداخت‌های واحدهای تولیدکننده حوزه درمان یا دیگر مشوق‌ها به پزشکان و هر گونه پاداش (شامل هر گونه رشوه یا تخفیف) به طور مستقیم یا غیر مستقیم، آشکار یا پنهان، نقدی یا غیر نقدی در ازای سفارش، خرید یا ارجاع بیماران برای خدمات یا اقلام تحت پوشش مراقبت‌های بهداشتی ممنوع گردد. پرداخت به پزشکان به صورت پرداخت ثابت انجام گردد. محدودیت‌هایی در ارجاعات و خدمات خاص ایجاد شود.

به عنوان راهکارهای بنیادین نیز پیشنهاد می‌شود چون انحصار در سایه بی‌توجهی به اصل ۴۶ قانون اساسی و استثنا شدن از قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ایجاد می‌گردد، تأمل بیش‌تری روی این اصول صورت گیرد و در صورت نیاز، قانون سیاست‌های کلی ضد انحصارطلبی اصل ۴۶ قانون اساسی تدوین شود.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. باقری، محمود، نقش حقوق شرکت‌ها و بازار بورس در موفقیت خصوصی‌سازی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
۲. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
۳. ساروخانی، باقر، دایره‌المعارف علوم اجتماعی، تهران: کیهان، ۱۳۷۹.
۴. سازمان جهانی تجارت، ساختار قواعد و موافقت‌نامه‌ها، تهران: شرکت چاپ و انتشار بازرگانی، ۱۳۸۵.
۵. سازمان سنجش آموزش کشور، راهنمای عملی انتخاب رشته آزمون سراسری، تهران: سازمان سنجش آموزش کشور، ۱۳۹۹.
۶. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (جلد ۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸.
۷. غفاری فارسانی، بهنام، حقوق رقابت و ضمانت اجرای مدنی آن، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۸. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت (جلد ۱)، تهران: میزان، ۱۳۸۷.
۹. مجلس شورای اسلامی، معرفی نمایندگان ده دوره مجلس شورای اسلامی، تهران: اداره فرهنگی و تبلیغات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶.
۱۰. مرکز آمار ایران، سال‌نامه آماری کشور، تهران: مرکز آمار ایران، ۱۳۹۷.
۱۱. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، بررسی تطبیقی نقش قوه قضاییه در سرمایه‌گذاری، رقابت و خصوصی‌سازی، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.

ب) مقاله

۱. باقری، محمود و علی‌محمد فلاح‌زاده، «مبانی حقوق عمومی حقوق رقابت»، فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره سی و نهم، ۱۳۸۸، شماره ۳، صص ۸۸-۶۱.
۲. غفاری، فرزانه، محسن ناصری و محمود خدادوست، «طب سنتی ایران و دلایل لزوم احیا و توسعه آن»، مجله طب و تزکیه، دوره نوزدهم، ۱۳۸۹، شماره ۳، ص ۶۵.

۳. غمامی، سید محمدمهدی و محسن اسماعیلی، «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، ۱۳۸۹، شماره ۲، صص ۱۵۳-۱۸۸.

۴. گل‌علی‌زاده، عزت‌الله، محمود موسی‌زاده، محمدرضا امیراسماعیلی و نادر آهنگر، «چالش‌های سطح دوم ارجاع در برنامه پزشکی خانواده»، مجله علمی سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران، دوره بیست و نهم، ۱۳۹۰، شماره ۴، ص ۳۲۱.

۵. محمودی، ژیل، «سیر تحولی حقوق پزشکی در ایران»، فصل‌نامه علمی - حقوقی قانون‌یار، دوره دوم، ۱۳۹۶، شماره ۶، ص ۲۳۹.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه انتظامی رسیدگی به تخلفات صنفی و حرفه‌ای شاغلان حرفه‌های پزشکی وابسته (۱۳۷۳).
۲. آیین‌نامه اجرایی ماده ۸ قانون تشکیل وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (۱۳۶۵).
۳. دستورالعمل برنامه پزشکی خانواده و نظام ارجاع در مناطق شهری (۱۳۹۱).
۴. قانون بیمه همگانی خدمات درمانی کشور (۱۳۷۳).
۵. قانون تأمین خدمات درمانی مستخدمین دولت (۱۳۵۱).
۶. قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۹).
۷. قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۷۴).
۸. قانون تشکیل شورای آموزش پزشکی و تخصصی رشته‌های پزشکی (۱۳۵۲).
۹. قانون تشکیل شورایی برای سیاست‌گذاری و رسیدگی به امور بهداشت و درمان و آموزش پزشکی (۱۳۶۳).
۱۰. قانون تشکیل وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی (۱۳۶۴).
۱۱. قانون تعزیرات حکومتی امور بهداشتی و درمانی، مجمع تشخیص مصلحت نظام (۱۳۶۷).
۱۲. قانون سازمان نظام پزشکی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۳).
۱۳. قانون شهرداری‌ها (۱۳۳۳).
۱۴. قانون کار (۱۳۶۹).
۱۵. قانون مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی (۱۳۳۴).
۱۶. لایحه بودجه سال ۱۴۰۰ کل کشور (۱۴۰۰).

۱۷. لایحه قانونی راجع به اجازه اجرای طرح توسعه مجتمع آموزشی، پژوهشی، درمانی وزارت بهداشت و بهزیستی، شورای انقلاب (۱۳۵۸).
۱۸. مصوبه ایجاد معاونت طب سنتی ایرانی - اسلامی (۱۳۹۲).
۱۹. مصوبه تعیین تعرفه خدمات تشخیصی و درمانی (۱۳۸۰).
۲۰. مصوبه تعیین تعرفه خدمات تشخیصی و درمانی (۱۳۸۱).
۲۱. مصوبه تعیین تعرفه خدمات تشخیصی و درمانی (۱۳۸۳).
۲۲. مصوبه تعیین تعرفه و فرائشیز خدمات تشخیصی و درمانی و نرخ حق سرانه خدمات درمانی (۱۳۸۲).
۲۳. مصوبه تعیین میزان حق درمان مشمولین ماده ۱ قانون تأمین خدمات درمانی (۱۳۶۶).
۲۴. مصوبه رسیدگی به جرایم مشاغل پزشکی با اخذ نظر هیئت بدوی انتظامی نظام پزشکی، قوه قضاییه (۱۳۶۷).
۲۵. مصوبه سند ملی گیاهان دارویی و طب سنتی، شورای عالی انقلاب فرهنگی (۱۳۹۲).
- د) پایگاه اینترنتی**
۱. خبرگزاری خانه ملت، «عدم بازخرید ذخیره مرخصی کارمندان با قانون اساسی مغایرت دارد»، ۱۳۸۷ (تاریخ مشاهده: ۱۴۰۰/۰۴/۱۸)، در:

<https://www.icana.ir/Fa/Newsamp/124195>

2-Latin source

A(Book

- 1-Feldstein, P. j., Health Associations and the Demand for Legislation Cambridge, Mass: Ballinger, 1977
- 2-Goldberg, B., Alternative Medicine: The Definitive Guide, Puyallup, Wash: Future Medicine, 1993
- 3-Lo, B. and Field, M., Conflict of interest in medical reserch, education, and practice, Washington D.C.: Board on Health Sciences Polinstitute of medicin of the national academies press, 2009
- 4-Lowell, L., Final Report of the Commission on Medical Education, New York: Association of American Medical Colleges, 1932
- 5-Starr, P., The Social Transformation of American Medicine, New York: Harper Collins, 1982

B) Article

- 1-Chee-Ruey, H. and Chengxiang, T., «The multi-tiered medical education system and its influence on the health care market—China's Flexner Report», Human Resources for Health, 2019
- 2-Hamowy, R., «The Early Development of Medical Licensing Laws in the United States, 1875-1900», Journal of Libertarian Studies, 1979, pp. 73-119
- 3-Havighurst, C., «The Changing Locus of Decision Making in the Health Care Sector», Journal of Health Politics, Policy and Law 11, 1986, p. 700
- 4-Kumar, P. D., «Antitrust laws in health care: Evolving», American association for physician leadership, 2019, pp.1-13
- 5-Pruit, A. R., «The Medical Marketplace», in: Politicized Medicine, Irvington-on-Hudson, N. Y: Foundation for Economic Education, 1993, pp. 23-33
- 6-Shetty, A. and Shetty, S., «The impact of doctors per capita on the mortality rate in asia», Int J Med Pharm Sci, Vol 04(09), 2014
- 7-Wilson, L., «The Case against Medical Licensing in The Dangers of Socialized Medicine», ed. Jacob Hornberger and Richard Ebeling, Fairfax, Va.: Future of Freedom Foundation, 1994, p.59
- 8-Wolf, R., Geuthel, N., Gnatzy, F. and Rotzoll, D., «Undergraduate ultrasound education at German-speaking medical faculties: a survey», GMS journal for medical education, 2019, V.36

C) Website

- 1-Rahman, A., Balasubramaniam, P., Gautham, M., Hutchinson, E., Kitutu, F., Marten, R., et al, Conflicts of interest: an invisible force shaping health systems and policies policies, :[https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(21\)00202-3](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(21)00202-3), 2021, p. 1
- 2-World health data platform/GHO/Indicators, The Global Health Observatory, Medical doctors (per 10 000 population), Friday, July 9,2021, <https://www.who.int/data/gho/data/indicators/indicator>
- 3-Education Law of the People's Republic of China, Adopted at the Third Meeting of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress on March 18,1995 and promulgated by Order No. 45 of the President of the People's Republic of China on March 18,1995, http://en.moe.gov.cn/Resources/Laws_and_Policies/201506/t20150626_191385.html

ممیزی آثار سینمایی مسعود کیمیایی و علی حاتمی در پرتو حقوق ممیزی دهه ۶۰

امیرحسین سلیمیان *

وحید آگاه **

محمد جلالی ***

چکیده

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، حکومت، ممیزی فیلم را بر آثار سینمایی اعمال کرده است. در این مقاله، از میان فیلم‌های مسعود کیمیایی و علی حاتمی، نسبت میان ممیزی آثار سینمایی ایشان با حقوق دهه شصت در بوطه تحلیل و داوری قرار گرفته است. در سال‌های ۱۳۵۷ تا ۱۳۶۹ که نظام جدید حقوقی در حال استقرار و تثبیت بود، قوانین و مقررات در حوزه سینما و ممیزی فیلم نیز اجرا می‌شد. دو فیلم از کیمیایی و دو فیلم از حاتمی هم گرفتار تیغ ممیزی شدند. فیلم «خط قرمز» کیمیایی به دلایلی نظیر رعایت نشدن حجاب و ترسیم شخصیتی متفاوت از یک مأمور امنیتی حکومت پهلوی و فیلم «تیغ و ابریشم» به دلیل پرداختی متفاوت از اعتیاد و قاچاق مواد مخدر و سیاه‌نمایی از زندان‌ها دچار ممیزی شدند. در آثار حاتمی، «حاجی واشنگتن» به دلیل ترسیم تصویر کمیک از سفیر ایران در دوره قاجار و نقد دیپلماسی سیاسی دهه شصت و فیلم «جعفر خان از فرنگ برگشته» به دلیل تصویرسازی ابتذال در جدال سنت و غرب زدگی توقیف شدند. بعد از بررسی ممیزی فیلم‌ها با موازین حقوقی وقت، این موارد، ناموجه به نظر می‌رسد. میزان دهه شصت، با عبور از حقوق ممیزی فیلم‌ها، با معیارهای فراحقوقی به ممیزی و توقیف این آثار حکم داده‌اند و آیین‌نامه‌های نظارت بر نمایش فیلم (مصوب ۱۳۴۴ و ۱۳۶۱) نقض شده است.

کلیدواژه‌ها: حقوق سینما، ممیزی فیلم، علی حاتمی، مسعود کیمیایی، حقوق هنر.

*. گروه حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

amirhosein.salimian@gmail.com

**. گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).

dragah@atu.ac.ir

***. گروه حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

mdjalali@gmail.com

مقدمه

سینما به عنوان هنر هفتم، یکی از اقسام هنر و جلوه‌های بیان هنری است. بیان سینمایی در دامنه حق بر آزادی بیان هنری ارزیابی می‌شود. از این رو، در گفتمان حق‌محور و جامعه دموکراتیک، از میان نظام تأمینی و تعقیبی، مواجهه دولت با مقوله سینما باید به صورت تعقیبی یا پسینی باشد. به عبارت دیگر، فیلم ابتدا ساخته و اکران می‌شود. سپس اگر قیود آزادی بیان رعایت نشود، با دعوا و شکایت افراد، سینماگر باید پاسخ‌گو باشد. ممیزی، روش مداخله و پیشینی است.

در ایران، از زمان پیروزی انقلاب نیز ممیزی (سانسور) آثار سینمایی برقرار است. نظم حقوقی سینما در دهه ۶۰ بر پایه قانون اساسی و قوانین پراکنده مانند قانون اهداف و وظایف وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی (مصوب ۱۳۶۶/۲/۲۳)، آیین نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید (مصوب ۱۳۴۴/۶/۲۷ و از این پس، آیین‌نامه ۱۳۴۴) و آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و نظارت بر نمایش آن‌ها (مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۴ و از این پس، آیین‌نامه ۱۳۶۱) استوار بود. با این توضیح که آیین‌نامه ۱۳۴۴ در سال‌های اول انقلاب (۱۳۶۱ - ۱۳۵۷) و آیین‌نامه ۱۳۶۱ تا انتهای آن دهه و با اصلاحاتی تا امروز، ملاک تحلیل است.

به دلیل شرایط خاص دهه شصت، نظیر بی‌ثباتی‌های سال‌های نخست پس از پیروزی انقلاب اسلامی، شروع جنگ تحمیلی و محدودیت‌های مختلف ناشی از آن، رفتار خاص با سینما به عنوان هنری مغضوب انقلابیون، در شرایط سیاسی و اجتماعی آن زمان قابل درک است. این که ممیزی فیلم، تمامی فیلم‌سازان اعم از جدید و قدیمی را دربرگرفت و فیلم‌سازان بزرگی نظیر بهرام بیضایی، مسعود کیمیایی، داریوش مهرجویی، علی حاتمی و ناصر تقوایی، با وجود داشتن پیشینه‌ای پرافتخار از نظر تولید آثار سینمایی و بهره‌مندی از جایگاهی رفیع در سینما، با ممیزی، بسیار دست و پنجه نرم کردند. در این میان، حاتمی و کیمیایی، دو تن از شاخص‌ترین و اثرگذارترین کارگردانان سینمای ایران در قبل و بعد انقلاب هستند و به عنوان فیلم‌سازان صاحب‌سبک و نوگرای سینمای ایران شناخته می‌شوند.

در این مقاله، صرفاً از نگاه حقوقی و به دلیل محدودیت واژگان مقاله، ممیزی آثار حاتمی و کیمیایی در دهه شصت با حقوق آن دهه تطبیق و تحلیل می‌شود. سؤال پژوهش، نسبت ممیزی اعمال‌شده بر آثار این دو فیلم‌ساز با موازین حقوقی حاکم است. به جز آثار اندک استفاده‌شده در این نوشته، به ویژه در مورد دهه ۱۳۶۰ - زمان شکل‌گیری سینمای انقلاب - و به صورت موردکاوی، این موضوع مغفول مانده است و پژوهش حقوقی در این زمینه، گام‌های نخستین را تجربه می‌کند.

گفتنی است دلیل ممیزی فیلم‌ها هیچ‌گاه به شکل رسمی و کتبی اعلام نشده و شفافیتی در این زمینه وجود نداشته است. این دلایل از لابه‌لای خبرهای غیر رسمی سینمایی، جراید، گفت‌وگوهای سینماگران و منتقدان فیلم کشف و درک می‌شد. همچنین ممیزی مورد نظر در این جا یعنی بخشی از فیلم را تغییر دادن اعم از حذف، اضافه کردن و توقیف کامل اثر که در مورد برخی آثار رخ داده است و برای مدتی یا دایم توقیف بوده‌اند. افزون بر این، موضوع توقیف و ممیزی، سابقه‌چندانی در رویه قضایی نداشته است و به طور خاص، در مورد رویه قضایی دهه ۶۰، آمار و رأیی در دست نیست.

دو مورد مشهور برای دهه‌های ۱۳۸۰ و ۱۳۹۰ از دیوان عدالت اداری در دسترس است: رأی فیلم سنتوری داریوش مهرجویی و رأی رستاخیز، فیلم احمدرضا درویش. موضوع سنتوری، توقیف بعد از صدور پروانه نمایش با اعمال وتوی سازمان سینمایی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بود که بر اساس رأی قطعی شعبه سوم دیوان در سال ۱۳۸۷، به تأیید توقیف به نفع وزارت فرهنگ و تصدیق ورود خسارت به فیلم به ضرر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی رأی داد. رستاخیز نیز در دهه ۱۳۹۰ به همین مشکل دچار شد و سازمان سینمایی بعد از یک روز اکران، به دلیل مصلحت‌اندیشی و اعتراض برخی گروه‌ها به نمایش تصویر حضرت ابوالفضل (ع)، اکران را متوقف کرد. با طرح دعوای مالک فیلم به خواسته احراز وقوع تخلف سازمان سینمایی، شعبه اول بدوی دیوان در سال ۱۳۹۵، به ورود خسارت حکم داد.

رویه موجود در زمینه توقیف بعد از صدور پروانه نمایش که متفاوت از توقیف فیلم، قبل از صدور پروانه اکران است و با این‌که برای سال‌ها بعد از دهه ۱۳۶۰ است، نشان می‌دهد دست‌کم، وزرات فرهنگ و ارشاد اسلامی با توقیف فیلم‌ها، خود را در معرض محکوم شدن به پرداخت خسارت قرار می‌دهد. این مقاله در دو گفتار به چهار فیلم ممیزی‌شده کیمیایی و حاتمی می‌پردازد.

گفتار اول. فیلم‌های مسعود کیمیایی در پرتو حقوق ممیزی دهه ۶۰

در این گفتار، ابتدا فیلم «خط قرمز» و سپس فیلم «تیغ و ابریشم» بررسی می‌شود.

بند اول. ممیزی فیلم «خط قرمز»

«خط قرمز» به کارگردانی و فیلم‌نامه کیمیایی براساس فیلم‌نامه شب سمور، نوشته بهرام بیضایی در سال ۱۳۶۰ ساخته شد. سعید راد، فریم‌ها فرجامی، خسرو شکیبایی، ایرن، سعید پیردوست و جمشید آریا (هاشم‌پور) از بازیگران فیلم هستند.

۱. خلاصه داستان فیلم

در کوران انقلاب، امانی، یکی از مأموران عالی‌رتبه ساواک با لاله ازدواج می‌کند. لاله، فارغ‌التحصیل رشته پزشکی است و در طول روز، مجروحان تظاهرات خیابانی را درمان می‌کند. امانی در شب عروسی به سازمان امنیت احضار می‌شود تا نظر خود را درباره آزادی و مرگ گروهی از زندانیان سیاسی اعلام کند که زیر اسمشان خط قرمز کشیده شده است و محکوم به اعدام هستند. او در بررسی اسامی متوجه می‌شود که برادر لاله جزو زندانیان است و رأی به اعدام برادر همسرش می‌دهد. لاله از تلفن‌های مکرر به خانه و غیبت او مشکوک می‌شود و با یافتن دفترچه و اسلحه امانی و مدارکی که جمال، دوست برادرش در اختیارش می‌گذارد، به ساواکی بودن همسرش پی می‌برد. با بازگشت امانی به خانه، لاله از او بازخواست می‌کند و با کمک جمال، امانی را با گلوله از پا درمی‌آورند.

۲. تطبیق ممیزی «خط قرمز» با قوانین و مقررات

«خط قرمز» پس از نمایش در جشنواره اول فجر، موفق به دریافت پروانه نمایش نمی‌شود، هر چند که صحنه‌هایی حذف و به آن اضافه می‌شود. اما از آن جا که مشکل فیلم، بنیادی است و امکان اصلاح مورد نظر در آن نیست، به بایگانی سپرده می‌شود.^۱

الف) رعایت نشدن حجاب

یکی از دلایل توقیف فیلم، نداشتن حجاب بازیگران زن فیلم به ویژه در صحنه‌های داخلی مربوط به جشن ازدواج شخصیت‌های اصلی فیلم است. در این خصوص باید توجه داشت «خط قرمز»، محصول سال ۱۳۶۰ بود و شروع تولید آن در سال ۱۳۵۹. از بررسی آیین‌نامه ۱۳۴۴، مفادی در خصوص نداشتن حجاب به چشم نمی‌خورد و قبل انقلاب، حجاب الزامی در حقوق، مستقر نبوده است. فقط در ماده ۱۵ آیین‌نامه عنوان شده است: «ارائه آن قسمت از اندام برهنه زن یا مرد، دختر یا پسر... که مستور بودنش ضروری است و عیان ساختن آن، عفت عمومی را جریحه‌دار می‌سازد...».

تنها پوشاندن اندام جنسی زن یا مرد، مورد نظر آیین‌نامه بوده و نه قسمتی از بدن مانند موی سر؛ زیرا نمایش اندام جنسی باعث مفسده بوده است. معیاری که نه تنها در ایران، بلکه در بیش‌تر کشورها نیز ملاک است و فیلم‌ها با توجه به میزان نمایش اندام جنسی بازیگران و روابط میان آن‌ها، درجه‌بندی می‌شوند. بنابراین، صرف نمایش موی سر

۱. امید، جمال، تاریخ سینمای ایران (۱۳۶۹ - ۱۳۵۸)، تهران: روزنه، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۳۸.

بر اساس آیین‌نامه موصوف موجب مفسده یا توقیف فیلم نمی‌تواند باشد. از سوی دیگر، ضمن آن‌که از زمان پیروزی انقلاب تا اواخر سال ۱۳۶۰، الزام بانوان به حجاب وجود نداشت، حجاب و پوشش سر، جزء ممیزی‌های جهانی نبوده، بلکه مسئله‌ای فقهی است که در خصوص میزان و کم و کیف آن، میان مسلمانان و علمای دینی هم بسیار اختلاف است، تا حدی که برخی به نداشتن آن جواز داده‌اند و برخی دیگر به پوشاندن صورت و مچ دست. در ۱۳۶۲/۵/۱۸ با تصویب مبحث پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، بر اساس تبصره ماده ۱۰۲ مقرر شد: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند، به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد». بنابراین، از زمان لازم‌الاجرا شدن این متن، داشتن پوشش برای موی سر و حجاب کامل برای تمام بدن بانوان، در منظر عمومی، دارای جنبه رسمی، قانونی و ضمانت اجرای کیفری شد. به طور طبیعی، در دیگر فعالیت‌های اجتماعی مربوط به بانوان از جمله حضور در فعالیت‌های هنری نظیر بازی در تئاتر و فیلم که مفهوم «انظار»، قابل تعمیم به آن است، محدودیت ایجاد شد و بدون رعایت حجاب رسمی، انجام دادن این فعالیت‌ها امکان‌پذیر نیست. الزام به رعایت حجاب از همان ابتدای انقلاب و قبل از تصویب هر گونه قانونی، از نظر عرف جامعه آن زمان، محل بحث بود. در ضمن، مسئولان نظام نسبت به آن حساسیتی ویژه داشتند. از جمله در سخنان امام خمینی (ره) به این نکته بارها اشاره شده بود: «در وزارتخانه‌های اسلامی نباید زن‌های (بی حجاب) بیایند. زن‌ها بروند، اما باحجاب باشند. مانعی ندارد بروند. اما کار نکنند، لکن با حجاب شرعی باشند».^۱ دادستان کل کشور در سال ۱۳۵۹ با صدور اطلاعیه‌ای بر لزوم رعایت حجاب در اداره‌ها تأکید کرد: «بدین وسیله به تمام وزارتخانه‌ها و مؤسسات و ادارات تابعه، شدیداً اخطار می‌شود چنان‌چه اثری از آن‌چه مورد تأکید حضرت امام و خواست ملت ایران است، دیده شود یا بانوی کارمندی بدون پوشش اسلامی در محل کار حضور یابد، بلادرنگ حقوق و مزایای او قطع خواهد شد».^۲ با این حال، با توجه به سال ساخت فیلم و تصویب قانون مجازات در سال ۱۳۶۲، پیش از آن، قانونی در منع حجاب نبود و با عنایت به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، نمایش ندادن «خط قرمز» و جاهت قانونی ندارد و بر خلاف اصول حقوقی است. در تمام سال‌های توقیف این فیلم و فیلم‌های ساخته‌شده در این زمان که به چنین دلیلی توقیف شده‌اند، این موضوع مغفول مانده و به خلأ قانونی مورد نظر توجهی نشده است. چنین امری خلاف

۱. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور (جلد ۶)، تهران: مرکز حفظ و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۳۲۹.

۲. روزنامه کیهان، ۱۶ تیر ۱۳۵۹، شماره ۱۱۰۳۸، ص ۲.

انتظار مشروع نیز هست و نمی‌توان بابت رعایت نکردن امری که نه جرم بود و نه تخلف و نه حتی انتظار غیر رسمی دولت، حقی را تضييع کرد. در واقع، این فیلم زمانی ساخته شده بود که هنوز حجاب، وجهه قانونی و الزامی نداشت و کارگردان اگر می‌دانست که بعد از ساخت فیلم، بی‌حجابی، جرم‌انگاری می‌شود، حتماً به هنجار قانونی احترام می‌کرد. کیمیایی با توجه به این تجربه، در فیلم‌های بعدی، حجاب را مراعات کرد. بنابراین، در خصوص فیلم، قاعده قبح عقاب بلا بیان رعایت نشد.

ب) شخصیت خاکستری مأمور ساواک

«خط قرمز، دوازدهمین اثر و اولین فیلم پس از انقلاب کیمیایی، متعلق به فضا و روزگار سال‌های آغاز انقلاب و بازتاب‌دهنده ذائقه و سلیقه رایج عمومی روز است».^۱ «به زعم بسیاری، یکی از دلایل مخالفت با این فیلم که با انعکاس ممیزی‌ها به کارگردان و به رغم اصلاحات اعمال‌شده،^۲ باز هم رنگ پرده را به خود ندید، شخصیت «خاکستری» بود که فیلم از يك ساواکی نشان می‌داد که با توجه به شرایط بعد انقلاب و ذهنیت مردم از اعضای ساواک باعث توقیف فیلم شد».^۳

در این خصوص باید گفت:

یک - به استناد آیین‌نامه ۱۳۴۴ که مقرر حاکم در زمان ساخت فیلم بود، ترسیم تصویر مثبت از مأمور امنیتی، از جمله شرایط توقیف فیلم نیست. در ضمن، در صورت بقای حکومت پهلوی، شاید این ایراد جای طرح داشت! در قانون مجازات عمومی (مصوب ۱۳۵۲)

۱. حسینی، حسن، راهنمای فیلم سینمای ایران (جلد ۱)، تهران: روزنه، چاپ اول، ۱۴۰۰، ص ۸۰۲.

۲. کیمیایی چنین روایت می‌کند: «بعد از فیلم سفرسنگ، بارها تا این لحظه، فکر می‌کنم می‌بایستی با سینما وداع می‌کردم. شاید می‌بایستی در گوشه‌ای می‌نشستم، حالا می‌نوشتم یا... ولی وسوسه سینما رهايم نکرد. اما این خط قرمز را که ساختم - بعداً به وسیله معاونت سینمایی آن زمان توقیف شد - حالا دیگر اصلاً نمی‌بایستی فیلم می‌ساختم، برای آن که فیلمی را از من توقیف کردند. احتیاج به توضیح بیش‌تری داشت در آن دوره... برای من هم سخت بود بروم و توضیح بخواهم که چرا فیلم مرا توقیف کردید. بعد گفتند این جایش را بزن، آن جایش را بزن. حدود ۱۲-۱۳ بار فیلم‌برداری کردم، ولی به هر جهت، فیلم توقیف ماند». قوکاسیان، زاون، مجموعه مقالات «در نقد و معرفی آثار مسعود کیمیایی از خط قرمز تا فریاد»، تهران: دیدار، ۱۳۷۸، ص ۱۰.

۳. محسنی، بیتا، «روایت سکانس‌های دربند»، کد خبر: ۱۳۹۷/۱۲/۹۲۹۶۳۲، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۱۰/۵، در:

- حاکم بر زمان ساخت فیلم - نیز چنین عنوانی جرمانگاری نشده بود و منعی از نظر قانونی نبود. پس این موضوع مهم را در دسته‌بندی ممیزی سیاسی می‌توان جای داد یعنی نگاه متفاوت فیلم به مأمور ساواک که می‌تواند نقدی به برداشت رسمی و عملکرد دولت در این زمینه باشد.^۱

دو - در خصوص واقعیت این ادعا یعنی شخصیت خاکستری، اختلاف است و به گفته منتقد ویژه آثار کیمیایی و رفیق سالیان دراز او: «صداقت امانی در هر دو وجه انسانی و ضد انسانی به بیننده انتقال می‌یابد. در بعد ضد انسانی، با توجیهات صادقانه ضد قهرمان عجیب کیمیایی در حیطه وظایف شغلی‌اش مواجهیم. امانی می‌خواهد برای تثبیت و بقای سیستم، مهره وفاداری باشد، ولی وفاداری مفرطش را برای سیستم از درون پوسیدهای خرج می‌کند. امانی در اوج بحران درمی‌یابد که خودش هم، آلت دست سیستمی شده که همواره سنگش را به سینه می‌زده و دیدگاه تخصصی امثال او در مقوله امنیت و حفظ اطلاعات، هیچ محلی از اعراب ندارد. در عین حال، این تصویر، مانع از آن نبوده که سمت تاریک این شخصیت نیز نشان داده شود. فیلم‌ساز در عین داشتن موضع به نفع انقلاب و رد نظام سابق، تنها امثال او را باعث ایجاد خفقان در آن رژیم نمی‌داند و در کنار این درشت‌نمایی‌های خاص و روحیات عاطفی و انسانی امانی، متقابلاً با چهره منفور و مطرود او نیز مواجه می‌شویم».^۲

سه - سوای این که ادعای شخصیت خاکستری، مخدوش است، برای دراماتیزه کردن یک اثر، کاراکترهای مثبت و منفی یا خاکستری، جزء عناصر پیشبرنده اثرند. هر چه این شخصیت‌ها باعث جذب شدن مخاطب شوند، نشان‌دهنده موفقیت آن اثر در تحقق هدف خود و جلب همراهی مخاطب است. این که چهره‌ای غیر سیاه مطلق و متفاوت از مأمور ساواک ترسیم شود، نه تنها مانع قانونی ندارد، بلکه عامل قوت آن اثر است.

چهار - سیاست‌ها و نگاه رسمی دولت در مقوله نظام پیشین سیاسی، در دو سطح قابل ارزیابی است: یکی، قوانین و مقررات که در ید حکومت جدید است و با آن در مورد کارگزاران رژیم قبلی، تصمیم‌گیری و احتمالاً آن‌ها را مجازات و محروم می‌کند. دیگری، نگاه جامعه مدنی، صاحب‌نظران، مورخان، هنرمندان و رسانه‌هاست که نمی‌توان آن‌ها را ملزم کرد فقط دیدگاه رسمی را بشنوند و از دیگر نگاه‌ها بدون بررسی و تدقیق بگذرند. امری که در قوانین نیز مطمح نظر بوده و برای مثال، در ماده ۴ قانون مطبوعات (مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۲) آمده

۱. آگاه، وحید، «تیغ و ابریشم: تحلیل مبانی نظری ممیزی آثار سینمایی»، پژوهش‌های حقوقی، بهار ۱۳۹۹، شماره ۴۱، ص ۱۸۹.

۲. طوسی، جواد، «واعظ مسکین مرگ»، در: مظفری ساوجی، مهدی، شناخت‌نامه مسعود کیمیایی (جلد ۱)، تهران: مروارید، چاپ دوم، ۱۳۹۵، صص ۶۳۰-۵۲۵.

است: «هیچ مقام دولتی و غیر دولتی حق ندارد برای چاپ مطلب یا مقاله‌ای، درصدد اعمال فشار بر مطبوعات برآید و یا به سانسور و کنترل نشریات مبادرت کند.» این حکم در مورد دیگر شقوق بیان از جمله بیان سینمایی صادق است. مشاهده می‌شود «سیاست‌گذاران وقت در حالی که به خاطر مضامین تلخ و معترضانۀ آثار موج نو در گذشته که به مبارزه منفی معنا می‌شد، از فیلم‌سازان موج نو حمایت می‌کردند، در عمل موجب شدند فیلم‌سازی چون کیمیایی نتواند خود را با هنجارهای رسمی تطبیق دهند و اتفاقاً بیش‌ترین ضرر این نوع سیاست‌گذاری به او رسید که بیش از دیگران به مسائل اجتماعی توجه داشت».^۱ «کیمیایی بعد از انقلاب، ناظر آگاه نتایج اجتماعی انقلابی است که خود در آن، نقش مهم و موثر داشته و آن قدر بی‌پرواست که نخستین اظهار نظرش بعد از انقلاب (خط قرمز) به مجازات اعدام محکوم می‌شود و هرگز به نمایش در نمی‌آید».^۲ مجازاتی که بلاجهت و خلاف اصول حقوقی بود.

بند دوم. ممیزی فیلم «تیغ و ابریشم»

نویسنده، کارگردان و تهیه‌کننده «تیغ و ابریشم»، مسعود کیمیایی است که با بازی فرامرز صدیقی، فریمه فرجامی، محمد صالح علاء، جلال پیشواییان، جمشید هاشمپور و مجید مظفری در سال ۱۳۶۴ به نمایش درآمد.

۱. خلاصه فیلم

قصه فیلم در جلسه‌ای در بانکوک شکل می‌گیرد. این جلسه برای بررسی چگونگی حمل بیست تن هرویین به ایران است. هدف از این کار، توزیع هرویین در دانشگاه‌ها و مدارس، کارخانه‌ها و حتی در جبهه‌های جنگ است. زن و مردی در این مورد گرفتار می‌شوند. بازپرس از وابستگی ایشان به جریان انتقال بزرگ قاچاق مطلع می‌شود. اندکی بعد، زن در بازداشتگاه خودکشی می‌کند و سرانجام مرد جوان، عامل اصلی قاچاق را که با پدرش ارتباط دارد، معرفی می‌کند. تریلی حامل مواد مخدر، از نزدیکی تهران از طریق زمین و هوا ردگیری و در پایان منهدم می‌شود.

۱. درست‌کار، رضا، «اعصاب پیرش را جوانی‌های روییدن می‌آراید»، در: قوکاسیان، زاون، مجموعه مقالات

«در نقد و معرفی آثار مسعود کیمیایی از خط قرمز تا فریاد»، تهران: دیدار، ۱۳۷۸، ص ۳۷.

۲. ارجمند، جمشید، «کیمیایی: ۱۳۷۷ - ۱۳۵۷»، در: قوکاسیان، زاون، مجموعه مقالات «در نقد و معرفی آثار

مسعود کیمیایی از خط قرمز تا فریاد»، تهران: دیدار، ۱۳۷۸، ص ۹۶.

۲. تطبیق ممیزی «تیغ و ابریشم» با قوانین و مقررات

فیلم با ممیزی بسیار در جشنواره فجر سال ۱۳۶۶ به نمایش در آمد و با «چهل دقیقه ممیزی و درجه کیفی (ج) از مدیران دهه شصت، پروانه نمایش گرفت»^۱. مسئولان سینمایی برای پرهیز از سقوط کیفی سینمای ایران، طرح گروه‌بندی کیفی فیلم‌ها را ابداع و از سال ۱۳۶۶ عملی کردند که بر اساس آن، تولیدات در چهار گروه کیفی الف، ب، ج و د دسته‌بندی شد و بر پایه هر یک از این درجه‌ها، امکانات، ظرفیت نمایش و میزان موفقیت تجاری‌شان پیش‌بینی شد.^۲

الف) نمایش اعتیاد و مصرف مواد مخدر

ممیزی فیلم منبعث از موضوع آن یعنی مبارزه با مواد مخدر بوده است. بر اساس بند ۸ ماده ۳ آیین‌نامه ۱۳۶۱: «تشویق و ترغیب و یا آموزش اعتیادهای مضر و خطرناک و راه‌های کسب درآمد از طرق نامشروع مانند قاچاق و غیره»، از موارد ممنوعیت نمایش در آثار سینمایی است و در «دسته‌بندی ممیزی اخلاقی»^۳ قرار می‌گیرد. «تیغ و ابریشم» برخلاف نص این ماده، برای نمایش کژی‌ها و پلیدی توزیع‌کنندگان مواد مخدر و مصایب و مشکلات دستگاه‌های مسئول در مبارزه با این آفت بزرگ اجتماعی است. پس این مهم نمی‌تواند دلیل بر ممیزی و توقیف آن باشد.

گفتار زمینه در ابتدای فیلم، علت توطئه دشمنان در ارسال مواد مخدر به کشور را با هدف گرفتار کردن جوانان در دام اعتیاد تشریح می‌کند. از این رو، اگر در جایی از فیلم، تصویری عریان از مصرف مواد مخدر یا نمایش معتادان در حال خماری است، در راستای کلیت اثر و میزان اثرگذاری سوء آن بر جامعه است. بنابراین، یک یا چند پلان نباید باعث توقیف یا منجر به حذف آن صحنه شود؛ چون هنر، نمایش دقیق جزئیات است که در نهایت، به یک کل واحد ختم می‌شود. پس حذف یا جابه‌جایی هر کدام از این جزئیات، لطمه به کلیت اثر و خروجی آن، کیفیت پایین محصول نهایی است که منجر به نقض

۱. «مسعود کیمیایی و حجت الاسلام گل محمدی در زندان قصر»، کد خبر: ۶۱۷۰۲، ۱۳۹۹/۷/۲، تاریخ

مراجعه: ۱۳۹۹/۱۰/۱۱، در: www.cinemajournal.com.

۲. طالبی‌نژاد، احمد، سینما اگر باشد: تاریخ تحلیلی سینمای پس از انقلاب، تهران: روزنه، چاپ اول، ۱۳۹۶، صص ۷۱-۷۲.

۳. آگاه، وحید، «تحلیل ممیزی اخلاقی، سیاسی و فرهنگی - اجتماعی آثار سینمایی در حقوق موضوعه و رویه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی»، مطالعات فرهنگ و ارتباطات، سال بیست و سوم، بهار ۱۴۰۱، شماره ۵۷، صص ۱۹۹-۲۰۱.

غرض تولیدکنندگان و حتی ممیزان می‌شود که برای اصلاح اثر، اقدام به ممیزی کرده‌اند. در ضمن، تشویق و آموزش در حقوق حاوی مفهوم است و فیلم، مصایب اعتیاد به مواد مخدر را نشان می‌دهد و برای مقابله و تصویر ناگواری‌های اعتیاد است. پس از نظر حقوقی، مصداق تشویق و بدآموزی اعتیاد به مواد مخدر نیست.

ب) نمایش وضعیت زندان: سیاه‌نمایی؟

وجود صحنه‌هایی عریان از زندان که به نظر می‌رسد برای نخستین بار در یک فیلم بعد از انقلاب به تصویر کشیده شده، به سوء تفاهم درباره منظور سازنده از این صحنه‌ها دامن زده است. صحنه‌هایی نظیر بازرسی بدن، دهان، سر و صورت زندانیان معتاد، تصاویر زنان زندان در حالی که برخی با فرزندان خردسال خود هستند و برخی دیگر سیگار می‌کشند، نمایش معتادانی در زندان که به دلیل نرسیدن مواد دچار تشنج و نشنگی شده‌اند و به خود می‌پیچند، بازجویی از سوسن مکاشی (فریمه فرجامی) در حال خماری و نمایش لحظات درد کشیدن او به دلیل نرسیدن مواد و خودکشی او در زندان، از سکانس‌هایی هستند که نمایش آن در سینما، شاید برای هر کسی خوشایند نبود و بهانه‌ای در دست ممیزان برای ترویج سیاه‌نمایی از وضع زندان‌ها با نمایش ناکارآمدی نظام قضایی شد. با این وصف، «تیغ و ابریشم» به فضای یک فیلم مستند آموزشی نزدیک شده است.

استناد اعضای هیئت نظارت برای ممیزی این تصاویر می‌تواند بر اساس بند ۱۱ ماده ۳ آیین‌نامه ۱۳۶۱: «نشان دادن صحنه‌هایی از جزئیات... آزار به نحوی که موجب ناراحتی بیننده یا بدآموزی گردد» یا بند ۱۳ همان ماده باشد: «نشان دادن تصاویر و اصوات ناهنجار اعم از آنکه ناشی از نقص فنی یا غیر آن باشد، به نحوی که سلامت تماشاگر را به خطر اندازد». البته این ایراد وارد نیست؛ چون هیئت می‌توانست، چنان‌که گفته شد، با در نظر گرفتن بعد مستند و آموزشی فیلم به استناد تبصره بند ۱۱ که «فیلم‌های علمی، آموزشی و پژوهشی می‌تواند در محل‌های خاص و جهت تماشاگران مخصوص به معرفی نمایش گذاشته شوند»، از ممیزی این صحنه‌ها خودداری کند. چنین نشد و این ممیزی‌ها به فیلم آسیب جدی وارد کرد. «سکانس‌هایی که به تداوم داستان کمک می‌کنند، در پاره‌ای از وقایع، در مقایسه با تصاویر طولانی و مستند زندانی‌ها، به قدری تلگرافی هستند که مشخصاً نشانگر حذف پاره‌ای از شخصیت‌ها و وقایع فیلم هستند».^۱

بنابراین، اگر صحنه‌هایی از فیلم را منجرکننده یا آزاردهنده هم بدانیم، آیین‌نامه ظرفیت دارد که به دلیل وجه آموزشی و فرهنگی فیلم، ممیزی‌ها اعمال نمی‌شد. در واقع،

۱. داودی، ابوالحسن، «تیغ و ابریشم»، در: مظفری ساوجی، مهدی، شناخت‌نامه مسعود کیمیایی (جلد

۱)، تهران: مروارید، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۶۳۵.

به درستی، در مقررره ممیزی، راهی برای استثنا کردن ممیزی پیش‌بینی شده است که در مورد «تیغ و ابریشم» منظور نشد.

ج) شیوه برخورد بازپرس با متهمان

شماپل دو بازپرس؛ یکی، محمودیان که در راه مبارزه با مواد مخدر ترور می‌شود و دیگری، جلالی که با تسلط، گفت‌وگو و واکنش‌های مثبت و اثرگذاری بر متهم اصلی، باعث دستگیری باند توزیع مواد مخدر می‌گردد، ارزش کار فیلم‌ساز را در تصویر کردن این معضل در اثر سینمایی نشان می‌دهد. با این حال، ممیزی باعث خدشه‌دار شدن این تصویرسازی صحیح شد. از یک سو، صحنه‌های مثبتی مانند این که جلالی در جواب تلفنی، برای پی‌گیری پرونده، خود را نه جانشین بازپرس محمدیان، بلکه ادامهدهنده راه او معرفی می‌کند، تصویری آرمانی از یک بازپرس متعهد و وظیفه‌شناس در زمانه انقلاب و جنگ ترسیم می‌کند که امکان تبدیل شدن به الگویی موفق در نظام قضایی را دارد.

از سوی دیگر، برخی برخوردهای بازپرس‌های پرونده، امکان تفسیر عمل فراحقوقی و قانونی را در فیلم دامن می‌زند. صحنه‌هایی نظیر سؤال‌های تلقینی بازپرس محمدیان از اختاری برای اقرار به شیوه وقوع جرم در ابتدای فیلم، ظنّ زیر فشار گذاشتن متهم را در ذهن تداعی می‌کند. در صحنه‌های دیگر، زندانیان معتاد در حال شنیدن سخنان یکی از مسئولان زندان هستند و بازپرس جلالی با عبور از میان آنان و با فریاد و به زور، اختاری را کشان کشان از آن محل برای بازجویی بیرون می‌برد. این تصاویر که از نظر قانونی مشکل دارند و با برخی اصول قانون اساسی مانند اصل ۳۹ مُشعر بر حرمت هتک حیثیت متهم و حفظ کرامت انسانی متهم تناقض دارد، از دیگر موارد ممیزی فیلم بود، اما هم اکنون در نسخه نهایی آن وجود دارد.

پایان فیلم نیز به این دلیل حذف شده است که بازپرس جلالی به داخل زندان می‌رود و با کشتن وکیل بند زندان - عامل قتل بازپرس محمدیان - از وی انتقال می‌گیرد.^۱ بر فرض وجود صحنه‌هایی خلاف قانون در مورد قاضی فیلم، مراجع قضایی و قضات در واقعیت، عاری از خطا نیستند. اتفاقاً این صحنه‌ها تلنگری است دل‌سوزانه برای معطوف کردن توجه‌ها به رفع کاستی‌های قضایی. در اصل ۸ قانون اساسی، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر، از وظایف مردم نسبت به دولت است و حق نقد از اصول مهم حکمرانی دموکراتیک و اسلامی به شمار می‌رود.

کیمیایی، «تیغ و ابریشم» را به فرزند تشبیه می‌کند که بر پیکرش، زخمی نشسته و نگاه حالیه‌اش به آن صرفاً از روی ترحم است. وی در یادداشتی به بهشتی، مدیرعامل وقت

۱. در نمایش فیلم در جشنواره فیلم فجر سال ۱۳۶۵، این پایان‌بندی در فیلم وجود داشت که در نمایش عمومی حذف می‌شود. (از گفتگوی نویسنده اول با جواد طوسی، منتقد فیلم و از نزدیکان مسعود کیمیایی).

بنیاد سینمایی فارابی، ضمن تشریح احوال خود و گلایه‌هایش در مورد فیلم، بحث ممیزی را نه موارد پیش‌گفته، بلکه غیر خودی دانستن خودش می‌داند؛ این‌که او را از فرزندان انقلاب نمی‌دانند: «آخرین ساختم... انتخابش برای ساختن، فقط به دلیل دور بودن از همان دایره‌ای است که شما مطرح کرده‌اید. دل‌بستگی به انقلاب... دل‌بستگی به حیثت مسلمان ایرانی امروز. این شک به هنرمند، شک بر احساس و قلب پاره‌شده من، از بمب دشمن بر مدرسه دختران، بر مسلمان ایرانی بی‌سلاح، این عطر بدن‌های جوان در جبهه‌ها، تبسم جاودان عکس‌های در قاب حجله‌ها...، گناه شک‌های بر این دل‌ها... از کیست؟ اگر به این احساس و عقل، با شک و سپس با تحقیر نگاه شود، غیرت کدام از ما متهم است؟»^۱ به بیان بهتر، کیمیایی، دلیل اصلی ممیزی «تیغ و ابریشم» را غیر خودی دانستن خود و در واقع، ممیزی کارگردان می‌داند، نه فیلم.

گفتار دوم. سینمای علی حاتمی زیر چتر حقوق ممیزی دهه ۶۰

در این گفتار، دو فیلم «حاجی واشنگتن» و «جعفر خان از فرنگ برگشته» تحلیل می‌شود.

بند اول. ممیزی فیلم «حاجی واشنگتن»

علی حاتمی، نویسنده، کارگردان و تهیه‌کننده «حاجی واشنگتن» در سال ۱۳۶۰ است که عزت‌الله انتظامی و بازیگران خارجی در آن نقش آفرینی کردند.

۱. خلاصه فیلم

ناصرالدین شاه در سال ۱۲۶۷، حاج حسین‌قلی خان نوری صدرالسلطنه را به سمت نخستین ایلچی (سفیر) ایران در امریکا تعیین می‌کند که وی به همراه مترجمش، راهی آن دیار می‌شود. به دستور حسین‌قلی خان، ساختمان بزرگی برای سفارت‌خانه اجاره می‌شود و چند خدمت‌گزار استخدام می‌شوند. به تدریج، بودجه سفارت‌خانه قطع می‌شود و حاجی به ناچار، خدمت‌گزاران را اخراج می‌کند. حاجی که احساس تنهایی می‌کند، رییس جمهوری امریکا را در لباس ساده یک کابوی در سفارت‌خانه می‌بیند و پذیرایی کاملی از او می‌کند، ولی در پایان می‌فهمد که رییس جمهوری پس از دوره‌اش، انتخابات را به رقیب واگذار کرده و حالا کشاورزی است که به دلیل علاقه به پسته ایرانی آمده است تا روش کاشت آن را از حاجی بی‌پرسد. سرانجام با فراخوانده شدن حاجی به وطن، مأموریت اولین سفیر تحقیرشده‌ای که خود را یک تبعیدی به مکانی دور از کشور می‌پندارد، به پایان می‌رسد.

۱. امید، پیشین، ص ۴۸۲.

۲. تطبیق ممیزی «حاجی واشنگتن» با مقررات

فیلم در سال ۱۳۶۱ در جشنواره فجر حضور داشت و بعد از آن تا سال ۱۳۷۷ توقیف بود که اکران عمومی محدودی داشت، یعنی پس از گذشت ۱۷ سال از ساخت و ۲ سال پس از فوت حاتمی. «ظاهراً یکی از دلایل عدم نمایش، تصویر شوخ و شنگی است که از حسین قلی خان ارائه شده است».^۱

الف) تصویر شوخ و شنگ از سفیر ایران در دوره قاجار

ترسیم چهره‌ای نامناسب از یک کارگزار (سفیر) ایرانی در حال خدمت در امریکا و خودباختگی او در برابر مسئولان کشوری دیگر در دوره‌ای از تاریخ مملکت که به اعتقاد ممیزان سال ۱۳۶۰، به نوعی تحریف تاریخ بوده، از علل توقیف ۱۷ ساله فیلم بود. آیین‌نامه ۱۳۴۴ به عنوان مقررره حاکم در زمان ساخت و نمایش این فیلم در خصوص چگونگی به تصویر کشیدن مقامات حکومتی بیانی ندارد و صرفاً در ماده ۶ گفته است: «اهانت نسبت به مقامات دولتی اعم از کشوری و لشکری ممنوع است».

در فیلم، دیالوگی حاوی فحش یا توهین و تخفیف نسبت به مسئولان یا صحنه‌ای حاوی استهزا و بی‌احترامی دیده نمی‌شود. ممیزی این فیلم نشان می‌دهد که ترسیم تصویری غیر جدی و متفاوت با تصویر رسمی و شاید خشک که از چنین مقام‌هایی معمولاً در اذهان وجود دارد و در بیش‌تر فیلم‌ها نیز بازنمایی می‌شود، واجد ایراد و مستحق ممیزی بوده است! این در حالی است که دولت حقی ندارد تا شهروندان را به ترسیم تصویری رسمی از مقامات ملزم کند، مگر آن‌که توهین‌آمیز باشد که جرم است. از این رو، بخشی از بیان آزاد سینمایی، شیوه تصویر کردن مقامات است. در ضمن، ممیزی فیلم در دهه ۶۰ بابت تصویر مقامی دولتی در زمان قاجار، بسیار عجیب است و از نظر حقوقی مطلقاً قابل دفاع نیست؛ چون دولت برای پاسداری از تاریخ در زمینه تصویر سینمایی دولت‌مردان وظیفه‌ای بر عهده ندارد.

ب) وادادگی سفیر در قبال امریکا: نقد دیپلماسی وقت در پوشش داستان زمان قاجار

فیلم، روایت هنرمندانه مأموریت سفیر ایران به کشور خارجی برای مأموریت در زمان حکومت قاجار است، بی آن‌که به ورطه توهین یا بی‌احترامی به وطن یا ملت درافتد. سراسر فیلم، نقد دوره‌ای است که سیاستمداران غالباً خودباخته بودند و نهایت سرافرازی خود را تحویل گرفته شدن از سوی مسئولان کشورهای دیگر می‌دانستند. فیلم‌ساز این

۱. بهارلو، عباس، علی حاتمی (جلد ۲)، تهران: قصه، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۹۰.

واقعیت تاریخی کشور را به صورت نقدی دل‌سوزانه بیان کرده است. حاجی در ابتدای سفر به وادادگی ایرانیان در کشورهای دیگر در مقابل فرهنگ غربی و کنار گذاشتن فرهنگ ایرانی اشاره می‌کند، اما خودش پس از صحبت با رییس جمهوری امریکا دچار رعشه می‌شود و غش می‌کند!

«حاجی واشنگتن، عنوانی بامسماست برای روایت زندگی مردی که آمال خود را در دنیای غرب می‌بیند. فیلم، یک روایت تاریخی صرف نیست، در تاریخ نمانده است و می‌توان نشانه‌های رفتاری حاجی را در برخوردهای دیپلماتیک برخی دیپلمات‌های امروزی هم دید. فیلم با همه لایه‌های محتوایی و تأویل‌هایی که برایش قائلند، حرف‌های سیاسی سنگینی برای دیپلمات‌هایی دارد که نسبت به اصالت سرزمین خود و هم‌چنین مواجهه با دنیای غرب، فهم و درک صحیحی ندارند»^۱.

سکانس درخشان ذبح گوسفند در روز عید قربان، تصویری نمادین از وضع مردم کشور است که امکان تطابق آن با هر دوره زمانی و برهه سیاسی و اجتماعی وجود دارد. وقایع فیلم در دوره قاجار می‌گذرد، اما امکان مشابهت‌سازی را به بیننده خود می‌دهد تا زمان فیلم را زمانه خود تصور کند و نتیجه مطلوب را از آن بگیرد: «مملکت رو تعطیل کنید. دارالایتم دایر کنید، درست‌تره. مردم نان شب ندارند. دوا نیست. مرض بیداد می‌کند. باران رحمت از دولتی سر قبله عالم است و سیل و زلزله از معصیت مردم. میرغضب بیش‌تر داریم تا سلمانی. سر بریدن از ختنه، سهل‌تر. خلق خدا به چه روزی افتاده‌اند از تدبیر ما؛ دلال، کفزن، رمال، گدایی که خودش شغلی است. مملکت عن‌قریب قطعه قطعه می‌شود».

با این حال، به استناد تفسیر و تعبیر نمی‌توان حقوق افراد را در جایی که مقرره‌ای در دست نیست، محدود کرد. استدلال تراشی برای نمایش ندادن فیلمی درباره حکومت قاجار به دلیل شایبه نقد روزگار معاصر، مردود است. دیالوگ‌های فیلم حتی بر فرض تطابق با زمان زمان ساخت، واجد جنبه انتقادی است، نه عناد! این‌که در برهه‌ای از تاریخ، کارگزاران با تصمیم‌های ناسنجیده خود باعث رقم خوردن برخی اتفاقات ناگوار برای کشور شده‌اند، امری است واقعی که نمی‌توان با توقیف اثری، منکر آن شد. حال که فیلم‌سازی متعهد با تسلط بر فراز و نشیب تاریخ کشور، اثری چنین ماندگار تولید کرده است، با وجود این همانی اثر با زمانه، صرفاً قصد انذار دارد و نه بیش‌تر و چنین کاری از یک هنرمند آگاه عجیب نیست. اگر قصد خدمت به میهنش را از طریق روایتی هنرمندانه داشته باشد، نمایش کاستی‌ها و جلب کردن توجه اولیای کشور به مشکلات باید به گونه‌ای همه‌فهم و البته اثرگذار باشد. علی حاتمی به خوبی از پس این کار برآمده و در ساختاری سالم، نتیجه تولید

۱. حمدیان، معین، «حاجی واشنگتن علی حاتمی را دیده‌اید؟»، کد خبر ۱۲۷۵۸، ۱۳/۸/۱۳۹۶، تاریخ

چنین اثری نباید توقیف آن می‌بود.

اگر این رویه رایج شود که فیلم‌هایی با داستان تاریخی، به دلیل انطباق با زمانه فعلی و در واقع، نقد روزگار معاصر در لباس تاریخ، ممیزی و توقیف شوند، باید باب ساخت فیلم‌های تاریخی را بست؛ زیرا عرصه هنر، بستری است برای تفسیر از مناظر گوناگون و امکان ساخت اثری بدون ظرفیت تطابق با زمان نمایش فیلم وجود ندارد. این گونه ممیزی، بسیار خطرناک است و با آن می‌توان همه فیلم‌های تاریخی سینمای ایران را توقیف کرد.

ج) نفوذ فرهنگی بیگانگان

آیین‌نامه ۱۳۶۱ چندی پس از توقیف فیلم تصویب شد و در بند ۹ ماده ۳ آن، «کمک به نفوذ فرهنگی یا سیاسی یا اقتصادی بیگانگان که مغایر با سیاست «نه شرقی، نه غربی، جمهوری اسلامی» است»، جزء موارد ممنوعیت نمایش ذکر شده است. این امر می‌تواند یکی از معیارهای ممیزی و توقیف این فیلم باشد؛ چون این اثر در خصوص سفیر ایران - ولو در زمان قاجار - در امریکاست که بعد از انقلاب، از دوست به دشمن و شیطان بزرگ تغییر نقش یافت.

این نکته را از منظر فراحقوقی می‌توان درک کرد، اما از نگاه حقوقی قابل درک نیست؛ چون در واقع، فیلم در نقد وابستگی و لزوم بازگشت به اصالت شرقی ایرانیان است و از این منظر، حتماً باید در سال ۱۳۶۲ رفع توقیف می‌شد، چنان‌که آیین‌نامه به صراحت، نمایش ندادن هر گونه وابستگی و تمایل به هر یک از قدرت‌های جهانی را در نظر گرفته است. بنابراین، مسئولان سینمایی به استناد همین ماده باید اجازه اکران فیلمی را می‌دادند که در نقد هر گونه وابستگی به غرب و قدرت‌های بیگانه است که برای فیلم‌هایی از این دست نیز الگو بود.

افزون بر این‌ها باید گفت:

یک - بند ۹ ماده ۳ آیین‌نامه ممیزی، به دلیل کلی بودن، اساساً قابل اجرا نیست. چه طور ممکن است یک فیلم بتواند به جریان نفوذ کمک کند؟ مگر حزب سیاسی است؟ اگر این طور باشد، هر فیلمی که در آن تصاویری از ممالک فرنگ است یا به نقش خارجی‌ها اشاره می‌کند، می‌تواند مشمول این بند شود.

دو - در دنیای امروز که همه به صورت برخط با هم در ارتباطند و همه می‌دانیم که در همه جای دنیا چه خبر است، «نفوذ فرهنگی»، واژه‌ای است تاریخی و تحول‌یافته. فرهنگ‌ها درهم تنیده‌اند و فرهنگی که در آن زیست می‌کنیم، آمیخته‌ای از فرهنگ‌های ملی، منطقه‌ای و جهانی است. پس فرهنگ ناب و خالص را باید صرفاً در دل تاریخ زمان‌های دور جست.

بند دوم. ممیزی فیلم «جعفر خان از فرنگ برگشته»

فیلم، تولید ۱۳۶۶ بر اساس نمایش نامه «جعفر خان از فرنگ آمده»، نوشته حسن مقدم، به کارگردانی گروهی علی حاتمی و محمد متوسلانی و نویسندگی گروهی «علی حاتمی، محمد متوسلانی و علی عباسی» است. بازیگران آن نیز عزت‌الله انتظامی، محمدعلی کشاورز، ایرج راد و ارحام صدر هستند و علی عباسی و علی اکبر عرفانی، تولیدکنندگان این فیلم به شمار می‌روند.

۱. خلاصه فیلم

جعفر خان از فرنگ بازمی‌گردد و پدر با دیدن سر و وضع نامتعارف او درمی‌یابد که باید از جعفر، همانی بسازد که می‌خواهد، ولی ناموفق می‌ماند؛ زیرا دولت به جعفر میدان می‌دهد تا در راه عملی کردن افکارش بتازد. جعفر مأمور می‌شود تا در جعفرآباد که به «نیوجف» تغییر نام داده است، شهری صنعتی و فضایی بسازد. اهالی روستا به کار گمارده می‌شوند تا جامعه آرمانی او را بسازند. پدر بعد از شنیدن خبر ازدواج او با دختری فرنگی سکت می‌کند. جعفر هم در غیبت پدر، برنامه‌هایش را عملی می‌کند، اما پس از آن که مردم روستا را به جان هم می‌اندازد، به فرنگ بازمی‌گردد.

۲. تطبیق ممیزی «جعفر خان از فرنگ برگشته» با مقررات

در مورد ممیزی گسترده، توقیف، اضافه و حذف صحنه‌هایی از این فیلم برای دریافت پروانه نمایش، روایت‌های متعدد وجود دارد.

الف) روایت حاتمی: کمدی بودن و مشکل سینما با شادی

حاتمی می‌گوید: «رفتن به سراغ کمدی، ریسک بزرگی بود. عباسی - تهیه‌کننده فیلم - تازه به ایران بازگشته بود و مایل بودم به او برای ماندگاری در کشور کمک کنم.^۱ قصد من، ساخت فیلمی کمدی بود؛ فیلمی که اشاره به جابه‌جایی‌ها می‌کرد. سالن چلوکبابی تبدیل به بیمارستان می‌شد و سالن بیمارستان به جایی دیگر. خلاصه این که هیچ کس سر جای خودش نبود. فیلم، شوخی با همه چیز است. در شرایطی، کمدی ساختم که مسئله خندیدن و نخندیدن تماشاگران سینما مورد بحث بود و این هراس از سوی من و تهیه‌کننده وجود داشت که نکند فیلم، زیاده از حد تماشاگر، خنده بگیرد و مسئله‌ساز

۱. علی عباسی، تهیه‌کننده سینما که از آثار او می‌توان به رضا موتوری، تنگنا، تنگسیر و حسن کچل اشاره کرد. وی در دوره‌ای به دلیل ممنوع از کار بودن، امکان فعالیت در سینما را نداشت.

بشود. مدعی هستم که این، نخستین فیلم کم‌دی سینمای پس از انقلاب است. قصد داشتم فیلم را با گویش اصفهانی دوبله کنم، اما گفتند فیلم باید گویش عام داشته باشد. پس از مدتی بلا تکلیفی، برای بازسازی فیلم با من تماس گرفته شد که نپذیرفتم؛ چون معتقد بودم که فیلم اشکالی ندارد.^۱

احمد بخشی، دستیار حاتمی در فیلم در خصوص این استنکاف حاتمی می‌گوید: «ارشاد، ۲۰ دقیقه از فیلم را درآورد و گفتند دوباره بگیر. علی برگر دستورالعمل حذف را پاره می‌کند و از ارشاد خارج می‌شود. فردای آن روز، یدالله صمدی از ارشاد به من زنگ زد و گفت: روی دیوار، یک برگر زده‌اند که رویش نوشته حاتمی به دلایل فلان و فلان تا اطلاع ثانوی ممنوع‌الکار است. این اتفاق برای حوالی سال‌های ۶۵ و ۶۶ است.»^۲

خودداری علی حاتمی از اصلاح مورد نظر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی موجب شد دستیار او، محمد متوسلانی، فیلم را اصلاح کند. به همین دلیل، در تیتراژ، عنوان «کار گروهی» مشاهده می‌شود. این کار، «امری عادی در دهه ۶۰ برای فیلم‌هایی [بود] که به دلایل مختلف، دچار ممیزی می‌شدند و فزاینده‌ای یا مدیران وزارت فرهنگ، برای ضرر نکردن تهیه‌کننده، کارگردان یا کارگردان‌های تازه‌ای را معرفی می‌کردند. فیلم از جهت دیگر هم آسیب دید. فیلم‌نامه بر اساس نمایش‌نامه معروف کم‌دی حسن مقدم بازنویسی شده بود و به رغم تفاوت‌های بسیار فیلم با نمایش‌نامه، اطلاق کم‌دی به این فیلم، ایده‌ای شتاب‌زده بود که توسط منتقدان آن دوره و بیش‌تر حاصل پیش‌فرض ایشان از نمایش‌نامه مقدم بود»^۳. این فیلم، از مصادیق اجلای تشخیص اشتباه ممیزی و از دست رفتن فیلمی است که به دلیل مقاومت کارگردان و رها کردن فیلم و به سرانجام رسیدن توسط دیگری، «آزادی سینما را با محدودیت مواجه نمود و سازوکار این رسانه فراگیر را مخدوش ساخت»^۴.

در آیین‌نامه ۱۳۶۱ منعی در خصوص ساخت فیلم کم‌دی یا طنز از موضوعات یا افراد دیده نمی‌شود. کم‌دی، یکی از مهم‌ترین ژانرهای سینماست که در ترسیم تصویری خلاقانه از یک موضوع توسط فیلم‌سازان به وفور استفاده می‌شود. در نبود مانع قانونی، استناد به زیادی یا کمی کم‌دی (شوخی) یا انتساب سخیف بودن به اثر، مبنای حقوقی ندارد و توسل

۱. ماه‌نامه فیلم سینمایی فیلم، سال هفتم، شماره ۷۶، اردی‌بهشت ۱۳۶۸، ص ۵۴.

۲. «ناشنیده‌هایی از علی حاتمی، مرد هزار داستان سینمای ایران»، کد خبر: ۱۱۳۷۱۶، ۱۳۸۹/۹/۱۴، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۱۱/۷، در: www.khabaronline.ir/news.

۳. سلحشور، یزدان، «حدس بزن چه کسی فیلمت را می‌سازد: نگاهی به فیلم جعفر خان از فرنگ برگشته»، کد خبر: ۱۳۹۸/۶/۱۰۷۳۳۲۰۷، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۷/۲۷، در: www.cinemacinema.ir.

۴. آل‌شیخ، رحیم، آزادی سینما و نظم عمومی در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده، تهران: کیومرث، چاپ اول، ۱۳۹۹، ص ۲۰.

به آن برای ممیزی فیلم، بلاوجه است. در همان دهه شصت، انواع و اقسام فیلم‌ها با تم یا درون‌مایه کم‌دی ساخته شد، بی آن‌که ممیزی، متعرض آن شود. بر پایه اصل ۱۵ قانون اساسی، «زبان و خط رسمی و مشترک مردم ایران، فارسی است. اسناد و مکاتبات و متون رسمی و کتب درسی باید با این زبان و خط باشد، ولی استفاده از زبان‌های محلی و قومی در مطبوعات و رسانه‌های گروهی و تدریس ادبیات آن‌ها در مدارس، در کنار زبان فارسی آزاد است». پس وقتی مهم‌ترین هنجار حقوقی یک کشور اجازه می‌دهد که زبان‌های قومی و محلی، هم در رسانه‌ها و هم در مدارس و به طریق اولی در دانشگاه‌ها تدریس شود، معلوم نیست چرا باید حاتمی را مجبور کنند که فیلم گویش اصفهانی نداشته باشد! امری کاملاً خلاف قانون که حقی دیگر از حاتمی را سلب کرد. شادی نیز از حق‌های بشری است که در مورد آن بسیار گفته‌اند^۱ و دولت نه تنها حق ندارد از شادی و نشاط ملت جلوگیری کند که در فیلم یادشده چنین کرد، بلکه وظیفه دارد مردم را شاد کند. این حق در نسل‌های اول و دوم حقوق بشر جای می‌گیرد. حق بر شادی از کلمه «حقوق انسانی» در اصول ۱۴ و ۲۰، از «حق تعیین سرنوشت فرهنگی» در بند ۸ اصل ۳، از «حقوق همه‌جانبه افراد» در بند ۱۴ اصل ۳ و «حقوق فرهنگی» مندرج در اصل ۲۰ قانون اساسی برمی‌آید.

ب) روایت عضو هیئت نظارت و بازبینی: ابتذال فیلم

بر اساس گفته عبدالله اسفندیاری، سرپرست وقت بخش فرهنگی بنیاد سینمای فارابی و از اعضای شورای بازبینی فیلم در اداره کل نظارت و نمایش، «نظر اعضای شورا که من هم عضو بودم، این بود که فیلم، مبتذل است. به همین دلیل، پروانه نگرفت. تهیه‌کنندگان فیلم، دایم در رفت و آمد بودند. حس کردم آن‌ها برای اولین بار، مظلوم واقع شده‌اند. بنابراین، گفتم حاضرم مسئولیت اصلاح فیلم را قبول کنم. متوسلانی از طرف تهیه‌کنندگان پیشنهاد گردید و طرح قصه‌ای ریخته شد و ما هم سهل‌گیرانه قبول کردیم. شورا هر دو نسخه را با هم دید و ضمن ردِ قطعی نسخه اصلی، برای به هدر نرفتن زحمت دست اندرکاران نسخه جدید، به فیلم، پروانه نمایش داد و حتی عنوان کردند به خاطر «گل روی شما» پروانه می‌دهیم. این مسئله را در صورت جلسه شورا هم نوشته‌اند»^۲. ابتذال در این روایت، دلیل توقیف چندساله فیلم عنوان شده است و حاتمی، کارگردان ابتدایی اثر، «شوخ و سنگ و کمیک بودن» فیلم را دلیل این اتهام می‌داند. واژه «ابتذال» در

۱. انصاریان، مجتبی، «حق بر شادی»، جامعه‌پژوهی فرهنگی، سال یازدهم، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۳ (پیاپی ۳۷)، صص ۴۸-۴۵.

۲. ماهنامه سینمایی فیلم، پیشین، ص ۵۲.

معنای «پیش پاافتادگی»، «بی‌اهمیتی»، «ناچیزی» و «بسیار به کار بردن چیزی، تا اندازه‌ای که از ارزش آن بکاهد» و در تعریفی دیگر، از ریشه «بذل» کردن است به معنای «بذل توجه به چیزی که در ذات خود ارزش آن را ندارد».^۱ «مبتذل» در زبان عربی، معادل آن است که ما در فارسی به آن، «کلیشه» و «تکرار» می‌گوییم.

در فارسی بنابراین که چه کسی در چه موقعیتی آن را به کار ببرد، مفاهیم متعددی را می‌سازد. این کلمه به هر حال، تحقیرآمیز و برای نفی ارزش هنری، اجتماعی یا فرهنگی یک پدیده است و برای این کار، آن را به چیزی متصل می‌کند که «فرهنگ عوام» و «پست» می‌نامد. واژه‌ای که پیش از انقلاب نیز وجود داشت، اما بعد انقلاب به ویژه در سال‌های اخیر، به شدت، کاربرد آن، افزایش یافته، به صورتی که شنیدن آن درباره تقریباً هر چیزی، از یک اثر هنری، تا یک گفتار سیاسی، به هیچ عنوان تعجب‌برانگیز نیست.^۲ از نظر حقوقی، «مبتذل» به آثاری گفته می‌شود که دارای مضامین خلاف شریعت و اخلاق باشد و مستهجن، نشان‌دهنده برهنگی یا آلات تناسلی زن و مرد یا آمیزش آنان است. در این اثر، هیچ یک از این موارد وجود ندارد. ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۶۲ اشعار می‌داشت: «اشخاص ذیل به حبس... محکوم خواهند شد: ۱- هر کس نوشته و یا طرح یا گراور یا نقاشی یا تصاویر... یا فیلم یا نوار سینما... که عفت و اخلاق عمومی را جریحه‌دار نماید، برای تجارت یا توزیع و یا به نمایش و معرض انظار عمومی گذاردن بسازد... ۳- هر کس اشیای فوق را به نحوی از انحا منتشر نماید و یا آن‌ها را به معرض انظار عمومی بگذارد».

نسخه اصلی فیلم هرگز صحنه‌هایی نداشت که عفت و اخلاق عمومی را جریحه‌دار کند. افزون بر آن، به فرض محال داشتن چنین سکانس‌هایی، تبصره ماده یادشده، راه‌گشا بود: «مفاد این ماده شامل اشیایی نخواهد بود که جنبه علمی داشته و برای مقاصد علمی و یا هر مصلحت حلال عقلایی دیگر، تهیه یا خرید و فروش یا به نمایش گذاشته شده باشد». به نظر می‌رسد مستند قانونی توقیف فیلم، بند ۱۴ ماده ۳ آیین‌نامه ۱۳۶۱ است که در آن، «نمایش فیلم‌هایی که از ارزش تکنیکی و یا هنری نازلی برخوردار بوده و یا ذوق و سلیقه و پسند تماشاگران را به انحطاط و ابتذال بکشد»، از موارد ممیزی است. نفس گنجاندن چنین ماده‌ای محل بحث است. برشمردن مواردی مانند تعیین مصادیق تکنیکی یا اصول هنری یا تعیین ملاک برای ذوق و سلیقه تماشاگران و اساساً امکان قرار دادن خط‌کش برای اندازه‌گیری انحطاط و تباهی افراد با دیدن یک فیلم، آن هم برای چنین مفاهیم سیال و

۱. معین، محمد، فرهنگ معین (جلد ۱)، تهران: زرین، چاپ اول، ۱۳۵۱، ص ۲۴۶.

۲. نک: فکوهی، ناصر، «مصرف سیاسی - اجتماعی یک واژه مبهم: «ابتذال» در گفتمان‌های امروزی»، آزما، سال شانزدهم، مرداد و شهریور ۱۳۹۵، شماره ۱۱۹، ص ۳۰.

بی‌نهایت تأویل‌پذیر، در حقوق، ناممکن است. ذوق و کار هنری، اثری برآمده از خلاقیت و سلیقه افراد است که متعدد و متنوع و متفاوت است. آثار هنری، کم یا زیاد، ممکن است پذیرفته شود یا خیر، ولی الصاق ابتذال به یک اثر هنری و آن را مستمسکی برای توقیف قرار دادن، بلاوجه و با حقوق هنری نظیر آزادی بیان هنری در تعارض، محدودیت‌آفرین و محکوم به رد است. چنین وضعیتی، نتیجه رویکرد «هدایتی ارشادی وزارت فرهنگ و از موجبات تقسیم‌بندی ارزشی در هنر و تبعیض بین هنرمندان»^۱ است.

جدا از ایراد چنین ماده‌ای و سوای از انواع و اقسام نگاه‌های متفاوت و گاه متضاد منتقدان و تماشاگران و سبک‌های گوناگون فیلم‌سازی، انتساب عنوان «مبتذل» به هنرمندی در جایگاه «علی حاتمی» با آن سابقه درخشان صحیح نیست و جای تأمل و سؤال دارد. او کارگردانی بود که قبل از پیروزی انقلاب و در سینمایی مملو از آثار متوسط و ضعیف، فیلم‌هایی شاخص و اثرگذار مانند حسن کچل، بابا شمل، خواستگار، ستار خان و سوت‌دلان را ساخت. همو در همان دهه ۶۰، ساخت سریال ملی «هزارستان» را بر عهده داشت که هم‌چنان یکی از بهترین‌های تاریخ تلویزیون ایران به شمار می‌رود.

ج) تصویرسازی جدال سنت و مدرنیته و غرب‌زدگی

حضور جعفر خان در میان همشهریان و خانواده، در شکل و ظاهر نامناسب با محیط، پوشیدن لباس‌های خارجی و بی‌توجهی به سنت‌ها و جامعه ایرانی در فیلم تصویر شده است. حاتمی، عامدانه با برگزیدن زمینه کمدی، فیلم را با لایه‌های بیرونی و درونی ساخته است. لایه بیرونی، همان دیالوگ‌ها و صحنه‌هایی مثل پوشیدن لباس‌های خاص توسط جعفر خان و حرکات و سکنات متفاوت اوست. لایه درونی، نقد رویه‌ای است در قرن گذشته که در آن، افراد به قصد فراگیری علم از کشور خارج می‌شدند، اما در بازگشت، اساساً در فرهنگ غرب حل گشته و به فرهنگ خود، بی‌اعتنا شده بودند و حتی درصدد مبارزه با آن برمی‌آمدند. مشخص نیست چرا نظارت و ارزش‌یابی وقت، بدون در نظر گرفتن این نگاه عمیق و صرفاً با توجه به لایه بیرونی - که به آن نیز ایرادی وارد نیست - فیلم را توقیف کرده است؟

موضوع فیلم، تضاد میان فرهنگ‌ها، سنت و مدرنیته و شرایط و نسبت آدم‌ها با مصادیق مدرنیته است. موضوعی که مختص سینمای ایران نیست و معضلی برای دیگر فرهنگ‌ها به ویژه کشورهای جهان سوم و دارای تمدن فرهنگی خاص و برخورد اندیشمندان و روشن‌فکران آن‌هاست. بنابراین، طرح چنین موضوعی در فیلم، آن هم به قصد حمایت از سنت در کشوری

۱. آگاه، وحید، «آثار فراحقوقی صلاحیت‌های هدایتی ارشادی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بر

هنرمندان و آثار فرهنگی هنری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۷،

صص ۲۰۶-۲۰۳.

که نسبت به سنت‌های اصیل خود حساسیت دارد، نه تنها مذموم نیست، بلکه جای حمایت هم دارد. حال اگر در اجرا، نواقصی هست، این نقص باید رفع شود یا اگر امکان رفع نیست، اما به روایت و اصل موضوع مورد بحث آسیب جدی نمی‌زند، فیلم نباید توقیف شود.

با بررسی فیلم‌نامه اصلی^۱ که در نسخه نهایی حذف شده است و تطابق با صحنه‌های فیلم فعلی می‌توان متوجه شد که ممیزی و توقیف فیلم در قسمت‌های ساخته‌شده به دست حاتمی، اشتباه و بی‌دلیل بوده است. سکانس‌هایی که حذف شده است، بیش‌تر از هر چیز، نشان‌دهنده عمق فهم کارگردان از توجه به سنت و دفاع از آداب و رسوم ایرانی است که همیشه در آثار او به چشم می‌خورد.

از دقت در مواد آیین‌نامه ۱۳۶۱، نه تنها معنی در نقد فرهنگ غرب یا شکل روایت آن دیده نمی‌شود، بلکه در بند ۹ ماده ۳: «کمک به نفوذ فرهنگی یا سیاسی یا اقتصادی بیگانگان که مغایر با سیاست «نه شرقی، نه غربی، جمهوری اسلامی» است»، از موارد ممنوعیت نمایش فیلم است. این در حالی است که فیلم، نه تنها در ترویج فرهنگ غربی نیست، بلکه در نقد اشخاصی است که تحت تأثیر این فرهنگ به مبلغ آن بدل می‌شوند. همانا ممیزی و توقیف فیلم، ره به خطا برده است.

۱. نک: حاتمی، علی، مجموعه آثار علی حاتمی (جلد ۲)، تهران: مرکز، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۸۳۰.

نتیجه‌گیری: در جست‌وجوی زمان از دست رفته^۱

ممیزی فیلم در دهه شصت به دلیل نظام حقوقی جدید حاکم بر سینمای بعد از انقلاب، با آن‌چه باید می‌بود، فاصله داشت. از جمله حق بر آزادی بیان هنری به عنوان یکی از انواع آزادی برآمده از پیروزی نظامی که آزادی از شعارهای اصلی آن بود.^۲ در این میان، علی حاتمی و مسعود کیمیایی با سابقه‌ای درخشان در عرصه فیلم‌سازی قبل انقلاب و با وجود تلاش برای تطبیق خود با چارچوب‌های سینمای جمهوری اسلامی نتوانستند از زیر تیغ ممیزی و توقیف به سلامت بگذرند. در جمع‌بندی ممیزی آثار ایشان باید گفت که توقیف و ممیزی اعمال‌شده برای فیلم‌های مورد بحث، بیش از آن‌که بُعد حقوقی و قانونی داشته باشد، ذیل جنبه‌های فراققوقی و تحت تأثیر فضا و شرایط ملتهب اجتماعی و سیاسی آن دهه صورت گرفته است. در این میان، ممیزان توجه نکردند که قصد این فیلم‌سازان، تولید اثری صرفاً هنری است که داستان آن، رنگ و لعاب اجتماعی نیز دارد.

در آثار کیمیایی، «خط قرمز» به دلیل رعایت نشدن حجاب، ترسیم تصویری متفاوت از یک مأمور امنیتی و «تیغ و ابریشم» به دلیل سیاه‌نمایی از وضعیت زندان‌ها و پرداختن متفاوت به اعتیاد به مواد مخدر و در آثار حاتمی، «حاجی واشنگتن» به علل ترسیم تصویری شوخ و شنگ از سفیر ایران، وادادگی سفیر در قبال امریکا و «جعفر خان از فرنگ برگشته» به دلایل نفوذ فرهنگی بیگانگان و شکل روایت کمدی و شادی، تصویر جدال سنت و مدرنیته و غرب‌زدگی، ممیزی و توقیف شدند که همگی دلایلی فرامتنی برای ممیزی این آثار است. افزون بر آن، این ممیزی‌ها هیچ سنخیتی با آیین‌نامه‌های ۱۳۴۴ و ۱۳۶۱ لازم‌الاجرا در دهه شصت ندارد. به طور کلی، کیمیایی و حاتمی، قربانی سوء تفاهم‌های مسئولان وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به هنر و هنرمند و آشفتگی‌های سیاسی، اجتماعی و فرهنگی حاکم بر دهه ۶۰ شدند. همین فراز و نشیب‌ها، انرژی آنان را در اوج پختگی فیلم‌سازی گرفت و واقعیت این است که زمان از دست رفته باز نمی‌گردد و جست‌وجوی آن، حاصلی جز حسرت ندارد.

برای درس گرفتن از این اشتباه‌ها در ممیزی و جلوگیری از تضییع حقوق هنرمندان، دو پیشنهاد حداکثری و حداقلی بیان می‌کنیم:

به صورت حداکثری و اصولی و برای انطباق با قانون اساسی و مراعات حق‌های هنری سینماگران، نظام پیشینی ورود به محتوای فیلم‌های سینمایی حذف شود و نظام نظارت (پسینی) جای‌گزین شود؛ یعنی نظارت از طریق مراجع قضایی و نیازمند شکایت خصوصی

۱. نام رمانی از مارسل پروست. نک: پروست، مارسل، در جست‌وجوی زمان از دست رفته (۷ جلد)،

ترجمه: مهدی سحابی، تهران: مرکز، چاپ چهاردهم، ۱۳۹۷.

۲. نک: مقدمه قانون اساسی، ذیل عنوان «بهایی که ملت پرداخت».

یا مدعی‌العموم. این روش با اصول ۲۲ تا ۲۵ قانون اساسی انطباق دارد و ضامن جلوگیری از نقض حق‌های هنری از جمله حق بر آزادی بیان هنری و حق بر انتخاب شغل هنری است؛ زیرا وقتی فیلم‌ساز با انواع ممیزی مواجه می‌شود، سوای آن‌که بیان آزاد سینمایی‌اش مخدوش می‌شود، به تدریج، از این حرفه نمی‌تواند ارتزاق کند و مجبور می‌شود مسیر شغلی خود را تغییر دهد. از این رو، صدور پروانه نمایش و اساساً ورود دولت به مقوله مداخله و ممیزی، قبل از عرضه فیلم‌ها، خلاف اصول حقوقی و قانون اساسی است. به صورت حداقلی نیز باید نظام موجود ممیزی را اصلاح کرد که در دو سطح ممکن است:

اول - فهرست بلند و کلی ممیزی را باید کوتاه، جزئی و شفاف کرد تا با عبارت‌های کلی که در علم حقوق، مصادیق متعدد و متفاوت دارد، نتوان حیات و ممات فیلم را به چالش کشید.

دوم - باید دادگاهی اداری در صنف - در حال حاضر، خانه سینما - تشکیل داد تا هیئتی با حضور اکثریت هنرمندان متشکل از منتخبان سینماگران اعم از تهیه‌کننده، کارگردان، بازیگر، فیلم‌نامه‌نویس و دیگر مشاغل دخیل در سینما به همراه نماینده‌ای از سازمان سینمایی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و یک نفر حقوق‌دان به پیشنهاد صنف و تأیید وزارت یادشده به اعتراض‌های سینماگران به ممیزی و توقیف فیلم‌ها در مهلتی کوتاه - حداکثر ظرف یک ماه - و با رعایت موازین دادرسی منصفانه رأی دهد. از آرای این مرجع شبه‌قضایی نیز می‌توان به دیوان عدالت اداری شکایت برد.

فهرست منابع

الف) کتاب

۱. آل شیخ، رحیم، آزادی سینما و نظم عمومی در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده، تهران: کیومرث، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۲. امید، جمال، تاریخ سینمای ایران (۱۳۶۹ - ۱۳۵۸)، تهران: روزنه، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۳. بهارلو، عباس، علی حاتمی (جلد ۲)، تهران: قصه، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۴. حاتمی، علی، مجموعه آثار علی حاتمی (جلد ۲)، تهران: مرکز، چاپ اول، ۱۳۷۶.
۵. حسینی، حسن، راهنمای فیلم سینمای ایران (جلد ۱)، تهران: روزنه، چاپ اول، ۱۴۰۰.
۶. خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور (جلد ۶)، تهران: مرکز حفظ و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۳۶۸.
۷. طالبی‌نژاد، احمد، سینما اگر باشد: تاریخ تحلیلی سینمای پس از انقلاب، تهران: روزنه، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۸. معین، محمد، فرهنگ معین (جلد ۱)، تهران: زرین، چاپ اول، ۱۳۵۱.

ب) مقاله و یادداشت

۱. آگاه، وحید، «آثار فراحقوقی صلاحیت‌های هدایتی ارشادی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بر هنرمندان و آثار فرهنگی هنری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال سوم، تابستان ۱۴۰۰، شماره ۷، صص ۲۱۶ - ۱۹۰.
۲. آگاه، وحید، «تحلیل ممیزی اخلاقی، سیاسی و فرهنگی - اجتماعی آثار سینمایی در حقوق موضوعه و رویه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی»، مطالعات فرهنگ و ارتباطات، سال بیست و سوم، بهار ۱۴۰۱، شماره ۵۷، صص ۲۲۰ - ۱۹۷.
۳. آگاه، وحید، «تیغ و ابریشم: تحلیل مبانی نظری ممیزی آثار سینمایی»، پژوهش‌های حقوقی، بهار ۱۳۹۹، شماره ۴۱، صص ۲۰۰ - ۱۷۳.
۴. احمدیان، معین، «حاجی واشنگتن علی حاتمی را دیده‌اید؟»، کد خبر ۱۲۷۵۸، ۱۳۹۶/۸/۱۳، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۷/۱۲، در: www.farhikhtegandaily.com.
۵. ارجمند، جمشید، «کیمیایی: ۱۳۷۷ - ۱۳۵۷»، در: قوکاسیان، زاون، مجموعه مقالات «در نقد و معرفی آثار مسعود کیمیایی از خط قرمز تا فریاد»، تهران: دیدار، ۱۳۷۸، صص ۹۷ - ۹۴.
۶. انصاریان، مجتبی، «حق بر شادی»، جامعه‌پژوهی فرهنگی، سال یازدهم، پاییز

- ۱۳۹۹، شماره ۳ (پیاپی ۳۷)، صص ۵۹ - ۳۵.
۷. داودی، ابوالحسن، «تیغ و ابریشم»، در: مظفری ساوجی، مهدی، شناخت‌نامه مسعود کیمیایی (جلد ۱)، تهران: مروارید، چاپ دوم، ۱۳۹۵، صص ۶۳۶ - ۶۳۱.
۸. درست‌کار، رضا، «اعصاب پیرش را جوانی‌های روییدن می‌آراید»، در: قوکاسیان، زاون، مجموعه مقالات «در نقد و معرفی آثار مسعود کیمیایی از خط قرمز تا فریاد»، تهران: دیدار، ۱۳۷۸، صص ۴۱ - ۳۲.
۹. روزنامه کیهان، ۱۶ تیر ۱۳۵۹، شماره ۱۱۰۳۸.
۱۰. سلحشور، یزدان، «حدس بزن چه کسی فیلمت را می‌سازد: نگاهی به فیلم جعفر خان از فرنگ برگشته»، کد خبر: ۱۳۹۸/۶/۱۰۷۳۳۲،۷، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۷/۲۷، در: www.cinemacinema.ir.
۱۱. طوسی، جواد، «واعظ مسکین مرگ»، در: مظفری ساوجی، مهدی، شناخت‌نامه مسعود کیمیایی (جلد ۱)، تهران: مروارید، چاپ دوم، ۱۳۹۵، صص ۶۳۰ - ۵۲۵.
۱۲. فکوهی، ناصر، «مصرف سیاسی - اجتماعی یک واژه مبهم: «ابتذال» در گفتمان‌های امروزی»، آزما، سال شانزدهم، مرداد و شهریور ۱۳۹۵، شماره ۱۱۹، صص ۳۳ - ۲۹.
۱۳. ماه‌نامه فیلم سینمایی فیلم، سال هفتم، شماره ۷۶، اردیبهشت ۱۳۶۸.
۱۴. «مسعود کیمیایی و حجت الاسلام گل محمدی در زندان قصر»، کد خبر: ۶۱۷۰۲، ۱۳۹۹/۷/۲، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۱۰/۱۱، در: www.cinemajournal.com.
۱۵. محسنی، بیتا، «روایت سکانس‌های دربند»، کد خبر: ۱۳۹۷/۱۲/۹۲۹۶۳،۲، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۱۰/۵، در: www.ghanoondaily.ir.
۱۶. «ناشنیده‌هایی از علی حاتمی، مرد هزار داستان سینمای ایران»، کد خبر: ۱۳۳۷۱۶، ۱۳۸۹/۹/۱۴، تاریخ مراجعه: ۱۳۹۹/۱۱/۷، در: www.khabaronline.ir/news.

ج) قانون و مقررات

۱. آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید، مصوب ۱۳۴۴/۶/۲۷.
۲. آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و صدور پروانه نمایش آن‌ها، مصوب ۱۳۶۱/۱۲/۴.
۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸.
۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸.
۵. قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۵۲/۳/۷.
۶. قانون مطبوعات، مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۲.

کاستی‌ها و کژتابی‌های نظام صدور مجوز برگزاری تجمعات در حقوق اداری ایران

علی بیاتی*

چکیده

کشورها برگزاری اجتماعات را بر پایه دو نظام «تعقیبی» و «پیش‌گیرانه» پی‌ریزی می‌کنند. در نظام پیش‌گیرانه، برپایی تجمعات با قیود و شروطی (مانند اعلام قبلی یا اجازه قبلی) محدود می‌شود. در نظام تعقیبی، اصل بر آزادی است و شهروندان بدون محدودیت، تجمع برپا می‌کنند. دخالت دولت زمانی آغاز می‌شود که تجمع‌کنندگان، حدود قانونی تعیین‌شده برای پاسداشت نظم عمومی و دیگر ملاحظات اجتماعی (از جمله عدم اضرار به حقوق دیگران) را رعایت نکنند. در تحقیق حاضر کوشش شده است نظام صدور مجوز برگزاری تجمعات در حقوق اداری ایران واکاوی و کاستی‌های پیش روی آن شناسایی شود. نتیجه تحقیق نشان می‌دهد در ایران، کاستی‌ها و کژتابی‌های عدیده‌ای در زمینه صدور مجوز تجمعات قابل ردیابی است که نظام تدبیر و حکمرانی باید با اقداماتی درصدد برطرف کردن آن‌ها برآید. از جمله این اقدامات می‌توان به ضرورت تصویب قانون جامع نظم عمومی، تدارک رویه‌ای شفاف برای صدور مجوز از سوی دادرس قانون اساسی و دیوان عدالت اداری، تعیین مکان‌هایی مشخص برای برگزاری تجمعات، توسعه احزاب و انجمن‌های سیاسی مردم‌نهاد و بازبینی و اصلاح ترکیب اعضای نهاد صدور مجوز اشاره کرد.

کلیدواژه‌ها: تجمعات، کاستی‌ها، کژتابی‌ها، نظام صدور مجوز، حقوق اداری.

مقدمه

اِعمال آزادی اجتماعات در پرتو برپایی «تجمعات» و «تظاهرات»^۱ از جمله حقوق مشروع و قانونی شهروندان به شمار می‌رود.^۲ بهره‌مندی از این «حق - آزادی» تا زمانی قابل اِعمال است که با نظم عمومی و حقوق دیگران تراحمی نداشته باشد.^۳ در حال حاضر، از یک طرف، به دلیل وضعیت نامساعد اقتصادی و اجتماعی حاکم بر کشور و گاه عملکرد نامطلوب مسئولان، شاهد افزایش اعتراض‌های خیابانی و کاهش فاصله برگزاری تجمعات (اعم از مسالمت‌آمیز و خشونت‌آمیز) هستیم. از طرف دیگر، با توجه به امتناع دولت از اعطای مجوز برگزاری تجمعات و انباشت ناراضی‌های عمومی، مطالبه‌گری شهروندان فزونی یافته است و حتی برخی اقشار اجتماعی (نظیر فرهنگیان، رانندگان کامیون و پرستاران) به این ادراک کلی رسیده‌اند که مطالبات آنان جز با تمسک به اعتراض‌های خیابانی محقق نخواهد شد. بر این اساس، هر گاه تجمعات از حالت مسالمت‌آمیز به خشونت‌آمیز بدل یا نظم عمومی مختل گردد، پلیس به نمایندگی از قدرت عمومی وارد عمل می‌شود. ممکن است پلیس در مواجهه با چنین رخدادهایی، واکنش‌هایی داشته باشد که متهم شدن به نقض حقوق بشر از سوی مجامع بین‌المللی را به دنبال دارد.

با توجه به موارد پیش‌گفته، سؤال اصلی تحقیق حاضر این است که با وجود به رسمیت شناخته شدن آزادی اجتماعات در قوانین و مقررات موضوعه ایران، علل تبدیل تجمعات مسالمت‌آمیز به خشونت‌آمیز چیست؟ چرا با وجود بسترهای قانونی پیش‌بینی شده در قانون اساسی (به ویژه اصل بیست و هفتم)، اِعمال آزادی اجتماعات با چالش‌های جدی مواجه است؟ در پاسخ باید گفت به خیابان کشیده شدن شهروندان، عوامل و دلایل مختلفی دارد که از جمله مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به این موردها اشاره کرد: تبعیض، نابرابری، فاصله طبقاتی، فساد، سوء مدیریت (تصمیم‌گیری‌های دولت همانند افزایش ناگهانی قیمت سوخت) و نیز وجود برخی ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های غیر ضروری در اِعمال آزادی اجتماعات.

۱. میان اجتماعات و تظاهرات تفاوت وجود دارد. اجتماعات (اعم از ساکن و متحرك) حالت عام دارد و ممکن است با هدف ایجابی (حمایت) یا سلبی (اعتراض) صورت پذیرد، اما تظاهرات غالباً متحرك است و با هدف اطلاع‌رسانی و جلب حمایت‌های هر چه بیش‌تر صورت می‌پذیرد. برای مطالعه بیش‌تر نک:

Gabriele, Ganz, understanding public law, London: Fontana perss, 1989, p.107

2-Novello, R. H. & Alvarez, M. C., From the 'Security Caucus' to the 'Bullet Caucus': Police Officers as Congressmen in the São Paulo Legislative Assembly and Discourses on Public Safety, Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, 2022, 15, 81-101, p. 73

3-Bingu, R. A., The Anyalisis on Impace of The Public Order Act on The Freedom of Speech, Assembly and Association (Doctoral dissertation, Cavendish University), 2020, p. 16

فرضیه پژوهش نیز بر این مبنا استوار است که وجود برخی کاستی‌ها و کژتابی‌های قانونی و اجرایی در نظام صدور مجوز، موجب شکل‌گیری و گسترش ناآرامی‌های عمومی (همانند ناآرامی‌های سراسری سال‌های ۱۳۹۶، ۱۳۹۸، ۱۴۰۰ و ۱۴۰۱) در کشور را فراهم ساخته است. بنابراین، چون کاستی‌های نظام صدور مجوز برگزاری اجتماعات در حال حاضر به عنوان یکی از علل تبدیل تجمعات مسالمت‌آمیز به خشونت‌آمیز مطرح است، ضرورت دارد کاستی‌ها به دقت واکاوی شود تا راهکارهایی برای برون‌رفت از این وضعیت به دست آید.

روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی - تحلیلی است که با مطالعه کتاب‌ها و مقاله‌های معتبر و تدقیق در نظام حقوق اداری ایران انجام گرفته است. از نظر سابقه پژوهشی، تا کنون کتاب‌ها و مقاله‌هایی در زمینه آزادی اجتماعات نوشته شده، اما در هیچ یک، موضوع پژوهش حاضر بررسی نشده است.

گفتار نخست. مبانی نظری

هر جامعه‌ای ممکن است با بحران مواجه شود. این بحران‌ها ممکن است ماهیتی طبیعی (مانند زلزله، سیل، خشک‌سالی، آتش‌فشان) یا ماهیتی غیر طبیعی (مانند ناآرامی‌ها و اغتشاشات) داشته باشند. هر نظام حکمرانی که در شرایط بحرانی بتواند پاسخی مناسب داشته باشد، نه تنها از آسیب دور می‌ماند، بلکه گامی برای تکامل خود برمی‌دارد و اگر قادر به چنین کاری نباشد، در مسیر زوال قرار خواهد گرفت. بر این اساس، حکومت‌ها نیز باید به همان اندازه که بهره‌مندی شهروندان از آزادی اجتماعات را فراهم می‌سازند، باید از اقتدار لازم برای پاسداشت نظم عمومی برخوردار باشند. اعمال بی‌قید و شرط آزادی اجتماعات از سوی شهروندان، احتمال هرج و مرج و پاسداشت بدون ضابطه نظم عمومی از سوی دولت، احتمال سوء استفاده را به ذهن متبادر می‌سازد.^۱

از این منظر می‌توان عمل صدور مجوز را (به لحاظ ماهیت) از دو جنبه تحلیل کرد؛ یکی از منظر شهروندان (فرمانبران) و دیگری از منظر دولت و مقامات عمومی (فرمانروایان) که صلاحیت صدور مجوز را بر عهده دارند. اساساً صلاحیت صدور مجوز، بخشی از وظایف و فعالیت‌های نظام حکمرانی است.^۲ در زمینه صدور مجوز برگزاری تجمعات، معمولاً حکومت‌ها به دنبال اعمال کنترل‌های دولتی هستند و در واقع، عمل صدور مجوز برای دولت، امتیاز

1-Fayçal, B. Z., "Freedom of Assembly and Peaceful Protest in the Algerian Law", AL-Moštansiriyah journal for arab and international studies, 2021, 18(73), p. 18

2-Elsarinda, L. N., Sindiauwaty, O. & Pratama, F. A., "The Role of Immigration and Employment Law as a Media for Licensing and Supervision of Foreign Workers in the Republic of Indonesia", Budapest International Research and-Critics Institute (BIRCI-Journal): Humanities and Social Sciences, 2021, 4(3), p. 129

و برتری به شمار می‌رود. به همین دلیل، برخی صاحب‌نظران، صلاحیت صدور مجوزها را جزء اعمال حقوقی یک‌جانبه دولت‌ها قلمداد می‌کنند. در حالی که با توجه به ماهیت خاص صدور مجوز برگزاری تجمعات، باید گفت؛ صلاحیت دولت در صدور مجوز برپایی تجمعات، مبتنی بر پاسداشت نظم عمومی از یک سو و عدم اضرار به حقوق دیگران از سوی دیگر است. بدین معنا که اصناف، انجمن‌ها، احزاب و گروه‌های سیاسی (به نمایندگی از شهروندان) مطابق قانون می‌توانند تقاضای صدور مجوز کنند و دولت (قوه مجریه) نیز بر اساس قانون، اجازه برگزاری تجمع یا تجمعاتی را صادر می‌کند.

از این دیدگاه، صلاحیت یادشده، تنها ناشی از اراده یک‌جانبه دولت نبوده، بلکه حکایت از نظم قانونی ویژه‌ای دارد که در قوانین و مقررات موضوعه هر کشور پیش‌بینی شده است. البته نباید از این مهم غافل شد که پس از صدور مجوز، نه تنها مجوزگیرنده(گان) تعهداتی بر عهده دارند، بلکه صادرکننده مجوز نیز در مقابل دارنده(گان) مجوز، تعهداتی را بر عهده می‌گیرد. در حقیقت، اشخاص از طریق اعلام شفاهی یا دریافت مجوز قبلی، به اقدام خود (برگزاری اجتماعات) جنبه قانونی می‌دهند و به نظم عمومی احترام می‌گذارند و دولت نیز با اعلام موافقت به حقوق افراد در اعمال آزادی اجتماعات احترام می‌گذارد. بر این اساس، «نظریه قانونی بودن» عمل صدور مجوز برپایی تجمعات در مقابل «نظریه عمل اداری یک‌جانبه» قرار می‌گیرد.^۱

سخن از مبانی مجوزها از آن جهت اهمیت دارد که ضوابط مربوط به مجوزها و ریشه‌های مورد پذیرش آن در میزان مداخله دولت در شئون اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی عجین شده است.^۲ از این منظر، می‌توان دو رویکرد کلی برای مبانی و هدف مجوزها برشمرد.

بند نخست. رویکرد ابزاری

در این رویکرد، مجوزها، ابزار اجرای سیاست‌های دولت به شمار می‌روند. در واقع، مجوزها، ابزاری هستند که دولت‌ها از طریق آن‌ها، امور عمومی را راهبری و اهداف سیاسی، اقتصادی و اجتماعی خود را دنبال می‌کنند. به دیگر سخن، ضوابط مربوط به مجوزها (قوانین و مقررات)، وابسته به نظریه اقتصادی، اجتماعی و سیاسی پذیرفته شده است. برای نمونه، در ایران می‌توان به گفتمان «خصوصی‌سازی» اشاره کرد که پس از تصویب قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، با تسهیل شرایط، تا حدودی، زمینه‌های لازم برای

1-Rhode, D. L., "Virtue and the law: The good moral character requirement in occupational licensing, bar regulation, and immigration proceedings", Law & Social Inquiry, 2018, 43(3), p. 43

2-Mahoney, K. L., Esckilsen, L. A., Jeralds, A., & Camp, S., Public assembly venue management: Sports, entertainment, meeting, and convention venues, Brown Books Publishing Group, 2015, p. 117

اعطای مجوزهای مختلف برای واگذاری امور به بخش غیر دولتی را فراهم آورد.^۱ مصداق بارز و عملی چنین رویکردی را نیز می‌توان در اعطای مجوز تأسیس مؤسسات مراقبتی و حفاظتی مشاهده کرد که به موجب آن، امکان واگذاری برخی فعالیت‌ها و خدمات انتظامی و مراقبتی از طریق اعطای مجوز به بخش خصوصی فراهم شد.^۲

بند دوم. رویکرد کنترلی

در این رویکرد، مجوزها به منظور کنترل رفتار و اعمال مجاز و غیر مجاز افراد به کار می‌روند. فعالیت‌های انسان‌ها در اجتماع به سه دسته ی مجاز (آزاد یا قانونی)، مجاز مشروط (محدود) و غیر مجاز (ممنوع یا غیر قانونی) تقسیم می‌شوند. به بیان بهتر، اشخاص در حالت کلی در انجام فعالیت‌های خود آزادند (مجاز)، مگر آن فعالیت‌هایی که در قانون، انجام آن، محدود (مجاز مشروط) یا ممنوع (غیر مجاز) اعلام شده باشد. بر این اساس، بیش‌تر فعالیت‌های اشخاص (به ویژه فعالیت‌های فردی) در شمار فعالیت‌های مجاز قرار دارند و دولت‌ها، تنها برخی از فعالیت‌های اشخاص را منوط به دریافت مجوز می‌کنند. با این دسته‌بندی، برخی فعالیت‌های افراد که در شمار فعالیت‌های مجاز مشروط قرار دارند، مستلزم کسب مجوز از دولت هستند. برای مثال، در ایران، برپایی «تجمعات مسلحانه»^۳ و «ساخت سلاح»^۴ از سوی اشخاص ممنوع، اما برپایی تجمعات مسالمت‌آمیز توسط شهروندان یا تولید سلاح از سوی دولت، مجاز اعلام شده است.

۱. در نظام حقوقی ایران، برای نخستین بار، در ماده (۷) «قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل (۴۴) قانون اساسی»، (مصوب ۱۳۸۶/۱/۸)، دولت، مکلف به ایجاد شفافیت و تسهیل شرایط صدور مجوزهای کسب و کار شد. با وجود گذشت بیش از یک دهه از الزام قانونی و اصلاحات مکرر قانون، هنوز نظام صدور مجوزدهی مطلوبی در کشور ایجاد نشده و حداقل الزام قانون مبنی بر شفافیت صدور مجوزها نیز اجرا نشده است.

۲. قانون‌گذار در ماده (۱۲۲) قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی، مصوب ۱۳۸۳/۰۶/۰۸ مقرر می‌دارد: «پس از موافقت فرماندهی کل قوا، به وزارت کشور اجازه داده می‌شود از طریق نیروی انتظامی نسبت به اعطای مجوز فعالیت به متقاضیان تشکیل مؤسسات غیر دولتی خدمات حفاظتی و مراقبتی و واگذاری بخشی از خدمات انتظامی و حفاظتی به مؤسسات مذکور با حفظ کنترل و نظارت دقیق بر اساس آیین‌نامه اجرایی که به پیشنهاد وزارت کشور و تأیید فرماندهی کل نیروهای مسلح به تصویب شورای امنیت کشور می‌رسد، اقدام نمایند».

۳. قانون‌گذار اساسی ایران در مفاد اصل بیست و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان می‌دارد: «تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها بدون حمل سلاح به شرط آن‌که مخل به مبانی اسلام نباشد، آزاد است».

۴. بر اساس ماده (۵) قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیر مجاز (مصوب ۱۳۹۰/۰۶/۰۷): «هر کس مرتکب قاچاق سلاح گرم یا سرد جنگی یا سلاح شکاری یا قطعات مؤثر یا مهمات آن‌ها شود یا نسبت به ساخت، مونتاژ، فروش یا توزیع هر یک از آن‌ها اقدام کند، به ترتیب از شش ماه تا پانزده سال حبس محکوم می‌شود».

فعالیت‌های مجاز یا قانونی، فعالیت‌هایی را دربرمی‌گیرد که در چارچوب هنجارهای حاکم بر اجتماع (قوانین و مقررات) قرار دارد و افراد می‌توانند آن‌ها را آزادانه انجام دهند. فعالیت‌های مجاز مشروط یا محدود، به فعالیت‌هایی گفته می‌شود که به دلایلی مانند رعایت نظم عمومی و احترام به حقوق دیگران مستلزم کسب مجوز از دولت هستند. در این میان، فعالیت‌های غیر مجاز یا ممنوع، فعالیت‌هایی را شامل می‌شود که به دلیل اقتضائات ناشی از نظم عمومی و اضرار به حقوق دیگران، ممنوع اعلام شده‌اند. فرآیند کسب مجوز، مرز میان این سه فعالیت را تعیین می‌کند. بنابراین، انجام برخی فعالیت‌ها (مانند برپایی تجمعات و راه‌پیمایی‌ها)، الزاماً مستلزم کسب مجوز یا اعلام قبلی هستند.

گفتار دوم. مفاهیم اصلی

پیش‌نیاز ورود به هر موضوع تخصصی، تعریف و تبیین مفاهیم اصلی آن است و موضوع «نظام صدور مجوز برگزاری اجتماعات» نیز از این امر مستثنی نیست.

بند نخست. مفهوم مجوز

برای مجوز و قلمرو مفهومی آن، تعریف‌های مختلفی بیان شده است. از نظر لغوی، مجوز (به فتح واو)، اسم مفعول فعل «جَوَزَ» به معنای تجویز شده، روا داشته شده، اجازه داده شده و در معنای فاعلی (به کسر واو)، به معنای روادارنده و تجویزکننده به کار رفته است.^۱ از نظر اصطلاحی، مجوز، «سندی رسمی است که از سوی یک نهاد صلاحیت‌دار اعطا می‌شود و به موجب آن، شخص یا اشخاصی اجازه انجام فعالیت خاصی را به دست می‌آورند».^۲ در عرف اداری، از تعبیرهای دیگری مانند پروانه، گواهی‌نامه، تصدیق، اجازه‌نامه، ليسانس، موافقت و نظایر آن برای مجوز استفاده می‌شود.

در حالت کلی، آزادی اجتماعات، زمینه‌ساز حضور مستقیم و گروهی مردم در عرصه اجتماع است که آنان را قادر می‌سازد خواسته‌ها و تمایلات خود را بدون واسطه به گوش زمامداران برسانند. این مفهوم، به خودی خود، خالق قدرتی جدید در برابر قدرت حکومت است.^۳ به این معنا که به موجب آن، دو عنصر «آزادی»^۴ به عنوان حق طبیعی افراد و «قدرت»^۵ به

۱. محمد، معین، فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷، ص ۳۸۸۳.

۲. مشهدی، علی، درآمدی بر حقوق مجوزهای دولتی، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۱۵-۱۴.

۳. قاری سید فاطمی، سید محمد، حقوق بشر در جهان معاصر (جلد ۲)، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۳۰.

4-The freedom.

5-The power.

عنوان عامل استقرار «نظم عمومی»، گاهی و به ناچار در تزامن با هم قرار می‌گیرند.^۱ از این رو، حکومت‌ها همواره یکی از دلایل اصلی مجوزمحور کردن برپایی تجمعات عمومی را نظم عمومی می‌دانند و آزادی اجتماعات را در شمار «آزادی‌های مجاز مشروط»^۲ قرار می‌دهند؛ زیرا شهروندان (معترضان) برای اعمال این آزادی، هر زمان که اراده کنند، نمی‌توانند تجمع برپا کنند، بلکه موظفند از قبل به مقامات صلاحیت‌دار اطلاع دهند یا از آنان مجوز بگیرند. این امر در ظاهر، با آزادی شهروندان مغایر است، اما از نظر تأثیری که بر نظم عمومی و رعایت حقوق دیگران دارد، قابل توجیه به نظر می‌رسد. با این حال، در حقوق ایران، هنوز قانون جامع و مشخصی با عنوان قانون مجوزها به تصویب نرسیده است.

بند دوم. مفهوم تجمعات

تجمعات عمومی و اعتراض‌های خیابانی به مثابه یکی از مصادیق آزادی بیان، برانگیختگی خودجوش اقشاری از جامعه است که از وضعیت موجود رنج می‌برند و مسئولان نیز به آن‌ها توجه کافی نداشته‌اند. از این منظر، خیزش‌های اجتماعی با هر ماهیتی (اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی) می‌تواند گریبان‌گیر هر جامعه‌ای شود و ممکن است در خلال ناآرامی‌ها شاهد تخریب اموال عمومی و خصوصی، به آتش کشیدن خودروها، غارت، چپاول، سرقت و نظیر آن باشیم.^۳

«اجتماعات عمومی»^۴ در مقابل «اجتماعات خصوصی»^۵ قرار دارد و آن عبارت است از حضور افراد در معابر و اماکن عمومی برای بیان خواسته‌های جمعی خود که اصولاً ماهیت «مطالبه‌گرایانه» و «معترضانه» دارد.^۶ در این تعریف، معیار اصلی تمایز میان دو نوع اجتماع خصوصی و عمومی، امکان‌پذیر بودن شرکت همه شهروندان در تجمعات عمومی است. به

۱. نظم عمومی (Public policy & Public order) به مثابه قاعده‌ای بنیادین و برتر دارای عناصر چهارگانه‌ای (با عنوان امنیت عمومی، آسایش عمومی، سلامت عمومی و اخلاق عمومی) است که تحت عنوان اهداف کلی نظام اعطای مجوز مطرح است. نک: بیاتنی، علی، «رابطه بین نظم عمومی و آزادی‌های عمومی در فعالیت‌های پلیس»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷، صص ۹۸-۹۴.

2-Permitted and conditional actions.

۳. تجمعات در حالت کلی از نظر «زمان» به دو دسته تجمعات دایم (اعم از احزاب، انجمن‌ها و اصناف) و تجمعات موقت (اعم از تجمع، تظاهرات، اعتصاب، تحصن و راه‌پیمایی) و از منظر «مکان» به دو دسته تجمعات خصوصی و عمومی تقسیم می‌شوند که نظام حقوقی حاکم بر هر یک، متمایز از دیگری است.

4-Public assembly.

5-Private assembly.

۶. دوفار، ژان، آزادی‌های گروهی، ترجمه: علی‌اکبر گرجی از ندریانی، تهران: مجد، ۱۳۹۱، ص ۲۹.

طور کلی، تجمعات به دو صورت مسالمت‌آمیز و خشونت‌آمیز متجلی می‌شوند. نظام حاکم بر اجتماعات نوع نخست مبتنی بر «آزادی» و نظام حاکم بر اجتماعات نوع دوم مبتنی بر «ممنوعیت» است.^۱ برگزاری «تجمعات مسالمت‌آمیز» از جمله آزادی‌هایی است که نه تنها دولت و پلیس (به نمایندگی از دولت) نباید آن را محدود یا ممنوع کنند، بلکه (اگر برگزاری تجمعات به نظم عمومی و حقوق دیگران آسیبی نرساند)، باید امنیت آن را هم تأمین کنند. برای نمونه، قانون‌گذار داخلی در فراز آغازین بند (۳) ماده (۴) قانون تشکیل نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۹/۰۴/۲۶)، «تأمین امنیت برگزاری اجتماعات، تشکله‌ها، راهپیمایی‌ها، فعالیت‌های قانونی و مجاز...» را یکی از مأموریت‌ها و وظایف این نیرو برشمرده است. مهم‌ترین شاخص‌های اجتماعات مسالمت‌آمیز عبارتند از: پرهیز از خشونت رفتاری مانند «غیر مسلحانه بودن»،^۲ «تخریب»^۳ و خشونت کلامی مانند «ترویج نکردن تنفر»^۴ از سوی تجمع‌کنندگان.^۵

«تجمعات خشونت‌آمیز»،^۶ اجتماعاتی را دربرمی‌گیرد که در آن، جمع‌کنندگان به اقدامات خشونت‌آمیز (مانند اقدام مسلحانه، تخریب اموال عمومی، پرتاب اشیاء، ارباب دیگران و درگیری با شهروندان یا پلیس یا اشغال مکان‌های عمومی و دولتی) متوسل می‌شوند.^۷ با توجه به حساسیت این قبیل اجتماعات، دولت‌ها باید در نوع و میزان مداخله خود، میان اجتماعاتی که با اعلام یا کسب مجوز قبلی آغاز می‌شود، اما در میانه برگزاری، بنا به دلایلی چون تحریک تجمع‌کنندگان از سوی عده‌ای خاص یا سوء تدبیر مقامات عمومی به خشونت می‌گراید و اجتماعاتی که از همان ابتدا خشونت‌آمیز است یا اساساً بدون اعلام یا دریافت مجوز قبلی آغاز شده است، تفکیک قائل شوند. در اجتماعات نوع نخست، بر خلاف اجتماعات نوع دوم، از نظر حاکمیت، تمامی اجتماع‌کنندگان دارای هویتی واحد هستند. پس

1-Asquith, N. L. & Bartkowiak-Théron, I., "Public Order Policing", In: Policing Practices and Vulnerable People, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 219-203

2-Unarmed.

3-Destruction.

4-Failure to promote hatred.

5-Katz, F. (Ed.), Riot, Rebellion, and Revolution: Rural Social Conflict in Mexico, Princeton University Press, 2014.

6-Aggressive Public assembly, p. 126.

۷. قاسمی، آرین، «حق بر آزادی تجمع در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه آزاد، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲، ص ۵۲.

پلیس ابتدا باید «اخطارهای لازم»^۱ را برای پراکنده‌سازی تجمع‌کنندگان بدهد. سپس در راستای پاسداشت نظم عمومی و حقوق دیگران (در چارچوب قانون) به زور متوسل شود.^۲ پس از تبیین مفاهیم اصلی و با توجه به آنچه گذشت، دو پرسش در این خصوص قابل طرح است: نخست- رویکرد کلی کشورها در صدور مجوز برگزاری تجمعات چیست؟ دوم- رویکرد نظام حقوقی ایران در صدور مجوز چیست و چه کاستی‌هایی دارد؟

گفتار سوم. رویکرد کلی کشورها در صدور مجوز

با توجه به متفاوت بودن شرایط و ضوابط اعطای مجوز برای برگزاری تجمعات در شرایط عادی و بحرانی کوشش می‌کنیم به تبیین رویکرد کشورها در صدور مجوز به تفکیک شرایط یادشده بپردازیم.

بند نخست. در شرایط عادی

شرایط عادی به حالتی اطلاق می‌گردد که در آن، «یک خطر یا حادثه طبیعی (مانند سیل و زلزله) یا واقعه غیر طبیعی (مانند اغتشاش، شورش، کودتا، جنگ و حملات تروریستی)، جامعه را تهدید نمی‌کند و اعمال آزادی اجتماعات از سوی شهروندان، بدون هیچ نگرانی امکان‌پذیر است».^۳ در واقع، منظور از شرایط عادی، شرایطی است که در آن، امکان تأمین نظم عمومی و تضمین آزادی‌های شهروندان با دست‌آویز شدن به ضمانت‌های اجرای قانونی و در پیش گرفتن تدبیرهای مناسب فراهم است.

در شرایط عادی، برخورداری از آزادی اجتماعات به مثابه حق مسلم شهروندان، امری معقول و منطقی به نظر می‌رسد، اما بهره‌مندی از این آزادی، مطلق نیست؛ زیرا ممکن است برپایی تجمعات اعتراضی حتی در شرایط عادی نیز به هرج و مرج و ناآرامی گرایش پیدا کند. از این منظر در این شرایط نیز، رویکرد بیش‌تر دولت‌های مردم‌سالار در زمینه صدور مجوز برپایی تجمعات، محدود کردن آزادی اجتماعات (رعایت شرایطی مانند غیر مسلحانه بودن و عدم اضرار به حقوق دیگران) می‌باشد. بر این اساس، کشورها، اجازه برپایی اجتماعات در این شرایط را بر پایه دو نظام «تعقیبی» و «پیش‌گیرانه» پی‌ریزی می‌کنند.

۱. هدف از اخطار آن است که شهروندان خوب (Good citizens) از صحنه، پراکنده شوند و محل را ترک کنند تا از دیگران که عامدانه به اخلاص در نظم و امنیت عمومی ادامه می‌دهند، متمایز شوند.

۲. تجمعات خشونت‌آمیز را در حالت کلی به «آشوب»، «اغتشاش» و «شورش» می‌توان تقسیم کرد. نک: بیاتی، علی، مسائل حقوقی کنترل اجتماعات، تهران: دانشگاه علوم انتظامی امین، چاپ اول، ۱۳۹۹، صص ۵۳-۵۱.

3-Small Arms survey, Guns and city, oxford university press, 2007, pp. 122-123.

الف) نظام تعقیبی

«نظام تعقیبی»^۱، الگوی آرمانی «جوامع سیاسی پیشرفته»^۲ است که شهروندان در پرتو آن، فارغ از هر گونه فشار و محدودیتی و با علم به این که سوء استفاده از آزادی اجتماعات موجب مسئولیت (اعم از مدنی، کیفری و اداری) می‌شود، بدون این که دولت را در جریان تصمیم خود قرار دهند، تجمع برگزار می‌کنند و تا زمانی که اعمال این آزادی، فرآیند عادی خود را می‌گذراند و مسالمت‌آمیز است، دولت (پلیس)، خود را مجاز به مداخله نمی‌داند. دخالت پلیس زمانی آغاز می‌شود که تجمع‌کنندگان، حدود قانونی تعیین‌شده برای حفظ نظم عمومی و دیگر ملاحظات اجتماعی (از جمله عدم اضرار به حقوق دیگران) را رعایت نکنند. در این صورت، دولت بر اساس قانون وارد عمل می‌شود و با همکاری قوه قضاییه، برهم‌زنندگان نظم عمومی و دست‌اندازان به حقوق دیگران را تعقیب و مجازات می‌کند. نظام تعقیبی دارای امتیازات چهارگانه است:

یک - تشریفات شکلی پیشینی ندارد و جنبه کشف و تعقیب پسینی دارد یعنی دولت (پلیس) در آغاز فعالیت شهروندان مداخله پیشینی ندارد.
دو - در پرتو این نظام، اعمال آزادانه و بی‌قید و شرط آزادی شهروندان، اصل و تحدید آن استثناست.

سه - شهروندان از پیش، نسبت به حقوق و تکالیف خود، آگاهی و ابتکار عمل دارند.
چهار - در صورت ارتکاب جرم، شهروندان در مقابل پلیس و دستگاه قضایی با استفاده از تضمینات لازم (حق دفاع، حق انتخاب وکیل و محاکمه عادلانه)، پاسخ‌گو خواهند بود.
به نظر می‌رسد نظام تعقیبی، مناسب‌ترین الگو برای اعمال آزادی شهروندان به شمار می‌رود، اما به دلیل انطباق نداشتن کامل این نظام با اقتضائات ناشی از نظم عمومی و چالش‌های احتمالی ناشی از آن، دولت‌ها حداقل در مقوله اعطای مجوز برگزاری تجمعات، اعتبار چندانی برای آن قائل نیستند.

1-Regime repressif.

۲. جامعه هر گاه از شکل سنتی و ابتدایی، خارج شده و به بلوغ و پختگی سیاسی برسد، «جامعه سیاسی» یا «جامعه متکامل» شکل گرفته است. بنابراین، هر نوع زندگی جمعی نشانگر وجود جامعه سیاسی نیست؛ زیرا پدیدار شدن جامعه سیاسی، نیازمند واقعیتی به نام انسان سیاسی است. از این منظر، جامعه سیاسی، جامعه‌ای است که در آن، انسان‌ها (شهروندان) در عین حال که در قبال یکدیگر و حکومت دارای تکالیفی هستند، دارای حقوق و آزادی‌هایی هستند که حکومت باید رعایت کند. در واقع، جامعه سیاسی، بستری است برای کنشگری شهروندانی که از حقوق و تکالیف خود آگاهی دارند. نک: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، درآمدی بر جامعه سیاسی، تهران: دفتر مطالعات بنیادین حکومتی، شماره مسلسل ۱۴۵۷۸، آذر ۱۳۹۴، ص ۲.

ب) نظام پیش گیرانه

«نظام پیش گیرانه»^۱ که از آن به «نظام پلیسی»^۲ نیز یاد می‌شود، الگوی مطلوب و متداول اعطای مجوز برگزاری تجمعات در شرایط عادی است. بسیاری از کشورها در سامان‌دهی رابطه میان آزادی اجتماعات و اقتضائات مربوط به نظم عمومی و در پرتو این نظام، بر اصل «تقدم پیش‌گیری بر مقابله» تکیه می‌کنند و اولویت را به پیش‌گیری اختصاص می‌دهند. در این نظام، دولت، رعایت تشریفاتی را برای پیش‌گیری از برهم خوردن نظم عمومی به شهروندان تحمیل می‌کند یعنی شهروندان پیش از اعلام یا کسب مجوز قبلی نمی‌توانند تجمع برگزار کنند. در نظام پیش‌گیرانه، اصل بر «تحدید» برگزاری تجمعات و استثنا، «برگزاری بی‌قید و شرط» آن است. در این نظام، اعمال آزادی‌های شهروندان همواره با تشخیص و صلاح‌دید مقامات عمومی (دولت) صورت می‌پذیرد و مناسب‌ترین شیوه برای پاسداشت نظم عمومی از سوی دولت و ناخوش‌آیندترین شیوه برای اعمال آزادی اجتماعات از سوی شهروندان به شمار می‌رود. صلاحیت‌های دولت در نظام پیش‌گیرانه در قالب سه شیوه «اعلام قبلی»، «مجوز قبلی» و «تعلیق» به این ترتیب نمود می‌یابد:

۱. اعلام قبلی

در شیوه «اعلام قبلی»^۳، اصولاً محدودیتی برای برگزاری تجمعات وارد نیست و هدف از این روش نیز کسب آمادگی دولت برای پاسداشت نظم عمومی است تا از بی‌نظمی‌های احتمالی جلوگیری شود. به این معنا که گاه دولت‌ها بدون این‌که برگزاری تجمعات را به کسب «اجازه قبلی» وابسته یا آن را «معلق» سازند، شهروندان را مکلف می‌کنند پیش از برگزاری، مقامات صلاحیت‌دار را با تسلیم اظهارنامه‌ای از قصد و نیت خود آگاه سازند. در این شیوه، شهروندان (مسئولان برگزاری تجمع) پس از اعلام قصد خود برای برگزاری تجمع، امکان برپایی آن را دارند. در این خصوص، دولت می‌تواند با در پیش گرفتن تدبیرهای احتیاطی لازم (مانند پیش‌بینی به‌کارگیری مأموران پلیس به تعداد کافی یا اختصاص یک محل یا مکان خاص برای برگزاری اجتماعات)، مراقبت‌های لازم را برای حفظ نظم عمومی به عمل آورد. رسیدگی به هر گونه اعتراض و شکایتی در این خصوص از سوی شهروندان در صلاحیت مقامات قضایی است. بنابراین، در شیوه اعلام قبلی، به صرف اعلام (اعم از شفاهی و کتبی)، برگزاری تجمعات حتی بدون موافقت مقامات صلاحیت‌دار امکان‌پذیر است. اگر این مقامات پس از دریافت اعلام نامه،

1-Regime Preventif.

2-Regime de police .

3-Previous announcement.

برگزاری تجمع را به صدور مجوز وابسته یا حتی برگزاری آن را تعلیق کنند، مسئولان و متقاضیان برگزاری تجمع می‌توانند نزد مراجع صالح قضایی شکایت طرح کنند. در این حالت، این مقامات عمومی هستند که باید اثبات کنند، محدودیت و ممنوعیت را برای هدف قانونی اعمال کرده‌اند. برای نمونه، دادگاه فدرال آلمان مطابق ماده ۸ قانون بنیادین آلمان، حق برگزاری اجتماعات صلح‌آمیز بدون سلاح و بدون اجازه یا اعلان قبلی را به رسمیت شناخته است. با این حال، با شناسایی صلاحیت اختیاری و پذیرش «حاشیه‌ای از مانور»^۱ برای اقدامات پلیسی و امنیتی، تصمیم نهاد پلیس در پراکنده‌سازی افراد شرکت‌کننده در تظاهرات را قانونی دانست؛ زیرا طبق ماده ۱۵ قانون اجتماعات این کشور، پلیس می‌تواند (اختیار دارد) اجتماعات بدون اعلام قبلی را به منظور پاسداشت نظم عمومی پراکنده سازد.^۲

۲. مجوز قبلی

شیوه کسب «مجوز قبلی»^۳ این حق را به دولت می‌دهد تا به درخواست برگزاری اجتماعات، با صادر کردن یا نکردن مجوز، پاسخ مثبت یا منفی بدهد. برای نمونه، اگر چه اصل بیست و هفتم قانون اساسی ایران ضمن شناسایی مشروط آزادی اجتماعات (حمل نکردن سلاح و اخلاص نکردن در مبانی اسلام)، در خصوص کسب مجوز قبلی برای برگزاری اجتماعات ساکت است. با این حال، در قوانین و مقررات عادی (از جمله قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی، مصوب ۱۳۶۰/۶/۷؛ آیین‌نامه اجرایی آن، مصوب ۱۳۶۱/۳/۳۰؛ قانون اصلاح نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، مصوب ۱۳۹۵/۸/۸؛ دستورالعمل تفویض اختیارات وزارت کشور به استانداران در خصوص صدور مجوز برگزاری تجمعات، مصوب ۱۳۹۵/۹/۱۹ وزارت کشور و مصوبه هیئت دولت در خصوص تعیین مکان‌های خاص برای برگزاری تجمعات، مصوب ۲۰/۳/۱۳۹۷)، بهره‌مندی شهروندان از این آزادی را افزون بر رعایت شروط یادشده در قانون اساسی، به اطلاع‌دهی و کسب مجوز قبلی از مقامات وزارت کشور وابسته کرده است. شناسایی این شرط در قالب قانون عادی، تحدیدی فراتر از چارچوب سلسله‌مراتب هنجاری موجود میان قانون عالی (قانون اساسی) و قانون تالی (قانون عادی) به شمار می‌رود. افزون

1-Marge de Manœuvr.

2-Künnecke, Martina, Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo- German Comparison, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007, p. 97

3-Autorisation préalable.

بر آن، نهاد پلیس به عنوان بازوی اجرایی وزارت کشور در تأمین و حفظ نظم عمومی، ناگزیر از اجرای قوانین و مقررات است. از این رو، در نظام حقوقی کنونی ایران (با وجود سکوت قانون اساسی)، صرف اطلاع‌رسانی قبلی به مقامات عمومی برای برگزاری اجتماعات کافی نیست و دولت (وزارت کشور) باید مجوز کتبی نیز صادر کند.

بنابراین، شیوه کسب مجوز قبلی، تحدیدی نسبتاً سخت‌گیرانه علیه آزادی اجتماعات به شمار می‌رود؛ زیرا در این شیوه، برگزاری اجتماعات کاملاً به قضاوت و تشخیص دولت‌ها واگذار می‌شود و ممکن است از این صلاحیت تشخیصی، سوء استفاده شود یا دولت‌ها رویه‌ای تبعیض‌آمیز در پیش گیرند و از صدور مجوز برای منتقدان و معترضان عملکرد دولت خودداری کنند.^۱ پس شیوه اعلام قبلی نسبت به اجازه قبلی، برای اعمال آزادی اجتماعات، مناسب‌تر است.

۳. تعلیق

«تعلیق»^۲ به معنی توقف کوتاه اجرای حقوق و آزادی‌هاست. معلق کردن آزادی اجتماعات، بیش‌تر به شرایط اضطراری مربوط می‌شود، اما ممکن است در شرایط عادی نیز به کار رود. این اختیار به دولت اجازه می‌دهد هر آن به عنوان یک اقدام احتیاطی، آزادی یادشده را تعلیق و کار خود را با ضرورت‌های نظم عمومی توجیه کند.

برای نمونه، در فرانسه، هر گاه از اوضاع و احوال چنین برآید که ممکن است برگزاری یک تجمع، تهدیدی جدی علیه نظم عمومی باشد، استاندار حتی اگر دلیل اطمینان‌بخشی در دست نداشته باشد که شرکت‌کنندگان حامل سلاح هستند، می‌تواند رفت‌وآمد را به مدت ۲۴ ساعت پیش از راه‌پیمایی و تا پراکنده شدن جمعیت تعلیق کند. در واقع دولت فرانسه به استناد مسئولیتی که در پاسداشت نظم عمومی برای خویش قائل است، می‌تواند از برگزاری چنین تجمعی جلوگیری کند. اگر تعلیق، مورد اعتراض و شکایت قرار گیرد، دادگاه بررسی می‌کند که آیا تعلیق اعلام‌شده با ضرورت تأمین نظم عمومی قابل توجیه بوده است یا خیر؟ هم‌چنین دادگاه این نکته را بررسی می‌کند که آیا پلیس به جز تعلیق، ابزارها و راهکارهای دیگری برای حفظ نظم عمومی در اختیار داشته است یا خیر؟ زیرا مقامات یادشده گاه با تدبیرهایی (مانند افزایش تعداد نیروهای پلیس یا ممنوعیت برگزاری تظاهرات در خیابان‌ها یا کوچه‌های بن‌بست) قادرند بدون تعلیق آزادی اجتماعات، دستورهای و اقدامات لازم را برای جلوگیری از پی‌آمدهای منفی آن به کار گیرند.^۳

1-Colliard, Claude-Albert, *Libertes publiques*, 5eme edition, Precis Delloz, 1975, p. 111.

2-Suspention.

۳. بیژن، عباسی، *حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین*، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۶، ص ۳۵.

بند دوم. در شرایط بحرانی

منظور از شرایط بحرانی، شرایطی است که در آن، امکان پاسداشت نظم عمومی و تضمین آزادی‌های شهروندان با ضمانت‌های اجرایی و تدبیرهای عادی فراهم نیست و واکنش فوری دولت ضرورت دارد. بنابراین در شرایط بحرانی، صلاحیت‌های دولت فراتر از صلاحیت‌های شرایط عادی است. اعلام وضعیت اضطراری (بر خلاف شرایط عادی) به طور قطع، ممنوع‌کننده (تعلیق‌کننده) آزادی‌های شهروندان است. بر این اساس، بیش‌تر کشورها، «وضعیت اضطراری و فوق‌العاده»^۱ را به رسمیت شناخته و محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های ناشی از آن را پیش‌بینی کرده‌اند.^۲

دولت‌ها هنگامی وضعیت بحرانی اعلام می‌کنند که یک خطر عمومی یا استثنایی مانند ناآرامی‌های مسلحانه داخلی (شورش و کودتا) یا بین‌المللی (جنگ)، بحران‌ها و بلایای طبیعی (زلزله و سیل) و دیگر شرایط استثنایی (اقدامات تروریستی)، حیات جامعه را تهدید می‌کند. در این وضعیت، ضمانت‌های اجرایی و تدبیرهای عادی کارایی ندارند. از این رو، ضرورت دارد حدود اختیارات دولت و مقامات عمومی افزایش یابد. اعلام این وضعیت از سوی دولت، در واقع، هشداری به شهروندان برای تمکین به دستورهای نهادهای حکومتی (از جمله نهاد پلیس) برای اجرای قواعد مربوط به شرایط بحرانی است. در این حالت، از یک سو، دولت‌ها افزون بر تحدید برخی حقوق و آزادی‌های شهروندان (مانند لزوم کسب مجوز یا اعلام یا اطلاع قبلی برپایی تجمعات)، ناگزیر از به‌کارگیری نظامات ویژه ممنوعیت‌ساز (مانند تعلیق برگزاری اجتماعات) هستند. از سوی دیگر، شهروندان نیز مجبور به پذیرش محدودیت و ممنوعیت‌های ویژه ناشی از این شرایطند.

در این وضعیت، دولت برای رویارویی با شرایط دشوار موجود و گذر از بحران، به ناچار از اهرم قدرت بیش از حالت عادی بهره می‌گیرد که نتیجه آن، در تنگنا قرار گرفتن حقوق و آزادی‌های شهروندان خواهد بود. بر این اساس، امکان سوء استفاده دولت از اختیارات فوق‌العاده اعطاشده در این شرایط قابل توجه است. پس ضرورت دارد اولاً قلمرو محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها معین باشد. ثانیاً محدوده اختیارات نهاد(های) اعلام‌کننده وضعیت اضطراری روشن باشد تا امکان پاسداری از حقوق و آزادی‌های شهروندان فراهم باشد.

1-state of emergency.

2-Gabriele, Ganz, understanding public law, London: Fontana perss, 1989, p. 149.

گفتار چهارم. کاستی‌های نظام صدور مجوز برپایی تجمعات

از جمله عوامل و دلایل تبدیل تجمعات مسالمت‌آمیز به خشونت‌آمیز، وجود برخی کاستی‌ها و کژتابی‌های قانونی و اجرایی است که اکنون به مهم‌ترین آن‌ها می‌پردازیم.

بند نخست. نبود قانون جامع نظم عمومی

انتظام عملی حق‌ها و آزادی‌های شهروندان همواره یکسان نیست و راهبری آن در هر یک از شرایط عادی و بحرانی متفاوت است. در شرایط عادی، آزادی‌های شهروندان در درجه اول اهمیت قرار دارد و گاهی ممکن است محدود شوند، اما در شرایط اضطراری، دولت‌ها می‌توانند آزادی‌های شهروندان را به استناد تراحم با نظم عمومی یا جلوگیری از ورود آسیب به دیگران به شدت تحدید و حتی تعلیق کنند. بر این اساس، کارکرد دولت‌های امروزی، متأثر از نظریه «حاکمیت قانون»^۱ است.

نظام‌های حقوقی پیش‌گام در این زمینه به منظور مواجهه مطلوب با بحران‌های طبیعی و غیر طبیعی، با قانون‌گذاری، چارچوبی تدارک دیده‌اند که به موجب آن، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های قابل اعمال بر حقوق و آزادی‌های افراد را به تفکیک شرایط عادی و اضطراری تا حدودی مشخص کرده‌اند. برای نمونه، بسیاری از کشورها از جمله انگلستان با تصویب «قانون نظم عمومی»^۲ و «قانون اسرار رسمی»^۳، فرانسه با تصویب «قانون استراتژی توسعه دولت»^۴ و «قانون شرایط اضطراری و ضد تروریسم»^۵ و ایالات متحده آمریکا با تصویب «قانون ضد تروریستی و میهن‌پرستی آمریکا»^۶ به قاعده‌گذاری در این زمینه پرداخته و قلمرو و رابطه میان نظم عمومی و آزادی‌های شهروندان را تا حدودی مشخص ساخته‌اند. به بیان بهتر، نظام‌های مردم‌سالار جهان با در پیش گرفتن رویکردی شفاف و روشن، برپایی تجمعات را به رعایت دو شرط مهم و بنیادین «اخلال نکردن در نظم عمومی» و «رعایت حقوق دیگران» وابسته کرده‌اند.

۱. نظریه «حاکمیت قانون»، نقطه مقابل «حاکمیت اشخاص» و پایه‌ای ترین نظریه برای رسیدن به نظم عمومی پایدار و تضمین آزادی‌های شهروندان است. نک:

Wadron, J., The rule of international law, Harv. JL & Pub. Pol'y, 2006, p. 30 & 15

2-Public Order ACT .

3-Official Secrets ACT .

4-Maximize government .

5-Emergency Powers and Terrorism ACT .

6-USA PATRIOT Act .

این در حالی است که نظام حقوق اداری ایران، رویه و رویکردی روشن در این زمینه ندارد. رویکرد کلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در این خصوص، به دلیل نداشتن قانون جامع نظم عمومی، به سمت توسعه حداکثری قلمرو نظم عمومی و ایجاد محدودیت‌های گسترده علیه آزادی‌های شهروندان (به ویژه آزادی اجتماعات) سوق یافته است. همین کاستی، زمینه سوء استفاده از قدرت و تضییع حقوق افراد از سوی دولت را به ذهن متبادر می‌سازد. بنابراین، ضرورت دارد قانون‌گذار ایران نیز هم‌گام با دیگر کشورها، قانون جامع نظم عمومی را به تصویب برساند تا ضمن تفکیک شرایط عادی و اضطراری و تعیین محدوده اختیارات مقامات عمومی در شرایط یادشده، دولت (قوه مجریه) را در پاسداشت نظم عمومی و احترام به آزادی اجتماعات یاری رساند.

بند دوم. نبود احزاب و گروه‌های سیاسی مردم‌نهاد

همان گونه که گذشت، در حقوق اداری ایران، حق برگزاری اجتماعات و راهپیمایی‌ها منحصر به احزاب و گروه‌های سیاسی شده است. قانون‌گذار به موجب بند (خ) ماده ۱۳ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی (مصوب ۱۳۹۵/۰۸/۰۸)، یکی از حقوق و امتیازهای احزاب را «برگزاری راهپیمایی و تشکیل اجتماعات حسب مورد با اطلاع و صدور مجوز وزارت کشور و استانداری با رعایت بند ۶ ماده (۱۱) قانون فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی و اصل ۲۷ قانون اساسی» در نظر گرفته است. هم‌چنین با توجه به لزوم انتظام‌بخشی به فعالیت احزاب و نحوه اعمال مقررات از سوی دستگاه‌های مجری، به موجب تبصره (۲) بند (خ) ماده ۱۳ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی، آیین‌نامه‌ای در ۱۲ ماده و هفت تبصره با عنوان «آیین‌نامه چگونگی تأمین امنیت اجتماعات و راهپیمایی‌های قانونی» در تاریخ ۱۳۹۷/۲/۲۹ به تصویب هیئت وزیران رسید که دولت این آیین‌نامه تلاش کرد، جزئیات مربوط به مرجع و نحوه صدور مجوز، شرایط برگزاری و چگونگی مدیریت تجمعات و ناآرامی‌ها را مشخص کند.

آیین‌نامه یادشده به برخی تکالیف دولت در مورد برقراری نظم عمومی و حمایت از اجتماعات قانونی اشاره کرده است. از جمله این که دبیران کل احزاب متقاضی برگزاری تجمع یا راهپیمایی باید تقاضای خود را که متضمن مواردی هم‌چون اعلام موضوع، زمان و مکان تجمع یا راهپیمایی و اعلام اسامی سخنرانان است، حداقل ۷۲ ساعت یا ۳ روز کاری قبل از زمان برگزاری، به فرمانداری یا استانداری مربوط ارائه کنند (ماده ۶). هم‌چنین تا قبل از صدور مجوز تجمع و راهپیمایی، هرگونه فراخوان در رسانه‌ها و فضای مجازی از سوی برگزارکنندگان، ممنوع و فراخوان‌هایی که پس از صدور مجوز صورت می‌گیرد، باید در چارچوب مجوز صادر شده باشد (ماده ۹).

نیروی انتظامی، مسئول تأمین امنیت تجمعات و راه‌پیمایی‌های قانونی است و حضور دیگر افراد و گروه‌ها تحت عنوان برقراری نظم و امنیت در زمان و محل برگزاری تجمع‌ها و راه‌پیمایی‌ها ممنوع است (ماده ۱۱). صدور مجوز هم‌زمان برای دو یا چند تجمع در یک زمان و یک محل، صدور مجوز هم‌زمان برای دو یا چند راه‌پیمایی در یک زمان و یک شهر هم ممنوع است (ماده ۸). وظیفه پیش‌بینی تعیین محل‌های مناسب برای برگزاری تجمع یا راه‌پیمایی بر عهده شوراهای تأمین است (تبصره ماده ۱۱).

بر این اساس، قانون‌گذار ایران، حق تقاضای مجوز برای برپایی تجمعات را به احزاب و گروه‌های سیاسی منحصر ساخته و به تشکلهای مردم‌نهاد و اصناف توجه نکرده است. این در حالی است که در حال حاضر در کشور، احزاب و گروه‌های سیاسی که مردم پایه بوده و منعکس‌کننده اراده عمومی باشد، یافت نمی‌شود و اگر هم یافت شود، اثربخشی لازم را ندارد.

بند سوم. تفسیر مضیق دادرسی قانون اساسی

تفسیر مضیق دادرسی قانون اساسی ایران (شورای نگهبان) در زمینه افزودن شرط صدور مجوز برپایی تجمعات در مفاد قوانین عادی نیز یکی از کاستی‌های نظام صدور مجوز برپایی تجمعات در حقوق اداری ایران است. اصل ۲۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌گوید: «تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن‌که مخل به مبانی اسلام نباشد، آزاد است». درج شرط نخست، معقول و منطقی به نظر می‌رسد، اما درج شرط دوم، محدودیت کلی است که قابلیت تفسیر موسع و حتی سوء استفاده را فراهم می‌سازد.^۱ در قانون اساسی، حق اعتراض و برپایی تجمعات به رسمیت شناخته شده و به شرط کسب مجوز از مقام یا نهادی اشاره نشده، اما در قوانین و مقررات عادی، بهره‌مندی شهروندان از آزادی اجتماعات، افزون بر رعایت شروط یادشده، به «اخذ مجوز قبلی» از دولت وابسته گردیده است.

افزودن شرط «اخذ مجوز قبلی» برای برپایی تجمعات در قوانین عادی (ابتدا در قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده، مصوب ۱۳۶۰/۰۶/۰۷ و سپس در قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های

۱. شاید بتوان دلیل درج این محدودیت کلی را در شرایط سال‌های آغازین انقلاب اسلامی و بروز حوادثی نظیر ناآرامی‌های کردستان دانست که در چگونگی تصویب اصل (۲۷) در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تأثیری مستقیم و انکارناپذیر داشت؛ چون قید «مخل به مبانی اسلام» افزون بر تناسب و سنخیت نداشتن با فلسفه تأسیسی این آزادی، قید مبهمی است که تعریف دقیق و روشنی از آن بیان نشده است. نک: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران: انتشارات اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۱، ص ۱۲۱۱.

سیاسی، مصوب ۱۳۹۵/۰۸/۲۶) بر خلاف سلسله مراتب هنجاری موجود میان قانون عالی (قانون اساسی) و قوانین تالی (قوانین عادی) صورت گرفته است و با اقتضائات بهره‌مندی مطلوب شهروندان از آزادی اجتماعات مغایرت دارد. با این حال و با وجود سکوت قانون اساسی در این خصوص، قانون‌گذار عادی آن را شناسایی کرده است.

در این راستا، شورای نگهبان قانون اساسی که وظیفه تفسیر قانون اساسی و کنترل مغایرت نداشتن قوانین مجلس شورای اسلامی با شرع و قانون اساسی را بر عهده دارد، در دو مقطع، تفسیرهای مضیق و متناقض‌نما در زمینه نظام صدور مجوز برپایی تجمعات و رفع ابهام در این خصوص داشته است. شورای نگهبان در نظریه شماره ۲۹۹۰ تاریخ ۱۳۶۰/۰۴/۲۵ خود بر این عقیده بود که صرفاً با دو قید یادشده (غیر مسلحانه بودن تجمع و عدم اخلاف به مبانی اسلام)، اساساً برگزاری تجمع و راه‌پیمایی آزاد است و وضع هر گونه قید و شرطی دیگر، مغایر با اصل ۲۷ قانون اساسی است. بر این اساس، مصوبه مجلس وقت در تاریخ ۱۳۶۰/۰۶/۷۷ را با عنوان «قانون فعالیت احزاب، جمعیت‌ها و انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته‌شده»، خلاف قانون اساسی اعلام کرد.

در این راستا، مجلس شورای اسلامی مجبور شد دست کم به صورت صوری بین تجمعات و راه‌پیمایی‌ها تفکیک قائل شود یعنی قانون‌گذار مفاد تبصره (۲) ماده (۶) قانون یادشده را به این ترتیب اصلاح کرد: «برگزاری راه‌پیمایی‌ها با اطلاع وزارت کشور بدون حمل سلاح در صورتی که به تشخیص کمیسیون ماده ۱۰ محل به مبانی اسلام نباشد و نیز تشکیل اجتماعات در میادین و پارک‌های عمومی با کسب مجوز از وزارت کشور آزاد است». با این وصف، شورای نگهبان در فرآیند تصویب قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی در تاریخ ۱۳۹۵/۰۸/۰۸ سکوت اختیار کرد. به این ترتیب، همین تفکیک نیز از میان رفت و در عمل، بزرگ‌ترین محدودیت (لزم کسب مجوز برای برپایی تجمعات)، اجرای اصل ۲۷ قانون اساسی را با چالش جدی مواجه ساخت.

بند چهارم. دیدگاه خاص دادرسی اداری ایران

دیدگاه دادرسی اداری ایران (دیوان عدالت اداری) در خصوص ابطال مصوبه دولت با عنوان «تعیین مکان‌هایی مناسب برای اعتراض و تجمع» از دیگر کاستی‌های نظام صدور مجوز برپایی تجمعات محسوب می‌گردد. این کار، گام کوچک برداشته‌شده برای راه‌پرفراز و نشیب تضمین آزادی اجتماعات در ایران را متوقف کرد؛ زیرا دولت به موجب این مصوبه (ضمن تأکید بر شرط دریافت مجوز قبلی)، مکان‌های مشخصی را برای برپایی اجتماعات تعیین کرد که در نوع خود بی‌سابقه به شمار می‌رفت.

اساساً مطالبات شهروندان متنوع و گسترده است و ممکن است در مواقعی احساس کنند بخشی از حقوق و آزادی‌های آنان به درستی تضمین نشده، پس طبیعی است به دنبال مکان یا مکان‌هایی برای رساندن صدای خود به مسئولان باشند. اگر چنین شرایطی برای آنان فراهم نشود، این مطالبات و فریادهای شنیده‌ناشده به کینه‌هایی فروخورده بدل خواهد شد که با یک جرقه (مانند افزایش ناگهانی قیمت سوخت در سال ۱۳۹۸)، یک ناآرامی سراسری و تمام‌عیار را رقم خواهد زد.

در این راستا پس از شکل‌گیری ناآرامی‌های سراسری در سال ۱۳۹۶ و ناکارآمدی دیگر روش‌ها در رساندن صدای معترضان به گوش زمامداران (از جمله رسانه‌ها، مطبوعات، احزاب و انجمن‌های مردم‌نهاد)، دولت و نهادهای مدنی، خواستار تعیین مکان‌هایی مشخص برای برگزاری تجمع‌های مردمی شدند. سرانجام هیئت دولت در تاریخ ۱۳۹۷/۳/۲۰، تصویب نامه «تعیین مکان‌هایی مناسب برای اعتراض و تجمع»^۱ را اعلام کرد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۸/۰۶/۲۶ به موجب دادنامه شماره ۱۲۱۲-۱۳۱۳-۱۳۱۴، تصویب‌نامه موصوف را در پی شکایت سه نفر از شهروندان، مبنی بر مغایرت مصوبه هیئت دولت با اصل نهم (امکان تحدید و سلب آزادی‌های ملت) و اصل ۲۷ قانون اساسی (محدود کردن اعمال آزادی تجمع به مکان‌هایی مشخص و وابسته کردن اجتماعات به کسب مجوز و نظارت پیشینی دولت) ابطال کرد.^۲

۱. بر اساس این تصویب‌نامه، ورزشگاه‌های دستجردی، تختی، معتمدی، آزادی و شهید شیرودی و بوستان‌های گفت‌وگو، طالقانی، ولایت، پردیسان، هنرمندان، شهر و ضلع شمالی مجلس شورای اسلامی به عنوان محل‌های مناسب تجمع در شهر تهران تعیین شد. در دیگر شهرها، محل یا محل‌های خاص تعیین نشد، ولی دولت، برگزاری تجمعات را با محدودیت‌های فراوان دیگری نظیر این موردها به عنوان ویژگی مکان‌هایی مناسب برای برپایی تجمعات در آن جاها به تصویب رساند: قابلیت دسترسی و داخل بودن در محیط شهری، تناسب وسعت محل اجتماع با جمعیت، امکان دیده شدن و شنیده شدن صدای تجمیع‌کنندگان برای سایر شهروندان و رسانه‌ها، قابلیت حفاظت انتظامی و امنیتی محل، فراهم بودن امکان حضور فوری نیروهای امدادی در محل در صورت ضرورت، دور بودن از محل‌های دارای رده‌های حفاظتی، عدم ایجاد اختلال جدی در خدمات‌رسانی روزانه دولت و بخش عمومی به مردم، دور بودن از محل‌های دارای تردد زیاد و عدم ایجاد انسداد ترافیکی غیر قابل انتقال به سایر مسیرها، قرار گرفتن ناخواسته دیگران در تجمع یا تسهیل پیوستن افراد با انگیزه‌های دیگر به آن، حتی‌المقدور عدم ایجاد اختلال شدید در کسب و کار و فعالیت روزانه سایر شهروندان.

۲. به موجب مفاد دادنامه یادشده، دلایل ابطال تصویب‌نامه یادشده عبارتند از: ۱- این مصوبه با اصل ۲۷ قانون اساسی که تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها را از حیث محل‌های اجتماعات علی‌الاطلاق آزاد اعلام کرده، مغایرت دارد. ۲- با عنایت به ماده ۱۱ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب چهارم بهمن سال ۱۳۹۴ که وظایف و اختیارات کمیسیون احزاب موضوع ماده ۱۰ قانون مذکور را احصا کرده و مطابق بند ۶ ماده ۱۱ قانون مرقوم، بررسی و اتخاذ تصمیم در خصوص درخواست برگزاری تجمعات و راه‌پیمایی‌ها که مستلزم تعیین محل برگزاری آن نیز خواهد بود، یکی از وظایف و اختیارات کمیسیون مذکور است. بنابراین، مصوبه مورد اعتراض با قوانین مذکور مغایرت دارد. لذا ابطال می‌گردد.

با ابطال این تصویب‌نامه، روزنه کوچکی که برای تضمین آزادی اجتماعات گشوده شده بود، بسته شد. این تصویب‌نامه نه برای تحدید آزادی تجمع‌ها، بلکه به منظور تأمین امنیت اجتماعات و تسهیل برگزاری آن‌ها در محل‌هایی مشخص تصویب شده بود تا از این رهگذر، نظم عمومی (عبور و مرور و کسب و کار دیگر شهروندان) دچار اختلال نشود. به نظر می‌رسد اگر این روند استمرار می‌یافت و مصوبه دولت ابطال نمی‌شد، دور از تصور نبود که دولت به تدریج، مکان‌های پیشنهادی برای برگزاری اجتماعات را افزایش دهد؛ زیرا چند ماه پس از ابطال این مصوبه از سوی دیوان عدالت اداری و با شروع ناآرامی‌های ناشی از افزایش قیمت سوخت در آبان ۱۳۹۸، بار دیگر شرایط به گونه‌ای پیش رفت که نیاز به تعیین مکان‌هایی برای اعتراض شنیده شد. بنابراین، شاید انتظار می‌رفت دیوان عدالت اداری، مصوبه دولت را با تأمل و تعمق بیش‌تر بررسی می‌کرد.

بند پنجم. ترکیب و ماهیت حاکمیتی نهاد اعطای مجوز

در حال حاضر، به موجب مفاد بند (۶) ماده (۱۱) قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی (مصوب ۱۳۹۵/۰۸/۲۶)، مرجع صلاحیت‌دار برای بررسی و تصمیم‌گیری و صدور مجوز برای درخواست برگزاری تجمعات و راه‌پیمایی‌ها، کمیسیون موضوع ماده (۱۰) قانون یادشده است که با عنوان «کمیسیون احزاب» در وزارت کشور تشکیل می‌شود. ترکیب اعضای کمیسیون عبارت است از:

۱. نماینده دادستان کل کشور؛
 ۲. نماینده رئیس قوه قضاییه؛
 ۳. یک نماینده از میان دبیران کل احزاب ملی و یک نماینده از میان دبیران کل احزاب استانی دارای پروانه فعالیت (بدون حق رأی)؛
 ۴. معاون سیاسی وزارت کشور؛
 ۵. دو نماینده به انتخاب مجلس شورای اسلامی از بین نمایندگان داوطلب.
- تدقیق در ترکیب اعضای کمیسیون اعطای مجوز برپایی تجمعات، حکایت از آن دارد که ترکیب اعضا و ماهیت تصمیم‌گیری‌های کمیسیون کاملاً حاکمیتی است. نمایندگان مردم و افکار عمومی در ترکیب اعضای کمیسیون دیده نمی‌شود و اگر یک نماینده (از میان دبیران کل احزاب) در ترکیب اعضا پیش‌بینی شده است، حضور وی (بدون داشتن حق رأی)، در تصمیم‌گیری‌های کمیسیون نقشی ندارد.
- بنابراین، به دلیل حضور انحصاری نمایندگان قدرت عمومی در نهاد اعطای مجوز برپایی تجمعات، این نهاد همواره به دلایل مختلفی (مانند احتمال اختلال در نظم عمومی،

مزاحمت ترافیکی و مانند آن) از صدور مجوز برگزاری تجمع خودداری می‌ورزد. استمرار این رویکرد و صادر نشدن مجوز، موجب انباشت نارضایتی‌های فرو خورده شده، تا جایی که با شکل‌گیری تجمع یا تجمعاتی هر چند کوچک، این نارضایتی‌های فروخورده سر باز کرده و زمینه برای تبدیل آن‌ها به آشوب‌ها و ناآرامی‌های گسترده فراهم می‌شود.

نتیجه‌گیری

رویکرد کشورها در صدور مجوز برگزاری تجمعات متفاوت است. کشورهای مبتنی بر نظریه حاکمیت قانون و پیش‌گام در زمینه احترام به حقوق و آزادی‌های شهروندی، یکی از دلایل اصلی مجوزمحور کردن برپایی تجمعات عمومی را «پاسداشت نظم عمومی» می‌دانند. در این راستا و با توجه به متفاوت بودن شرایط و ضوابط اعطای مجوز برگزاری تجمعات در شرایط عادی و بحرانی، راهبرد آن‌ها در شرایط عادی (بر پایه دو نظام تعقیبی و پیش‌گیرانه)، اعمال برخی محدودیت‌های منطقی (مانند لزوم اعلام قبلی یا کسب مجوز قبلی) است تا به واسطه آن، ضمن پاسداری از نظم عمومی، آزادی اجتماعات نیز محترم شمرده شود. راهبرد آن‌ها در شرایط بحرانی نیز برتری مطلق (موقتی) نظم عمومی در مصاف با آزادی اجتماعات است.

بنابراین، رویکرد این کشورها در این خصوص با تصویب قوانینی منسجم با عنوان قانون جامع نظم عمومی تا حدود زیادی روشن و مشخص شده است. در این میان، حقوق اداری ایران در زمینه صدور مجوز برپایی تجمعات، رویه و رویکردی روشن ندارد و کاستی‌ها و کژتابی‌هایی در آن به چشم می‌خورد. از جمله مهم‌ترین کاستی‌ها می‌توان به این موارد اشاره کرد: نبود قانون جامع نظم عمومی، نبود احزاب و گروه‌های سیاسی مردم‌نهاد، رویکرد نامتناسب دادرسی اداری ایران، رویکرد متناقض دادرسی قانون اساسی، ترکیب و ماهیت حاکمیتی نهاد اعطای مجوز.

فرآیندهای پیچیده، دشوار و ابهام در نظام مجوزدهی برپایی تجمعات از جمله دلایل خشونت‌آمیز شدن تجمعات مسالمت‌آمیز است. از این رو، شایسته است نظام تدبیر و حکمرانی پیش‌گام شده و با در پیش گرفتن تدبیرهایی مانند رفع کاستی‌ها و کژتابی‌های موجود از جمله موردهای زیر، از انباشت کینه‌ها و نارضایتی‌ها جلوگیری کند و مانع بروز رفتارهای هیجانی و انفجاری مردم در برخی مقاطع زمانی شود:

۱. تصویب قانون جامع نظم عمومی؛
۲. توجه به نقش واقعی مردم در نهاد اعطای مجوز؛
۳. اصلاح رویکرد دادرسی قانون اساسی و دادرسی اداری ایران در این خصوص؛
۴. بازبینی، روزآمدسازی و تسهیل شرایط صدور مجوز برپایی تجمعات؛
۵. تعیین مکان‌هایی برای برگزاری تجمعات.

فواید حاصل از این پژوهش را در پرتو پیشنهادهای زیر می‌توان چنین برشمرد:

۱. در حقوق اداری ایران به دلیل نبود قانون جامع نظم عمومی، دولت در حال حاضر،

هیچ تفکیکی میان شرایط عادی و اضطراری قائل نیست و معیار واحد و مشخصی نیز برای تبیین قلمرو اختیارات مقامات عمومی در شرایط یادشده به چشم نمی‌خورد. بر این اساس ضرورت دارد قانون‌گذار داخلی هر چه سریع‌تر، قانون جامع نظم عمومی را تنظیم و پس از بررسی‌های دقیق کارشناسی به تصویب برساند.

۲. در حال حاضر، حق افراد (اشخاص عادی) برای تقاضای صدور مجوز برگزاری تجمعات به رسمیت شناخته نشده و اعمال این آزادی در قوانین عادی منحصر به احزاب گردیده است. شایسته است برای برخورداری افراد، گروه‌ها و اشخاص حقیقی و حقوقی از این حق قانونی، با اصلاح و تکمیل قوانین و مقررات، رهیافت قانونی پیش‌بینی شود.

۳. یکی از مهم‌ترین دلایل به خشونت کشیده شدن تجمعات مسالمت‌آمیز شهروندان، اشکال و ایراد در نظام مجوزدهی برگزاری تجمعات است. بنابراین، نظام حکمرانی ایران نیز باید نگرانی‌های ناشی از ناروایی صدور مجوز برپایی اجتماعات را کنار بزند و با ایجاد فضای سالم، شفاف و ایمن برای بیان جمعی انتقاد و اعتراضات، شرایطی را فراهم کند تا ضمن در امان ماندن از اتهام نقض حقوق بشر و شهروندی (بی‌توجهی به آزادی اجتماعات)، نظم عمومی را نیز به صورت مطلوب پاسداری نماید.

۴. اگر فضای سالم، شفاف و ایمن برای بیان جمعی انتقاد و اعتراض فراهم نشود، زمینه برای فعالیت‌های مخرب زیرزمینی یا تبدیل اعتراض به اغتشاش مهیا می‌شود و هزینه‌های گزافی بر مردم و نظام وارد خواهد آمد، همانند آنچه در سال‌های ۱۳۸۸، ۱۳۹۶، ۱۳۹۸ و ۱۴۰۰ رخ داد. در چنین وضعیتی، بدیهی است نقش گروه‌های معاند در به هم ریختن اوضاع برجسته‌تر می‌شود و آن‌ها خواهند کوشید تا به هر طریق ممکن از کاستی‌ها سوء استفاده کنند. پس نظام حکمرانی باید خود پیش‌گام شود و با نظام‌مندسازی بسترهای ابراز انتقاد و اعتراض، از انباشته شدن عقده‌ها، کینه‌ها و عصبانیت‌ها پیش‌گیری کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. احمدوند، محمدعلی، **بهداشت روانی**، تهران: پیام نور، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۲. بوزان، باری، **مردم، دولت‌ها و هراس**، ترجمه: مجتبی عطارزاده، تهران: پژوهشکده مطالعات راهبردی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۳. بیاتی، علی، **مسائل حقوقی کنترل اجتماعات**، تهران: دانشگاه علوم انتظامی امین، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۴. بیژن، عباسی، **حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین**، تهران: دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۹۶.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **ترمینولوژی حقوق (جلد ۱)**، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۵.
۶. خورسند، آرمان، **جایگاه پلیس در حفظ امنیت اخلاقی (مجموعه مقالات کنکاشی بر جنبه‌های امنیت عمومی و پلیس)**، تهران: دانشگاه علوم انتظامی امین، ۱۳۸۴.
۷. دوفار، ژان، **آزادی‌های گروهی**، ترجمه: علی‌اکبر گرجی‌ازندریانی، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۸. دهخدا، علی‌اکبر، **لغت‌نامه دهخدا**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۳.
۹. سنجابی، علی‌رضا، **توسعه پدافند داخلی**، تهران: دانشکده فرماندهی و ستاد آجا، ۱۳۷۰.
۱۰. **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی**، تهران: انتشارات اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۱.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اداری**، تهران: سمت، ۱۳۸۷.
۱۲. عمید، حسن، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۷.
۱۳. قاری سید فاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر (جلد ۲)**، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، **فلسفه حقوق (جلد ۱)**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۱۵. محمد، معین، **فرهنگ فارسی**، تهران: امیرکبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۷.
۱۶. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، **درآمدی بر جامعه سیاسی**، تهران: دفتر مطالعات بنیادین حکومتی، شماره مسلسل ۱۴۵۷۸، آذر ۱۳۹۴.
۱۷. مشهدی، علی، **درآمدی بر حقوق مجوزهای دولتی**، تهران: خرسندی، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۱۸. هاشمی، سید محمد، **حقوق بشر و آزادی‌های اساسی**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۱۹. یوسفی، سپیده، پلیس و درگیری اجتماعی، تهران: سازمان تحقیقات و مطالعات ناجا، چاپ اول، ۱۳۹۰.

ب) مقاله

۱. اسلامی، مجتبی و حسین درجانی، «امنیت در اسلام» فصل‌نامه نظم و امنیت انتظامی، دوره دوم، تابستان ۱۳۸۸، شماره ۲.
۲. زاهدی مازندرانی، محمدجواد، «ظهور و افول دولت رفاه»، نشریه اقتصاد - تأمین اجتماعی، تابستان ۱۳۷۹، شماره ۱۳۷.
۳. شریفی، رضا، «بررسی ابعاد روان‌شناختی خشونت‌گرایی جمعیت اغتشاش‌گر و روش‌های تأثیرگذاری بر آن»، فصل‌نامه مطالعات بسیج، ۱۳۸۸، شماره ۴۵.

ج) پایان‌نامه

۱. بیاتی، علی، «رابطه بین نظم عمومی و آزادی‌های عمومی در فعالیت‌های پلیس»، رساله دکتری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۷.
۲. قاسمی، آرین، «حق بر آزادی تجمع در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، تهران: دانشکده حقوق دانشگاه آزاد، واحد تهران مرکزی، ۱۳۹۲.

2-Latin source

A) Book

- 1-Bailey, J., & Dammert, L. Eds., Public security and police reform in the Americas University of Pittsburgh Press, 2005
- 2-Bingu, R. A., The Anaylisis on Impace of The Public Order Act on The Freedom of Speech, Assembly and Association (Doctoral dissertation, Cavendish University), 2020
- 3-Colliard, Claude-Albert, Libertes publiques, 5eme edition, Precis Delloz, 1975.
- 4-Gabriele, Ganz, understanding public law, London: Fontana perss, 1989.
- 5-Gilije, P.A., Rioting in America. Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, 1996
- 6-Katz, F. (Ed.), Riot, Rebellion, and Revolution: Rural Social Conflict in Mexico, Princeton University Press, 2014

- 7-Kaufman, L. M., Data security in the world of cloud computing, IEEE Security Privacy, 2009
- 8-King, P., The ideology of order: a comparative analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes, Routledge, 2013
- 9-Künnecke, Martina, Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo- German Comparison, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2007
- 10-Mahoney, K. L., Esckilsen, L. A., Jeralds, A., & Camp, S., Public assembly venue management: Sports, entertainment, meeting, and convention venues, Brown Books Publishing Group, 2015
- 11-Small Arms survey, Guns and city, oxford university press, 2007.
- 12-Wadron, J., The rule of international law, Harv. JL & Pub. Pol'y, 2006.
- 13-Zuckert, R. E., Kant, Autonomy and Revolution, In: Humanism and Revolution: Eighteenth-Century Europe and Its Transatlantic Legacy, Universitätsverlag Winter, 2015

B) Article

- 1-Asquith, N. L. & Bartkowiak-Théron, I., “Public Order Policing”, In: Policing Practices and Vulnerable People, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, pp. 203-219
- 2-Beinin, J., “Civil Society, Social Movements, and the Arab Uprisings of 2011”, Review of International Affairs, 2011, 9(4), 15
- 3-Cooper, H., Moore, L., Gruskin, S. & Krieger, N., “Characterizing-perceived police violence: implications for public health”, American Journal of Public Health, 2004, 94(7), 1109-1118
- 4-Elsarinda, L. N., Sindiawaty, O. & Pratama, F. A., “The Role of Immigration and Employment Law as a Media for Licensing and Supervision of Foreign Workers in the Republic of Indonesia”, Budapest International Research and Critics Institute (BIRCI-Journal): Humanities and Social Sciences, 2021, 4(3), 5339-5346
- 5-Fayçal, B. Z., “Freedom of Assembly and Peaceful Protestin in the Algerian Law”, AL-Mostansiriyah journal for arab and international studies, 2021, 18(73)
- 6-Francis, J. et al., “Creating sense of community: The role of public space in a peripheral neighbourhood of Barcelona”, Cities, 2012, 21 (3): 215-223

- 7-Gostin, L. O., "Public health, ethics, and human rights: A tribute to the late Jonathan Mann", *The Journal of law, medicine & ethics*, 2001, 29(2), 121-130
- 8-Novello, R. H. & Alvarez, M. C., From the 'Security Caucus' to the 'Bullet Caucus': Police Officers as Congressmen in the São Paulo Legislative Assembly and Discourses on Public Safety, *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 2022, 15, 81-101
- 9-Rhode, D. L., "Virtue and the law: The good moral character requirement in occupational licensing, bar regulation, and immigration proceedings", *Law & Social Inquiry*, 2018, 43(3), 1027-1058



بررسی تئوری‌های حاکم بر مقررات دولتی در حقوق عمومی اقتصادی

رضا طبرلو*

چکیده

در این مقاله، تئوری‌های عمده موجود در خصوص مقررات اقتصادی مانند تئوری‌های منافع عمومی، تئوری‌های منافع خصوصی و تئوری‌های نهادگرایان برای تبیین مبانی توجیهی، هدف، علت و چگونگی تأسیس مقررات از دیدگاه صاحب‌نظران نقد و بررسی شده است. در این بررسی مشخص شد که تئوری‌های منافع عمومی، مقررات دولتی را به عنوان شیوه‌ای برای تأمین منافع عمومی، دستیابی به کارایی بازار و رفع نارسایی‌های بازار توجیه می‌کنند. تئوری‌های منافع خصوصی، مقررات را ناشی از اعمال نفوذ گروه‌های خاص و به عنوان ابزار گروه‌های خاص برای تأمین منافع گروهی خود می‌بینند و آن را در جهت منافع عمومی نمی‌دانند. تئوری‌های نهادگرایان نیز بر این نظر است که منافع خصوصی و عمومی و نقش نهادها در به کارگیری مقررات به کار گرفته شود. انتقادهای وارد بر این تئوری‌ها نیز بیش‌تر بر نقش مقامات و نتایج و پی‌آمدهای مقررات متمرکز است. پیشنهاد مقاله این است که مفهوم «منافع عمومی» با تعریفی جدید و جامع و با در نظر گرفتن همه منافع متعارض به ویژه نهادها و گروه‌ها و نخبگان اقتصادی بازنگری شود و در مقابل، ساختارها و قواعد نظارتی دقیقی برای جلوگیری از رانت‌خواری و انحصار وضع گردد. در این بازنگری، مقررات موجود در ایران (که شماری از آن‌ها، ترجمه از نظام‌های دیگر است) باید مطابق با شرایط زمانی، مکانی و مطابق ارزش‌های خاص جامعه ما بازسازی شود. همچنین با تبیین مبانی مقررات بر مبنای درست و با ایجاد نظامی صحیح بر اساس ارزش‌های حقوقی خود باید اهداف اجتماعی، اقتصادی و سیاسی امروز کشور برآورده گردد.

کلیدواژه‌ها: ناکامی‌های بازار، تئوری منافع عمومی مقررات، تئوری منافع خصوصی مقررات، تئوری نهادگرایان از مقررات.

مقدمه

صاحب‌نظران حقوقی و اقتصادی در جهان به تدوین مقررات به عنوان یکی از ابزارهای تنظیمی توجه نشان داده‌اند و ادبیات قابل توجهی در این زمینه تولید شده است. با این حال، در نظام حقوقی ایران، هر چند مقررات به عنوان ابزار تنظیمی در سطحی گسترده به کار می‌رود، آثار و ادبیات حقوقی قابل توجهی پدید نیامده است.

بدیهی است دولت برای ایفای نقش خود در تنظیم مناسبات اقتصادی و اجتماعی، نیازمند ابزارهای کارآمد و اثربخش است. امروزه مقررات به عنوان مهم‌ترین ابزار کارآمد حقوقی دولت برای ایفای وظایفش به کار می‌رود. با توجه به گستردگی وظایف و اهداف دولت و نظر به این که قانون‌گذار، توانایی تدوین قانون در همه زمینه‌ها به ویژه زمینه‌های تخصصی را ندارد و به دلیل این که مجوز تدوین مقررات به عنوان نوعی از قانون‌گذاری تکمیلی را دولت صادر می‌کند تا قانون‌گذاری اولیه به طور صحیح اجرا شود، بررسی مبانی توجیهی مقررات و این که چرا مقررات ایجاد شده‌اند و چه اهدافی را باید دنبال کنند، اهمیت زیادی دارد.

بررسی ادبیات مربوط به تئوری‌های حاکم بر مقررات می‌تواند در بنیان‌سازی صحیح مقررات نقشی مهم ایفا کند و در امکان بازنگری مقررات و تأسیس نهادهای مقررات‌گذار و تدوین و به کارگیری آن مؤثر باشد. نظریه‌های زیادی در خصوص چرایی مقررات ارائه شده است، ولی در این مقاله، دیدگاه‌های مربوط به مقررات در سه گروه عمده یعنی تئوری منافع عمومی، تئوری منافع خصوصی و تئوری نهادگرایان نقد و بررسی می‌شود.

گفتار اول. کلیات

بند اول. تعریف مقررات

در ادبیات حقوقی و اقتصادی، تعریف دقیق و معینی برای مقررات ارائه نشده است. محققان تلاش کرده‌اند تعریف‌هایی برای مقررات ارائه دهند. مثلاً گفته می‌شود مقررات به معنای به کارگیری ابزارهای حقوقی برای تأمین اهداف سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است. افراد و سازمان‌ها به وسیله مقررات حکومت ملزم می‌شوند محدودیت‌هایی را رعایت کنند. مثلاً شرکت‌ها ملزم می‌شوند قیمت‌های معینی را رعایت کنند، کالاهایی خاص را تهیه کنند، از تولید کالاهای خاصی بپرهیزند، تکنیک‌های خاصی را در روند تولید به کار گیرند یا ملزم به پرداخت حداقل دست‌مزد باشند. مجازات‌ها ممکن است نقدی، حبس، حکم علیه اقدامات خاص و توقف تجارت باشد.

بند دوم. تئوری مقررات

تئوری مقررات، یک سری از ایده و فرضیه‌هایی است در مورد این که چرا مقررات به وجود آمدند؟ چه بازیگرانی در پیدایش آن نقش دارند؟ چه عکس‌العمل‌هایی میان بازیگران تنظیمی وجود دارد؟

صاحب‌نظران سعی کرده‌اند برای پاسخ‌گویی به چرایی به وجود آمدن مقررات، فراتر از حقوق، از دیگر گرایش‌های میان‌رشته‌ای از جمله علوم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی نیز استفاده کنند. دیدگاه‌های مختلفی بین صاحب‌نظران در خصوص تئوری‌های مقررات وجود دارد. برای درک ادبیات علمی موجود در این خصوص باید به دو ایده اساسی توجه کرد. اول این که به نظر می‌آید برخی تئوری‌ها سعی کرده‌اند نوعی خط‌مشی را بین فعالان عمومی و خصوصی و نهادها ترسیم کنند، در حالی که برخی تئوری‌ها چنین تلاشی نکرده‌اند و بین تئوری‌ها و عملیات تمایزی قائل نشده‌اند. دوم این که برخی اصلاً در چارچوب عوامل و اهداف اقتصادی متمرکز شده‌اند، اما برخی دیگر در دایره‌ای وسیع‌تر به تحقیق پرداختند و به اهداف و عوامل سیاسی تشکیل‌دهنده مقررات نیز توجه کردند. به نظر می‌آید به ارزش‌ها، علاقه‌مندی‌ها و معیارهایی که معمولاً حقوق‌دانان تأکید دارند و در تفسیر و تشریح پیدایش مقررات به کار می‌برند، کم‌تر توجه شده است.^۱

تئوری‌هایی که در خصوص مقررات مطرح شده‌اند، معمولاً هر دو نوع مقررات اقتصادی و اجتماعی را دربرمی‌گیرند و بین مقررات اقتصادی و اجتماعی تمایز قائل شده‌اند.^۲ مقررات اقتصادی دو نوع از مقررات را شامل می‌شوند:

یک - مقررات ساختاری: برای تنظیم ساختار بازار به کار می‌رود، مثل محدودیت بر ورود و خروج و مقررات علیه اشخاصی که بدون داشتن مجوز رسمی مشغول خدمات حرفه‌ای هستند. دو - مقررات رفتاری: برای تنظیم رفتار در بازار است، مانند کنترل قیمت، مقررات مربوط به تبلیغات و حداقل استانداردها.^۳

مقررات اقتصادی عمدتاً در مورد انحصارهای طبیعی و ساختار بازار با رقابت محدود و گسترده به کار گرفته می‌شود. مقررات اجتماعی در زمینه‌های محیط زیست، شرایط کار و

1-Bronwen Morgan and Karen Yeung, An Introduction to Law and Regulation, Text and Materials, Cambridge University Press 2007, p.16

2-Viscusi, W. Kip, Vernon, John M. and Harrington, Joseph E. Jr, Economic of regulation and antitrust, Cambridge: MA MIT Press, 1996

3-Kay, John A. and John S. Vickers, Regulatory Reform: An Appraisal, in: Majone, Giandomenico (ed.), Deregulation or Re-regulation, London: Pinter Publishers, 1990, pp. 223-251

حمایت از مصرف‌کننده به کار می‌رود.^۱

هم‌چنین تئوری‌های مقررات اقتصادی به تئوری‌های اثباتی و هنجاری تفکیک شده‌اند. تئوری‌های مقررات اثباتی به توضیح اقتصادی مقررات و پی‌آمدهای اقتصادی مقررات می‌پردازد و تئوری‌های مقررات هنجاری، کارآیی مقررات و مطلوبیت این کارآیی و سود و هزینه ابزارها و قواعد تنظیمی را تجزیه و تحلیل می‌کنند. از جمله هزینه‌هایی که مقررات دارند، می‌توان به هزینه ایجاد، اجرا، حفظ و تغییرات مقررات اشاره کرد و منافع مقررات می‌تواند شامل اصلاح در کارآیی و به‌کارگیری منابع محدود باشد.^۲

تئوری‌های مقررات معمولاً به سه نوع عمده تقسیم می‌شود: تئوری‌های منافع عمومی،^۳ تئوری‌های منافع خصوصی^۴ و تئوری‌های نهادگرایان.^۵ همه این تئوری‌ها در تلاشند روندی را نشان بدهند که سبب به‌کارگیری یک نظام تنظیمی خاص می‌شود. همان‌طور که مقررات اساساً به عنوان دخالت دولت در اقتصاد به وسیله ایجاد اعمال قواعد حقوقی فهمیده می‌شود، تئوری‌های مقررات در مقام توضیح، چگونگی و چرایی معیارهای مربوط به آن را بیان می‌کنند. تئوری‌های منافع عمومی و تئوری‌های منافع خصوصی از علت و چگونگی مقررات توسط حکومت‌ها و حاکم کردن آن‌ها بر رفتار فعالان خصوصی بحث می‌کنند.^۶ به‌طور سنتی مرسوم است که مقررات به عنوان قواعد حقوقی مصوب دولت تلقی می‌شوند، اما تجربه نشان داده است که فعالان خصوصی و غیردولتی نیز در ایجاد و به‌کارگیری مقررات نقش دارند. تئوری‌های منافع عمومی، مقررات را به عنوان ابزار قانون‌گذاران برای تأمین و تشویق رفاه عمومی جامعه می‌بینند. تئوری‌های منافع خصوصی مقررات در خصوص این‌که مقررات برای منافع عمومی وضع می‌شوند و قانون‌گذاران به دنبال اهداف و منافع عمومی هستند، تردید دارند و آن را ناشی از فشار گروه‌های خصوصی و در جهت منافع گروه‌ها می‌دانند. به‌باور تئوری‌های نهادگرایان، فعالان دولتی و غیردولتی در تعقیب منافع عمومی و خصوصی در چهارچوب نظام‌های تنظیمی، وابستگی متقابلی به هم دارند.

یکی از این تئوری‌ها به دنبال این است که چرا مقررات به وجود می‌آید. تئوری دیگر، اهدافی را مشخص می‌کند که مقررات باید تعقیب کنند. مثلاً تئوری‌های منافع

1-Johan den Hertog, "General theories of regulation" Economic Institute/ CLAV, Utrecht University, 1999, p.224.

2-ibid.

3-Public interest theories of regulation .

4-Private interest theories of regulation or Capture theory.

5-Institutionalist theories of regulation.

6-Bronwen, Morgan and Karen Yeung, An Introduction to Law and Regulation, Text and Materials, Cambridge University Press, 2007, p.17

عمومی مقررات ممکن است پیدایش مقررات را پاسخی «درست»^۱ به ناکامی بازار بداند؛ چون مقررات مطابق نظر آن‌ها باید هدف دست‌یابی به کارآیی اقتصادی را تعقیب کند. در مقابل، برخی تئوری‌های منافع خصوصی، پیدایش مقررات را نتیجه فشار گروه‌های ذی‌نفع خصوصی می‌داند که هدفشان، تأمین منافع خودشان است. همچنین برخی طرفداران تئوری‌های خصوصی مقررات به دنبال ارزیابی این مسئله هستند که آیا مقررات، هدف کارآیی اقتصادی را هم برآورده می‌کنند یا نه.

این مثال‌ها نشان می‌دهد که نمی‌توان گفت تئوری‌های منافع عمومی، دستوری (تجویزی)^۲ و تئوری‌های منافع خصوصی، توصیفی^۳ هستند. امکان طبقه‌بندی همه تئوری‌های منافع عمومی به عنوان تجویزی (دستوری) و همه تئوری‌های منافع خصوصی به عنوان توصیفی مشکل است و به طور دقیق، نمی‌توان مرزبندی دقیقی بین این دو نظریه ترسیم کرد. نظریه سوم یعنی نهادگرایان هم همین ویژگی را دارند.

گفتار دوم. تئوری منافع عمومی مقررات

این تئوری از جنبه هدف منافع عمومی به مقررات نگاه می‌کند. در این تئوری، منافع عمومی را می‌توان در توزیع منابع محدود برای کالاهای جمعی و فردی دید. در بسیاری از نظام‌های اقتصادی غربی، توزیع منابع کم تا حد زیادی با مکانیسم‌های بازار هماهنگ شده است.^۴ مطابق این نظر، مقررات دولتی، یکی از شیوه‌های دست‌یابی به کارآیی در توزیع منابع است. مطابق تئوری منافع عمومی، مقررات دولتی، ابزاری است برای چیرگی بر ناکامی‌های بازار، عوارض بیرونی، انحصار یا رقابت نادرست، عملکرد نامتوازن بازار و پی‌آمدهای نامطلوب بازار. پس با مقررات می‌توان توزیع را با تسهیل، حفظ و تسریع فعالیت بازار اصلاح کرد.

مطابق این نظر، مبادله کالاها و تضمین حقوق اموال و اجرای قرارداد در نظام جمعی و عمومی، بهتر و کارآتر از نظام فردی و خصوصی سازمان‌دهی می‌شود و هزینه‌های معاملات بازار کاهش می‌یابد. به طور کلی، این تئوری‌ها به دو گروه تقسیم می‌شوند: گروهی که صرفاً به کارآیی اقتصادی توجه دارند و اهداف مقررات تنظیمی را دست‌یابی به کارآیی اقتصادی می‌دانند و گروه دیگر، اهداف سیاسی را نیز دنبال می‌کنند.

1-Correct.

2-Prescriptive.

3-Explanatory.

4-Arrow, Kenneth J., 'the potentials and limits of the market in resource allocation', Feiwel, G. R. (ed), in: issues in contemporary micro economical welfare, London: the Macmillan press, 1985, pp.107-124

بند اول. برداشت‌های اقتصادی رفاهی

مدل اقتصادی نظریه منافع عمومی، معروف و شناخته شده است. به عبارتی ساده، این برداشت پیشنهاد می‌کند که مقررات در پاسخ به معایبی در بازار است که با عنوان «نارسایی بازار» شناخته می‌شود. اصلاح نارسایی‌های بازار موجب رفاه عمومی و در نتیجه، حفظ منافع عمومی می‌شود. بنابراین، اشخاصی که مقررات را وضع می‌کنند، نماینده منافع عمومی هستند. نارسایی بازار شامل انحصار و دیگر رفتارهای ضد رقابت، عوارض سوء خارجی، ناممکن بودن برآوردن کالاهای عمومی و اطلاعات ناقص یا نامتقارن در بازار است. آنتونی اوگوس در اثر خود به نام «مقررات» می‌گوید: «مقررات به عنوان ضرورت اعمال قدرت جمعی از طریق دولت برای حل ناکامی‌های بازار است تا عموم را از شر رفتارهای انحصاری، رقابت مخرب، سوء استفاده قدرت‌های اقتصادی خصوصی یا آثار و پی‌آمدهای نامطلوب مواظبت کند. این عوامل موجب تضعیف منافع عمومی می‌شود. مقررات از این جهت نیز توجیه می‌شود که نظام تنظیمی، کارهایی را می‌کند که بازار قادر به آن کار نیست. ... هر گونه تلاشی که بخواهد فهرست جامعی از اهداف تئوری‌های منافع عمومی را تنظیم کند که قادر به توجیه مقررات باشد، ناموفق خواهد بود. آنچه منافع عمومی را ایجاد می‌کند، مطابق زمان، مکان و ارزش‌های خاص مربوط به یک جامعه خاص متفاوت است. پس اهداف اقتصادی منافع عمومی در مطالب و نوشته‌های غربی بیش‌تر بیانگر دلایل وضع مقررات بر اساس ویژگی‌های خاص جوامع غربی است»^۱.

بند دوم. تئوری‌های منافع عمومی و نارسایی‌های بازار

مطابق تئوری‌های منافع عمومی، بازار دارای نارسایی‌هایی است که با مقررات، این نارسایی‌ها برطرف می‌شود. از جمله این نارسایی‌ها به این موارد می‌توان اشاره کرد:

الف) نامتوازن بودن بازار

نبود توازن در عملکرد بازار یکی از مشکلاتی است که موجب ناکامی بازار می‌شود و مقررات، قابلیت حل این مشکل را دارد و در ایجاد ثبات و توازن بازار نقش کمکی دارد. معمولاً نبود توازن در اقتصادی که بازارهای جدا از هم دارد، اتفاق می‌افتد. در بازارهای جدا از هم و مجزا، رقابت به وجود می‌آید. این وضعیت بیش‌تر به خاطر انباشت کالا در بازار بدون وجود تقاضا اتفاق می‌افتد. با رفع این مشکل (یعنی انباشت کالای بدون تقاضا)، کارایی به وجود می‌آید.

1-Ogus, Anthony, Regulation: Legal, Form and Economic Theory, Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 73

رقابت مخرب نه تنها موجب پایین آمدن سطح قیمت‌ها می‌شود، بلکه موجب نوسان گسترده قیمت‌ها نیز می‌شود، به طوری که باعث سردرگمی تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان می‌گردد؛ زیرا نمی‌توانند اطمینان داشته باشند و درست تصمیم بگیرند. در نهایت، رقابت فاحش و مخرب موجب می‌شود ایمنی و کیفیت کالاها پایین بیاید.^۱

نامتوازن بودن بازار موجب بی‌ثباتی در چرخش تجاری هم می‌شود یعنی دوره افزایش و کاهش فعالیت‌های اقتصادی، مرتب در تغییر و نوسان است و بی‌ثباتی چرخش تجاری را موجب می‌شود. برای ثبات چرخش اقتصادی لازم است از کاهش تولید و اشتغال در گروه‌های اجتماعی اثرگذار جلوگیری شود. معمولاً برای ثبات چرخش اقتصادی، از سیاست‌های تجاری، ابزارهای بودجه و پولی استفاده می‌شود.

ب) نارسایی‌های اطلاعات (اطلاعات ناقص یا نامتقارن در بازار)

تئوری منافع عمومی علاوه بر مشکل رقابت ناروا و عملکرد نامتوازن بازار در خصوص نارسایی اطلاعات در بازار نیز توضیح می‌دهد. ناکامی بازار ممکن است ناشی از نارسایی‌های اطلاعات و هزینه‌های معاملات و عوارض نامناسب تولیدات کالاها و امکان ناپذیر بودن تولید کالاهای عمومی باشد. در همه این موارد، مقررات می‌تواند کارآیی اقتصادی بازار را اصلاح کند. مشکل این است که در بازار، اطلاعات پنهان و توزیع ناهمگون اطلاعات راجع به قیمت‌ها، کمیت‌ها و کیفیت کالاها وجود دارد. وقتی تولیدکنندگان کالاهای باکیفیت نمی‌توانند کالای خود را به قیمت مناسب در بازار بفروشند، عملاً کالاهای با کیفیت پایین خریداری می‌شود و کالاهای باکیفیت در بازار می‌مانند.^۲ در این روند، «انتخاب نامطلوب»^۳ اتفاق می‌افتد که از نبود اطلاعات درست در بازار اتفاق می‌افتد. هم‌چنین توزیع ناهمگون اطلاعات موجب ضرر معنوی^۴ در اجرای قراردادهای می‌شود یعنی طرفین از اطلاعات خود سوء استفاده می‌کنند.^۵

دو مشکل «انتخاب نامطلوب» و «ضرر معنوی» را می‌توان در مسائلی مانند گواهی‌ها و مجوزها و دیگر مقررات تجاری برای گروه‌های حرفه‌ای مانند سازندگان ساختمان و آرایشگرها توضیح داد. مشکلات «انتخاب نامطلوب» و «ضرر معنوی» در بازار بیمه زیاد اتفاق می‌افتد.

1-Kahn, Alfred E., The Economics of Regulation: Principles and Institutions, Cambridge: MA, MIT Press, 1988, pp. 559 and 172-178

2-Akerlof, George A., 'The Markets for 'Lemons': Qualitative Uncertainty and the Market, Mechanism', 84 Quarterly Journal of Economics, 1970, pp.488-500

3-Adverse Selection.

4-Moral hazard.

5-Leland, Hayne E., 'Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards', 87 Journal of Political Economy, 1979, pp.1325-1346

مثلاً بیمه‌گران هر چند ممکن است اطلاعات خوبی در خصوص خطرهای داشته باشند، اما اطلاعات خوبی راجع به کیفیت خدمات‌دهی شعبه‌های بیمه نداشته باشند.^۱ نواقص بازار هم‌چنین ممکن است ناشی از هزینه جست‌وجوی کالا باشد، مانند مواردی که مصرف‌کنندگان به اطلاعات مربوط به کالاها دسترسی نداشته باشند. بدیهی است اگر قواعد و مقرراتی برای تعیین قیمت و کیفیت کالاها معین شده باشد، هزینه جست‌وجو هم کم می‌شود. از طرفی، با محدود یا ممنوع کردن تبلیغات، هزینه معاملات کم‌تر می‌گردد. در ضمن، ایجاد قواعد و مقررات در خصوص در دسترس قرار دادن اطلاعات و مقررات ممنوعیت و ایجاد ابزارهای ضمانت اجرای برای این ممنوعیت موجب کاهش هزینه معاملات می‌شود.^۲

ج) عوارض بیرونی^۳

عوارض بیرونی تولیدات موجب افزایش هزینه‌های معاملات می‌شود. دولت برای جلوگیری از عوارض بیرونی با ابزار مقررات، اثرات خارجی را درونی می‌کند. عوارض بیرونی وقتی به وجود می‌آید که یک بنگاه یا فرد، فعالیت‌های خود را انجام می‌دهد که به طور مستقیم بر دیگران (بنگاه یا فرد دیگر) اثر (مثبت یا منفی) می‌گذارد، ولی به ازای آن، پولی پرداخت یا دریافت نمی‌کند. به این معنی که فرد یا بنگاه ایجادکننده اثر جانبی هزینه‌ها یا منافع ناشی از این عمل را در محاسبات خود وارد نمی‌کند.^۴

در اقتصاد، عوارض بیرونی، هزینه یا نفعی است که بر طرفی اثر می‌گذارد که هیچ‌گونه اختیاری در انتخاب آن هزینه یا سود ندارد.^۵ برای مثال، فعالیت‌های صنعتی که موجب آلودگی هوا می‌شود، هزینه‌های پاک‌سازی و سلامت را بر کل جامعه تحمیل می‌کند. در حالی که همسایگان یک شخص تصمیم می‌گیرند خانه خود را به سیستم ضد آتش مجهز کنند، ممکن است این شخص از کاهش خطر گسترش احتمالی آتش به خانه‌اش سود ببرد. تولیدکننده در صورت ایجاد آلودگی، ملزم به پرداخت هزینه‌های ناشی از آن می‌شود. اگر منافع جانبی نظیر

1-Rothschild, Michael and Stiglitz, Joseph E., 'Equilibrium in Competitive Insurance Markets', 90 Quarterly Journal of Economics, 1976, p. 639

2-Barzel, Yoram, 'Transaction Costs: Are They Just Costs?', 141 Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1985, p.5

3-Externalities.

4-www.wikipedia.com .

5-Buchanan, James and Wm. Craig Stubblebine, "Externality", Economica, Vol.29, No. 116, November 1962, p. 371

ایمنی عمومی وجود داشته و تولیدکننده، دریافتی از این بابت داشته باشد، بر فعالیت‌های تجاری خود خواهد افزود. اگر اثرهای جانبی نظیر آلودگی وجود داشته باشد و تولیدکننده ملزم به پرداخت هزینه‌های اجتماعی بشود، تولید را بیش‌تر نمی‌کند. هم‌چنین اگر تولیدکننده، اثرهای مثبت یعنی نفع مانند ایمنی عمومی را فراهم کند، به‌طور طبیعی اگر بابت ایجاد منافع چیزی دریافت کند، می‌تواند بیش‌تر به انجام دادن این‌گونه اقدامات تشویق شود.^۱

بنابراین، در مورد کالاهایی که تولید آن، اثراتی منفی یا مثبت برای اجتماع دارد، اگر قیمت‌های بازار تنظیم نشده باشد، هزینه‌های اجتماعی و منافع معاملات مشخص نمی‌شود. در چنین مواردی، دولت می‌تواند با وضع مقررات، اثرات خارجی را درونی بکند.^۲ نمونه‌هایی از مقررات عبارتند از مقررات ایمنی برای مواردی نظیر اتومبیل‌ها، مواد غذایی و آلودگی صوتی هواپیماها.^۳

در تحقیقات اخیر، بحث عوارض درونی جایگاه مهمی پیدا کرده است. به نظر می‌آید افزایش پیچیدگی تکنولوژی و جامعه امروزی، اثرات جانبی فزاینده‌ای را ایجاد کرده است که تدارک و تهیه فهرستی طولانی از عوارض بیرونی را ضروری می‌سازد. بحث عوارض بیرونی هم از نظر سیاست‌گذاری و تئوریک اهمیت دارد.

بدون دخالت در سازوکار تعیین قیمت، معاملات مفید انجام نمی‌شود، بلکه دو نتیجه حاصل می‌شود: اول این‌که فعالان بازار، خودشان، قادر به حذف ناکارآمدی مربوط نیستند. پس این وضعیت، اقدام فوری حکومت را ضروری می‌سازد. دوم این‌که از نظر تئوری، اقدام معقول برای دولت این است که نمایندگان اقتصادی بازار را از طریق ایجاد رویه‌های مناسب ملزم کند اثرات جانبی را هم در تولیدات خود در نظر بگیرند.^۴

1-Laffont, J. J., "Externalities", In The New Palgrave Dictionary of Economics, S. N. Durlauf and L. E. Blume (Ed.) Second Edition, 2008; Kenneth J. Arrow, "The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice market Allocations," in Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPP System. - of Market versus Non Washington D.C.: Joint Economic Committee of Congress, 1969, pp. 1-16

2-Gruenspecht, Howard K. and Lave, L.B, 'The Economics of Health, Safety and Environmental Regulation', in Schmalensee, Richard and Willig, Robert D. (eds), Handbook of Industrial Organization II, Amsterdam: North Holland, 1989, P. 1508

3-Carl J. Dahlman, "The Problem of Externality", Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 1, Apr. 1979, p. 141-142

4-op.cit, p. 143 .

د) کالاهای عمومی

بازار در تولید کالاهای عمومی،^۱ ناکام است. کالاهای عمومی شامل نظم عمومی، دفاع، تولید برق، روشنایی خیابان‌ها، رادیو و تلویزیون (به معنای سنتی و گذشته آن) و امروزه، برخی خدمات عمومی مانند آموزشی، بهداشتی، حمل و نقل، پارک‌هاست.^۲ اگر بازار قادر به تولید این کالاها نباشد، مقررات حکومتی برای ایجاد کالاهای عمومی و استفاده بهینه از منابع اقتصادی ضروری است؛ چون اول این‌که مستثنی کردن اشخاصی که حاضر به پرداخت هزینه مصرف کالاهای عمومی نیستند، ناممکن یا خیلی پرهزینه است. دوم این‌که مصرف این گونه کالاها توسط یک شخص به هزینه شخص دیگری امکان‌پذیر نیست.^۳

ه) نتایج نامطلوب بازار^۴

تئوری منافع عمومی، جلوگیری و اصلاح نتایج نامطلوب بازار را نیز توجیه می‌کند. در یک بازار رقابتی، شرکت‌کنندگان در یک جریان فعالیت اقتصادی، اگر مولد باشند، تشویق می‌شوند، اما این بازار ممکن است نامطلوب باشد. بازار نمی‌تواند با توزیع مجدد و توزیع کالا باعث افزایش رفاهی و اقتصادی سطح عمومی شود. هم‌چنین اصطلاح «نتایج نامطلوب بازار» به دلایلی غیر اقتصادی ممکن است مطلوب تلقی شود، مانند عدالت، انگیزه‌های پدرسالارانه یا اصول اخلاقی. در مواردی نیز لازم است بین کالای اقتصادی و عدالت، توازن ایجاد شود.^۵

تئوری منافع عمومی معمولاً برای توضیح مقررات برای هدف کارایی اقتصادی به کار برده می‌شود.^۶ در دیگر موارد، تئوری منافع عمومی به طور گسترده تفسیر شده است و برای اصلاح ناکارآمدی یا رویه‌های نامنصفانه بازار به کار می‌رود.^۷ مقررات به منظور استفاده اجتماعی کارآ از منابع محدود نیز به کار می‌رود. مثال‌هایی از قوانین و قواعد که هدف جلوگیری یا بهینه کردن

1-public goods.

2-Bohm, Peter, Social Efficiency, London: Macmillan, 1987.

3-Musgrave, Richard A. 'Provision for Social Goods', in Margolis, Julius and Guitton, H. (eds), Public Economics, New York: St. Martin's Press, 1969, p.124

4-undesirable market Results .

5-Okun, Arthur, Equality and Efficiency: the Big Tradeoff, Washington: Brookings Institution, 1975

6-Joskow, Paul L. and Noll, Roger C., 'Regulation in Theory and Practice: An Overview', in Fromm, Gary (ed.), Studies in Public Regulation, Cambridge: MA, The MIT Press, 1981, 1-66

7-Posner, Richard A. 'Theories of Economic Regulation', 5 Bell Journal of Economics and Management Science, 1974, p. 335

نتایج نامطلوب را دارند، عبارتند از: حداقل دست‌مزد قانونی، حداکثر اجاره، یارانه‌های پستی، مکالمات تلفنی، حمل و نقل مسافر، قواعد افزایش دسترسی به بهداشت، قواعد تضمین‌کننده درآمد در زمان بیماری، بی‌کاری، ناتوانی، سالمندی و مانند آن.

بند سوم. نقد تئوری منافع عمومی

به تئوری منافع عمومی از لحاظ نظری و عملی انتقاد شده است. منتقدان معتقدند در عمل، مکانسیم بازار، قادر به جبران هر نوع ناکارآمدی است. مثلاً در خصوص مشکل «انتخاب نامطلوب» با وجود مکانسیم‌های پیشرفته مانند تضمین‌ها،^۱ تبلیغات و آگهی‌های وسیع که نشانه کیفیت کالا را دارد، می‌توان مشکل را حل کرد. هم‌چنین برخی کالاهای عمومی مانند روشنایی خیابان‌ها، آموزش و درمان توسط بخش خصوصی قابل تأمین است. درباره این ایده که مقررات دولتی مؤثر و کارآ و بدون هزینه زیاد قابل اعمال است و هزینه‌های معاملات و هزینه‌های اطلاعات موجب ناکامی بازار می‌شود، گفته‌اند که این مشکلات با وجود مقررات دولتی نیز بروز می‌کند. به این ایده‌ها از لحاظ نظری و عملی انتقاد وارد شده است.^۲

تحقیقات نظری نشان می‌دهد که با وجود پی‌گیری هدف کارایی در اقتصاد ممکن است در مواقعی، عوامل ناکارآمد اجتناب‌ناپذیری در یکی از بخش‌های اقتصادی به وجود آید و کل اقتصاد را ناکام کند، مانند رقابت نادرست در یک بخش بازار باعث تخریب کل اقتصاد شود. این ناکارآمدی اجتناب‌ناپذیر ممکن است ناشی از عوارض خارجی، مالیات، رقابت نادرست و اطلاعات نادرست باشد.^۳

برخی تحقیقات نشان می‌دهد دستگاه‌های تنظیم‌کننده مقررات هم در تنظیم قواعد و هم در به‌کارگیری این قواعد از اطلاعات نادرست استفاده می‌کنند. پس تجارت و بازار تنظیمی با ابزارهای ناکارآمد شکل می‌گیرد و قادر به تولید کالا با هزینه کم نیست.^۴ تحقیقات عملی نیز در خصوص مؤثر بودن و کارایی مقررات دولتی بر تئوری منافع عمومی انتقاد وارد کرده است. مثلاً تحقیقات نشان می‌دهد که اثرات مقررات در موضوعات مربوط به کالاهای انحصاری طبیعی مانند اثرات مقررات قیمت بر تولیدکنندگان برق ناچیز

1-undesirable market Results.

2-Nelson, Philip, 'Advertising as Information', 82 Journal of Political Economy, 1974, p. 729.

3-Utton, M.A., The Economics of Regulating Industry, Oxford: Blackwell, 1986, p. 243.

4-Baumol, William J. and Klevorick, Alvin K., 'Input Choices and Rate of Return Regulation: an Overview of the Discussion', 1 Bell Journal of Economics and Management Science, 1970, p.162

است. هم‌چنین تنظیم بخش‌های رقابتی مانند حمل و نقل هوایی و دریایی موجب افزایش قیمت‌ها می‌شود.^۱

تجربه عملی اثبات می‌کند که مقررات بیانگر یک ساختار تعیین قیمت ناکارآمد است و فقط به گروه‌های مصرف‌کننده یارانه پرداخت می‌کند. هم‌چنین اثرات مقررات‌زدایی اقتصادی نشانه آن است که مصرف‌کنندگان منافع زیادی می‌برند و در مواردی، تولیدکنندگان هم‌ذی‌نفع هستند.^۲ در نهایت، استدلال‌هایی وجود دارد که مبتنی بر این فرض است که حتی قانون‌گذار رقابت به عنوان یک ابزار انحصاری مورد سوء استفاده قرار گرفته است.^۳ استدلال تئوری منافع عمومی بر این است که مقررات، هدف کارایی اقتصادی را برآورده می‌کند، در حالی که قادر به توضیح‌دهی و پاسخ‌گویی نیست؛ چون اهداف مربوط به انصاف و توزیع مجدد باید با هزینه هدف کارایی دنبال شود.^۴

هم‌چنین در مواردی که بین هدف کارایی با هدف عدالت تعارض پیدا می‌شود، اولاً این تئوری قادر به حل آن نیست؛ چون معیار دقیقی برای عدالت و توافقی در خصوص تعریف عدالت وجود ندارد. ثانیاً ایجاد کارایی اجتماعی مقررات مستلزم این است که بین کارایی اقتصادی و عدالت توازن ایجاد شود.^۵

تئوری منافع عمومی کامل نیست؛ چون تئوری مشخص نمی‌کند چگونه منافع عمومی در اعمال قانون‌گذار دیده می‌شود. کارایی، رفاه اقتصادی را افزایش می‌دهد، ولی مشخص نمی‌کند دادن یا ندادن امتیازات متوجه چه کسانی است.

1-Jordan, William A., 'Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation', 15 Journal of Law and Economics, 1972, 151-176

2-Winston, Clifford, 'Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists', 31(3) Journal of Economic Literature, 1993, 1263-1289

3-Baumol, William J. and Ordover, Janusz A., 'Use of Antitrust to Subvert Competition', 28, Journal of Law and Economics, 1985, 247-265

4-Joskow, Paul L. and Noll, Roger C., 'Regulation in Theory and Practice: Studies in Public Regulation, Cambridge: MA, The MIT Press, 1981, p. 36

5-Ng, Yew Kwang, 'Some Fundamental Issues in Social Welfare', in Feiwel, G.R. (ed.), Issues in Contemporary Microeconomics and Welfare, London: The Macmillan Press, 1985, 435-469

گفتار سوم. تئوری منافع خصوصی مقررات

این تئوری را صاحب‌نظران آزادی‌خواه، دولت رفاه و مارکسیست‌ها و اقتصاددانان بازار آزاد ارائه کرده‌اند. نمونه جالب توجه، تئوری منافع خصوصی یا گاپچر تئوری^۱ توسط صاحب‌نظران علوم سیاسی توسعه یافته است. دو صاحب‌نظر معروف این تئوری، بنتلی و ترومن^۲ هستند. این دو صاحب‌نظر و طرفداران این دو صاحب‌نظر معتقدند که سیاست‌های عمومی بر مبنای منافع گروه‌ها شکل گرفته است.^۳

تئوری منافع خصوصی، مقررات را ناشی از رقابت بین شرکت‌کنندگانی می‌داند که به دنبال رانت هستند و به صورت خودخواهانه در قانون‌گذاری اعمال نفوذ می‌کنند. این شرکت‌کنندگان برای تضمین منافع خود در قانون‌گذاری، در فرآیندهای سیاسی و قانون‌گذاری نقش ایفا می‌کنند. نظریه‌های منافع خصوصی تا حد زیادی ماهیت توضیحی دارند و به توضیح چگونگی و چرایی پیدایش مقررات می‌پردازند. برخی از نظریه‌های منفعت خصوصی ممکن است به صورت تجویزی به دنبال ارزیابی این نکته باشد که آیا نتایج به دست آمده از نظر اقتصادی، کارآمد هستند یا نه. به طور معمول مشاهده می‌شود که منابع اختصاص یافته برای برنده شدن در بازی مقررات به اتلاف اقتصادی منجر می‌شود و بنابراین، از نظر اجتماعی، غیر مولد هستند.^۴

بنابراین، تئوری‌های منافع خصوصی مقررات بر پایه این فرض قرار گرفته است که مقررات برخاسته از اعمال اشخاص یا اهداف گروه‌ها برای به حداکثر رساندن منافع خودشان است. مطابق این نظر، ممکن است مقررات، منافع عمومی را دنبال کند یا نکند. اگر هم دنبال منافع عمومی باشد، غیر عادی و عجیب است. تفاوت‌های زیادی بین صاحب‌نظران این تئوری وجود دارد.^۵

تئوری‌های منافع عمومی بر ناکامی بازار تأکید می‌کنند و بر این نظرند که مقررات قابلیت اصلاح این ناکامی‌ها را دارند. تئوری‌های منافع خصوصی بر ناکامی مقررات و گرایش

1-Capture Theory.

2-Bentley & Truman.

3-Truman, David B., The Government Process: Political Interests and Public Opinion, New York: Alfred A. Knopf, 1951; Bentley, Arthur F., The Process of Government, Harvard University Press, 1908

4-Ogus, A. Regulation: Legal, Form and Economic Theory, Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 73 .

5-Posner, Richard A., "Theories of economic regulation NBER working paper series, Working Paper No.41 , Center for economic analysis of human behavior and social institutions", National Bureau of Economic Research, 1974, p.2

مقررات برای تأمین منافع گروه خاص تأکید دارند به جای این که به دنبال برآوردن رفاه جمعی باشند. البته بر این تئوری نیز از جهت‌هایی انتقاد شده است. اولاً این تئوری از تئوری منافع عمومی کاملاً قابل تشخیص نیست؛ چون این تئوری نیز بر این فرض استوار است که تئوری منافع عمومی، نقطه شروع توجه به مقررات است. از طرفی، مشخص نمی‌کند که چرا یک گروه یا شعبه‌ای از صنعت در تحمیل منافع گروهی خود بر سازمان تنظیم‌کننده مقررات موفق بوده است، اما نمی‌تواند مانع ایجاد مقررات شود. ثانیاً مقررات بیش‌تری وجود دارند که در جهت تأمین منافع گروه‌های مصرف‌کننده هستند، به جای این که در جهت تأمین بخش‌هایی از صنعت باشند. ثالثاً بیش‌تر مقررات مانند مقررات محیط زیست، مقررات ایمنی و تولیدات و شرایط ایمنی کار نه تنها در جهت منافع شرکت‌ها نیستند، بلکه بر خلاف منافع آن‌ها نیز هستند.

در نهایت، تئوری منافع خصوصی، بیش‌تر یک فرضیه^۱ است تا تئوری؛ چون توضیح نمی‌دهد که چرا شعبه‌ای از صنعت قادر به کنترل و به‌کارگیری یک سازمان تنظیمی مقررات است، اما مصرف‌کنندگان در جلوگیری از تسلط آن‌ها ناکام هستند.^۲

گفتار چهارم. تئوری نهادگرایان

در این دیدگاه، منافع خصوصی و عمومی و نقش نهادها در به‌کارگیری مقررات در نظر گرفته شده است. این نهادها شامل بازار، خانواده، بنگاه‌های اقتصادی و امثال آن می‌شود. این دیدگاه علاوه بر انگیزه‌های نفع شخصی و گروهی، نقش نهادها را نیز در پیشرفت و کارکرد مقررات‌گذاری در نظر می‌گیرد و مجموعه عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و به عبارتی، عوامل زمانی و مکانی را در امور اقتصادی و حقوقی اثرگذار می‌داند. مطابق این دیدگاه، انگیزه‌های درون‌گروهی نیز می‌توانند در جهت منافع عمومی و در خدمت جامعه باشند. مثلاً در نهاد خانواده، حس هم‌دوستی و روابط عاطفی نزدیک اعضای خانواده در جهت منافع جامعه نیز مؤثر واقع می‌شود.

گروهی از نهادگرایان با استفاده از دیدگاه‌های نئوکلاسیک‌ها از جمله حداکثر مطلوبیت، مکتب نهادگرایی جدیدی تشکیل دادند.^۳ برخلاف هر دو نظریه تئوری عمومی و تئوری خصوصی که بیش‌تر، بازیگر محور هستند، نهادگرایان در تلاشند به مجموعه‌ای از رویکردها توجه کنند که به طور گسترده در تجزیه و تحلیل تعاملات مقررات‌گذاری به کار می‌روند. پس به جای تمرکز بر

1-Hypothesis .

2-op.cit, pp.14-17 .

۳. بادینی، حسن، «جزوه حقوق اقتصادی»، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۹، ص ۱۷.

پویایی بین بازیگران انفرادی، بر نظریه سیستم متمرکزند. برای مثال، بر پایه پویایی «سیستم قانونی»، «سیستم اقتصادی» یا «سیستم سیاسی» تمرکز دارند. این دیدگاه، محتوا و حدود و ثغور یک سیستم را با ارجاع به سیستم‌های حقوقی، اقتصادی و سیاسی تعریف می‌کند. هدف در دیدگاه نهادگرایی، به کارگیری نظریه‌ای در حوزه‌های مبتنی بر قاعده یا به کارگیری روابط بین حوزه‌های مختلف مبتنی بر قاعده است. همچنین در توضیح این که چرا و چگونه مقررات به وجود می‌آیند، نقش مهم ایفا می‌کند یعنی سازمان‌های رسمی مانند سازمان‌های تنظیمی، نهادها و دولت‌ها، قواعد و خط‌مشی‌هایی مانند تجزیه و تحلیل خطر، محاسبه سود و ضرر و قواعد حمایتی را در توجیه مقررات به کار می‌برند. در این دیدگاه به نقش نهادها، سازمان‌ها و سیستم‌ها در نهادهای تنظیمی اهمیت زیادی داده می‌شود.^۱

1-Ayres and Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, 1992.

نتیجه‌گیری

در این مقاله، نقش مقررات به عنوان یک نظام تنظیمی و به عنوان ابزار دخالت دولت در اقتصاد بررسی شد. مبانی توجیهی مقررات و این که چرا مقررات ایجاد شده‌اند و چه اهدافی را باید دنبال کنند، در قالب سه دیدگاه عمده به نام تئوری‌های منافع عمومی، تئوری‌های منافع خصوصی و تئوری‌های نهادگرایان بررسی گردید.

مطابق تئوری‌های منافع عمومی، مقررات دولتی، یکی از شیوه‌های دستیابی به کارایی در توزیع منابع است و ابزاری در دست قانون‌گذاران برای تأمین و تشویق رفاه عمومی جامعه، اصلاح و برطرف کردن ناکامی‌های بازار، عوارض بیرونی، انحصار یا رقابت نادرست، عملکرد نامتوازن بازار، ناممکن بودن فراهم کردن کالاهای عمومی، اطلاعات ناقص یا نامتقارن در بازار است. پس با مقررات می‌توان توزیع را با تسهیل، حفظ و تسریع فعالیت بازار اصلاح کرد.

طرفداران تئوری‌های منافع خصوصی، مقررات را ناشی از فشار گروه‌های خصوصی و در جهت منافع این گروه‌ها می‌دانند. مقررات را ناشی از رقابتی می‌دانند که گروه‌ها با استفاده از رانت و اعمال نفوذ در فرآیند مقررات‌گذاری و تصمیم‌گیری نقش ایفا می‌کنند. بنابراین، مقررات ناکام می‌ماند و به جای این که به دنبال برآوردن منافع عمومی باشد، برای تأمین منافع گروه خاص است.

تئوری‌های نهادگرایان بر روند چگونگی کارکردهای نهادهای تنظیمی تمرکز دارند. صاحب‌نظران این تئوری معتقدند فعالان دولتی و غیر دولتی در تعقیب منافع عمومی و خصوصی در چارچوب نظام‌های تنظیمی، وابستگی متقابلی به هم دارند. در این دیدگاه، منافع خصوصی و عمومی و نقش نهادها در به کارگیری مقررات در نظر گرفته شده است. این دیدگاه علاوه بر انگیزه‌های نفع شخصی و گروهی، نقش نهادها را نیز در پیشرفت و کارکرد مقررات‌گذاری در نظر می‌گیرد و مجموعه عوامل اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی یا به عبارتی، عوامل زمانی و مکانی را در امور اقتصادی و حقوقی اثرگذار می‌داند.

این تئوری‌ها، همه اهداف و مبانی توجیهی را برای مقررات تعریف می‌کنند. مقررات باید در راستای منافع عمومی هدایت شوند. در مقررات باید منافع نخبگان اقتصادی که نتیجه تلاش‌ها و خلاقیت‌های آن‌ها موجب ارتقا و پیشرفت اقتصاد می‌شود، تشویق و حمایت شود. با این حال، لازم است با ایجاد محدودیت‌هایی، از شکل‌گیری هر نوع انحصار جلوگیری گردد. خلاصه این که مفهوم منافع عمومی بهتر است با تعریف جدیدی به کار رود و در آن، منافع همه گروه‌های خصوصی به ویژه نخبگان، کارکرد نهادها و منافع عموم

دیده شود. در صورت به‌کارگیری مقررات در جهت منافع گروه‌های خاص و بی‌توجهی به منافع عمومی، ایراد مقام مقررات‌گذار آشکار می‌شود که باید مقام مقررات‌گذار را از انحصار گروهی خاص نجات داد و مقررات را در جهت منافع عمومی بازنگری کرد.

مقررات دولتی، یکی از شیوه‌های دستیابی به کارآیی در بازار و توزیع عادلانه منابع و رفع ناکامی‌های بازار و ابزاری است برای فایق شدن بر انحصار و ایجاد رقابت منصفانه در بازار. اگر مقررات، ناکارآمد شود یا در انحصار گروه‌های ذی‌نفوذ درآید، راه حل ناکامی مقررات، حذف آن نیست، بلکه اصلاح آن و ایجاد اصلاحات در مقامات مقررات‌گذار است. از طرفی، بسیاری از مقررات مجری در ایران، ترجمه مقررات مربوط به دیگر کشورهاست. بدیهی است آن‌چه منافع عمومی را ایجاد می‌کند، مطابق زمان، مکان و ارزش‌های خاص مربوط به یک جامعه خاص متفاوت است. پس برای تأمین منافع عمومی در کشور، مقررات باید مطابق شرایط زمانی، مکانی و ارزش‌های خاص جامعه ما شکل بگیرد.

وضعیت جدیدی در نظام اقتصادی و حقوقی ایران در حال شکل‌گیری است. با برنامه خصوصی‌سازی، مقررات را باید متناسب با شرایط جدید بازنگری و اهداف دولت را در زمینه‌های اجتماعی، اقتصادی و حقوقی برآورده کرد. بنابراین، مبانی شکل‌گیری مقررات باید دقیقاً بررسی و متناسب با شرایط خاص هر حوزه بازسازی شود. بدیهی است تقویت و تعریف دقیق بنیان و مبانی مقررات می‌تواند نظام اداره کشور را در همه زمینه‌ها از پراکندگی، بی‌هدفی و سردرگمی رهایی دهد و نظامی متناسب با اهداف قانون اساسی و شرایط زمانی، اقتصادی و اجتماعی امروزی و مطابق ارزش‌های خاص کشور ایجاد کند.

فهرست منابع

۱. فارسی

۱. بادینی، حسن، «جزوه حقوق اقتصادی»، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۹.

2-Latin source

A) Book

- 1-Ayres and Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, 1992
- 2-Bentley, Arthur F., The Process of Government, Harvard University Press, 1908.
- 3-Bohm, Peter, Social Efficiency, London: Macmillan, 1987.
- 4-Bronwen, Morgan and Karen Yeung, An Introduction to Law and Regulation, Text and Materials, Cambridge University Press, 2007
- 5-Kahn, Alfred E., The Economics of Regulation: Principles and Institutions, Cambridge: MA, MIT Press, 1988
- 6-Kay, John A. and John S. Vickers, Regulatory Reform: An Appraisal, in: Majone, Giandomenico (ed.), Deregulation or Re-regulation, London: Pinter Publishers, 1990
- 7-Majone, Giandomenico (ed.), Deregulation or Reregulation, London: Pinter Publishers, 1990
- 8-Ogus, Anthony, Regulation: Legal, Form and Economic Theory, Oxford: Hart Publishing, 2004
- 9-Okun, Arthur, Equality and Efficiency: the Big Tradeoff, Washington: Brookings Institution, 1975
- 10-Truman, David B., The Government Process: Political Interests and Public Opinion, New York: Alfred A. Knopf, 1951
- 11-Utton, M.A., The Economics of Regulating Industry, Oxford: Blackwell, 1986.
- 12-Viscusi, W. Kip, Vernon, John M. and Harrington, Joseph E. Jr, Economic of regulation and antitrust, Cambridge: MA MIT Press, 1996

B) Article

- 1-Akerlof, George A., 'The Markets for 'Lemons': Qualitative Uncertainty and the Market, Mechanism', 84 Quarterly Journal of Economics, 1970
- 2-Arrow, Kenneth J., 'the potentials and limits of the market in resource allocation', Feiwel, G. R. (ed), in: issues in contemporary micro economical welfare, London: the Macmillan press, 1985
- 3-Barzel, Yoram, 'Transaction Costs: Are They Just Costs?', 141 Journal of Institutional and Theoretical Economics, 1985
- 4-Baumol, William J. and Klevorick, Alvin K., 'Input Choices and Rate of Return Regulation: an Overview of the Discussion', 1 Bell Journal of Economics and Management Science, 1970
- 5-Baumol, William J. and Ordover, Janusz A., 'Use of Antitrust to Subvert Competition', 28, Journal of Law and Economics, 1985
- 6-Buchanan, James and Wm. Craig Stubblebine, «Externality», *Economica*, Vol.29, No. 116, November 1962
- 7-Carl J. Dahlman, "The Problem of Externality", *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 1, Apr. 1979
- 8-Gruenspecht, Howard K. and Lave, L.B, 'The Economics of Health, Safety and Environmental Regulation', in Schmalensee, Richard and Willig, Robert D. (eds), *Handbook of Industrial Organization II*, Amsterdam: North Holland, 1989
- 9-Johan den Hertog, "General theories of regulation" Economic Institute/ CLAV, Utrecht University, 1999
- 10-Jordan, William A., 'Producer Protection, Prior Market Structure and the Effects of Government Regulation', 15 *Journal of Law and Economics*, 197
- 11-Joskow, Paul L. and Noll, Roger C., 'Regulation in Theory and Practice: Studies in Public Regulation, Cambridge: MA, The MIT Press, 1981
- 12-Laffont, J. J., "Externalities", In *The New Palgrave Dictionary of Economics*, S. N. Durlauf and L. E. Blume (Ed.) Second Edition, 2008
- 13-Kenneth J. Arrow, «The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the market Allocations,» in *Analysis and Evaluation of Public - Choice of Market versus Non*

- Expenditures: The PPP System. Washington D.C.: Joint Economic Committee of Congress, 1969
- 14-Leland, Hayne E., 'Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards', 87 Journal of Political Economy, 1979
- 15-Musgrave, Richard A. 'Provision for Social Goods', in Margolis, Julius and Guitton, H. (eds), Public Economics, New York: St. Martin's Press, 1969
- 16-Nelson, Philip, 'Advertising as Information', 82 Journal of Political Economy, 1974
- 17-Ng, Yew Kwang, 'Some Fundamental Issues in Social Welfare', in Feiwel, G.R. (ed.), Issues in Contemporary Microeconomics and Welfare, London: The Macmillan Press, 1985
- 18-Posner, Richard A., "Theories of economic regulation NBER working paper series, Working Paper No.41, Center for economic analysis of human behavior and social institutions", National Bureau of Economic Research, 1974
- 19-Rothschild, Michael and Stiglitz, Joseph E., 'Equilibrium in Competitive Insurance Markets', 90 Quarterly Journal of Economics, 1976
- 20-Winston, Clifford, 'Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists', 31(3) Journal of Economic Literature, 1993
- 21-www.wikipedia.com.



نظام حقوقی حاکم بر دعاوی طاری در محاکم حقوقی و دیوان عدالت اداری

جلال جعفری *

جواد خالقیان **

جلیل مالکی ***

چکیده

در دعاوی طاری، یکی از انواع دعاوی است که در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شده است. در نظام حقوقی ایران، بر اساس ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، هر دعوائی که در میانه رسیدگی به دعاوی دیگر، از طرف خواهان یا خوانده یا شخص اصلی یا از طرف متداعیین اصلی اقامه شود، دعاوی طاری نام دارد. همچنین دعاوی طاری، دعوائی است که بر دعاوی دیگر، نظر به وحدت منشأ یا داشتن ارتباط از نظر اضافه کردن خواسته یا در مقام دفاع یا وارد کردن شخصی به دعوا وارد می‌شود و خود، دعوائی کامل به شمار می‌رود.

در سال ۱۳۸۵، امکان اقامه دو دعوا از اقسام دعاوی طاری در قانون دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شد. با تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲، با اختصاص یک ماده به هر کدام، توضیحی ناقص از شیوه طرح این دو دعوا بیان شد. این امر، نه تنها کمکی به طرح این دعاوی در دیوان عدالت نکرد، بلکه باعث بروز اختلاف نظرهایی در خصوص چگونگی طرح این دعاوی، عنوان دعوا و اقامه‌کنندگان آن شد. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: قرار، دعاوی طاری، دادگاه تجدید نظر، قانون آیین دادرسی مدنی، دیوان عدالت اداری.

*. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. Jalall.jafari@gmail.com

**. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرج).

Dr.j.khn@gmail.com (نویسنده مسئول)

***. گروه حقوق خصوصی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

Jalil.malekii@gmail.com

مقدمه

«دعاوی طاری» در لغت از ترکیب دو واژه «دعاوی»، جمع دعا و «طاری» تشکیل شده است. «دعا» در لغت، اسم مصدر «ادعا» و از ریشه «دعو» به معنای خواهانی، خواسته شده و طلب است. «طاری» هم اسم فاعل از ریشه «طرء» به معنای ناگاه درآینده، ناگاه روی آورنده و بر چیزی وارد شدن است و باید توجه داشت که میان طاری و حادث تفاوت وجود دارد و طاری، امر ایجادى غیر متوقع است.^۱

در نظام حقوقی ایران، دعاوی طاری در چهار دسته تقسیم‌بندی می‌شوند که عبارتند از: تقابل، اضافی، ورود ثالث و جلب ثالث. از نظر شکلی، دعاوی به دعاوی اصلی و طاری تقسیم می‌شوند. دعاوی اصلی آن است که دعوا را بدو تولید و ایجاد می‌کند که به وسیله دادخواست خواهان صورت می‌گیرد و دعاوی طاری آن است که در اثنای رسیدگی به یک دعاوی دیگر اقامه شده (دعاوی اصلی) اقامه می‌گردد.^۲ دعاوی طاری، خود، یک دعاوی کامل است و باید شرایط اقامه عمومی طرح دعوی (منجز بودن حق، ذی‌نفع بودن خواهان و اهلیت خواهان) را دارا باشد.^۳

وقتی که به چند دعاوی مرتبط به صورت یک‌جا و در شعبه دادگاه رسیدگی می‌شود، مسلماً وقت کم‌تری از آن‌چه برای رسیدگی به هر یک از پرونده‌ها لازم است، از اصحاب دعا و دادگاه و دیگر اشخاص و مراجعی گرفته می‌شود که به نحوی در رسیدگی به دعاوی مداخله دارند.^۴

در دادرسی‌های مدنی، به طور معمول، یک شخص علیه یک شخص دیگر دادخواهی می‌کند و دادرسی پیش می‌رود، بی آن‌که به افزودن بر خواسته، طرح دعاوی اضافی یا فراخواندن ثالث نیاز باشد. با وجود این، گاه ممکن است کام‌یابی خواهان یا به کمال رساندن آن، افزایش خواسته یا طرح دعاوی دیگری علیه ثالث یا خوانده را ایجاب کند و در نتیجه، وی ناگزیر از فراخوانی ثالث به دادرسی، طرح دعاوی اضافی یا افزایش خواسته شود. از سوی دیگر، خوانده نیز گاه بی آن‌که در پی طرح دعاوی متقابل یا فراخواندن ثالث

۱. کریمی، عباس، آیین دادرسی مدنی، تهران: مجد، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱.

۲. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (جلد ۱ و ۲)، تهران: مجد، ۱۳۸۸، ص ۲۵۳.

۳. صدرزاده افشار، سید محسن، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۲۳.

۴. قی‌پور، بهرام و محمدمبین قدیری‌نسب، «بررسی مبانی قانونی و عقلی دعاوی طاری نظر به رویه قضایی جهت ایجاد رویه واحد در محاکم قضایی با تأکید بر نظم و امنیت اجتماعی»، پژوهش‌نامه نظم و امنیت انتظامی، سال دوازدهم، ۱۳۹۸، شماره ۳، ص ۱۵۱.

به دادرسی باشد، در برابر دادخواهی خواهان به دفاع از خود پردازد و راهبرد طرح دعوای متقابل را در پیش بگیرد یا فراخواندن ثالثی را به دادرسی لازم بداند.^۱

به موجب مواد ۱۷، ۹۸، ۱۰۳، ۱۳۰ تا ۱۴۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹، دعوای طاری وضع شده است. در مواد ۳۵ (بندهای ۱۱ و ۱۲)، ۱۰۹، ۴۱۹، ۴۲۵۱، ۴۲۳، ۴۳۲ و ۵۰۳ همان قانون، ماده ۵۱ قانون بیمه شخص ثالث، مصوب ۱۳۹۵، ماده ۲۱ قانون شوراهای حل اختلاف، مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی قانون شوراهای حل اختلاف، مصوب ۱۳۹۴ و ماده ۵۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ به برخی احکام و آثار دعوای طاری اشاره شده است.

با وجود اهمیت دعوای طاری در فرآیند دادرسی در مراجع حقوقی و دیوان عدالت اداری، تاکنون به این دعوای و نظام حقوقی حاکم بر آن‌ها توجه چندانی صورت نگرفته است و وضعیت برخی از مصداق‌های این دعوای به ویژه در دیوان عدالت اداری چندان مشخص نیست.

نکته دیگر این است که دستگاه‌ها و واحدهای دولتی حق شکایت در دیوان عدالت اداری را ندارند، ولی دعوای طاری برای دستگاه‌های دولتی پیش‌بینی شده است. حال این سؤال مطرح است که آیا این مقررات بر خلاف نص اصل ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و قاعده امکان‌پذیر نبودن شکایت دستگاه‌های دولتی در دیوان عدالت اداری نیست؟

در این خصوص، رسیدگی به دعوای طاری در محاکم عمومی و دیوان عدالت اداری، تابع مقررات خاصی است که در قوانین یادشده پیش‌بینی شده است. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد با توجه به فلسفه وجودی حاکم بر تأسیس دیوان عدالت اداری و نابرابری طرفین دعوا در این رابطه و نیز ضرورت اصل برابری طرفین در محاکم حقوقی، دیوان عدالت اداری، برخی مصداق‌های دعوای طاری را نپذیرفته است. روش تحقیق در این پژوهش از نوع توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتاب‌خانه‌ای استفاده شده است.

گفتار اول - مبانی پذیرش دعوای طاری

حق دادخواهی و به رسمیت شناختن این حق برای هر فرد و هر یک از احاد ملت، صرف نظر از هر گونه ویژگی نژادی، جنسی، قومی، قبیله‌ای و مذهبی،^۲ از جمله حقوق اولیه

۱. طهماسبی، علی، «امکان‌سنجی دادخواهی خواهان بر خواهان و خواننده بر خواننده در حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۸، ص ۱۴۹.

۲. مهرپور، حسین، نظام بین‌المللی حقوق بشر، تهران: اطلاعات، چاپ ششم، ۱۳۹۴، ص ۷۸.

همه افراد به شمار می‌رود تا در مواردی که به حقوق و آزادی‌های آن‌ها تعرض شود، برای احیای آن، امکان مراجعه به مراجع صالح قضایی را داشته باشند.^۱

هم‌چنین قانون‌گذار با تأسیس مقررات ورود شخص ثالث، امتیازی استثنایی و ویژه برای اشخاص خارج از دادرسی و بیگانه از دعوا قائل شده است تا بتوانند با احساس ذی‌نفع بودن یا بیم از ضرر حاصل از دعوای مطرح‌شده، برای جلوگیری از ضرر دیدن و تضییع حقوق، با میل و اختیار مداخله کنند.^۲

افزون بر این‌ها، با نگاهی به آمار سالانه پرونده‌های تشکیل‌شده در محاکم و بررسی خواسته اصحاب دعوا مشخص می‌شود که تعداد زیادی از پرونده‌ها با هم ارتباط دارند. طرح دعوای طاری سبب می‌شود پرونده‌های متعدد در دادگستری تشکیل نشود و آمار پرونده‌های قضایی کاهش یابد.

بند اول. پذیرش دعوای طاری بر مبنای اصل سرعت در رسیدگی

رسیدگی در مدت معقول در فرآیند دادرسی در کنار دیگر تضمین‌های دفاعی هم‌چون اصل تساوی سلاح‌ها و اصل علنی بودن است. یکی از مبنای رسیدگی در مدت معقول دادرسی، تأمین عدالت در زندگی اجتماعی است.^۳ قانون‌گذار به دلیل ارتباط داشتن دعوای طاری با دعوای اصلی یا اتحاد منشأ آن‌ها، برای جلوگیری از صدور آرای متعارض و صرفه‌جویی در وقت و هزینه‌ها و کاهش اطاله دادرسی مقرر کرده است دعوای طاری در همان دادگاهی طرح شوند که دعوای اصلی در حال رسیدگی است.^۴ در صورت طرح دعوای طاری، دادگاه در صورت امکان، رأی خود را برای هر دو دعوا، در یک دادنامه صادر می‌کند.^۵

این موضوع علاوه بر کمک به برقراری دادرسی هماهنگ، صحیح، منظم و با اطاله کم‌تر، دربرگیرنده نفع اصحاب دعوا در استفاده از مزایای این دادرسی است. به ویژه برای خواهان دعوای طاری این مزیت را دارد که صرف نظر از قواعد مربوط به صلاحیت محلی، دعوای خود را در دادگاهی مطرح می‌کند که دعوای اصلی در آن جریان دارد و به صورت هم‌زمان و همراه با دعوای اصلی رسیدگی می‌شود.

۱. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی و آزادی‌های اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴، ص ۲۹۴.

۲. متین دفتري، پیشین، ص ۳۲۳.

۳. وطنی، امیر و محمد نرگسیان، «جایگاه اصل رسیدگی در مدت معقول در فرآیند کیفری»، فصل‌نامه

دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، ۱۳۹۷، شماره ۸۴، ص ۲۶۵.

۴. قهرمانی، نصرالله، **مباحث دشوار آیین دادرسی مدنی**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۹.

۵. غمامی، مجید و حسن محسنی، «اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول

مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشکده تهران، ۱۳۸۵،

شماره ۷۴، ص ۲۸۷.

بند دوم. دعاوی طاری، استثنایی بر اصل نسبی بودن آرای قضایی

با صدور رأی دادگاه و لازم‌الاجرا شدن آن در روابط قضایی طرفین، نوعی دگرگونی به وجود می‌آید که پیش از آن وجود نداشته است.^۱ اصل نسبی بودن رأی دادگاه که مدلول خروج از وضعیت طبیعی، نشانه ورود به وضعیت مدنی و قلمروی حاکمیت قضایی قانون است،^۲ ظاهراً پشتوانه اخلاقی نیز دارد. این اصل در متنی قانونی منصوص نشده، اما بی‌تردید، مبنای بسیاری از قواعد موجود به ویژه در حقوق دادرسی خصوصی است. برای توجیه بنیاد آن نیز گاهی آن را به قراردادهای مانند کرده و زمانی به ضرورت حفظ منافع اشخاص بیرون از دادرسی و سرانجام، به اصل بی‌طرفی دادرسی متوسل شده‌اند.^۳

مقصود از اثر رأی در اصل نسبی بودن، اثر مستقیم آن بر اصحاب دعواست، به این معنی که حکم اولاً و بالذات در داری دادباخته و دادبرده مؤثر باشد، حقوق و الزامات آنان را افزایش دهد یا از آن بکاهد. التزامات ناشی از حکم، بدون واسطه بر دادباخته تحمیل شده و در مقابل، دادبرده، منتفع اصلی و نخستین از این رأی باشد.^۴ دعاوی طاری، راهی برای گذر از این اصل قانونی است.

بند سوم. دعاوی طاری، استثنایی بر اصل تغییرناپذیری اصحاب دعوا

یکی از اصول دادرسی عادلانه، اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی است که به موجب آن، هنگامی که دادرسی آغاز می‌شود، عناصر و چارچوب آن نباید تغییر کند. بنابراین، نمی‌توان شخص ثالثی را جای‌گزین یکی از طرفین دعوا کرد یا سمت او را تغییر داد یا موضوع دعوای اولیه را با طرح جدید تغییر داد؛ زیرا تقاضای رسیدگی (دادخواست)، قلمروی دعوا را از نظر عناصر سازنده، اطراف، موضوع و سبب دعوا مشخص می‌کند. حفظ ارتباط میان ادعا و دفاع، یکی از آثار اصل تغییرناپذیری دعوای حقوقی و لازمه استمرار سالم جریان دادرسی است.^۵

در حقوق رم، اصل تغییرناپذیری اصحاب دعوا و ثبات و پایداری موضوع، نخست به دلیل

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۴.

۲. مالوری، فیلیپ، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه: مرتضی کلانتریان، تهران: آگاه، ۱۳۸۳، ص ۲۰۰.

۳. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات (جلد ۲)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۳، ص ۱۸۶.

۴. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۵۰.

۵. محسنی، حسن و پورطهماسبی‌فرد، محمد، «اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا»، نشریه کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره بیست و یکم، ۱۳۸۴، شماره ۱۹۰، ص ۷۴.

اصل ثبات و پایداری موضوع دعوا پذیرفته نمی‌شود. اصل ثبات و پایداری عناصر دعوا به این معناست که دعوا هنگامی که آغاز شود، طرف‌های آن و ادعاهایی که مطرح است، دیگر تغییر نکند و ثابت و پایدار بماند.

گفتار دوم. مرجع صالح رسیدگی به دعاوی اضافی در محاكم حقوقی و دیوان عدالت اداری

یکی از شرط‌هایی که قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۸۴ ق.آ.دم. برای دعاوی اضافی در نظر گرفته، هم‌عرض بودن دادگاه‌هایی است که دعاوی اصلی و اضافی در آن مطرح است.^۱ بنابراین، اگر دعاوی قبلی (اصلی) در دادگاه تجدید نظر در حال رسیدگی باشد و دعاوی اضافی در دادگاه بدوی، دیگر این دو دادگاه از نظر درجه، هم‌عرض نخواهند بود. هم‌درجه بودن دادگاه‌ها زمانی اهمیت می‌یابد که دعاوی در دادگاه‌های مختلف در حال رسیدگی باشد. اگر هر دو دعوا در یک شعبه دادگاه در دست رسیدگی باشد، از نظر وجود شرط هم‌عرض بودن دادگاه‌ها مشکلی وجود ندارد.

پس از اقامه دعاوی اضافی و طرح ایراد دعاوی اضافی از سوی خواننده آن دعوا، مبحث پذیرش یا رد آن در دادگاهی مطرح می‌شود که دعاوی اضافی به آن تقدیم شده است. این مبحث به فرضی اختصاص دارد که دادگاه، ایراد دعاوی اضافی را بپذیرد و قصد تصمیم‌گیری درباره آن را دارد. این فرض نیز در دو حالت بررسی می‌شود. فرض اول، نبود اختلاف میان دادگاه‌ها و فرض دوم، وجود اختلاف میان دادگاه‌ها بنا به دلایل مختلف است.

دادگاه‌هایی که دعاوی اصلی (قبلی) و اضافی در آن مطرح شده است، نباید با یکدیگر از لحاظ درجه و صلاحیت اختلافی داشته باشند. مثلاً دعاوی اصلی (قبلی) با عنوان خلع ید از طرف شخص «ب» علیه شخص «الف» در شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اراک مطرح شده است. در شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اراک نیز «الف»، دعاوی را با عنوان اثبات مالکیت علیه شخص «ب» مطرح می‌کند. در این حالت، هر دو دادگاه از لحاظ درجه برابرند، به این معنا که هر دو بدوی هستند و از نظر صلاحیت اعم از ذاتی و نسبی نیز با یکدیگر یکسانند. در این حالت، اگر «الف» در شعبه چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان اراک، ایراد دعاوی اضافی را طرح کند، دادگاه موظف است نسبت به آن تصمیم بگیرد. (ماده ۸۸ ق.آ.دم.)

۱. احمدی، خلیل، «مطالعه تطبیقی مفهوم و انواع دعاوی بین اشخاص مختلف»، مجله پژوهش‌های

حقوق تطبیقی، دوره هجدهم، ۱۳۹۳، شماره ۴، ص ۷۸.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۴۴۴.

سؤالی که در این فرض مطرح می‌شود، این است که در صورت پذیرش ایراد دعوای اضافی و مرتبط دانستن دعوای یادشده، اگر دادگاه بخواهد دعوای اضافی را برای رسیدگی به دادگاهی ارجاع دهد که دعوای اصلی در آن جا مطرح است، چه تصمیمی باید بگیرد؟ به عبارت دیگر، در این حالت، آیا دادگاه باید قرار امتناع از رسیدگی صادر کند یا با تصمیمی اداری نیز می‌تواند پرونده را به دادگاهی ارجاع دهد که دعوای اصلی در آن جا مطرح است؟ در پاسخ به این سؤال، میان دکترین حقوقی و رویه قضایی اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق‌دانان در پاسخ به این سؤال معتقدند اگر دادگاه این ایراد را بپذیرد، با صدور قرار امتناع از رسیدگی، از رسیدگی دست می‌کشد و پرونده را با تعیین رییس شعبه اول برای رسیدگی هم‌زمان با پرونده سابق، نزد شعبه‌ای می‌فرستد که دعوای سابق در آن جا مطرح است.^۱

در رویه قضایی، در این موضوع میان قضات اختلاف نظر وجود دارد. در نشست قضایی دادگستری کاشان در مهر ۱۳۸۰ نظریه اکثریت قضات چنین بود: «از آن جا که قانون‌گذار در مقام تکلیف دادگاه، ذکری از صدور قرار خاصی از جمله قرار امتناع از رسیدگی به میان نیآورده است، در حالی که در سایر موارد، ایراد نوع قرار را که باید دادگاه صادر کند، مشخص کرده است و از طرفی، صراحت ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م. مبنی بر این که «... و چنان چه در چند شعبه مطرح شده باشد، در یکی از شعب با تعیین رییس شعبه اول یک جا رسیدگی خواهد شد»، برای دادگاه تکلیف‌آور است و در کلیه مراحل دادرسی، اعم از این که ایرادی صورت پذیرفته باشد و یا این که دادگاه، خود به وجود پرونده‌های مشابه یا مرتبط اطلاع پیدا کند، باید اعمال شود، پرونده دعوا بدون صدور هر گونه قرار و فقط با دستور اداری به نظر ریاست شعبه اول رسانده می‌شود تا پس از ارجاع و تعیین شعبه رسیدگی‌کننده از آمار، کسر و به شعبه مرجوع الیه فرستاده شود».

به نظر می‌رسد در پاسخ‌های ارائه‌شده باید حق را به گروهی داد که معتقدند ارجاع دعوای اضافی (مرتبط) به شعبه‌ای که سبق ارجاع دارد، در قالب تصمیم اداری خواهد بود و نیازی به اظهار نظر قضایی در این خصوص وجود ندارد؛ زیرا:

یک - قانون‌گذار در ماده ۸۹ ق.آ.د.م. در خصوص عملکرد دادگاهی که دعوای اضافی (مرتبط) در آن مطرح می‌گردد، تنها از خودداری دادگاه از رسیدگی به پرونده بحث کرده است و اگر به تصمیم قضایی و صدور قرار امتناع از رسیدگی نیاز بود، باید همانند ماده ۹۲ ق.آ.د.م. به قرار امتناع از رسیدگی اشاره می‌کرد.

دو - از یک طرف، قانون‌گذار در ماده ۱۰۳ ق.آ.د.م. تصریح کرده است: «در صورتی که

دعاوی مرتبط در چند شعبه دادگاه مطرح باشد، در یکی از شعب به تعیین رییس شعبه اول یک جا رسیدگی خواهند شد.» از طرف دیگر، حسب ماده ۱۲ ق.ت.د.ع.و.ا، رییس شعبه اول بر دادگاه‌ها ریاست اداری دارد و به تبع این امر، ارجاع پرونده‌ها نیز که حسب قانون (ماده ۵۰ ق.آ.د.م.) از وظایف اوست، امری اداری است. بنابراین، دادگاهی که دعاوی اضافی در آن مطرح شده است، باید وجود چنین دعوایی را در قالب دستوری اداری برای رسیدگی هم‌زمان در دادگاهی که دعاوی اصلی در آن مطرح است، به نظر رییس شعبه اول برساند. گفتنی است چون تشخیص ارتباط میان دعاوی به نظر دادگاه بسته است (ماده ۶۵ ق.آ.د.م.) و این امر در قالب تصمیم اداری گرفته می‌شود، نه تنها قابل شکایت نیست، بلکه حتی نیازی نیست که این تصمیم، مستدل باشد.^۱ بنابراین، با توجه به این که رسیدگی به دعاوی طاری از جمله دعاوی اضافی، امکان انحراف از قاعده صلاحیت محلی را فراهم می‌آورد، اختلاف در صلاحیت محلی، مانع از رسیدگی هم‌زمان به این دعاوی نیست. رسیدگی به دعاوی طاری در دیوان عدالت اداری، برای اولین بار در قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵ به رسمیت شناخته شد. در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نیز این موضوع تکرار شد. در این قانون فقط ورود ثالث و جلب ثالث از مصداق‌های دعاوی طاری ذکر شده و از دعاوی متقابل، سخنی به میان نیامده است که شرح آن در ادامه بیان خواهد شد.

گفتار سوم. آیین رسیدگی به دعاوی طاری در محاكم حقوقی و دیوان عدالت اداری

بر اساس مقررات مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی و نیز قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، طرح دعاوی طاری، تابع تشریفات خاصی است که موضوع این گفتار را تشکیل می‌دهد.

بند نخست. دعاوی طاری در دیوان عدالت اداری

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، رسیدگی به بخشی از دعاوی و شکایات افراد و حل و فصل آن‌ها بنا به دلایلی مانند «اصل تخصص» و «لزوم توجه به مقتضیات اداری و اجرایی و منافع عمومی» در صلاحیت مراجعی قرار گرفته است که از آن‌ها با عنوان «مراجع شبه قضایی» یا «مراجع اختصاصی اداری» یاد می‌شود.^۲ در این خصوص، کارویژه نظارت قضایی بر این مراجع بر عهده دیوان عدالت اداری است.

۱. همان، ص ۵۷.

۲. رستمی، ولی و همکاران، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران، تهران: گرایش، ۱۳۸۸، ص ۴۶.

در برخی از نظام‌های حقوقی، به دلیل پیش‌بینی ضرورت داشتن تخصص در امور اداری، رسیدگی به شکایات مردم از دولت بر عهده مراجع ویژه قضایی (مرجع دادرسی اداری) گذاشته می‌شود و این قبیل دعاوی با عنوان دعاوی اداری، از دعاوی عادی جدا می‌شوند.^۱ «تأسیس دیوان عدالت اداری به عنوان یک مرجع عالی قضایی برای رسیدگی به شکایات افراد از عملکرد دولت و به موجب قانون اساسی، نشانگر درجه اهمیتی است که قانون‌گذار برای صیانت از حقوق شهروندان و تضمین تشکیلات دستگاه اداری کشور قائل گردیده است.»^۲ رویه قضایی به دلیل ارتباط مستقیم با واقعیت‌های جامعه و سهولت بیش‌تر در مطابقت با تحولات اجتماعی، نقش مهمی در این زمینه ایفا می‌کند.^۳

قضات دیوان عدالت اداری در جایگاه دادرس اداری و برای ایفای تکلیف دادرسی خود و حل و فصل دعاوی، این توانایی را پیدا کرده‌اند تا در جایگاه قاضی شعبه و نیز عضو هیئت‌های تخصصی و عمومی به رفع این ناکارآمدی بپردازند.^۴ دعاوی مطرح در دیوان عدالت اداری در حوزه حقوق عمومی مطرح می‌شود. از این رو، از نظر اصحاب دعوا نیز متفاوت با دعاوی مدنی و کیفری است. در دعاوی دیوان عدالت اداری، یکی از اصحاب دعوا الزاماً مقام عمومی است؛ چون فلسفه تشکیل دیوان، رسیدگی به شکایات شهروندان علیه دولت است.^۵

مجموعه دادرسی قضایی، دادرسی اداری و دادرسی محاسباتی، سیستمی ویژه را در جمهوری اسلامی ایران شکل می‌دهد که شیوه انتظام و ارتباط آن‌ها با یکدیگر و شیوه دادرسی هر یک، از جمله دادرسی اداری، نظام حقوقی منحصر به فردی ایجاد کرده است. دادرسی اداری را نمی‌توان واجد ماهیت صرف حقوق عمومی دانست؛ زیرا در اموری، همان دادرسی مدنی بر دعاوی علیه اداره‌ها حاکم است و در بیش‌تر امور، هویت خاص خود را دارد.^۶

۱. واعظی، سید مجتبی و مهستی سلیمانی، «خواننده در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، دوره پنجم، ۱۳۹۵، شماره ۱۳، ص ۲۸.

۲. شهنایی، خلیل، «جایگاه دیوان عدالت اداری در تأمین عدالت اداری و اجتماعی»، پژوهش‌نامه حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۱، ص ۴۳.

۳. فاطمی، ثریا، «جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص ۳۶.

۴. حسونند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۲، ص ۱۰۴.

۵. محمودی، جواد، بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران، تهران: جنگل، ۱۳۹۳، ص ۲۳.

۶. سوادکوهی، سام، «آیین دادرسی اداری در تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی، سال اول، ۱۳۹۱، شماره ۱، ص ۱۰.

جنبه نو بودن در خصوص دعاوی طاری در دیوان عدالت اداری نیز مصداق دارد. در قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵، قانون‌گذار برای اولین بار، تنها دو نوع از دعاوی طاری را به رسمیت شناخت و در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری نیز مواد بیش‌تری را به دعاوی طاری اختصاص داد.

الف. دعاوی متقابل

در بیان مفهوم دعاوی متقابل آمده است که خواننده دعوا حق دارد در مقابل ادعای خواهان اقامه دعوا کند و اگر چنین ادعایی با دعاوی اصلی ناشی از یک منشأ باشد یا با آن ارتباط کامل داشته باشد، دعاوی متقابل نامیده می‌شود.^۱ در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، از این دعوا سخنی به میان نیامده است. دعاوی متقابل را خواننده دعوا و در مقام پاسخ‌گویی به دعاوی خواهان اقامه می‌کند. بنابراین، دستگاه‌های دولتی نمی‌توانند در دیوان عدالت اداری در جایگاه خواهان قرار گیرند؛ چون دیوان عدالت اداری اساساً مرجع تظلم‌خواهی اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی از تصمیم‌ها و اقدامات واحدهای دولتی و مأموران واحدهای یادشده در رسیدگی به اعتراض و شکایت از آرا و تصمیم‌های قطعی هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری است.

از نظر یکی از نویسندگان، چون دعاوی متقابل هم در مقام دفاع مطرح می‌شود و نوعی از دعوا تلقی می‌گردد و خصوصیتی در دعاوی ورود ثالث و جلب ثالث وجود ندارد که آن‌ها را از دعاوی متقابل جدا سازد و همچنین به موجب ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، در موارد سکوت این قانون باید به قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه کرد، طرح دعاوی متقابل هم از ناحیه دستگاه‌های دولتی قابل استماع به نظر می‌رسد.^۲ آنچه در عمل اتفاق می‌افتد، ردّ دعاوی متقابل در دیوان عدالت اداری است. دعاوی متقابل، دعوایی تمام‌عیار است که در مقابل دعاوی اصلی مطرح می‌شود. بنابراین، هر چند دعاوی متقابل، نوعی دفاع محسوب می‌شود، اما ادعایی است که خواننده نسبت به موضوع دعوا مطرح می‌کند و نتیجه‌ای که از این دعوا حاصل می‌شود، در صورت مستند و مستدل بودن مدارک خواهان دعاوی متقابل، رسیدن به خواسته‌ای است که او از خواننده دعاوی متقابل مطالبه می‌کند. پس این نیز نوعی اقامه دعواست که هر چند به تبع و در مقابل دعاوی اصلی اقامه می‌شود، اما می‌تواند به تنهایی هم مطرح و به آن رسیدگی شود. پس این گونه نیست که طرف شکایت به جای ارائه لایحه دفاعیه، پاسخ خود را با شکایت

۱. بهشتی، محمدجواد و نادر مردانی، آیین دادرسی مدنی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۱۳.

۲. مولایی، غلام‌رضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۱۲۵.

مطرح کند؛ زیرا در عمل، برای دفاع، ارائه دادخواست نیاز نیست. بنابراین، روشن است که دعوای متقابل، صرف دفاع نیست.

در مواردی که قانون ساکت است، با رجوع به اصل، حکم قضیه روشن می‌شود. توضیح این که اصل ۱۷۳ قانون اساسی، هدف از تأسیس دیوان عدالت اداری را رسیدگی به دعوای مردم علیه دستگاه‌های دولتی بیان کرده است. تفسیر قانون اساسی فقط در صلاحیت شورای نگهبان است و قانون دیوان عدالت اداری، قانون عادی و قابل تفسیر است. البته تفسیرهای ارائه‌شده از این قانون نباید مغایر قانون اساسی باشد. بنابراین، در خصوص دستگاه‌های دولتی باید اصل ۱۷۳ قانون اساسی را به عنوان یک اصل و مواد ۵۴ و ۵۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ را که فقط به دو دعوای ورود ثالث و جلب ثالث اشاره کرده است، باید استثنا در نظر گرفت. برابر قاعده‌ای که می‌گوید استثنا باید در محدوده نص تفسیر شود، شاید بتوان گفت که ناممکن بودن رسیدگی به دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری از استدلال قوی‌تری برخوردار است.^۱

برخی حقوق‌دانان طرح این دعوا را خالی از اشکال می‌دانند و معتقدند مرجعی که به دعوای جدید رسیدگی می‌کند، همان دادگاهی است که به دعوای اصلی رسیدگی می‌کند، مگر این که دعوای جدید از صلاحیت ذاتی دادگاه خارج باشد. در دعوای متقابل هم همان طور که بیان شد، خواننده (طرف شکایت) آن را مطرح می‌کند و دیوان عدالت اداری، صلاحیت رسیدگی به دعوای دستگاه‌های دولتی بر مردم را ندارد. پس در صورت طرح دعوای متقابل از سوی دستگاه‌های دولتی، شعبه دیوان با صدور قرار اناطه، برابر ماده ۵۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به منطوق ماده پیش‌گفته عمل می‌کند.

اگر نظری را بپذیریم که قائل به امکان اقامه دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری است، شاید بتوان گفت یکی از تفاوت‌های دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری و آیین دادرسی مدنی، در طرح ادعا علیه خواهان (دعوای اصلی) باشد. با این توضیح که در دیوان عدالت اداری، طرح دعوای متقابل می‌تواند به منظور کاهش یا جلوگیری از محکومیت باشد، در حالی که طرح این دعوا در قانون آیین دادرسی مدنی، به جز موارد پیش‌گفته می‌تواند محکومیت خواننده (خواهان دعوای اصلی) هم باشد. البته با توجه به رویه عملی دیوان عدالت اداری در ردّ این نوع دعوای باید گفت در صورت پذیرش این تأسیس در دیوان عدالت اداری و طرح دعوا از سوی خواننده (دولت) و با توجه به این که دیوان صلاحیت ذاتی رسیدگی به این دعوا را ندارد، به موجب ماده ۴۸ قانون دیوان باید با صدور قرار عدم

۱. شهنازی جنگ‌تپه، سالار، «دعوای طاری در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و

مقایسه آن با قانون آیین دادرسی مدنی»، نخستین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، ۱۳۹۹، ص ۱۰.

صلاحیت، موضوع را به مرجع صالح ارسال کند. اگر رسیدگی دیوان به اثبات این امر منوط باشد، چون در صلاحیت مرجع دیگری است، برابر ماده ۵۰ قانون دیوان، قرار اناطه، صادر و مراتب به طرفین ابلاغ می‌شود.

بنابراین، اگر دعوا در صلاحیت دیوان نباشد، دیوان با صدور قرار عدم صلاحیت، پرونده را به مرجع صالح ارسال می‌دارد و اگر رسیدگی دیوان به اثبات امر دیگری منوط باشد، قرار اناطه صادر می‌کند. با این توضیحات و فرض پذیرش این نظر، یکی از تفاوت‌های دعوای متقابل در دیوان عدالت اداری و قانون آیین دادرسی مدنی این است که برابر قانون آیین دادرسی مدنی، دعوای متقابل در دادگاهی رسیدگی می‌شود که به دعوای اصلی رسیدگی می‌کند، اما در دیوان عدالت اداری، در صورت اقامه این دعوا از سوی دولت، به این دعوا در دادگاهی غیر از دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای اصلی رسیدگی می‌شود.^۱

ب. دعوای اضافی

اختیاراتی که به آغازگر دعوا داده شده است تا بتواند دعوای خود را تصحیح و تکمیل کند، تغییر و تحولاتی است که به تشریفات خاصی به جز درخواست نیاز ندارد؛ زیرا نظر به نسبی که او با دعوا دارد و هم‌چون شیء متعلق به خود بر آن تسلط دارد، امکان دخل و تصرف نام‌برده در دعوا وجود دارد و در راستای اصل تناظر، در فرض آمادگی نداشتن یا حاضر نشدن خواننده، جلسه رسیدگی به تأخیر می‌افتد.^۲ دعوای اضافی، اصطلاحی از حقوق و اختیارات خواهان است و بر خلاف اصل یا ظاهر، در مقابل خواننده اظهار حقی می‌کند. دومین شرط طرح این دعوا، طرح کردن آن در مهلت مقرر است.

یکی از اصول دادرسی، رعایت مهلت‌ها و مواعد است. این مهلت‌ها برای جلوگیری از اطاله دادرسی و دادن فرصت دفاع برای طرف‌های دعوا در نظر گرفته شده است و با اصل اولویت نقش اصحاب دعوا مطابقت دارد. نظر به اشتراکاتی که دعوای جلب ثالث و متقابل با دعوای اضافی دارند و همچنین اصل تثبیت دعوا اقتضا می‌کند دعوا تا جایی که ممکن است، دست‌خوش تغییرات نشود. مهلت دعوای اضافی در نبود نص، با وحدت ملاک از ماده‌های ۱۳۵ و ۱۴۱ قانون آیین دادرسی، تا پایان اولین جلسه رسیدگی نخستین خواهد بود.^۳ در خصوص طرح این دعوا در دیوان عدالت اداری، با توجه به تصریح مقرر در اصل ۳۴

۱. همان، ص ۱۲.

۲. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن لا»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوم، ۱۳۸۹، شماره ۱، ص ۱۲۳.

۳. امامی، محمد و همکاران، «دعوای اضافی»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره پنجم، ۱۳۹۲، شماره ۳، ص ۱۰.

قانون اساسی و نیز ماده ۱۲۲ قانون دیوان که در موارد سکوت قانون دیوان، به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ارجاع داده است و با وحدت ملاک از مواد ۱۷، ۱۳۵ و ۱۴۳ قانون دیوان می‌توان گفت طرح دعوای اضافی در دیوان عدالت اداری امکان‌پذیر است. همچنین درست است که این نوع دعوا در قانون دیوان پیش‌بینی نشده است، اما چون این نوع دعوا را خواهان طرح می‌کند و خواهان در دیوان، شخص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی است، محدودیت‌های مربوط به دعوای تقابل در این مورد وجود ندارد. در خصوص طرح زمان دعوای اضافی که مطابق قواعد عمومی تا پایان اولین جلسه دادرسی است و اساساً رسیدگی در دیوان، غیر حضوری است و جلسه به مفهوم اخص آن تشکیل نمی‌شود، رعایت مهلت مورد نظر توجیه منطقی ندارد.

با توجه به سکوت قانون‌گذار در قانون دیوان در این خصوص به ناچار باید به قانون آیین دادرسی مدنی مراجعه کرد. با توجه به این که مهلت طرح این دعوا تا پایان جلسه اول دادرسی است و این مهلت در مرحله تجدید نظر سپری شده است، طرح این دعوا در مرحله تجدید نظر در دیوان امکان‌پذیر نیست. شرط دیگر برای اقامه دعوای اضافی، اقامه آن در مهلت است. با وحدت ملاک از مواد ۱۳۵ و ۱۴۳ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان گفت که این مهلت، پایان اولین جلسه دادرسی است. چون اساس دادرسی در دیوان بر اساس تبادل لوایح است و جلسه‌ای با حضور طرفین تشکیل نمی‌شود، رعایت این مهلت در دیوان ناممکن است. با وحدت ملاک از ماده ۵۵ قانون دیوان می‌توان گفت که مهلت اقامه این دعوا برای خواهان تا زمانی است که رأی صادر نشده است. پس یکی از تفاوت‌های رسیدگی به دعوای اضافی در دادگاه‌های عمومی و دیوان عدالت اداری همین مورد است.

ج. جلب ثالث

بر اساس ماده ۵۴ قانون دیوان عدالت اداری، هر گاه شاکی، جلب شخص حقیقی یا حقوقی دیگری غیر از طرف شکایت را به دادرسی لازم بداند، می‌تواند ضمن دادخواست تقدیمی یا درخواست جداگانه، حداکثر ظرف ۳۰ روز پس از ثبت دادخواست اصلی، تقاضای خود را تسلیم کند. همچنین در صورتی که طرف شکایت، جلب شخص حقیقی یا حقوقی دیگری به دادرسی را ضروری بداند، می‌تواند ضمن پاسخ کتبی، دادخواست خود را تقدیم کند. در این صورت، شعبه دیوان، تصویری از دادخواست، لوایح و مستندات طرفین را برای شخص ثالث ارسال می‌کند.

به موجب این ماده، این حق برای دستگاه‌های دولتی پیش‌بینی شده است که بتوانند دعوای جلب ثالث را علیه شخص حقیقی یا حقوقی دیگری مطرح کنند. دعوای جلب ثالث

را یکی از اصحاب دعوا علیه شخص ثالث اقامه می‌کند و مطابق با اصل در دیوان عدالت اداری، دستگاه‌های دولتی موضوع ماده ۱۰ قانون دیوان نمی‌توانند به عنوان خواهان طرح دعوا کنند. با توجه به انواع جلب ثالث می‌توان گفت که جلب شخص ثالث، موضوع قسمت اخیر ماده ۵۴ قانون دیوان (راجع به جلب ثالث از سوی طرف شکایت)، محدود و معطوف به جلب ثالث حمایتی است و منصرف از جلب ثالث استقلالی است. با این توضیح که هر گاه دستگاه دولتی بخواهد شخصی را به عنوان ثالث به دادرسی جلب کند تا موضع خویش را تقویت کند، این دعوای جلب ثالث خالی از اشکال بوده و قابل طرح است. اگر هدف دستگاه دولتی از جلب ثالث، محکوم کردن وی باشد، این دعوا در دیوان عدالت اداری قابل رسیدگی نیست.^۱

در خصوص امکان طرح دادخواست جلب ثالث در مرحله تجدید نظر نیز نکاتی قابل توجه است. این موضوع در ماده ۵۴ قانون دیوان بیان نشده است. البته ممکن است از ماده ۷۸ که بیان می‌دارد: «مقرراتی که در مرحله بدوی رعایت می‌شود، مگر این که به موجب قانون، ترتیب دیگری مقرر شده باشد»، بتوان استنباط کرد دعوای جلب ثالث در مرحله تجدید نظر نیز امکان‌پذیر است. همچنین با استفاده از ماده ۱۲۲ قانون دیوان عدالت اداری و ماده ۱۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی می‌توان جواز طرح دعوای جلب ثالث را در مرحله تجدید نظر نیز تأیید کرد.

نکته مهم این است که اگر پذیرش دادخواست جلب ثالث در مرحله تجدید نظر قابل استماع باشد، در صورت صدور حکم به محکومیت مجلوب ثالث، حق تجدید نظرخواهی سلب شده و شکایتی که علیه ثالث مطرح شده است، یک مرحله‌ای رسیدگی می‌شود و با یک مرحله رسیدگی، رأی قطعی صادر خواهد شد که این موضوع بر خلاف اصول دادرسی عادلانه است. ممکن است گفته شود که پذیرش دعوای جلب ثالث در مرحله تجدید نظر موجه نیست؛ زیرا:

یک - صلاحیت شعب تجدید نظر طبق ماده ۶۵ فقط در رسیدگی به اعتراض از آرای صادرشده از شعب بدوی است و موضوعی که در شعبه بدوی رسیدگی نشده و نسبت به آن اشخاص تصمیم‌گیری نشده و رأی صادر نشده است، در مرحله تجدید نظر قابل استماع نیست.

دو - موضوع ماده ۸۷ قانون دیوان، منصرف از این موضوع است و ناظر بر شرایط دعوای است که در صلاحیت شعب تجدید نظر است و ماده ۷۸ بر ایجاد صلاحیت جدید برای شعب تجدید نظر دلالتی ندارد.

۱. جعفری مجد، محمد، «احکام دعوای جلب ثالث در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق مدنی، ۱۳۹۱،

سه - قانون دیوان در این خصوص، ساکت و مبهم نیست و قانون‌گذار حکم موضوع را در مواد ۵۴ و ۶۵ قانون بیان داشته است. پس استناد به آیین دادرسی مدنی هم توجیه ندارد. بنابراین، به نظر می‌رسد بر خلاف مقررات آیین دادرسی مدنی، پذیرش دعوای جلب ثالث در مرحله تجدید نظر دیوان عدالت اداری امکان‌پذیر نیست.^۱

د. ورود ثالث

در حقوق ایران، ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه شخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوای اصلی برای خود مستقلاً حقی قائل باشد... می‌تواند تا وقتی که ختم دادرسی اعلام نشده است، وارد دعوا شود.» ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی برای اقامه دعوای طاری، وجود یکی از دو شرط «مرتبط یا ناشی از یک منشأ بودن» را لازم دانسته است، ولی با ملاحظه مقررات مربوط به دعوای ثالث در مواد ۱۳۰ تا ۱۳۴ مشخص می‌شود که قانون‌گذار برای اقامه دعوای ورود ثالث به این دو شرط اشاره‌ای نکرده و تنها به ذی‌نفع بودن ثالث نسبت به موضوع دادرسی اشاره کرده است.^۲

بر اساس ماده ۵۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، «هر گاه شخص ثالثی در موضوع پرونده مطروحه در شعب دیوان عدالت، برای خود حقی قائل باشد یا خود را در محق شدن یکی از طرفین دادرسی، ذی‌نفع بداند، می‌تواند با تقدیم دادخواست وارد دعوا شود».

در این خصوص، با توجه به فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری و این که دستگاه‌های دولتی نمی‌توانند در دیوان در جایگاه شاکی قرار گیرند، می‌توان گفت شخص ثالث در این ماده، منصرف از دستگاه‌های دولتی است و محدود به اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی است. در ماده ۵۵ قانون فعلی دیوان هم از عبارت «هر شخص ثالثی» استفاده شده است که ممکن است این موضوع را به ذهن بیاورد که هر شخص اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی یا اشخاص حقوقی عمومی می‌توانند به عنوان ثالث در دعوای دیوان عدالت اداری وارد شوند. این در حالی است که این برداشت بر خلاف نص اصل ۱۷۳ قانون اساسی و نیز آرای وحدت رویه شماره ۶۹۹ مورخ ۱۳۸۶/۳/۲۲ دیوان عالی کشور و رأی وحدت رویه شماره ۳۷، ۳۸ و ۳۹ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است که بر اساس آن‌ها، دستگاه‌های دولتی نمی‌توانند به عنوان شاکی در دیوان قرار گیرند.

۱. همان، ص ۲۵.

۲. احمدی، خلیل، «شرایط اقامه دعوای ورود شخص ثالث در حقوق ایران و قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال امریکا»، مجله مطالعات حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۲، ص ۳.

باید گفت در مورد شخصیت خواننده در دیوان عدالت اداری، دو رویکرد وجود دارد. دولت شامل نهادهای متمرکز در قوه مجریه و نیز فراتر از آن، شامل اشخاص حقوق عمومی مانند مؤسسات عمومی غیر دولتی و سازمان‌های حرفه‌ای می‌شود.^۱ بر این اساس، دستگاه‌های دولتی حق اقامه دعاوی ابتدایی در دیوان عدالت اداری ندارند، اما در مورد ورود ثالث می‌توانند وارد دعوا شوند. البته باید بین وارد ثالث تبعی و وارد ثالث اصلی قائل به تفکیک شد. بنابراین، دستگاه‌های دولتی صرفاً به حمایت یکی از طرفین دعوا می‌توانند وارد آن دعوا شوند.

در خصوص طرح دادخواست ورود ثالث در مرحله تجدید نظرخواهی، با توجه به ماده ۶۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و نیز ماده ۵۴ همین قانون قابل پذیرش نیست؛ زیرا ماده ۶۵ صرفاً پذیرش اعتراض نسبت به آرای صادرشده از شعب بدوی را در مرحله تجدید نظر تجویز کرده است. چون با رسیدگی به دعاوی وارد ثالث در مرحله تجدید نظر، وارد ثالث یک مرحله از رسیدگی را از دست می‌دهد، پذیرش ورود ثالث در مرحله تجدید نظر توجیه منطقی ندارد. استناد به ماده ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز محمل قانونی ندارد؛ زیرا قانون‌گذار در قانون دیوان در مقام بیان بوده است. پس اگر ورود ثالث را در مرحله تجدید نظر قابل پذیرش می‌دانست، اعلام می‌کرد. از طرفی، چون پذیرش دعاوی جدید در مرحله تجدید نظر بر خلاف اصل و نیازمند نص قانونی است و در مانحن فیه، نص قانونی صریح وجود ندارد، ورود ثالث در مرحله تجدید نظر قابل پذیرش نیست.^۲ بر اساس نظر عده‌ای دیگر، دادخواست وارد ثالث در مرحله تجدید نظر نیز قابل پذیرش است؛ چون ماده ۷۸ قانون دیوان عدالت اداری، مقررات مرحله بدوی را در مرحله تجدید نظر جاری دانسته است. دلیلی وجود ندارد که ماده ۵۵ قانون که مربوط به مرحله بدوی است، در مرحله تجدید نظر قابل اعمال نباشد. این سخن هم که ورود ثالث در مرحله تجدید نظر موجب می‌شود وارد ثالث یک مرحله از رسیدگی را از دست بدهد، دلیلی بر نپذیرفتن دادخواست در مرحله تجدید نظر نیست؛ چون:

یک - بر خلاف منع جلب ثالث در مرحله تجدید نظر که باعث می‌شود جالب ثالث یک مرحله رسیدگی را به صورت تحمیلی از دست بدهد، در این جا ثالث مختیر است و می‌تواند انتخاب کند که در این پرونده به عنوان ثالث در مرحله تجدید نظر اقدام کند یا پس از قطعی شدن رأی به عنوان معترض ثالث اقدام کند. پس در این جا ثالث بر اساس مصلحت‌سنجی خود عمل می‌کند.

۱. واعظی و سلیمانی، پیشین، ص ۴۸.

۲. مولابیگی، پیشین، ص ۱۲۵.

دو - برای ثالث به عنوان وارد ثالث و به عنوان معترض ثالث نیز یک مرحله دادرسی بیش‌تر قابل تصور نیست.^۱

بند دوم. دعاوی طاری در محاکم حقوقی

رسیدگی نخستین دادگاه تجدید نظر به برخی دعاوی طاری، به صورت ماهیتی و بنا به تجویز رسیدگی نخستین دادگاه تجدید نظر به برخی دعاوی طاری موجب می‌شود برخی طواری دادرسی و آیین‌های ویژه رسیدگی به موضوعاتی که جنبه ماهوی ندارد، در این مرجع قابلیت رسیدگی داشته باشد. علت و مبنای رسیدگی دادگاه تجدید نظر به این گونه امور دو وجه دارد:

یکی این‌که دعاوی تجدید نظرخواهی مطرح است و به تبع آن، دادگاه تجدید نظر در رسیدگی به این گونه طواری دادرسی، صالح است، مانند آن‌جا که تجدید نظرخواه در پی تجدید نظرخواهی در مرجع تجدید نظر، درخواست تأمین خواسته یا دادرسی فوری می‌کند. مورد دیگر این است که با توجه به مطرح بودن دعاوی اصلی در دادگاه تجدید نظر، دعاوی طاری همانند جلب و ورود ثالث در این مرحله به عنوان دعاوی ابتدایی قابل طرح است و به تبع این دعاوی، طواری یادشده نیز مطرح می‌شوند، مانند آن‌جا که وارد ثالث در مرحله تجدید نظر، درخواست تأمین خواسته یا دادرسی فوری درخواست کند.

با این وصف، بعید نیست که با توجه به تعداد دعاوی اصلی و طاری مطرح‌شده در این مرحله و از سوی اشخاصی که در این مرحله، به هر یک از عنوان‌های یادشده دخالت دارند، طواری دادرسی پدیدار و مطرح شوند. همان گونه که در ماده ۱۰۸ قانون آیین دادرسی مدنی تصریح شده، ممکن است درخواست تأمین پیش از تقدیم دادخواست اصلی یا ضمن آن یا در جریان دادرسی، تا پیش از صدور حکم قطعی مطرح شود. پس در مرحله تجدید نظر، صلاحیت دادگاه تجدید نظر به درخواست تأمین خواسته، از زمان ارجاع پرونده به آن مرجع شروع می‌شود. بنابراین، چند حالت متصور است:

حالت اول - رأی نخستین و قابل تجدید نظر صادر شود و قبل از تقدیم دادخواست تجدید نظر و درخواست تأمین خواسته به وسیله وارد ثالث صورت بگیرد. در این حالت، دادگاه بدوی صادرکننده رأی، صالح به رسیدگی است.^۲

حالت دوم - رأی نخستین و قابل تجدید نظر، صادر و هم‌زمان با تقدیم دادخواست تجدید نظر یا در زمان تبادل لوایح، دادخواست تأمین خواسته به وسیله وارد ثالث صورت

۱. استوارسنگری، کوروش، **حقوق دادرسی اداری**، تهران: داتیک، ۱۴۰۱، ص ۳۳۱.

۲. مهاجری، علی، **شرح قانون آیین دادرسی مدنی**، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۶، ص ۵۷.

بگیرد. در این حالت، اختلاف نظر در مورد دادگاه صالح در رسیدگی به درخواست تأمین خواسته مطرح شده وجود دارد. البته بدیهی است بعد از صدور حکم غیر قطعی نیز می‌تواند چنین باشد، اگر درخواست تأمین خواسته مطرح شود. تا زمانی که حکم بدوی قطعی نشده، اختیار خواهان محفوظ است.

نظریه بیش‌تر قضات در این خصوص آن است که مرجع صالح، دادگاه بدوی است؛ زیرا تأمین خواسته حالت فوریت دارد و از سوی دیگر، قاضی هنوز فارغ از رسیدگی نیست و رأی صادر شده قطعیت نیافته است. اقلیتی هم معتقدند که دادگاه صالح، دادگاه تجدید نظر است. البته اینان بین موردی که در مرجع بدوی، حکم به نفع خواهان صادر شده و موردی که حکم به رد دعوا یا بی‌حقی صادر شده است، تفاوت می‌نهند. در مورد اول، دادگاه بدوی و در مورد دوم، اداره حقوقی قوه قضاییه، دادگاه تجدید نظر را صالح به رسیدگی اعلام کرده است.^۱

حالت سوم - حکم صادر شده، تجدید نظر خواهی شده و در مرحله تجدید نظر و در جریان رسیدگی به تجدید نظر خواهی، رسیدگی به درخواست تأمین خواسته تا زمانی که حکم قطعی صادر نشده است، بر عهده دادگاه تجدید نظر است؛ زیرا از ماده ۱۱۱ قانون که در مقام تعیین صلاحیت برای مرجع بدوی است، استنباط می‌شود که در مرحله تجدید نظر، رسیدگی به درخواست تأمین با همین مرجع است. از سویی، ماده ۱۱۶ قانون، قرار صادر شده را قابل اعتراض در مرجع صدور قرار دانسته است و در صورت طرح پرونده در مرجع تجدید نظر، دادگاه بدوی، جلسه‌ای برای رسیدگی به اعتراض نخواهد داشت. افزون بر این، رسیدگی به تبعات دعوا، با مرجعی است که به اصل موضوع رسیدگی می‌کند. البته نظر مخالف هم وجود دارد که در این مرحله نیز مرجع بدوی را صالح می‌داند.

حالت چهارم - در مرحله تجدید نظر، اشخاص ثالث از جمله وارد ثالث، هم‌زمان با طرح ادعا در این مرحله، درخواست تأمین کنند که چون در این جا مرجع صالح به رسیدگی به دعاوی طاری مطرح شده همراه با تجدید نظر خواهی، دادگاه تجدید نظر است، مرجع رسیدگی به درخواست تأمین خواسته نیز همین مرجع است.

یکی از اصول دادرسی، استقلال دعاوی متعدد میان اشخاص واحد است که حقوق دانان آن را ضامن حفظ حقوق اصحاب دعوا دانسته‌اند. از طرف دیگر به نظر می‌رسد بین استقلال دعاوی و اصل احتراز از صدور احکام متعارض، به ظاهر، تزاخم وجود دارد. بدون شک، رعایت به موقع هر دو جهت دادرسی عادلانه ضروری است. بررسی ماهیت راهکارهایی که قانون‌گذار در قالب قواعد رسیدگی‌های هم‌زمان به دعاوی مرتبط پیش‌بینی کرده است، به دادرس کمک خواهد کرد تا با شناخت درست موارد رسیدگی‌های هم‌زمان از یک

۱. باقری، سکینه، «بررسی شرایط اقامه دعوا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا همدان، ۱۳۸۹، ص ۱۸.

طرف، اصل استقلال دعوای را رعایت کند و از سوی دیگر، با انجام رسیدگی هم‌زمان به دعوای مرتبط، دادرسی عادلانه را تضمین کند.

در مورد امکان طرح دعوای متقابل در مرحله تجدید نظر باید باور داشت که نمی‌توان آن را طرح کرد؛ زیرا:

یک - قانون‌گذار در این خصوص سکوت اختیار کرده، در حالی که به امکان طرح دعوای ورود و جلب شخص ثالث در مرحله تجدید نظر در مواد ۱۳۰ و ۱۳۵ ق.آ.د.م. تصریح داشته است.

دو - قانون‌گذار در ماده ۷ ق.آ.د.م. به اصل دومرحله‌ای بودن رسیدگی اشاره ندارد و رسیدگی به دعوا را در مرحله تجدید نظر، تنها در صورت رسیدگی به آن در مرحله بدوی مجاز داشته است، مگر این‌که این امر استثنا شده باشد.^۱

در مورد دعوای جلب ثالث باید گفت که این دعوا را با توجه به هدف و انگیزه جالب از جلب ثالث می‌توان به دو نوع جلب ثالث اصلی (استقلالی) و جلب ثالث تبعی (تقویتی) تقسیم کرد. در دعوای جلب ثالث اصلی، هدف جالب از طرح آن، محکوم کردن و حصول حکم محکومیت است.

طرح دعوای جلب ثالث با هدف حصول حکم محکومیت نیز دو گونه است:

یک - گاهی هدف جالب از طرح دعوای جلب ثالث اصلی، صدور حکم بر محکومیت مجلوب ثالث است.

دو - در برخی موارد نیز هدف جالب از طرح دعوای جلب ثالث اصلی، حصول حکم بر محکومیت مجلوب ثالث به همراه طرف دیگر دعواست.^۲

در خصوص دعوای ورود شخص ثالث باید اظهار داشت بر اساس قانون آیین دادرسی مدنی، دعوای ورود شخص ثالث به دو نوع دعوای ورود ثالث اصلی و دعوای ورود ثالث تبعی تقسیم می‌شود. قانون‌گذار به ورود ثالث استقلالی در صدر ماده ۱۳۰ ق.آ.د.م. تصریح کرده است. ورود ثالث اصلی (استقلالی) زمانی است که وارد ثالث برای خود در دادرسی مطرح‌شده به طور مستقل، قائل به حقی باشد و هدف او از ورود در دادرسی، اثبات حقی برای خود و حقانیت نداشتن متداعیین در خصوص حق مورد ادعای خویش است. در این حالت، چون وارد ثالث، خواهان در مفهوم واقعی کلمه تلقی می‌گردد، اگر ثالث در مرحله

۱. محمد دوست، محدثه، «بررسی دعوای ورود ثالث در حقوق دادرسی مدنی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندر انزلی، ۱۳۹۸، ص ۵۶.

۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته، تهران: دراک، چاپ بیستم، ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۴۳.

تجدید نظر در دعوا وارد شود، طرفین دعاوی اصلی در صورت ضرورت می‌توانند علیه او دعاوی متقابل طرح کنند.

در مورد دعاوی ورود ثالث تبعی باید گفت که شخص ثالث، ادعای حقی را به طور مستقل در موضوع دادرسی اصحاب دعاوی اصلی مطرح نمی‌کند، بلکه نفع خود را در محق شدن یکی از طرفین و به تبع آن، رفع ضرر از بابت محکوم نشدن آن طرف می‌داند. پس برای تقویت موضع وی، دعاوی ورود ثالث را مطرح می‌کند. موقعیت وارد ثالث تبعی، تابع موقعیت آن طرفی است که خود را در محق شدن او ذی‌نفع می‌داند. بنابراین، اگر آن طرف تجدید نظرخواه (خواهان مرحله تجدید نظر) باشد، با وارد ثالث نیز همانند خواهان رفتار خواهد شد، به این صورت که او نمی‌تواند دعاوی متقابل طرح کند، اما تجدید نظر خوانده می‌تواند دعاوی متقابل علیه او اقامه کند. اگر آن طرفی که وارد ثالث برای تقویت موضع ایشان وارد دعوا می‌شود، تجدید نظر خوانده (خوانده مرحله تجدید نظر) باشد، او نیز خوانده تلقی می‌گردد، به این صورت که از حقوق خوانده برخوردار می‌شود و می‌تواند دعاوی متقابل طرح کند.^۱

همان گونه که دیدید، فواید و مزایای ادغام دعاوی طاری با اصلی به حدی است که تجمیع این دعاوی برای پرهیز از صدور احکام متعارض و متناقض به عنوان یکی از اصول کلی دادرسی فراملی پذیرفته شده است. این پذیرش و تجویز رسیدگی هم‌زمان به دعاوی متعدد میان طرفین، قاعده‌ای را به وجود آورده است که بر اساس آن، تمام موضوعات مورد اختلاف طرفین دعوا باید به صورت کامل و نهایی و در یک جا حل و فصل گرد و از هر گونه تعدد و انشعابی اجتناب شود که دعاوی حقوقی متعدد راجع به رابطه حقوقی واحد را از یکدیگر جدا می‌کند. حتی اگر در این رابطه، افراد دیگری نسبت به همین موضوع، ادعاهایی داشته باشند، به آن‌ها نیز هم‌زمان رسیدگی می‌شود. البته ماهیت دعاوی مرتبط، تأسیس مستقل از دعاوی طاری در نظام حقوقی ایران است، به این معنا که قواعد دعاوی مرتبط بر قواعد دعاوی طاری حاکم است و دایره شمول آن را توسعه می‌دهد. با این وصف، مبانی هر دو که جلوگیری از صدور آرای معارض، اتلاف وقت و هزینه طرفین و مراجع رسیدگی و آنچه سابقاً بیان شد و ارتباط مؤثر آن‌ها با دعاوی اصلی است، بین آن‌ها پیوند برقرار می‌کند.

مطابق ماده ۱۳۰ ق.آ.د.م.، امکان ورود ثالث در مرحله تجدید نظر وجود دارد. اگر دادگاه بدوی، ختم دادرسی را اعلام و رأی غیر قطعی صادر کند و ثالث نیز قصد ورود به دادرسی را داشته باشد، تنها در صورتی می‌تواند وارد شود که از رأی بدوی تجدید نظرخواهی صورت گرفته باشد و تجدید نظرخواهی نکردن طرفین اصلی، مانع ورود ثالث خواهد بود. در صورت تجدید نظرخواهی از رأی غیر قطعی، دو حالت متصور است:

۱. متین دفتری، پیشین، ص ۳۲۴.

حالت اول - زمانی است که پس از تقدیم دادخواست تجدید نظرخواهی به دفتر دادگاه صادرکننده حکم بدوی هنوز پرونده به مرجع تجدید نظر فرستاده نشده باشد. در این حالت، شخص ثالث باید منتظر بماند تا پرونده به دادگاه تجدید نظر ارسال شود تا دعوای ورود ثالث را در آن مرجع طرح کند؛ زیرا دفتر دادگاه بدوی که در معیت دادگاه انجام وظیفه می‌کند، به علت اعلام ختم دادرسی در پرونده اصلی، تکلیفی به پذیرش دادخواست ورود ثالث ندارد.^۱

حالت دوم - زمانی است که پرونده به مرجع تجدید نظر ارسال شود که در این حالت، ثالث باید دادخواست ورود خود را به آن مرجع تقدیم کند. اگر دعوای وارد ثالث به موجب قرار در مرحله نخستین رد شود، یک راه ورود مجدد در مرحله تجدید نظر آن است که ثالث مخیر است از قرار صادرشده تجدید نظرخواهی کند یا بدون توجه به آن در مرحله تجدید نظر وارد شود.^۲

طرح بدوی دعوای در مرحله تجدید نظر موجب یک مرحله‌ای شدن رسیدگی و حذف و محرومیت یک مرحله از رسیدگی خواهد شد. هر چند نسبت به برخی دعاوی، حذف مرحله دوم، نتیجه اقدام خود شخص است، مانند ورود ثالث. البته ممکن است که هم دعوای اصلی (دعوای تجدید نظرخواهی) و هم دعوای طاری مطرح‌شده در مرحله تجدید نظرخواهی (دعوای ابتدایی)، هر دو از موضوعات و خواسته‌هایی باشند که رأی صادرشده قابلیت فرجام‌خواهی داشته باشد، مانند این که موضوع دعوای رسیدگی‌شده به عنوان تجدید نظرخواهی، اصل نکاح یا طلاق باشد و دعوای مطرح‌شده از سوی ثالث، اثبات نسب. در این صورت، شکی نیست که رأی دادگاه تجدید نظر در هر دو قسمت قابلیت فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور را دارد. جایی که دعوای تجدید نظر قابلیت فرجام‌خواهی داشته باشد یا دعوای ثالث مطرح‌شده در مرحله تجدید نظر جزو موارد قابل فرجام‌خواهی نباشد یا برعکس آن، وضعیت چگونه است؟ به عبارت دیگر، آیا قابلیت فرجام‌پذیری یک دعوا هنگام صدور رأی در دادگاه تجدید نظر، به دعوای دیگر که این قابلیت را ندارد، تسری پیدا می‌کند یا خیر؟

برخی نویسندگان معتقدند که اگر دعوای اصلی قابل فرجام‌خواهی باشد، ولی دعوای مرتبط یا بدوی مطرح‌شده قابل فرجام‌خواهی نباشد و دادگاه با پذیرش دعوای اصلی، دعوای مرتبط را مردود اعلام و طرف را محکوم کند، محکوم علیه حق فرجام‌خواهی دارد و دلیل این نتیجه را ارتباط کامل دو دعوا می‌دانند و معتقدند که اگر ارتباط میان دو دعوا

۱. مهاجری، پیشین، ص ۱۱۳.

۲. مقصودپور، رسول، **دعای طاری و شرایط اقامه آن**، تهران: مجد، ۱۳۹۱، ص ۳۴۵.

را بپذیریم، بدین ترتیب صدور حکم در هر یک از دعاوی بر دعاوی دیگر تأثیر می‌گذارد و این ملازمه، امکان اعتراض به رأی است. با این حال، عده‌ای، فرجام‌ناپذیری را به تبع اعتراض به رأی فرجام‌پذیر توجیه می‌کنند.^۱

به نظر می‌رسد در این گونه موارد، قابلیت فرجام‌خواهی هر کدام از دو دعاوی اصلی یا بدوی بر دیگری نیز تأثیر می‌نهد و هر دو عنوان قابلیت فرجام‌خواهی خواهند داشت. پس نظر گروه اول با فلسفه رسیدگی هم‌زمان به دعاوی یادشده سازگارتر است؛ زیرا اگر مرجع رسیدگی به دلیل وجود ارتباط یا با تجویز قانونی، دعاوی یادشده را با هم تجمیع کرده باشد، این پیوند باید تا زمانی باقی بماند که بیم صدور آرای متعارض وجود دارد. در غیر این صورت، اگر به علت این که یکی از دعاوی قابلیت فرجام‌خواهی ندارد، قائل به گسستن این پیوند شویم، چه بسا رأیی که در مرحله تجدید نظر یا فرجام صادر شده، با رأی دیگری که در مرحله نخستین یا تجدید نظر قطعی شده است، تعارض داشته باشد.^۲ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی شماره ۷/۱۱۹- ۱۳۸۲/۲/۱۲ بر خلاف نظر سابق خود گفته است: «با عنایت به تعریفی که در ماده ۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی از دعاوی طاری شده و ویژگی دعاوی مزبور و مرتبط بودن آن با دعاوی اصلی یا دارای یک منشأ بودن آن با دعاوی اصلی می‌باشد، چنان‌چه به تشخیص دادگاه، شرایط قانونی رسیدگی توأم به هر دو دعاوی اصلی و طاری فراهم باشد، قابلیت تجدید نظرخواهی دعاوی طاری به دعاوی اصلی که دعاوی اخیر کم‌تر از سه میلیون ریال تقویم شده، تسری پیدا می‌کند و دعاوی اصلی به تبع دعاوی طاری قابل تجدید نظر خواهد بود».^۳

۱. غمامی، مجید، «دعای متقابل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۳، شماره ۷۷، ص ۲۵.

۲. شکوهی‌زاده، رضا و اصغر عربیان، «دعای طاری در مرحله تجدید نظر»، مجله حقوق خصوصی، سال پانزدهم، ۱۳۹۷، شماره ۲، ص ۴۵.

۳. اکبرزاد باغبان، عباد، «تأثیر زوال و توقیف دعاوی اصلی بر دعاوی طاری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق، دانشکده پردیس بین‌الملل، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۳.

نتیجه‌گیری

طرح دعاوی طاری در محاکم عمومی و نیز دیوان عدالت اداری، تابع نظام حقوقی جداگانه‌ای است و مقررات خاصی بر هر یک حاکم است. در خصوص دعاوی طاری در دیوان عدالت اداری باید گفت که این دعاوی شامل ورود ثالث، جلب ثالث و نیز دعوی اضافی می‌شود، هر چند از مورد اخیر در قانون دیوان عدالت اداری، سخنی به میان نیامده است. دعاوی متقابل به دلیل مغایرت با فلسفه تأسیس دیوان و نیز توجه به شخصیت خواهان و خوانده در دیوان عدالت اداری (خواهان صرفاً اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی) در رویه دیوان پذیرفته نشده است، هر چند به لحاظ نظری، عده‌ای، پذیرش این دعاوا را دور از احتمال ندانسته‌اند. در خصوص طرح دعاوی ورود ثالث و جلب ثالث در شعب تجدید نظر دیوان هم باید گفت که با توجه به مواد مختلف قانون دیوان و در نظر گرفتن موازین دادرسی عادلانه، نظر اقوا، نپذیرفتن این دعاوی است.

در محاکم حقوقی، وضعیت به گونه دیگری است. به نظر می‌رسد از میان آن‌چه در بیان دلایل مقید بودن دعاوی اضافی به جلسه نخست دادرسی گفته شد، استناد به قیاس اولویت نسبت به ماده ۹۸ ق.آ.د.م. و استناد به ملاک آن ماده و مواد ۱۳۵ و ۱۴۳ آن قانون، دلایل قابل قبول در اثبات مهلت دعاوی اضافی هستند. با چنین دلایلی، استدلال احتمال اول مبنی بر مقید نبودن دعاوی اضافی به جلسه نخست دادرسی، ناتمام و ناقص می‌ماند. دادگاه تجدید نظر و دادرسان این دادگاه فقط در حدودی می‌توانند وارد شوند و نمی‌توانند فراتر از آن قدم گذارند که در مرحله بدوی به آن رسیدگی شده و ماهیتاً حکم درباره آن صادر شده باشد. به تجویز قانون‌گذار، گاهی از این اصول و قواعد، عدول شده و دعاوی بدوی را در مرحله تجدید نظر قابل طرح دانسته است. طرح برخی دعاوی طاری، مصداق دعاوی یادشده است. البته دعاوی دیگری هم‌چون اعتراض ثالث به رأی قطعی و شکایت و ابطال رأی داور هم می‌تواند از مصادیقی دیگر باشد.

طرح نخستین دعاوی مورد نظر در دادگاه تجدید نظر موجب اثرپذیری متقابل این دعاوی و طواری آن با دعاوی اصلی مطرح‌شده در برخی جنبه‌ها می‌شود که این اثرپذیری یا به دلیل ارتباط و وحدت منشأ و رسیدگی هم‌زمان و اثرگذاری حکم هر کدام بر دیگری یا به علت عالی بودن مرجع تجدید نظر در رسیدگی‌های یادشده یا در نهایت، حکم قانون‌گذار و تجویز قانون است.

مرحله تجدید نظر، یکی از مراحل دادرسی است. این مرحله نیز همانند مرحله بدوی، ظرف زمانی متعارفی را دربرمی‌گیرد. برای دادرسی عادلانه باید به مقررات مربوط به تجمیع دعاوی و طرح دعاوی مرتبط در این دادگاه نیز همانند مرجع بدوی عمل شود و دادگاه

تجدید نظر نمی‌تواند این مقررات را در خصوص موارد یادشده نادیده بگیرد و به هر عنوان، از رسیدگی به دعاوی که با شرایط قانونی و طبق قواعد آیین دادرسی در این مرحله طرح شده است، سر باز بزند و اظهار نظر نکند.

فهرست منابع

الف) کتاب

۱. احمدی، نعمت، **آیین دادرسی مدنی**، تهران: اطلس، ۱۳۹۱.
۲. استوار سنگری، کوروش، **حقوق دادرسی اداری**، تهران: داتیک، ۱۴۰۱.
۳. بهشتی، محمدجواد و نادر مردانی، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۲)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۵.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۱)**، تهران: گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.
۵. حیاتی، علی‌عباس، **آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: میزان، ۱۳۹۰.
۶. رستمی، ولی و همکاران، **دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری ایران**، تهران: گرایش، ۱۳۸۸.
۷. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)**، تهران: دراک، ۱۳۹۲.
۸. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته (جلد ۳)**، تهران: دراک، چاپ بیستم، ۱۳۹۲.
۹. صدرزاده افشار، سید محسن، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، تهران: جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۲.
۱۰. صفایی، سید حسین، **دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲)**، تهران: میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۷.
۱۱. قهرمانی، نصرالله، **مباحث دشوار آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)**، تهران: خرسندی، ۱۳۸۶.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، **اثبات و دلیل اثبات (جلد ۲)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۳.
۱۳. کریمی، عباس، **آیین دادرسی مدنی**، تهران: مجد، ۱۳۸۶.
۱۴. مالوری، فیلیپ، **اندیشه‌های حقوقی**، ترجمه: مرتضی کلانتریان، تهران: آگاه، ۱۳۸۳.
۱۵. متین دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (جلد ۱ و ۲)**، تهران: مجد، ۱۳۸۸.
۱۶. محمودی، جواد، **بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران**، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۱۷. مقصودپور، رسول، **دعاوی طاری و شرایط اقامه آن**، تهران: مجد، ۱۳۹۱.
۱۸. مهاجری، علی، **شرح قانون آیین دادرسی مدنی**، تهران: فکرسازان، ۱۳۹۶.

۱۹. مهرپور، حسین، **نظام بین‌المللی حقوق بشر**، تهران: اطلاعات، چاپ ششم، ۱۳۹۴.
۲۰. مولاییگی، غلام‌رضا، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۲۱. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی و آزادی‌های اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.

ب) مقاله

۱. احمدی، خلیل، «شرایط اقامه دعاوی ورود شخص ثالث در حقوق ایران و قواعد آیین دادرسی مدنی فدرال امریکا»، مجله مطالعات حقوقی، ۱۳۹۹، شماره ۲.
۲. احمدی، خلیل، «مطالعه تطبیقی مفهوم و انواع دعاوی بین اشخاص مختلف»، مجله پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هجدهم، ۱۳۹۳، شماره ۴.
۳. امامی، محمد و همکاران، «دعاوی اضافی»، مجله مطالعات حقوقی شیراز، دوره پنجم، ۱۳۹۲، شماره ۳.
۴. تقی‌پور، بهرام و محمدامین قدیری‌نسب، «بررسی مبانی قانونی و عقلی دعاوی طاری نظر به رویه قضایی جهت ایجاد رویه واحد در محاکم قضایی با تأکید بر نظم و امنیت اجتماعی»، پژوهش‌نامه نظم و امنیت انتظامی، سال دوازدهم، ۱۳۹۸، شماره ۳.
۵. جعفری مجد، محمد، «احکام دعاوی جلب ثالث در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق مدنی، ۱۳۹۱، شماره ۲.
۶. حسن‌زاده، مهدی، «اقامه دعاوی طاری در خارج از مهلت»، فصل‌نامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره دوم، ۱۳۹۲، شماره ۴.
۷. حسنوند، محمد و مینا اکبری، «گذار از قاعده تقنینی به قاعده‌گذاری قضایی در رویه قضایی دیوان عدالت اداری با تأکید بر حقوق استخدامی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتاد و چهارم، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۲.
۸. حیدری، سیروس، «اصل تناظر در حقوق فرانسو و کامن‌لا»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوم، ۱۳۸۹، شماره ۱.
۹. سوادکوهی، سام، «آیین دادرسی اداری در تشکیلات قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق خصوصی، سال اول، ۱۳۹۱، شماره ۱.
۱۰. شکوهی‌زاده، رضا و اصغر عربیان، «دعاوی طاری در مرحله تجدید نظر»، مجله حقوق خصوصی، سال پانزدهم، ۱۳۹۷، شماره ۲.

۱۱. شهنازی جنگ‌تپه، سالار، «دعاوی طاری در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ و مقایسه آن با قانون آیین دادرسی مدنی»، نخستین کنفرانس ملی حقوق، فقه و فرهنگ، ۱۳۹۹.
۱۲. شهنازی، خلیل، «جایگاه دیوان عدالت اداری در تأمین عدالت اداری و اجتماعی»، پژوهش‌نامه حقوقی، ۱۳۸۶، شماره ۱.
۱۳. طهماسبی، علی، «امکان‌سنجی دادخواهی خواهان بر خواهان و خوانده بر خوانده در حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)»، پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳۹۸، شماره ۸.
۱۴. غمامی، مجید و حسن محسنی، «اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشکده تهران، ۱۳۸۵، شماره ۷۴.
۱۵. غمامی، مجید، «دعای متقابل»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۳، شماره ۷۷.
۱۶. محسنی، حسن و پورطهماسبی‌فرد، محمد، «اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا»، نشریه کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره بیست و یکم، ۱۳۸۴، شماره ۱۹۰.
۱۷. واعظی، سید مجتبی و مهستی سلیمانی، «خواننده در دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، دوره پنجم، ۱۳۹۵، شماره ۱۳.
۱۸. وطنی، امیر و محمد نرگسیان، «جایگاه اصل رسیدگی در مدت معقول در فرآیند کیفری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و چهارم، ۱۳۹۷، شماره ۸۴.

ج) پایان‌نامه

۱. اکبرزاد باغبان، عباد، «تأثیر زوال و توقیف دعوی اصلی بر دعاوی طاری»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق، دانشکده پردیس بین‌الملل، دانشگاه گیلان، ۱۳۹۰.
۲. باقری، سکینه، «بررسی شرایط اقامه دعوا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بوعلی سینا همدان، ۱۳۸۹.
۳. فاطمی، ثریا، «جایگاه و نقش رویه قضایی دیوان عدالت اداری در حقوق عمومی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق پردیس فارابی، دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.
۴. محمد دوست، محدثه، «بررسی دعوی ورود ثالث در حقوق دادرسی مدنی ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد بندر انزلی، ۱۳۹۸.



تأملی در مطلوبیت و امکان حقوقی پیش‌بینی شرط داوری در قراردادهای کار در نظام حقوقی ایران

محمد قاسم تنگستانی *

علی طاهری **

چکیده

افزایش حجم پرونده‌های مطرح‌شده در مراجع حل اختلاف کار موجب جلب توجه به توسعه روش‌های جای‌گزین حل اختلاف شده است. بر همین اساس، در زمینه حل و فصل اختلافات ناشی از روابط کار در اسناد بین‌المللی و قوانین برخی کشورها، تأکیدهای قابل توجهی صورت گرفته است. با وجود اهتمام قانون‌گذار ایران به پیش‌بینی برخی روش‌های جای‌گزین حل اختلاف در مقررات کار، به داوری تصریح نشده است. این پژوهش با بهره‌گیری از روش توصیفی - تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش‌هاست که آیا درج شرط داوری در قرارداد کار مطلوبیت لازم را دارد؟ آیا چنین شرطی در نظام حقوقی ایران مجاز است؟ بر اساس یافته‌های پژوهش حاضر، نظام حقوقی ایران، رویکردی مثبت به روش‌های جای‌گزین حل اختلاف دارد. با این حال، درج شرط داوری در قراردادهای کار در نظام حقوقی ایران، به دلایلی که در این پژوهش بررسی می‌شود، توجیه و مطلوبیت لازم را ندارد که عبارتند از: مطلوب نبودن مزایای داوری نسبت به روش فعلی رسیدگی به اختلافات کار و چالش‌های متعدد ارجاع اختلافات یادشده به داوری به ویژه برای کارگران.

کلیدواژه‌ها: داوری‌پذیری، حقوق بین‌الملل کار، کارگر، کارفرما، قانون کار.

*. استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

m.tangestani@khu.ac.ir

**. دانش‌آموخته کارشناسی‌ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

qwealitahe@gmail.com

مقدمه

نظام حل و فصل اختلافات کارگری و کارفرمایی به عنوان بخشی از مقررات حقوق کار، متأثر از شرایط نظام اقتصادی، اجتماعی و حقوقی است. اختلافات کارگر و کارفرما هم مربوط به روابط فردی و هم مربوط به روابط جمعی طرفین رابطه کار است و اصولاً پی‌آمدهای مختلف دارد. پیچیدگی، پی‌آمدهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی اختلافات کارگری و کارفرمایی و لزوم مواجهه سریع و خاص با آن‌ها، حل و فصل اختلافات یادشده را از طریق نظام قضایی دشوار می‌سازد.

قدرت برتر کارفرما و شکنندگی موقعیت کارگر به علت امکان اخراج وی به دست کارفرما و وابستگی معیشت کارگر به مزدی که در قبال انجام دادن کار از کارفرما دریافت می‌دارد، اقتضا می‌کند که اولاً رسیدگی و تصمیم‌گیری در مورد اختلافات طرفین رابطه کار، سریع و به دور از تشریفات و شیوه‌های معمول در مراجع قضایی انجام شود. ثانیاً رسیدگی با مشارکت نمایندگان دولت برای حفظ منافع جامعه و نظم اجتماعی و نمایندگان طرفین اختلاف (کارگران و کارفرمایان) برای در نظر گرفتن واقعیت‌های صنفی و ملاحظات مربوط به روابط کار صورت پذیرد.

با توجه به توسعه بهره‌گیری از روش‌های غیر قضایی حل و فصل اختلافات، به ویژه داوری، استفاده از این سازوکار در قراردادهای کار به عنوان مسئله‌ای مهم، مبنای نگارش نوشتار پیش روست. سکوت قانون‌گذار در نظام حقوقی ایران در مورد امکان ارجاع اختلاف ناشی از روابط کار به داوری سبب ایجاد شبهه در خصوص امکان درج شرط داوری در قرارداد کار شده است.

اختلافات ناشی از رابطه کار عمدتاً ناشی از قرارداد کار است یا به سبب اختلاف در فهم، نحوه اجرا یا تفسیر قانون و نیز ناشی از پیمان‌های دسته‌جمعی کار مطرح می‌شود. معمولاً اختلافات فردی، مواردی را دربرمی‌گیرد که ناشی از حقوق و تکالیف مصرّح در قوانین و مقررات کار، پیمان‌های دسته‌جمعی و نیز قرارداد مربوط است و در نتیجه رابطه کار میان کارگر و کارفرما ایجاد شده باشد.^۱

حل و فصل اختلافات فردی کار به دو شیوه قضایی و غیر قضایی تقسیم می‌شود.^۲ شیوه قضایی ناظر به وضعیتی است که اختلاف کارگر و کارفرما، همانند دیگر دعاوی به دستگاه قضایی ارجاع شود و قاضی با رفع اختلاف، حکم لازم را صادر کند. در مقابل، شیوه غیر قضایی حل اختلاف، رایج‌ترین روش برای حل اختلاف کارگر و کارفرماست که بر اساس آن،

۱. رفیعی، احمد، حقوق کار (دفتر دوم: حل اختلاف کارگر و کارفرما در پرتو اصول دادرسی

منصفانه)، تهران: میزان، ۱۳۹۵، ص ۲۷۸.

۲. هاشمی، محمد، حقوق کار، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۲۷۴.

به جای قاضی، نمایندگان دولت، کارگر و کارفرما به حل اختلاف می‌پردازند.^۱ در بیش‌تر کشورها، با الهام از اسناد بین‌المللی به ویژه مقاوله‌نامه‌های سازمان بین‌المللی کار، روش‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات و به‌طور ویژه، داوری، در حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد کار مطرح است. البته داوری مورد نظر در اختلافات فردی، داوری اختیاری است.^۲ پرسش اصلی مورد نظر از تدوین نوشتار پیش رو، افزون بر بررسی تحلیلی مطلوب بودن استفاده از سازوکار داوری نسبت به دیگر روش‌های حل و فصل اختلافات ناشی از روابط کار، امکان حقوقی درج شرط داوری در قراردادهای کار در نظام حقوقی ایران است. در میان آثار نگاشته‌شده به زبان فارسی، مقاله «تحلیل اعتبار شرط داوری در قرارداد کار»^۳ به صورت مشخص با موضوع این نوشتار در ارتباط است. نویسنده مقاله با تبیین سه دیدگاه راجع به اعتبار شرط داوری در قراردادهای کار (نظریه اعتبار، عدم اعتبار و اعتبار مشروط)، با قید شروطی نظیر نظارت قضایی بر رأی داوری و رعایت قواعد آمره کار در صدور رأی داوری و تنقیح مناط از پذیرش شرط سازش در قانون کار ایران و نیز با توجه به موضع سازمان بین‌المللی کار در این زمینه و رعایت ضمنی اصل سه‌جانبه‌گرایی در حل و فصل اختلافات کار، قائل به نظریه اعتبار مشروط درج شرط داوری در قراردادهای کار شده است. نوآوری نوشتار پیش رو نسبت به این مقاله، تدقیق در ارزیابی تحلیلی وجوه مطلوب بودن داوری نسبت به دیگر روش‌های حل و فصل اختلافات کار است. هم‌چنین وجه تمایز آن، همان‌طور که در ادامه ملاحظه خواهد شد، تفاوت در دیدگاه منتخب نسبت به اعتبار این شرط (حداقل در نظام حقوقی ایران) است.

در نوشتار حاضر، در قالب سه گفتار، ابتدا وجوه مطلوب بودن داوری را نسبت به دیگر روش‌های حل و فصل اختلافات کار بررسی می‌کنیم. در ادامه، با بررسی رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به دیگر روش‌های حل و فصل غیر قضایی اختلافات کار، امکان حقوقی درج شرط داوری در قراردادهای کار در نظام حقوقی ایران به صورت خاص، واکاوی تحلیلی خواهد شد.

۱. نظام حقوقی ایران از الگوی اخیر تبعیت کرده است. برای مطالعه بیشتر، نک. نجابت‌خواه و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۵-۲۳.

۲. اکبری، احسان، آسیب‌شناسی دادرسی کار در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹، ص ۳۵۵.

۳. نجارزاده هنجی، مجید، «تحلیل اعتبار شرط داوری در قرارداد کار»، فصل‌نامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و ششم، ۱۴۰۰، شماره ۹۳، صص ۷۳-۹۰.

گفتار نخست. ارزیابی وجوه مطلوب بودن داوری نسبت به دیگر روش‌های حل و فصل اختلافات کار

توصیه به امکان حقوقی ارجاع اختلاف ناشی از قرارداد کار به داوری، علی‌القاعده باید متکی به دلایل توجیهی باشد که طرفین را به حل و فصل عادلانه، سریع، مطمئن، مسالمت‌آمیز و با هزینه کم تشویق کند.^۱ بخش قابل توجهی از دلایل توجیهی که در این گفتار بررسی می‌شوند، نسبت به رسیدگی به این اختلافات در محاکم دادگستری است. به عبارت دیگر، طرح اختلافات کار در محاکم دادگستری مزایای یادشده را ندارد و به علت چالش‌های آن، ادامه رابطه کار به مخاطره می‌افتد.^۲

برای مثال، در دعاوی بازگشت به کار کارگر، تلاش کارفرما بر اثبات ادعاهای خود و در مقابل، تلاش کارگر بر ردّ ادعاهای یادشده، بستر ساز اختلاف‌های جدید است و حتی در صورت بازگشت کارگر به کار، نتایج مطلوبی نخواهد داشت و سبب بی‌اعتمادی کارفرما، افت کارایی کارگر و حتی کاهش آرامش محیط کارگاه خواهد شد.

بند یکم. رسیدگی فنی و تخصصی

آیین دادرسی کار به دلیل پیش‌بینی مقررات خاص برای رسیدگی به دعاوی کار، اصولی ویژه را برای رعایت دادرسی منصفانه در این قبیل رسیدگی‌ها تدوین کرده است. در توضیح این نکته باید گفت که هر آیین دادرسی و روش رسیدگی، ویژگی‌هایی خاص دارد که ناشی از الزامات خاص دعاوی تابع این مقررات است. در داوری، طرفین، داور را با تراضی یکدیگر انتخاب می‌کنند که سبب می‌شود داوری متخصص در زمینه اختلاف و مسلط به جنبه‌های عملی و تخصصی به حل و فصل اختلاف پردازد و به یقین، بستر ساز صدور رأی صحیح، دقیق و عادلانه خواهد شد.^۳

در مقام ارزیابی باید گفت که وضع مقررات خاص برای رسیدگی به دعاوی کار در قالب رسیدگی‌های قضایی و نیز رسیدگی در مراجع شبه‌قضایی (موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار) نیز

۱. برای ملاحظه وجوه تمایز ارجاع دعاوی دولتی به داوری، نک. دشتی و حائری اصفهانی، ۱۳۹۹: ۱۴۹-۱۵۰.

2-Hornung, Renate, "5th Meeting of The International Organization of Employers Industrial Relations Policy Working Group Settlement of Labor Disputes Through Mediation and Arbitration Report", Geneva, November 2014, pp.1-3

۳. بگفتنی است رسیدگی به جرایم عمومی که در صلاحیت دادگاه‌های عمومی دادگستری است، از حدود اختیارات داوران خارج است. نک: شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته) (جلد ۳)، تهران: دراک، ۱۳۹۸، ص ۵۰۹.

امکان‌پذیر است و از این نظر، داوری بر روش یادشده ترجیحی ندارد. هم‌چنین با آموزش تخصصی قضات و اعضای مراجع شبه‌قضایی، اقتضائات فنی و تخصصی دعاوی کار قابل تأمین است.

بند دوم. غیر تشریفاتی بودن رسیدگی

به اصل غیر تشریفاتی بودن رسیدگی به دعاوی کار در مقدمه مصوبه مربوط به آیین دادرسی کار (مصوب ۱۳۹۱ وزیر تعاون، کار و رفاه اجتماعی) اشاره شده است. آیین دادرسی ذاتاً متضمن تشریفات خاصی برای رسیدگی است؛ چه آیین دادرسی مربوط به دعاوی کار باشد و چه مربوط به انواع دیگر دعاوی. به تعبیری، آیین دادرسی بر تشریفات بنا شده است. تنظیم مقرراتی برای اقامه دعوا، رسیدگی به اختلاف و صدور رأی بیانگر تشریفات خاص برای دادرسی کار است. با این حال، به نظر می‌رسد اشاره به این ویژگی در مقدمه این مصوبه، مؤید نظر تدوین‌گران آن مبنی بر کم بودن تشریفات آیین دادرسی کار (و نه غیر تشریفاتی بودن این مقررات) باشد.^۱

داوری نیز اصولاً غیر تشریفاتی است؛ زیرا داوری مبتنی بر توافق و اراده طرفین است و این امر انعطاف بیش‌تری به داوری می‌بخشد. مطابق ماده ۴۷۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، «داوران در رسیدگی و رأی، تابع مقررات قانون آیین دادرسی مدنی نیستند، ولی باید مقررات مربوط به داوری را رعایت کنند».

در داوری، آیین رسیدگی جنبه تکمیلی^۲ دارد و طرفین می‌توانند در خصوص آیین و نحوه رسیدگی توافق کنند.^۳ این در حالی است که رسیدگی‌های قضایی تابع تشریفات خاصی است. با این حال، به نظر می‌رسد امکان وضع تشریفات کم‌تر حتی در رسیدگی‌های قضایی نیز وجود داشته باشد. در این میان، وجود حداقلی از ضوابط رسیدگی برای حفظ حقوق طرفین دعوا به ویژه طرف ضعیف‌تر، در قالب آیین دادرسی کار، گزینه‌ای موجه‌تر به نظر می‌رسد.

بند سوم. سرعت در رسیدگی

تسریع در رسیدگی به اختلافات میان کارگر و کارفرما از اولویتهای اساسی قانون‌گذار در قانون کار و آیین دادرسی کار است. دلیل گرایش به اصل سرعت در رسیدگی به دعاوی

۱. تقی‌زاده، ابراهیم و عبدالحسین صالحی‌منش، آیین دادرسی در اختلافات کارگر و کارفرما، تهران: مجد، ۱۳۹۸، ص ۷۸.

2-Optional Provision .

۳. علی‌دادی ده‌کهنه، علی و ابودر جوهری، حقوق داوری کاربردی، تهران، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸، ص ۱۳۷.

کار، جلوگیری از بلا تکلیفی طرفین اختلاف و پیش‌گیری از ورود ضرر بیش‌تر به کارگر و کارفرماست. برای مثال، در دعوای اخراج کارگر، اگر اخراج غیر قانونی قلمداد و حکم بازگشت به کار کارگر صادر شود، کارفرما به پرداخت حقوق کارگر از زمان اخراج تا بازگشت کارگر به کار ملزم خواهد شد. در این مورد، برای جلوگیری از بلا تکلیفی و ورود زیان به طرفین نیاز است رسیدگی به دعوای مطرح‌شده با قید فوریت و سرعت صورت پذیرد. ذیل ماده ۱۶۲ قانون کار، هیئت حل اختلاف را به صراحت ملزم می‌کند حتی‌الامکان ظرف مدت یک ماه پس از وصول پرونده، رسیدگی و رأی لازم را صادر کند.^۱

داوری نیز حداقل در بعد داخلی از سرعت قابل توجهی برخوردار است که همین امر، یکی از علل تمایل برای مراجعه به داوری برای حل اختلاف محسوب می‌شود.^۲ در مراجع قضایی عموماً به دلیل حجم بالای پرونده‌های مطرح‌شده، مدت زمان طولانی برای رسیدگی به پرونده‌های مطرح‌شده صرف می‌شود.^۳ از طرفی نیز به دلیل کم‌تر بودن تشریفات رسیدگی در داوری، حل اختلاف تسریع می‌گردد. علاوه بر این، مدت داوری تابع توافق طرفین است و در صورت توافق نداشتن طرفین، مطابق با تبصره ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، تنها سه ماه به عنوان مدت داوری شناخته خواهد شد. این ویژگی، عامل ترجیح داوری نسبت به رسیدگی‌های قضایی است، اما در مقایسه با رسیدگی در مراجع شبه-قضایی، عامل تمایز تلقی نمی‌شود.

بند چهارم. رعایت اقتضائات اصل سه‌جانبه‌گرایی

مطابق با مقررات دادرسی کار، رسیدگی به اختلافات به دست هیئت‌هایی متشکل از سه گروه شامل نمایندگان کارگران، کارفرمایان و دولت صورت می‌پذیرد. دلیل این رویکرد نیز جلب اعتماد طرفین اختلاف است. در داوری نیز مطابق ماده ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی لازم است تا طرفین در انتخاب و تعیین تعداد داور به توافق برسند. همچنین طبق ماده ۴۶۴ این قانون و ماده ۱۰ قانون داوری تجاری بین‌المللی، در صورت تعیین نشدن شمار داوران، تعداد آنان، سه نفر خواهد بود.^۴ علاوه بر این، بیش‌تر حقوق‌دانان معتقدند بنا بر ضرورت تصمیم‌گیری در صورت اختلاف نظر، تعداد داوران باید فرد باشد.^۵

۱. تقی‌زاده و صالحی‌منش، پیشین، ص ۷۷.

۲. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۳، ص ۴۳۲.

۳. علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری، پیشین، ص ۱۳۷.

۴. همان، ص ۱۵۴.

۵. توکلی، محمد مهدی، مختصر آیین دادرسی مدنی، تهران: مکتوب آخر، ۱۳۹۷، ص ۴۱۸.

با توجه به مقررات یادشده می‌توان این اصل را با مقررات داوری پوشش داد، به این ترتیب که هیئت داوری نیز متشکل از داور یا داوران طرفین و به همراه ایشان، داور یا داوران منتخب وزارت کار باشد. با این وصف، امکان وضع تکلیف برای وزارت کار جهت تعیین داور، نه از نظر حقوقی، امکان‌پذیر است و نه از نظر عملی، واقع‌بینانه است.

بند پنجم. هزینه رسیدگی

در اختلافات ناشی از روابط کار معمولاً کارگر برای احقاق حقوق خود در مقام خواهان اقدام می‌کند. با این حال، به دلایل مختلفی از جمله دشواری تأمین ادله برای کارگر، وی در وضعیتی شکننده قرار می‌گیرد. هم‌چنین با وجود رایگان بودن دادرسی کار در ایران، هزینه‌های غیر مستقیم از جمله هزینه تأمین دلیل و ایاب و ذهاب، بار سنگینی را بر دوش کارگران می‌نهد. با نگاهی به فرآیند داوری می‌توان دریافت که این روش می‌تواند از رسیدگی فرسایشی در محاکم مفیدتر واقع شود.

گفتنی است دیوان عالی امریکا از مراجعه به داوری در اختلافات جمعی میان کارگران و کارفرمایان حمایت می‌کند. به باور این دیوان، همان طور که داوری در اختلافات تجاری بر رسیدگی محاکم فایق آمده است، داوری باید جای روش‌های حل اختلافات تنش‌برانگیز ناشی از روابط کار را نیز بگیرد.^۱

نظام دادرسی کار بر خلاف دیگر مراجع که طرح دعوا در آن، مستلزم پرداخت هزینه دادرسی است، رایگان است. برخی، دلیل این امر را شرایط کار و معیشت کارگران می‌دانند؛ زیرا آن‌ها به دلیل احتمال از دست دادن کار و هم‌چنین کارفرما به دلیل موقعیت برتر خود، هیچ گاه دعوای ناموجه و بی‌اساس را اقامه نمی‌کنند. از طرف دیگر، برخی نیز معتقدند اگر محکوم علیه، کارگر باشد، هزینه دادرسی علاوه بر محرومیت از اشتغال، آثار مخربی بر جای خواهد گذاشت و اگر محکوم علیه، کارفرما باشد، این هزینه‌ها در کنار هزینه‌هایی مانند حق سنوات و دیگر مطالبات کارگر، بر وی تحمیل خواهد شد.^۲ با این حال، برخی نیز معتقدند به علت وضعیت خاص کارگر و کارفرما، این اصل جنبه حمایتی دارد و باید خدمت عمومی قلمداد شود؛ زیرا خدمات عمومی به صورت مستقیم، هزینه‌ای دربر نمی‌گیرند.^۳

1-Silverstein, May Olivia, "Introduction to International Mediation and Arbitration: Resolving Labor Disputes in the United States & the European Union", Labor and Employment Law Forum, 2011, Vol.1, S.1, p.1

۲. همدانی، علی‌الله، آیین دادرسی مراجع حل اختلاف کار ایران، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۱، ص ۱۳.

۳. تقی‌زاده و صالحی‌منش، پیشین، ص ۸۱.

در مقابل، داوری، متضمن پرداخت حق‌الزحمه داوران است و تعرفه حق‌الزحمه داوران مطابق ماده ۴۹۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، بر اساس آیین‌نامه مصوب رئیس قوه قضاییه تعیین و پرداخت می‌شود. با این‌که داوری هزینه دارد، به دلیل کم بودن هزینه‌های آن نسبت به محاکم، از آن استقبال می‌شود. تک‌مرحله‌ای بودن و کوتاه بودن مدت رسیدگی داوری، در رأس مواردی است که سبب کاهش این هزینه‌ها می‌شود. با این حال، پرداخت همین هزینه مختصر برای کارگران دشوار به نظر می‌رسد. از سویی، دولت نیز علی‌القاعده به علت ایجاد هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف، در پرداخت این هزینه‌ها نقشی نخواهد داشت؛ زیرا تعهد خود را از طریق ایجاد این مراجع انجام داده است. بر این اساس، داوری نسبت به رسیدگی در مراجع شبه‌قضایی، از نظر تحمیل هزینه رسیدگی به کارگر، با چالش جدی مواجه است.

بند ششم. حفظ مناسبات کاری و رعایت محرمانگی

داوری این ظرفیت را دارد که از محرمانگی اطلاعات شخصی طرفین در اختلافات کار نیز حمایت کند. از سوی مقابل، علنی بودن رسیدگی در محاکم از جمله شرایط دادرسی‌های قضایی است. این در حالی است که توسل به داوری، امکان صیانت از اطلاعات محرمانه را برای طرفین تضمین می‌کند. رابطه کار، ماهیتی مستمر و شخص‌محور دارد که در این رابطه، کارگر از نظر اقتصادی و حقوقی، به اراده کارفرما وابسته است. از نظر اقتصادی، امرار معاش کارگر به پرداخت اجرت و حق‌السعی کارگر بستگی دارد. از نظر وابستگی حقوقی نیز ایفای تعهدات کارگر، تابع سازمان‌دهی کارگاه و برنامه‌های تدوین‌شده از جانب کارفرماست. بنابراین، رابطه متکی بر اعتماد و حل اختلافات بین کارگر و کارفرما از طریق داوری، به پایداری و استمرار رابطه کاری کمک قابل توجهی خواهد کرد.

بهره‌گیری از داوری برای طرفین، این امکان را فراهم می‌کند تا اختلاف نظرهای دیگری را که داخل در موضوع اختلاف مطرح نشده‌اند، ولی رابطه طرفین را تحت تأثیر قرار می‌دهند، در چارچوب مذاکرات خود بررسی کنند. به این ترتیب، ارجاع اختلاف به داوری سبب حفظ و پایداری رابطه کارگر و کارفرما خواهد شد. همچنین ورود اشخاص ثالث بی‌طرف برای ارزیابی شرایط موضوعی و حقوقی، به حل اختلاف طرفین کمک شایانی خواهد کرد و روند حل اختلاف را تسهیل می‌کند. حتی اگر در نتیجه داوری، طرفین به راه حلی حقوقی نیز دست نیابند، در میانه مذاکرات فرصت می‌یابند تا مطالبات و نظرهای خود را به یکدیگر انتقال دهند.^۱

یکی دیگر از مزایای داوری، امکان تشکیل دیوان داوری در محل کارگاه است. توسل به داوری این امکان را برای طرفین فراهم می‌کند که اختلافات خود را قبل از ارجاع به نهادها

1-Gordon, Elizabeth Ellen, "Why Attorneys Support Mandatory Mediation", *Judicature Dergisi*, Vol.82, S.5, pp.224-231

و محاکم خارج از کارگاه، در داخل ساختار رابطه کاری خود حل و فصل کنند. صلاحیت نهاد داوری مستقر در محل هم ممکن است عام باشد و هر نوع اختلاف را شامل شود و هم ممکن است از صلاحیت محدودی برخوردار باشد.^۱ ایجاد چنین نهادی علاوه بر این که سرعت رسیدگی را بالا می‌برد و هزینه‌ها را به حداقل می‌رساند، فرصت اثرگذاری کارگران را بر روند تصمیم‌سازی در کارگاه فراهم می‌سازد.

در مقام ارزیابی این عامل باید گفت که حتی در رسیدگی‌های قضایی نیز طرفین با توافق یکدیگر می‌توانند درخواست رسیدگی غیر علنی کنند. دیگر مزایایی که برای داوری بیان شد، نوعاً در رسیدگی به اختلاف توسط مراجع شبه‌قضایی در نظر گرفته شده است. پس داوری از این نظر نیز ترجیح خاصی ندارد.

بند هفتم. امکان اجرای موازین حقوق بین‌الملل کار

فایده دیگر داوری، بسترسازی برای اجرای موازین حقوق بین‌الملل کار است.^۲ اجرای استانداردهای حقوق بین‌الملل کار در تمام کشورها، موضوعی پرچالش است. حتی سازمان بین‌المللی کار نیز نتوانسته است مدعی پذیرش و اجرای اصول دادرسی مشترک و استانداردهای یکسان در کشورهای عضو شود. عمده‌ترین علت این مسئله، پای‌بندی محاکم داخلی به موازین ملی خود است. به این ترتیب، نقش برجسته داوری و دیگر روش‌های جای‌گزین حل اختلافات در اجرای اصول و استانداردهای بین‌المللی نمایان می‌شود؛ زیرا طرفین اختلاف به ویژه اختلافات بین‌المللی، از آزادی انتخاب قانون حاکم در نهاد داوری برخوردارند و می‌توانند به راحتی، اصول و استانداردهای حقوق بین‌الملل کار را اجرا کنند.^۳

بند هشتم. آمره بودن مقررات کار

چون قوانین کار با هدف حفظ منافع کارگر و حمایت حقوقی از آنان به تصویب رسیده است، دارای ویژگی نظم عمومی هستند و باید تمایز آن‌ها را از دیگر قوانین درک کرد. حقوق کارگران به ترتیب مقرر در قانون کار، جنبه حداقلی دارد و کارفرما نمی‌تواند حتی با توافق و تراضی با کارگر، مزایایی کم‌تر از مزایای قانونی برایش منظور کند.^۴ رأی صادرشده از جانب

1-Silberman, R. Gaull, Murphy, Susan, Adam, E. and Susan P. "Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims", Louisiana Law Review, 1994, Vol. 54, S. 6, pp.1533-1558

2-Silverstein, op. cit., p.1 .

3-Zack, Arnold M., "ADR and the Settlement of International Labor Disputes: A Proposal for Conciliation through the Permanent Court of Arbitration", Permanent Court of Arbitration (PCA)'s Fifth International Law Seminar, Mayis, s., 2002, pp.125-138

۴. هاشمی، سید محمد، حقوق کار، تهران: میزان، ۱۳۹۶، ص ۲۱.

داور باید مطابق قوانین آمره و موجد حق باشد؛ چون توافق بر خلاف قوانین آمره ممکن نیست و داور مکلف است مانند دادگاه، آرای خلاف قوانین آمره صادر نکند. البته اگر رأی بر خلاف قوانین تکمیلی باشد، با ایراد حقوقی مواجه نیست.

قوانین موجد حق، قوانینی هستند که برای اشخاص، حقوقی را شناسایی می‌کنند. اگر رأی داور، حقوق قانونی اشخاص را نقض کرده باشد یا بر خلاف قوانین آمره رأی بدهد که توافق بر خلافشان ممکن نیست یا با نظم عمومی و اخلاق حسنه در تعارض باشد، آرای صادرشده قابل ابطالند.^۱ در پایان، به نظر می‌رسد امکان گریز از اجرای قواعد حقوقی در داوری، بیش‌تر از محاکم دادگستری و مراجع شبه‌قضایی است؛ امری که معمولاً به زیان کارگر منجر می‌شود.

گفتار دوم. رویکرد نظام حقوقی ایران نسبت به دیگر روش‌های غیر قضایی حل و فصل اختلافات کار

قانون کار، به استثنای سازش، به روش‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات^۲ با صراحت و به طور مبسوط اشاره نکرده است. با این حال، از یک منظر، با عنایت به مقررات این قانون می‌توان رویکرد نسبتاً مثبت قانون‌گذار را به بهره‌گیری از این روش‌ها در حل و فصل اختلافات برداشت کرد.

بند یکم. مذاکره

مذاکره^۳ فردی بین کارگر و کارفرما در قانون کار به رسمیت شناخته نشده و صرفاً مقرراتی برای مذاکره دسته‌جمعی تصویب شده است. مذاکره دسته‌جمعی در مواد ۱۳۹ و ۱۴۰ قانون کار آمده است. قانون‌گذار در ماده ۱۳۹ قانون کار، «پیش‌گیری و یا حل مشکلات حرفه‌ای و یا شغلی و یا بهبود شرایط تولید و یا امور رفاهی کارگران» و «حصول توافق و حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات» را هدف و غایت مذاکرات دسته‌جمعی قلمداد می‌کند. در ماده ۱۴۰ قانون کار نیز برای تبیین مسئله، پیمان دسته‌جمعی را تعریف و طرفین مذاکرات دسته‌جمعی را معرفی می‌کند.

در قانون کار به توسل به مذاکره قبل از ارجاع اختلاف به هیئت‌های تشخیص و حل

۱. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸، ص ۵۵۳.

2-Alternative Dispute Resolution (ADR) methods.

3-Negotiation .

اختلاف اشاره نشده است. با این حال، شناسایی نشدن مذاکره در قانون، مانع از امکان انجام دادن آن نیست. همچنین می‌توان مذاکره را عنصری از روش سازش قلمداد کرد.^۱ با این حال، مذاکره در این دست اختلافات، رأساً روشی برای حل و فصل محسوب نمی‌شود؛ گرچه در عمل به کار گرفته شود.

بند دوم. سازش

سازش^۲ تنها روش جای‌گزین حل و فصل اختلافات است که به صراحت در ماده ۱۵۷ قانون کار آمده است. بر اساس این ماده، اگر بین کارگر و کارفرما اختلافی رخ دهد، ابتدا از طریق سازش مستقیم میان طرفین برای حل اختلاف تلاش می‌شود.^۳ وجود نهاد سازش در قانون کار، ابتکاری برگرفته از موازین بین‌المللی کار است؛ چون در هیچ یک از قوانین کشور، سازش به عنوان روش مستقل شناخته نشده است.

سازش بر خلاف دیگر روش‌های جای‌گزین مطرح‌شده در قانون کار که در اختلافات جمعی اعمال می‌شوند، در اختلافات فردی قابل اعمال است و طبق نص ماده ۱۵۷ این قانون در اختلافات جمعی قابل اعمال نیست. با این حال، حقوق مکتسبه ناشی از قراردادهای دسته‌جمعی برای طرفین نیز در اختلافات فردی، قابلیت مطالبه و طرح در قالب سازش را دارد. برخی نویسندگان، ناممکن بودن سازش در اختلافات جمعی را رد می‌کنند و معتقدند که مطرح بودن چنین موضوعی به وجود خلأهای قانونی و اجرایی در مورد روش و ماهیت اختلافات و دعاوی جمعی در نظام حقوق کار معطوف است.^۴

بند سوم. میانجی‌گری

روش دیگر جای‌گزین حل و فصل اختلافات کار، میانجی‌گری^۵ است که به موجب آن، شخص ثالث بی‌طرف و مورد قبول طرفین دعوا به موضوع مورد اختلاف ورود می‌کنند. این شخص اختیار صدور رأی را ندارد و صرفاً به طرفین کمک می‌کند تا بتوانند مشکلات موجود خود را حل و فصل کنند.^۶ قانون‌گذار، میانجی‌گری را شناسایی کرده و در ماده ۱۵۷ قانون کار به این روش اشاره نشده است.

۱. اکبری، پیشین، ص ۳۵۷.

2-Amicable Settlement, Compromise.

۳. تقی‌زاده و صالحی‌منش، پیشین، ص ۴۱.

۴. رفیعی، احمد، قانون کار در نظم حقوقی کنونی، تهران: نگاه بینه، ۱۳۹۶، ص ۳۷۹.

5-Mediation.

۶. درویشی هویدا، یوسف، شیوه‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات، تهران: میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۰۷.

تبصره ۲ ماده ۱۳۹ قانون کار، تنها موردی است که قانون‌گذار به میانجی‌گری اشاره کرده است. بر این اساس «در صورتی که طرفین مذاکرات دسته‌جمعی موافق باشند، می‌توانند از وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی تقاضا کنند، شخص بی‌طرفی را که در زمینه مسائل کار تبحر داشته باشد و بتواند در مذاکرات هماهنگی ایجاد کند، به عنوان کارشناس پیمان‌های دسته‌جمعی به آن‌ها معرفی نماید. نقش این کارشناس، کمک به هر دو طرف در پیشبرد مذاکرات دسته‌جمعی است». همان‌طور که در این حکم مشهود است، میانجی‌گری نیز مانند مذاکره تنها به پیمان‌های دسته‌جمعی و اختلافات ناشی از آن محدود است و قراردادهای و اختلافات فردی را دربرنمی‌گیرد.

گفتار سوم. امکان حقوقی پیش‌بینی شرط داوری در قراردادهای کار

نظام‌های مختلف حقوقی داخلی، برخی از اختلافات را قابل ارجاع به داوری نمی‌دانند. با این حال، ممکن است در خصوص منع ارجاع اختلافات به داوری، نظام حقوقی داخلی کشورها یکسان عمل نکنند.^۱ حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا در نظام حقوقی ایران، در قرارداد کار می‌توان شرط داوری را لحاظ کرد؟ در این قسمت می‌کوشیم بر اساس قوانین و مقررات داخلی ایران به این پرسش پاسخ دهیم.

بند یکم. رویکرد قوانین داخلی ایران نسبت به داوری

مطابق قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، برخی از دعاوی به داوری قابل ارجاع نیست. قانون‌گذار، این استثنائات را در ماده ۴۷۸ این قانون، منحصر به دعاوی ورشکستگی، کیفری، اصل نکاح، فسخ نکاح، طلاق و نسب دانسته است؛ زیرا این موضوعات با نظم عمومی و مصالح زندگی جمعی آمیخته است و می‌تواند آثاری به مراتب گسترده‌تر از طرفین یک دعوا داشته باشد.^۲ ضمانت اجرای ارجاع این دسته از اختلافات به داوری حسب مورد شامل ابطال موافقت‌نامه داوری، ابطال شرط داوری مندرج در قرارداد، ابطال رأی داور توسط دادگاه و قابل اجرا نبودن رأی داور می‌شود.

گفتنی است در مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ همین قانون که اصول و قواعد عام داوری را مقرر می‌دارد، هیچ حکمی مبنی بر منع ارجاع اختلافات ناشی از روابط کار به داوری وجود ندارد. به نظر برخی نویسندگان، طبق این قانون، رسیدگی به اختلافات ناشی از رابطه کار از

۱. خدابخشی، پیشین، ص ۲۴۰.

۲. توکلی، پیشین، ص ۴۱۸.

جانب داور ممنوع نیست، ولی این امر، مختص داوری اختیاری است؛^۱ زیرا داوری مورد نظر قانون‌گذار در این قانون، داوری اختیاری است. از سوی مقابل، ممکن است گفته شود که مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات ناشی از روابط کار، موضوعاً از موارد مشمول این قانون، خارج و تابع نظامات و قواعد خاص قانون کار است.

قبل از تنظیم قرارداد داوری بین‌المللی باید به قابل ارجاع بودن اختلاف به داوری توجه کرد. موضوع‌هایی را می‌توان به داوری ارجاع داد که بر اساس نظام حقوقی ایران از طریق داوری قابل حل و فصل باشند. بند ۱ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران مقرر می‌دارد: «در موارد زیر، رأی داور اساساً باطل و غیر قابل اجراست: ۱. در صورتی که موضوع اصلی اختلاف به موجب قوانین ایران قابل حل و فصل از طریق داوری نباشد...». عمده موضوعات داوری‌ناپذیر در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ذکر شده است که از جمله می‌توان به ماده ۴۵۶ این قانون اشاره کرد.^۲

بندهای ۲ و ۳ ماده ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز اشعار می‌دارد که «۲. در صورتی که مفاد رأی مخالف با نظم عمومی باشد؛ ۳. رأی داور در خصوص اموال غیر منقول واقع در ایران با قوانین آمره جمهوری اسلامی ایران و یا با مفاد اسناد رسمی معتبر معارض باشد، مگر آن‌که در مورد اخیر، داور حق سازش داشته باشد». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، قانون داوری تجاری بین‌المللی که ناظر بر روابط حقوقی بین‌المللی است، هیچ حکمی در خصوص ممنوعیت یا محدودیت ارجاع اختلاف ناشی از رابطه کار به داوری و درج شرط داوری در قراردادهای کار پیش‌بینی نکرده است.

مواد ۱۴۲، ۱۴۳ و ۱۵۷ قانون کار، روش‌های حل و فصل اختلافات را تبیین می‌کنند. از نظر برخی نویسندگان، شکل دیگری که برای رسیدگی به اختلافات قابل پیش‌بینی است، طبق مواد ۵۰۱ و ۴۵۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مراجعه به داوری است که قانون کار مخالفت صریح با آن ندارد. بنابراین، چون این مواد عام است و شامل اختلاف بین کارگر و کارفرما نیز می‌شود، بنا به قاعده اعتبار امر محکوم‌بها از طریق صدور برگ اجرایی قابل اجراست.^۳ از نظر برخی نویسندگان، در مرحله اول حل اختلاف که رجوع به سازش است، قانون‌گذار تنها مداخله کارفرما و کارگر یا کارآموز یا نمایندگان کارگر را از سوی تشکل مربوط مجاز دانسته است، ولی امکان مداخله داور یا داوران برای حل اختلاف وجود ندارد. در مقابل، برخی دیگر، مخالف امکان داوری در اختلافات ناشی از رابطه کار هستند.^۴

۱. علی‌دادی ده‌کهنه و جوهری، پیشین، ص ۱۴۳.

۲. مافی، همایون، **شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی**، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷.

۳. براتی‌نیا، محمود، **دیدگاه‌های نو در حقوق کار**، تهران: فکرسازان، ۱۳۸۲، ص ۱۴۴.

۴. رفیعی، پیشین، ص ۲۹۲.

به استناد ماده ۸ قانون کار، مزایای مقرر در قانون کار، جنبه حداقلی دارند و مزایا و شرایط قرارداد کار هرگز نمی‌تواند از حداقل مقرر در قانون کار کمتر باشد. بر همین اساس، شرایطی را که به نفع کارگر باشد، حتی در مورد قواعد امری می‌توان به قرارداد کار افزود. به نظر می‌رسد شرط داوری در صورت درخواست کارگر مشمول این ماده از قانون کار شود. در نقد این نظر باید بیان داشت که صرف درخواست کارگر به معنای آن نیست که مراجعه به داوری در هر شرایطی به نفع کارگر است. به نظر برخی حقوق‌دانان، امکان داوری در اختلافات ناشی از رابطه کار وجود ندارد؛ زیرا هم قانون کار جزو قوانین امری است و هم صلاحیت هیئت‌های حل اختلاف کارگر و کارفرما، اختصاصی است. در مقام قیاس، کمیسیون ماده صد شهرداری و نهادهای مشابه را مطرح می‌کنند و مدعی امکان‌ناپذیری ارجاع این اختلافات به داوری هستند. نظر اخیر با در نظر گرفتن فلسفه وضع قواعد حقوق کار و به ویژه آمره بودن این مقررات هماهنگی دارد.

بند دوم. رویکرد سازمان بین‌المللی کار نسبت به داوری

در اسناد بین‌المللی مربوط به حقوق کار، بر استفاده از روش‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات مانند مذاکره، سازش و داوری تأکید شده است. از جمله در اعلامیه ۱۹۴۸، کمیسیون قطع‌نامه‌های سازمان بین‌المللی کار برای نخستین بار در دیباچه خود، حل اختلاف کار از طریق سازش و داوری را به عنوان معیاری بین‌المللی به کنفرانس بین‌المللی کار پیشنهاد کرد. هم‌چنین مقاوله‌نامه شماره ۱۵۴ سازمان بین‌المللی کار (مصوب ۱۹۸۱ میلادی) درباره گسترش مذاکرات دسته‌جمعی، با توجه به شرایط ملی، آیین حل اختلاف کار را پیش‌بینی کرد. در شق (ث) بند ۲ ماده ۵ این مقاوله‌نامه آمده است که آیین‌های حل و فصل اختلاف‌های کار باید به شیوه‌ای ایجاد شوند که در رونق مذاکره دسته‌جمعی سهیم باشند. طبق مقررات کار انگلستان که از سال ۲۰۱۴ اجرایی شده است، طرفین باید برای حل و فصل اختلافات، قبل از مراجعه به دادگاه، آن را به سازش ارجاع دهند. هدف سازش، کاهش بار پرونده‌های مطرح‌شده در دادگاه‌هاست. طبق این مقررات، شخصی که می‌خواهد به دلیل اختلاف ناشی از قرارداد کار شکایت کند، ابتدا باید از روش‌های داوری، سازش و میانجی‌گری^۱ استفاده کند.

رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد کار در ایالات متحده آمریکا نیز مانند نظام حقوقی انگلیس تابع توافق طرفین و وجود شرط داوری است. از زمانی که دیوان عالی آمریکا اذعان کرد که از شرط داوری در قراردادهای کار حمایت می‌شود، مگر تحت شرایط خاص، کارگران زیادی از این شرط در قراردادهای خود استفاده می‌کنند. در استرالیا نیز بر مبنای ماده ۵ قانون کار عادلانه، کمیسیون کار عادلانه^۲، اصلی‌ترین ساختار موجود برای اعمال سازوکار

1-ACAS) Advisory, Conciliation, Arbitration Service.

2-Fair Work Commission.

داوری در نظام دادرسی کار این کشور است که از نمایندگان کارگر و کارفرما و کارشناسان روابط کار تشکیل شده است.^۱ نظام دادرسی چین هیچ محدودیتی برای ارجاع اختلافات به داوری قائل نیست. داوری، مورد اقبال جامعه کار چین است و دلیل عمده آن نیز به باور برخی صاحب‌نظران، نفوذ ملاحظات سیاسی در محاکم چین است.^۲

۱. اکبری، پیشین، ص ۳۵۶.

2-Zhuang, Wenjia, Chen, Feng, "ADR and the Settlement of International Labor Disputes: A Proposal for Conciliation through the Permanent Court of Arbitration", Permanent Court of Arbitration (PCA)'s Fifth International Law Seminar, May 15, 2002, p.385

نتیجه‌گیری

نظام دادرسی کار در ایران با وجود اهتمام قانون‌گذار به رعایت اصول و استانداردهای بین‌المللی دادرسی کار و توجه به روش‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات نظیر مذاکره، سازش و میانجی‌گری، با چالش‌های مهمی روبه‌روست. از مهم‌ترین این چالش‌ها می‌توان به اعمال نامناسب مرحله سازش در فرآیند دادرسی کار، رعایت نشدن اصول دادرسی منصفانه در رسیدگی به اختلافات کار توسط هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار و اطاله دادرسی اشاره کرد که هر یک به نوعی می‌تواند زمینه ناکارآمدی نظام دادرسی کار و فاصله‌گرفتن آن را از وضعیت مطلوب فراهم کند. از یک منظر، تجویز درج شرط داوری در قرارداد کار در صورت وجود شرایط لازم برای تحقق این امر می‌تواند بستر ساز تسهیل سرمایه‌گذاری بین‌المللی شود و طرفین اختلاف را از مزایای داوری بهره‌مند سازد.

واقعیت آن است که میان داوری و رسیدگی در مراجع شبه‌قضایی (موضوع ماده ۱۵۷ قانون کار)، شباهت‌هایی قابل توجه وجود دارد که از جمله می‌توان به نبود منصب و مصونیت قضایی در مورد اعضای هیئت داوری و مراجع یادشده، سادگی، رعایت نشدن تشریفات تفصیلی دادرسی، سرعت در رسیدگی، محدود نبودن به دلایل ابرازی طرفین و ورود به عمق اختلاف برای حل و فصل قطعی آن، توجه به منافع طرفین، عنایت به ملاحظات اجتماعی و اقتصادی و رویکرد منصفانه به قضایا در رسیدگی و صدور رأی اشاره کرد. تفاوت در منشأ ایجاد و ترکیب، نبود آیین دادرسی خاص و الزام نداشتن به رعایت قواعد و اصول کلی آیین دادرسی در داوری نیز از جهات افتراق داوری و رسیدگی در مراجع شبه‌قضایی است. در نظام حقوقی ایران، منع صریحی در خصوص درج شرط داوری در قرارداد کار وجود ندارد. بر خلاف مزایای انکارناپذیری که داوری در حل اختلافات از آن برخوردار است، ضمن اذعان به چالش‌های این امر باید به اقتضائات و اصول حاکم بر حقوق کار در این زمینه توجه داشت. اصل سرعت و تشریفات نبودن دادرسی کار، ارجاع اختلافات ناشی از روابط کار به داوری را تقویت می‌کند. از سوی دیگر، اصل حمایتی و آمره بودن مقررات قانون کار، اصل رایگان بودن دادرسی کار و اصل سه‌جانبه‌گرایی در حل و فصل اختلافات کار، مهم‌ترین ملاحظات هستند که چالش‌هایی را در خصوص پیش‌بینی شرط ارجاع امر به داوری ایجاد می‌کند.

اصل آزادی قراردادها به تنهایی نمی‌تواند مستندی برای توجیه امکان حقوقی درج شرط مراجعه به داوری باشد؛ زیرا در قرارداد کار (بر خلاف دیگر قراردادها) به دلیل موقعیت ضعیف‌تر کارگر، در عمل، امکان پذیرش شرایط تحمیلی کارفرما و در نتیجه، عدول از مقررات

قانون کار وجود دارد. بدیهی است هر گونه شرط مراجعه به داوری که بر اساس آن، کارگر در تعیین داور مربوط نقشی نداشته باشد، در مغایرت با اصول اساسی حاکم بر حقوق کار است. همچنین باید اذعان کرد که ایجاد الزام برای دولت جهت تعیین داور در هیئت داوران، خالی از ایراد نیست. البته عمل به آن تا حدود قابل توجهی می‌تواند از مشکلات پیش روی شناسایی داوری در قراردادهای کار بکاهد. یکی دیگر از ملاحظات مهم در ارجاع اختلافات ناشی از روابط کار به داوری، پرداخت هزینه داوری است. با توجه به موقعیت اقتصادی ضعیف کارگران، تحمیل این هزینه به ایشان، با اصل رایگان بودن رسیدگی به اختلافات کار در تعارض است.

با وجود حرکت نظام حقوقی ایران به سمت شناسایی و به‌کارگیری روش‌های غیر قضایی حل و فصل اختلافات باید دانست که هم اکنون شرایط لازم برای توسعه بهره‌گیری از این روش‌ها در همه دعاوی وجود ندارد. با توجه به چالش‌های متعددی که در زمینه امکان درج شرط مراجعه به داوری در اختلافات کار وجود دارد و نظر به فلسفه ایجاد حقوق کار، به نظر می‌رسد به اعتبار این شرط در شرایط فعلی ایراد وارد است.

از نظر مطلوب بودن امکان مراجعه به داوری باید گفت که مهم‌ترین وجوه مطلوب بودن داوری در رسیدگی به اختلافات کار توسط مراجع شبه‌قضایی وجود دارد و از این نظر نیز پیش‌بینی امکان مراجعه به داوری در این قبیل اختلافات، ترجیح خاصی ندارد. بر این اساس، به نظر می‌رسد رفع مشکلات رسیدگی به دعاوی کار در هیئت‌های تشخیص و حل اختلاف کار به ویژه از نظر آموزش اعضای هیئت‌های یادشده، توسعه دسترسی به آن‌ها، افزایش سرعت و کیفیت رسیدگی‌های یادشده، راهکار مناسب‌تری (حداقل در وضعیت فعلی نظام حقوقی ایران) باشد.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. اباذری فومشی، منصور، حقوق کار، تهران: بهنامی، ۱۳۸۶.
۲. استوارسنگری، کورش، مقدمه حقوق کار، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۳. اکبری، احسان، آسیب‌شناسی دادرسی کار در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹.
۴. الهیان، محمدجواد، آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و دیوان عالی کشور در زمینه مسائل کار و تأمین اجتماعی (جلد ۴)، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۹۱.
۵. براتی‌نیا، محمود، دیدگاه‌های نو در حقوق کار، تهران: فکرسازان، ۱۳۸۲.
۶. تقی‌زاده، ابراهیم و عبدالحسین صالحی‌منش، آیین دادرسی در اختلافات کارگر و کارفرما، تهران: مجد، ۱۳۹۸.
۷. توکلی، محمد مهدی، مختصر آیین دادرسی مدنی، تهران: مکتوب آخر، ۱۳۹۷.
۸. خدابخشی، عبدالله، حقوق داوری و دعاوی مربوط به آن در رویه قضایی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۹. درویشی هویدا، یوسف، شیوه‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات، تهران: میزان، ۱۳۹۳.
۱۰. رفیعی، احمد، حقوق کار (دفتر دوم: حل اختلاف کارگر و کارفرما در پرتو اصول دادرسی منصفانه)، تهران: میزان، ۱۳۹۵.
۱۱. رفیعی، احمد، قانون کار در نظم حقوقی کنونی، تهران: نگاه بینه، ۱۳۹۶.
۱۲. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته) (جلد ۳)، تهران: دراک، ۱۳۹۸.
۱۳. طاهری، محمدسلمان، قانون کار در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان، ۱۳۹۲.
۱۴. علی‌دادی ده‌کهنه، علی و ابوذری جوهری، حقوق داوری کاربردی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۸.
۱۵. مافی، همایون، شرحی بر قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران: دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۹۷.

۱۶. نصیری، مرتضی، **حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران**، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۳.
۱۷. هاشمی، محمد، **حقوق کار**، تهران: میزان، ۱۳۹۶.
۱۸. هدایتی زفرقندی، محمد، **قرارداد کار**، تهران: میزان، ۱۳۹۱.
۱۹. همدانی، علی‌الله، **آیین دادرسی مراجع حل اختلاف کار ایران**، تهران: مؤسسه کار و تأمین اجتماعی، ۱۳۸۱.

ب) مقاله

۱. دشتی، تقی و شهاب حائری اصفهانی، «**داوری در دعاوی دولتی با نگاهی به تحول‌گرایانه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، شماره ۲.
۲. رستمی، ولی و احسان اکبری، «**جستاری در آسیب‌شناسی حقوقی نظام دادرسی کار در ایران**»، فصل‌نامه حقوق عمومی، دوره پنجاهم، ۱۳۹۹، شماره ۱.
۳. نجابت‌خواه، مرتضی و همکاران، «**قلمرو و آیین نظارت دیوان عدالت اداری بر آراء مراجع حل اختلاف کار در پرتو رویه قضایی دیوان عدالت اداری**»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره دوم، ۱۳۹۹، شماره ۲.
۴. نجارزاده هنجنی، مجید، «**تحلیل اعتبار شرط داوری در قرارداد کار**»، فصل‌نامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره بیست و ششم، ۱۴۰۰، شماره ۹۳.

2-Latin Source

A) Book

- 1-Hornung, Renate, "5th Meeting of The International Organization of Employers Industrial Relations Policy Working Group Settlement of Labor Disputes Through Mediation and Arbitration Report", Geneva, November 2014, 1-3
- 2-Zack, Arnold M., "ADR and the Settlement of International Labor Disputes: A Proposal for Conciliation through the Permanent Court of Arbitration", Permanent Court of Arbitration (PCA)'s Fifth International Law Seminar, Mayis, s., 2002, 125-138
- 3-Zhuang, Wenjia, Chen, Feng, "ADR and the Settlement of International Labor Disputes: A Proposal for Conciliation through the Permanent Court of Arbitration", Permanent Court of Arbitration (PCA)'s Fifth International Law Seminar, Mayis, s., 2002, 125-138

B) Article

1-Gordon, Elizabeth Ellen, “Why Attorneys Support Mandatory Mediation”, *Judicature Dergisi*, Vol.82, S.5

2-Silverstein, May Olivia, “Introduction to International Mediation and Arbitration: Resolving Labor Disputes in the United States & the European Union”, *Labor and Employment Law Forum*, 2011, Vol.1, S.1, p.101-125

3-Silberman, R. Gaull, Murphy, Susan, Adam, E. and Susan P. “Alternative Dispute Resolution of Employment Discrimination Claims”, *Louisiana Law Review*, 1994, Vol. 54, S. 6, pp.1533-1558



نسبت سنجی نظام حقوقی - اجرایی حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با قانون اساسی

حسین صادقی*

الهه مرندی**

چکیده

در بازنگری قانون اساسی ایران در سال ۱۳۶۸، اختیارات لازم برای رئیس جمهوری و هیئت وزیران با هدف حل و فصل اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی پیش‌بینی شد. دولت بر مبنای این اصل، به وضع مقررات و پیش‌بینی سازوکار حل اختلاف در درون قوه مجریه دست زد که مهم‌ترین آن‌ها، صدور آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی (مصوب ۱۳۸۶) است. چهارده سال از اجرای این آیین‌نامه می‌گذرد و تجربه اجرای آن به خوبی می‌تواند نمایانگر ظرفیت‌ها و چالش‌های نظام حقوقی ایران در حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی بر مبنای اصل ۱۳۴ ق.ا باشد. همین مسئله، ضرورت انجام پژوهشی با روشی توصیفی - تحلیلی و ابزار تحلیل محتوا را مبتنی بر این سؤال ایجاب می‌کند که رابطه نظام حقوقی حاکم بر حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با اصل ۱۳۴ ق.ا چیست؟ یافته‌های پژوهش بیانگر آن است که رفع چالش‌های نظام کنونی حل و فصل اختلافات، نیازمند درج حکمی دائمی در قانون در راستای تمرکز حل اختلافات بر مبنای آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف و منع دستگاه‌های اجرایی از طرح دعاوی علیه یکدیگر در مراجع قضایی است.

کلیدواژه‌ها: اصل ۱۳۴ قانون اساسی، اصل ۱۵۹ قانون اساسی، حل اختلافات دستگاه اجرایی، سازوکارهای داخلی قوه مجریه، معاونت حقوقی رئیس جمهوری.

*. استادیار گروه آموزشی کسب و کار، دانشکده کارآفرینی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

hosadeghi@ut.ac.ir

** استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصاد، دانشگاه الزهرا(س)، تهران، ایران.

e.marandi@alzahra.ac.ir

مقدمه

اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی در هر ساختار اداری، امری اجتناب‌ناپذیر است که عوامل متعددی دارد. نوع ساختار اداری، تداخل وظایف قانونی، سکوت قانون‌گذار در تدقیق صلاحیت‌های قانونی دستگاه‌ها و ذات فعالیت دستگاه‌ها از جمله عوامل بروز اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی محسوب می‌شود. برای رفع چنین مشکلی در هر نظام اداری، علاوه بر این که قانون‌گذار باید تدبیرهای مناسب را برای برطرف شدن زمینه‌ها و عوامل بروز این اختلافات در نظر بگیرد، به کارگیری سازوکاری مناسب برای رفع این اختلافات هم ضرورت دارد.

در نظام حقوقی ایران همواره سعی شده است ظرفیت‌های حقوقی لازم برای رفع این گونه اختلافات از طرق غیر قضایی ایجاد گردد. در بازنگری اصل ۱۳۴ قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به این مهم توجه و پیش‌بینی شد که «در موارد اختلاف نظر یا تداخل در وظایف قانونی دستگاه‌های دولتی، در صورتی که نیاز به تفسیر یا تغییر قانون نداشته باشد، تصمیم هیئت وزیران که به پیشنهاد رئیس جمهور اتخاذ می‌شود، لازم‌الاجراست». در سال ۱۳۸۶، مستند به این اصل قانون اساسی، «آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه»^۱ تصویب شد و در بند ۲۶ تصویب‌نامه ضوابط اجرایی قانون بودجه همان سال،^۲ دستگاه‌های اجرایی از طرح دعوا به طرفیت یکدیگر ممنوع شدند.

همین تصویب‌نامه در حال حاضر، مبنای اصلی حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی است و بیش از یک دهه از اجرای آن می‌گذرد. بررسی تجربه اجرای آیین‌نامه در طول سیزده ساله گذشته در به کارگیری سازوکارهای قانونی حل اختلاف به خوبی می‌تواند ظرفیت‌ها و چالش‌های موجود و پیش روی حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی در نظام حقوقی ایران را نشان دهد. علاوه بر این، قوانین و مقررات مرتبط دیگری نیز نظیر حکم تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت^۳ (مصوب ۱۳۸۰) وجود دارد که باید بررسی کرد مبنای این احکام نیز به اصل ۱۳۴ ق.ا.برمی‌گردد یا متفاوت است. از این رو، در پژوهشی اکتشافی - توصیفی و با ابزار محتوای کیفی، «رابطه نظام حقوقی حاکم بر حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی با اصل ۱۳۴ ق.ا.»، تبیین و ضمن واکاوی ظرفیت‌های حقوقی موجود، چالش‌ها و خلأها بررسی و راهکار لازم ارائه خواهد شد.

۱. تصویب‌نامه شماره ۲/۱۲۷۶۷/ت ۳۷۵۵۰ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۷ که در ادامه مقاله، از آن به اختصار با عنوان

«آیین‌نامه» یاد می‌شود.

۲. تصویب‌نامه مورخ ۱۳۸۶/۰۲/۱۱ مربوط به ضوابط اجرایی قانون بودجه ۱۳۸۶.

۳. در ادامه مقاله، از آن به اختصار با عنوان «قانون تنظیم» یاد می‌شود.

در مورد موضوع پژوهش پیش رو، تاکنون مطالعات جامعی با این عنوان انجام نشده است و همین امر، ضرورت انجام این تحقیق را آشکار می‌سازد. چند پایان‌نامه و مقاله به موضوع حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی از ابعاد مختلفی پرداخته‌اند که مهم‌ترین آن‌ها، مقاله‌ای است با عنوان «چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های دولتی» (جواد کاشانی، فصل‌نامه پژوهش حقوق و سیاست، پاییز ۱۳۸۹). این مقاله، روند ۳۳ ساله موجود درباره موضوع حل اختلاف بین دستگاه‌های وابسته به قوه مجریه و ابتکار جدید قوه مجریه در تنظیم شیوه‌نامه حل و فصل اختلافات در قوه مجریه را بررسی کرده است. در این مقاله، موضوع حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی به خوبی تبیین گشته، ولی در خصوص تبیین رابطه سازوکارهای رفع اختلاف پیش‌بینی شده در قوانین و مقررات با اصل ۱۳۴ ق.ا و ظرفیت‌ها و چالش‌های سازوکار اجرایی حل اختلاف بر مبنای آیین‌نامه و شیوه‌نامه حل اختلاف با توجه به تازه تصویب بودن آن، مطلبی نیامده است. پایان‌نامه «نظام حقوقی حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی و چالش‌های آن» در سال ۱۳۹۶ نیز به شکل توصیفی، سابقه موضوع حل اختلاف در نظام حقوقی ایران و ساختار فعلی را بررسی کرده است.

در پژوهش حاضر ضمن معرفی ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی ایران در حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی و ارتباط آن با اصل ۱۳۴ ق.ا، با توجه به تجربه اجرایی دهه اخیر بر مبنای اجرای آیین‌نامه حل اختلاف و تفکیک آن از دیگر روش‌های حل اختلاف، به بررسی چالش‌های ساز و کار اجرایی در حل اختلافات خواهیم پرداخت.

گفتار اول. چارچوب مفهومی و مبانی نظری حل اختلافات دستگاه‌های دولتی

بند اول. مفاهیم

پیش از ورود به بحث اصلی لازم است به تبیین مفاهیم کلیدی اختلاف، دولت، دستگاه اجرایی و شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف در چارچوب این پژوهش بپردازیم.

۱. اختلاف

در لغت‌نامه دهخدا به معنی ناسازگاری، با یکدیگر خلاف کردن، نزاع و منازعه آمده است. در قوانین و مقررات مربوط به آیین دادرسی مدنی و کیفری، تعریفی از این کلمه ارائه نشده است. برخی از حقوق‌دانان، آن را مترادف دعوا دانسته‌اند.^۱ آنان در مورد معنای کلمه

۱. کاشانی، جواد، «چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های دولتی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم،

«دعوا» نیز اتفاق نظر ندارند. برخی، آن را عملی می‌دانند که برای تثبیت حقی صورت می‌گیرد یعنی حقی که انکار یا به آن تجاوز شده است.^۱ برخی دیگر هم آن را در معانی منازعه در حق معین، ادعای مدعی و مجموع ادعای مدعی و دفاع مدعی علیه دانسته‌اند.^۲ واژه «اختلاف» در بند (ه) ماده ۱ آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه (مصوب ۱۳۸۶) به «اختلاف نظر دستگاه‌های اجرایی در برداشت از قوانین و مقررات و یا اختلاف ناشی از تداخل وظایف قانونی آن‌ها و همچنین اختلاف آن‌ها در مورد اموال و حقوق مالی» تعبیر شده است.

۲. دولت

همانند «کشور»، در متون ادبی کهن و نیز زبان نوشتار و گفتار زمان ما، کاربردهای متنوعی دارد. ابهام‌هایی که در زبان حقوقی و سیاسی معاصر در این زمینه وجود دارد، شاید معلول انتقال مفاهیم چندگانه این دو واژه حتی به حیطه علوم است،^۳ به گونه‌ای که در حقوق اساسی و علوم سیاسی، واژه «دولت» برای انتقال سه مفهوم بنیادین جامعه سیاسی، حکومت و قوه مجریه به کار می‌رود.^۴ منظور از دولت در این پژوهش، مفهوم سوم یعنی قوه مجریه است.

۳. دستگاه اجرایی

یکی از موضوعات چالش‌آفرین در عرصه حقوق عمومی، شناسایی اجزای دولت و احصای دستگاه‌های وابسته به دولت است و علت اصلی آن، به کارگیری اصطلاحات مختلف برای نهادها و دستگاه‌های عمومی است که ممکن است وابسته به دولت باشند یا نباشند.^۵ اهمیت این مسئله از آن جاست که وابستگی یک دستگاه به دولت از یک سو، برای آن‌ها، حق و تکلیف ایجاد می‌کند و از سوی دیگر، مزایا و مضراتی برای آن‌ها دارد.^۶

۱. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۲۰۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۳)، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷، ص ۲۹۰.

۳. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۳، صص ۱۲۹-۱۳۰.

۴. جاوید، محمدجواد و محمد جواهری طهرانی، «از طریقت تا موضوعیت الفاظ فیلولوژی یا فقه‌اللغه دولت در حقوق اساسی و علوم سیاسی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره نهم، تابستان ۱۳۸۷، شماره ۲۷، ص ۱۰۰.

۵. کاشانی، پیشین، ص ۲۰۸.

۶. اصغری‌نژاد، سیما، «نظام حقوقی حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی و چالش‌های آن»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، ص ۱۷.

از این رو، ضوابطی برای شناسایی چنین دستگاه‌هایی ارائه شده است. با این حال، شناسایی چنین دستگاه‌هایی گاهی هم‌چنان با مشکل مواجه است. بهترین ضابطه برای شناسایی دستگاه‌های دولتی، ضابطه و معیار قانونی است به این معنا که باید به قوانینی مراجعه کرد که دستگاه‌ها در آن مورد شناسایی شده‌اند.

معمولاً در قوانین، دستگاه‌های اجرایی مشمول احصا می‌شوند و شاخص و تعریفی در مورد دستگاه اجرایی ارائه نمی‌شود، بلکه تعریف به مصداق می‌شود. در ماده ۱۶۰ قانون برنامه چهارم توسعه، بند الف ماده ۱ آیین‌نامه رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق ساز و کارهای داخلی قوه مجریه (مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۳۰) و ماده ۱ قانون برنامه ششم توسعه به دستگاه‌های مشمول این قوانین اشاره شده است. در بند ۱۱ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه (مصوب ۱۳۵۱)، تعریف عامی از دستگاه‌های اجرایی ارائه شده است. در ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری (مصوب ۱۳۸۶)، ضابطه و معیاری برای تعریف دستگاه اجرایی بیان نشده، اما مصادیق نهادهایی که دستگاه اجرایی محسوب می‌شوند، اعم از مشمولان قانون مدیریت و دستگاه‌های غیر مشمول بیان شده است. در مواردی که عبارت «دستگاه‌های اجرایی» به صورت علی‌الطلاق بیان شده است، به این تعاریف می‌توان رجوع کرد.

در آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف (مصوب ۱۳۸۶)، منظور از دستگاه اجرایی این است: «هر یک از دستگاه‌های موضوع ماده ۱۶۰ قانون برنامه چهارم توسعه که زیرمجموعه قوه مجریه می‌باشند». در ماده ۵ قانون مدیریت، منظور از دستگاه اجرایی، «کلیه وزارت‌خانه‌ها، موسسات دولتی، موسسات یا نهادهای عمومی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی [است] که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر و یا تصریح نام باشد، مانند شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی». در ماده ۱ قانون برنامه ششم توسعه نیز منظور از دستگاه اجرایی، دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت با رعایت ماده ۱۱۷ اصلاحی آن قانون (مصوب ۱۳۸۶) و ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور است.

در ماده ۱۶۰ قانون برنامه چهارم توسعه که مبنای شناسایی دستگاه‌های اجرایی در آیین‌نامه قرار گرفته، دایره شمول دستگاه‌های اجرایی نسبت به دستگاه‌های موضوع ماده ۵ قانون مدیریت، محدودتر است، به گونه‌ای که بانک‌ها و شرکت‌های بیمه‌ای در ماده ۱۶۰ این قانون مستثنی شده‌اند. چون قانون برنامه ششم، مؤخر از قانون مدیریت است، تعریف دستگاه اجرایی را به قانون مدیریت ارجاع داده است. با عنایت به این که آخرین تعریف قانون‌گذار از دستگاه اجرایی در ماده ۵ قانون مدیریت بیان شده است، آیا دستگاه‌های اجرایی مشمول آیین‌نامه، دستگاه‌های موضوع ماده ۵ قانون مدیریت هستند یا دستگاه‌های

موضوع ماده ۱۶۰ قانون برنامه چهارم توسعه؟

در پاسخ باید دانست در موضوع «حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی» در قانون برنامه پنجم توسعه، به قوانین بودجه سنواتی و ضوابط اجرایی بودجه سالانه اشاره شده است. در بند «د» ماده ۲۱۶ قانون برنامه پنجم توسعه، مطلق عبارت «دستگاه اجرایی» آمده است. در بند «د» تبصره ۱۰ از بودجه سنواتی سال ۹۷، بند «ب» تبصره ۱۰ بودجه سال‌های ۹۸، ۹۹ و ۱۴۰۰ نیز حکم بند «د» ماده ۲۱۶ قانون برنامه پنجم توسعه تکرار و در ضوابط اجرایی بودجه هر سال نیز مطلق کلمه «دستگاه اجرایی» بیان شده است.

در این قوانین به قانون مدیریت اشاره نشده است، ولی وقتی مفهوم «دستگاه اجرایی» به طور مطلق بیان می‌شود، با توجه به آخرین تعریفی که از دستگاه اجرایی در ماده ۵ قانون مدیریت آمده که صرف نظر از دستگاه‌های مشمول و غیر مشمول قانون مدیریت است، به نظر می‌رسد دستگاه‌هایی که در ماده ۵ قانون مدیریت آمده است، مشمول آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف مربوط هستند. البته همان گونه که در ماده ۱ آیین‌نامه تصریح شده است، دستگاه‌ها، مقید به «دستگاه‌های اجرایی زیرمجموعه قوه مجریه» هستند.

بند دوم. مبانی نظری حل اختلافات دستگاه‌های دولتی از طریق سازوکارهای قوه مجریه

در بررسی مبنای نظری حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه، علل بروز اختلاف، معایب طرح دعاوی دستگاه‌های اجرایی در قوه قضاییه، فواید طرح موضوع در داخل قوه مجریه و امکان نداشتن تحقق دعوا در دادگستری مطرح می‌شود. بروز اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی امری اجتناب‌ناپذیر است. این قبیل اختلافات معلول عوامل متعددی است، مانند: نبود جامع‌نگری در تدوین قوانین و مقررات، بزرگ شدن اندازه دولت قبل از آمادگی نهادهای مستقر در آن، وجود سازمان‌های موازی یا مشابه، کم‌رغبتی در استفاده از دستاوردهای حقوق عمومی، اشتغال گسترده عامدانه یا ناخواسته دولت به امور تصدی‌گری، تعصب‌های بخشی به جای نگاه ملی، کمبود آموزش‌های لازم برای متصدیان امور اداری و کم‌توجهی به شایسته‌سالاری.^۱

با توجه به انبوه پرونده‌های موجود در دادگستری، کندی جریان حل و فصل عادلانه اختلافات حقوقی، صرف هزینه‌های گزاف و بیهوده طرح دعوا در محاکم قضایی و اتلاف وقت و انرژی مسئولان دستگاه‌ها، ارجاع تمامی اختلافات دستگاه‌های اجرایی به محاکم قضایی با فلسفه دسترسی به عدالت از راه تسریع در رسیدگی به پرونده‌ها مغایر است.^۲

۱. کاشانی، پیشین، ص ۲۰۶.

۲. فلاحتی‌مولان، حسین، «روش‌های غیر قضایی حل اختلاف در قوه مجریه (با تأکید بر حل اختلاف بین دستگاه‌های دولتی)»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۲، ص ۷.

بروز این اختلافات، دستگاه‌های دولتی را در انجام دادن وظایف ذاتی آن‌ها ناتوان و زمینه اختلال در امور عمومی را فراهم می‌سازد که این وضعیت با اصل دوام و تعطیل‌ناپذیری خدمات همگانی مغایرت دارد. توجه به فنی و تخصصی بودن اختلافات میان دستگاه‌های اجرایی و صرفه‌جویی در وقت و هزینه‌های غیر ضروری از سوی دیگر نیز برای حفظ مصلحت جامعه اهمیت دارد. حل اختلافات از طرق عادی مستلزم صرف وقت زیاد است و هزینه‌های گزافی با عناوین هزینه دادرسی، کارشناسی و مانند آن بر دولت تحمیل می‌کند.^۱ بنابراین، طرح یک دعوای داخلی در قوه قضاییه با منطق هماهنگی که از لوازم موجودیت دولت است، سازگاری ندارد.^۲

در این که آیا دستگاه‌های اجرایی می‌توانند علیه یکدیگر در دادگستری طرح دعوا کنند، باید به این نکته توجه شود که برخی، صلاحیت نداشتن دادگستری را معلول امکان‌ناپذیری تحقق دعوا یا به بیان دیگر، ناشی از عدم مقتضی برای دعوا می‌دانند. با این توضیح که «تغایر و جدایی شخصیت طرفین»، شرط تحقق دعواست. پس نه تنها طرح دعوای شخص حقیقی علیه خود، غیر معقول است، بلکه اجزا و ارکان شخص حقوقی نیز به دلیل نداشتن شخصیت حقوقی مستقل نمی‌توانند علیه همدیگر طرح دعوا کنند. در دعوای دستگاه‌های اجرایی علیه یکدیگر، در حالی که شخصیت حقوقی مستقل ندارند، تردید وجود دارد که آیا آن‌ها در قبال یکدیگر، استقلال و شخصیت کافی دارند؟^۳

بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند که اجزای دولت شخصیت حقوقی ندارند. در نتیجه، تحقق دعوای آن‌ها در دادگستری امکان ندارد.^۴ از دیدگاه نگارندگان، دستگاه‌های دولتی، شخصیت حقوقی مستقل دارند. بر همین مبنا، اعتبارات هر دستگاه، جداگانه در قوانین بودجه سنواتی پیش‌بینی می‌شود. در رویه قضایی نیز به دعوای دستگاه‌های دولتی به طرفیت یکدیگر رسیدگی می‌شود و امری ترافعی به شمار می‌رود که دارای دو طرف دعواست. رأی وحدت رویه شماره ۵۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۲۰) نیز بر مبنای همین استدلال صادر شده است. مفاد آیین‌نامه چگونگی رفع اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی

۱. اصغری‌نژاد، پیشین، ص ۱؛ نک: نعم، مختار، «حل اختلافات دستگاه‌های دولتی از قضاوت تا مدیریت»، فصل‌نامه اطلاع‌رسانی حقوقی، زمستان ۱۳۸۶، شماره ۱۲، ص ۲۱.

۲. دفتر بررسی‌های حقوقی، «پیشنهادی برای حل و فصل اختلافات مراجع دولتی»، فصل‌نامه مجلس و راهبرد، خرداد و تیر ۱۳۷۵، شماره ۲۰، ص ۱۸۲.

۳. نعم، پیشین، ص ۱۳.

۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اساسی، تهران: میزان، ۱۳۸۴، صص ۲۶۴-۲۶۵؛ امامی، محمد و کورش استوارسنگری، حقوق اداری (جلد ۱)، تهران: میزان، چاپ بیستم، ۱۳۹۵، ص ۵۴؛ موسی‌زاده، رضا، حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، صص ۷۸-۷۹.

و تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم هم که مرجع رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی را پیش‌بینی کرده، گویای این امر است که دستگاه‌ها، واجد شخصیت حقوقی مستقل از یکدیگر هستند و گر نه حدوث اختلاف و دعوا و به تبع آن، بحث رسیدگی به اختلاف منتفی و بی‌مفهوم است.

گفتار دوم. مبانی قانونی و چالش‌های حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی پیش از اصلاح اصل ۱۳۴ ق.ا.

حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی در داخل قوه مجریه و طرح نشدن این گونه اختلافات در دادگستری از جمله دغدغه دولت‌ها در نظام اداری ایران است که همواره در راستای تحقق این هدف به دنبال ایجاد سازوکار قانونی بوده‌اند. در این راستا، به ایجاد مبانی قانونی با دو رویکرد «ایجاد صلاحیت قانونی رفع اختلاف برای قوه مجریه» و «ایجاد ممنوعیت در طرح دعاوی دولتی در دادگستری» اقدام کرده‌اند. ایجاد مانع در طرح دعاوی دستگاه‌های اجرایی یا مبتنی بر امکان‌ناپذیری تحقق دعوا یا نتیجه وجود مانع در طرح دعواست.^۱

در مورد امکان‌ناپذیری تحقق دعوا که به دلیل قائل نبودن شخصیت حقوقی مستقل برای دستگاه‌های اجرایی مطرح می‌شود،^۲ در گفتار قبل، توضیحاتی بیان شد. با توجه به اختلافی بودن موضوع و تصریح نکردن قانون به این مسئله، برخی دادگاه‌ها، دعاوی دستگاه‌ها علیه یکدیگر را پذیرفته و رسیدگی کرده‌اند. از این رو، دولت‌ها به دنبال ایجاد «مانع قانونی» برای حل این مسئله بوده‌اند تا دستگاه‌ها را از طرح دعاوی در دادگستری منع کنند. به بیان دیگر، دولت، مصلحت خود را در این می‌بیند که راه مراجعه به دادگستری را مسدود کند.^۳

بررسی سابقه موضوع در نظام حقوقی ایران بیانگر آن است که حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی از قبل از پیروزی انقلاب اسلامی مطرح بوده است و مصوباتی در قوانین و مقررات قبل از انقلاب در این خصوص دیده می‌شود.^۴ در هیچ یک از اصول قانون اساسی ۱۳۵۸

۱. نعم، پیشین، ص ۱۳.

۲. به ندرت مشاهده می‌شود که دعاوی وزارت‌خانه‌ها علیه یکدیگر با این استدلال که آنان در قبال یکدیگر از استقلال شخصیتی برخوردار نیستند، رد شود، بلکه بالعکس از رویه محاکم و نحوه استدلال آن‌ها و نیز از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره ۵۱۶، این ظن قوی حاصل می‌شود که آنان به استقلال شخصیتی وزارت‌خانه‌ها در قبال یکدیگر معتقد هستند. (نعم، پیشین، ص ۱۳)

۳. نعم، پیشین، ص ۲۰.

۴. می‌توان به مصوبه شماره ۱۱۴۴۶۲ مورخ ۱۳۵۷/۲/۱۱ هیئت وزیران وقت اشاره کرد که در آن، وزارت‌خانه‌ها و مؤسسات وابسته موظف شدند ظرف ۱۵ روز، دعاوی خود علیه یکدیگر را از مراجع قضایی مسترد دارند و مقرر شده بود که برای بررسی دعوا، هیئتی با حضور معاون اداری و مالی وزارت‌خانه یا مؤسسه خواهان و خوانده در محل وزارت‌خانه یا مؤسسه خواهان تشکیل شود و طرفین تلاش کنند به توافق برسند.

به موضوع حل اختلاف دستگاه‌ها پرداخته نشد. بعد از انقلاب اسلامی ایران، نخستین اراده دولت در خصوص تبیین سیاست ایجاد نظام حل اختلاف غیر قضایی اختلافات بین دستگاه‌های دولتی، در سال ۱۳۶۲ تبلور یافت که با اصلاحاتی، تصویب‌نامه شماره ۱۱۴۴۶۲ سال ۱۳۵۷ را معتبر و لغو شده اعلام کرد.

اراده بعدی قانون‌گذار در سال ۱۳۶۵ با تصویب‌نامه شماره ۴۸۸۱ هیئت وزیران و تصویب‌نامه تکمیلی آن در سال ۱۳۶۶ به شماره ۱۶۱۰۴/ت/۲۳۵ نمود یافت. در عمل، صرفاً بعضی از دادگاه‌ها، تصویب‌نامه هیئت وزیران را الزام‌آور می‌دانستند و بیش‌تر دادگاه‌ها این تصویب‌نامه را مانع از صلاحیت خود ندانستند.^۱ از این رو، این مصوبه مورد توجه رویه قضایی قرار نگرفت^۲ و رأی وحدت رویه شماره ۵۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مبنی بر صلاحیت مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی بین دستگاه‌های دولتی بر مبنای اصل ۱۵۹ ق.ا صادر شد. با اصلاح اصل ۱۳۴ در اصلاحات سال ۱۳۶۸، زمینه ایجاد نظام خاص حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی فراهم گردید. بنابراین، اصل ۱۳۴ ق.ا، نخستین مبنای قانونی حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی در داخل قوه مجریه است.

گفتار سوم. اعطای صلاحیت به قوه مجریه در حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی در اصلاح اصل ۱۳۴ ق.ا

اصل ۱۳۴ ق.ا، مهم‌ترین مبنای قانونی برای حل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی به طریق غیر قضایی است. به موجب این اصل، «در موارد اختلاف نظر و یا تداخل در وظایف قانونی دستگاه‌های دولتی، در صورتی که نیاز به تفسیر یا تغییر قانون نداشته باشد، تصمیم هیئت وزیران که به پیشنهاد رئیس‌جمهور اتخاذ می‌شود، لازم‌الاجراست». از این اصل چنین برمی‌آید که ارجاع اختلافات صرفاً محدود به شرایط و مواردی است که به صراحت تصریح شده است و عبارتند از:

۱. اختلاف نظر صرفاً در مورد وظایف قانونی یا تداخل در وظایف قانونی دستگاه‌های دولتی باشد؛

۲. رفع اختلاف به تفسیر و تغییر قانون نیاز نداشته باشد؛

۳. هیئت وزیران، مرجع صالح برای تصمیم‌گیری برای حل و فصل اختلاف است؛

۴. رئیس‌جمهوری چگونگی حل و فصل اختلاف را به هیئت وزیران پیشنهاد می‌دهد.

۱. نعم، پیشین، ص ۱۷.

۲. کاشانی، پیشین، ص ۲۱۲.

بند اول. انحصاری و تفویض‌ناپذیر بودن صلاحیت موضوع اصل ۱۳۴ به هیئت وزیران

به‌کارگیری صلاحیت اعطایی در اصل ۱۳۴ به هیئت وزیران، با چالش‌هایی نیز مواجه است. از جمله موضوع تفویض اختیار یا مسئولیت قانونی موضوع این اصل در قانون به معاونت حقوقی رئیس جمهوری بود. هیئت وزیران به موجب تصویب‌نامه شماره ۳۵۶۰۰/ت ۲۰۷-هـ مورخ ۱۳۷۲/۷/۵ مقرر کرد که در مواردی که اختلاف نظر دستگاه‌ها در استنباط از قوانین و مقررات، منجر به استعلام از معاونت حقوقی ریاست جمهوری می‌شود، نظر معاونت یادشده در صورتی که موضوع اختلاف نیاز به تفسیر یا تغییر قانون نداشته باشد، برای همه دستگاه‌های ذی‌ربط لازم‌الاتباع است.

رئیس وقت مجلس شورای اسلامی به این تصویب‌نامه ایراد گرفت، با این استدلال که مغایر اصول ۱۳۸ و ۱۳۴ ق.ا است و موضوع را برای دریافت نظر تفسیری به شورای نگهبان ارجاع داد. شورای نگهبان در پاسخ به این استفساریه، در نظریه تفسیری شماره ۵۴۶۲ مورخ ۱۳۷۲/۸/۵ اعلام کرد که «از اصل ۱۳۴ ق.ا استفاده می‌شود که در هر يك از موارد اختلاف، هیئت وزیران، مرجع اتخاذ تصمیم است و لاغیر».

برای رفع مشکل یادشده، هیئت وزیران بر مبنای اصل ۱۲۷، معاون حقوقی و امور مجلس رئیس جمهوری را به عنوان نماینده ویژه برای رسیدگی و حل اختلاف بین دستگاه‌های دولتی تعیین کرد^۱ و اعلام داشت که نظر معاون حقوقی رییس جمهوری به عنوان نماینده ویژه، موضوع اصل ۱۲۷ مطابق تصویب‌نامه شماره ۲۵۳۵۹/ت ۳۴۱۰۴ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۵ لازم‌الاجراست. این مصوبه با رأی شماره ۱۱۹ مورخ ۱۳۸۳/۳/۳۱ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال شد.

هیئت عمومی برای ابطال این مقرر استدلالت کرد که «نظر به عدم جواز تفویض اختیارات و مسئولیت‌های اختصاصی هیئت وزیران به سایر اشخاص و این که حکم مقرر در اصل ۱۲۷ اصلاحی ق.ا در باب انتخاب نماینده یا نمایندگان ویژه توسط ریاست جمهوری ناظر به موارد خاص و اختیارات مشخص و منصرف از موارد مصرح در اصل ۱۳۴ است و تعمیم حکم خاص مزبور به مطلق امور و موارد مقرر در اصل ۱۳۴ اصلاحی مذکور، موافق اهداف و احکام متمایز مقتن به شرح دو اصل فوق‌الذکر نیست»، این تصویب‌نامه را خلاف قانون اساسی و قانون و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داد.

۱. تصویب‌نامه شماره ۳۴۱۰۴/ت ۲۵۳۵۹.

بند دوم. رابطه اصل ۱۳۴ و صلاحیت انحصاری دادگستری موضوع اصل ۱۵۹

از جمله چالش‌هایی که قوه مجریه در حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی با آن مواجه است، مراجعه دستگاه‌ها برای حل اختلافات به دادگستری بر مبنای اصل ۱۵۹ است. حال این سؤال مطرح است که آیا تجویز مندرج در اصل ۱۳۴ به معنای ایجاد ممنوعیت در مراجعه دستگاه‌ها به دادگستری برای طرح دعوا علیه یکدیگر است؟

دادگاه‌ها به استناد اصل ۱۵۹، صلاحیت عام و ذاتی برای رسیدگی به هر نوع اختلافی را دارند و این صلاحیت قابل سلب نیست، مگر این‌که مرجعی اختصاصی توسط قانون وضع شود.^۱ دولت به دلیل ماهیت اختلافات دستگاه‌های اجرایی علیه یکدیگر و فوایدی که حل این اختلافات در داخل قوه مجریه دارد، همواره به دنبال حل این اختلافات در داخل قوه مجریه است. عدم سلب صلاحیت عام دادگستری با وضع مقرر دولتی بوده است و این موضوع که محاکم دادگستری، مرجع عام تظلمات و شکایات هستند و مصوبه هیئت وزیران نمی‌تواند تعارضی با آن داشته باشد، مورد تأکید دادگاه‌هاست.^۲

بر همین مبنای، تصویب‌نامه شماره ۸۱۴۸ مورخ ۱۳۶۵/۳/۱۶ و تصویب‌نامه شماره ۱۶۱۰۴/ت/۲۳۵ به موجب رأی وحدت رویه شماره ۵۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۶۷ ابطال شدند. با این حال، دولت بر این مسئله تأکید داشت که ماهیت رفع اختلاف میان دستگاه‌های اجرایی عمدتاً جنبه‌های قضایی ندارد و این مسئله با اصل ۱۵۹ تعارضی ندارد و حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی در راستای سیاست‌های کلی کشور مبنی بر کاهش پرونده‌های ورودی به دستگاه قضایی و مصالح دولت مبتنی بر کاهش مخارج اضافی و تحمیل هزینه به دولت است و در نهایت، سبب جلوگیری از اطاله دادرسی خواهد شد.

با وجود اصلاح اصل ۱۳۴ این اختلاف نظر همچنان وجود دارد و گروهی معتقدند که صلاحیت دادگستری عام است و اصل ۱۳۴ در مقام رد صلاحیت دادگستری و موجب سلب صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به اختلافات دستگاه‌ها نیست و آن‌ها در صورت بروز اختلاف می‌توانند به محاکم دادگستری مراجعه کنند. پذیرش دعاوی دستگاه‌های اجرایی علیه یکدیگر در مراجع دادگستری در فواصل زمانی سال ۱۳۶۸ پس از اصلاح اصل ۱۳۴ تا صدور دستورالعمل رئیس قوه قضاییه مبنی بر ارجاع دعاوی به مراجع داخلی قوه مجریه بر مبنای همین نظر صورت پذیرفته بود.

۱. استوارسنگری، کورش، «مفهوم دولت در آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور»، مجله تحقیقات

حقوقی، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۶۲، ص ۶۷.

۲. رأی شماره ۷۱۲ مورخ ۶۷/۸/۲۱ شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور.

در مقابل این نظر استدلال می‌شود که به دلیل تصریح اصل ۱۳۴ و با توجه به اختیارات قانونی دولت نسبت به اموال دولتی و عمومی و تعیین ترتیبات خاص برای حل اختلافات میان دستگاه‌های دولتی راجع به اموال مجاز به اقامه دعوا در دادگاه نیستند. اصل ۱۳۴ استثنا و خاص مؤخر است و مفاد آن، صلاحیت عام دادگستری را تخصیص می‌زند. برخی نیز راه‌حل بینایی را پیشنهاد می‌کنند. آنان با این استدلال که اصل ۱۳۴ صرفاً در مقام بیان صلاحیت است و اصل ۱۵۹ را مقید نمی‌کند، قائلند که دستگاه‌های اجرایی قبل از اعمال ترتیبات مقرر در تصویب‌نامه هیئت وزیران، امکان مراجعه به دادگستری را ندارند. اگر با سازوکار اجرایی به نتیجه نرسند، می‌توانند در مراجع دادگستری دعوا اقامه کنند. بخش‌نامه شماره ۱/۸۶/۶۲۵۶ مورخ ۱۳۸۶/۶/۵ رئیس وقت قوه قضاییه را می‌توان بر مبنای همین نظر دانست که بیان می‌دارد: «اختلافات دستگاه‌های زیرمجموعه وزارت‌خانه‌ها یا مؤسسات مستقل دولتی، دستگاه‌های استانی و دستگاه‌های ستادی به ترتیب از طریق وزارت‌خانه یا مؤسسات مستقل دولتی ذی‌ربط، استاندار مربوط و معاونت حقوقی و امور مجلس رئیس‌جمهور حل و فصل می‌شود. مسئولان محترم کلیه واحدهای قضایی استان، خاصه مقامات، قبل از ارجاع این گونه پرونده‌ها نسبت به دلالت سازمان‌های مذکور به مراجع موصوف در مصوبه صدرالذکر اقدام نمایند. بدیهی است دلالت اولیه آن‌ها به مراجع مذکور در مصوبه اشعاری، نافی صلاحیت عام دادگستری در مراحل بعدی نمی‌باشد». رویه قضایی موجود در کشور عمدتاً بر این مبنا عمل کرده است. دادگاه‌ها وقتی با طرح دعوا بین دو دستگاه دولتی مواجه می‌شوند، بر پایه آیین‌نامه رفع اختلافات، مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، با این استدلال که دعوا، شرایط لازم را پیش از رعایت ترتیبات آیین‌نامه ندارد، قرار رد دعوا یا عدم استماع دعوا صادر می‌کنند. از نظر نگارندگان، این دیدگاه اخیر، صحیح و منطبق با اصول حقوقی است. با این حال، باید دانست در موردهایی که هیئت وزیران در اجرای اصل ۱۳۴، تصویب‌نامه‌ای را در خصوص رفع اختلاف بین دو دستگاه صادر می‌کند، تصمیم هیئت وزیران برای دو دستگاه لازم‌الاجراست و دادگاه صلاحیت رسیدگی به اختلاف را نخواهد داشت.

گفتار چهارم. مبانی قانونی حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی

پس از اصلاح اصل ۱۳۴، شاهد تصویب قوانین و مقررات مختلفی در خصوص حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی در داخل قوه مجریه هستیم. تصویب‌نامه شماره ۲۰۷/ت/۳۵۶۰۰ مورخ ۱۳۷۲/۷/۵ و تصویب‌نامه ۳۴۱۰۴/ت/۲۵۳۵۹ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۵ از جمله مصوباتی است که در این راستا به تصویب رسید، ولی به ترتیب با ایراد رئیس وقت مجلس شورای اسلامی و ابطال

هیئت عمومی دیوان عدالت مواجه شد. در برخی قوانین نیز سازوکارهای حل و فصل غیر قضایی اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی پیش‌بینی شده است. از جمله این‌که تبصره ۱۲ قوانین بودجه سال‌های ۱۳۶۹ تا ۱۳۷۵ و آیین‌نامه اجرایی مربوط بر این اساس به تصویب رسید که سازوکاری را برای حل اختلافات ملکی بین دستگاه‌های اجرایی بیان می‌کند. با تصویب ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت در سال ۱۳۸۰، کمیسیون پیش‌بینی‌شده در تبصره ۸ این ماده که از آن با عنوان «کمیسیون مستندسازی» یاد می‌شود، جای‌گزین کمیسیون موضوع تبصره ۱۲ قوانین بودجه سنوات قبل گردید.

مهم‌ترین تدبیر قانونی دولت در زمینه حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی که بر مبنای اصل ۱۳۴ اجرایی شد، تصویب آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه و تصویب‌نامه مربوط به ضوابط اجرایی بودجه است که در حال حاضر، مبنای قانونی برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی در داخل قوه مجریه است. در ادامه بحث، هر یک را بررسی خواهیم کرد.

بند اول. تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت در خصوص رفع اختلافات ملکی بین دستگاه‌های اجرایی و رابطه آن با اصل ۱۳۴

پس از پایان جنگ تحمیلی و افزایش تعداد دعاوی دستگاه‌های دولتی به طرفیت یکدیگر، دولت در راستای تدبیراندیشی برای منع دستگاه‌های اجرایی از طرح دعا در مراجع قضایی، سازوکاری در تبصره ۱۲ قانون بودجه سال‌های ۶۹ تا ۸۰ برای حل اختلاف ملکی بین دستگاه‌های اجرایی با هدف فراهم آوردن موجبات تسریع در رفع اختلافات مربوط به ساختمان‌ها، تأسیسات و اراضی دستگاه‌های دولتی پیش‌بینی کرد. در این راستا، آیین‌نامه مربوط نیز به تصویب هیئت وزیران رسید و کمیسیون موضوع این تبصره در سازمان برنامه و بودجه تشکیل گردید. با تصویب ماده ۶۹ قانون تنظیم، کمیسیون پیش‌بینی شده در تبصره ۸ این ماده، جای‌گزین کمیسیون موضوع تبصره ۱۲ قوانین بودجه سنوات قبل شد و مسئولیت کمیسیون به معاونت حقوقی رئیس جمهوری منتقل گردید.

محور اصلی قسمت اخیر اصل ۱۳۴ ق.ا ناظر بر مرجعیت رئیس جمهوری و هیئت وزیران در حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های دولتی است. پس صلاحیت کمیسیون موضوع این تبصره، منبث از اصل ۱۳۴ نیست. ماهیت این کمیسیون به عنوان یک مرجع شبه‌قضایی است که صلاحیت قانونی برای رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی برای اختلافات خاص ذکرشده در آن تبصره را دارد. بنابراین، با توجه به صلاحیت قانونی این مرجع، اگر دعاوی موضوع این تبصره در دادگاه مطرح شود، دادگاه‌ها قرار عدم صلاحیت صادر می‌کنند.

۱. شئون مختلف تصمیم‌گیری‌های کمیسیون مستندسازی

کمیسیون مستندسازی بر مبنای سه شأن تصمیم‌گیری می‌کند که آثار هر یک از این تصمیمات با دیگری متفاوت است. نخستین شأن کمیسیون بر مبنای صلاحیت اعطایی به موجب ماده ۷ آیین‌نامه مستندسازی است که به عنوان کمیسیون تخصصی کمیسیون لوایح هیئت دولت، همه پیشنهادها را مربوط به تعیین و تغییر بهره‌بردار، موضوع ماده ۶۹ قانون تنظیم را بررسی و نتیجه را برای تصمیم‌گیری به کمیسیون اصلی لوایح ارائه می‌کند. کمیسیون لوایح هم پیشنهادها را به دولت ارائه می‌دهد تا تصمیم‌گیری کند. بنابراین، تصمیم کمیسیون در این جا غیر قطعی است و مستقلاً حق تعیین بهره‌بردار و تصویب و اگذاری را ندارد.

شأن دوم کمیسیون، تصمیم‌گیری در خصوص اختلافات موضوع تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم است. در این جا تصمیم کمیسیون با شأن مرجعیت شبه‌قضایی صادر می‌شود و تصمیم آن قطعی است.

شأن سوم کمیسیون راجع به اختلافات ملکی خارج از موضوع تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم است. مطابق آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف، رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت مراجع موضوع آیین‌نامه یادشده است. به موجب بخش‌نامه شماره ۵۰۶۶۹/۵۳۵۵۵ مورخ ۱۳۹۵/۵/۶ معاون اول رئیس جمهوری که رسیدگی به همه اختلافات ملکی را در کمیسیون مستندسازی متمرکز کرد، تصمیم‌گیری در خصوص این اختلافات نیز بر عهده کمیسیون مستندسازی قرار گرفت. تصمیم کمیسیون در این جا بر خلاف تصمیمات اتخاذی بر مبنای شأن دوم آن به عنوان تصمیم قطعی مرجع شبه‌قضایی تلقی نمی‌شود. اگر بر مبنای این شأن به هیئت وزیران، پیشنهاد تصمیم‌گیری در خصوص رفع اختلاف را بدهد، تصمیم هیئت وزیران در این خصوص، تصمیم مبنی بر صلاحیت اصل ۱۳۴ خواهد بود.

این ایراد به بخش‌نامه وارد است که به اختلافات ملکی خارج از چارچوب تبصره ۸ ماده ۶۹ باید بر مبنای آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف رسیدگی شود. اگر اختلاف ملکی استانی باشد، ابتدائاً استاندار باید آن را حل و فصل کند و همه اختلافات ملکی نباید در کمیسیون مستندسازی متمرکز شود. بنابراین، بخش‌نامه یادشده در خصوص تمرکز حل اختلافات ملکی در کمیسیون مستندسازی بر خلاف آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف صادر شده است. گفتنی است صلاحیت کمیسیون موضوع تبصره ۸ منحصر به اختلافاتی است که مربوط به تصرفات دستگاه‌های اجرایی مشمول تبصره در بازه زمانی ابتدای انقلاب تا پایان جنگ تحمیلی است. اگر موضوع اختلاف، ناظر به تصرفات مربوط به قبل از انقلاب یا بعد از پایان جنگ باشد، در صلاحیت این کمیسیون نیست و تابع آیین‌نامه چگونگی رفع اختلافات است.

در موارد اخیر، دادگاه باید به جای قرار عدم صلاحیت، قرار عدم استماع صادر کند. صلاحیت کمیسیون موضوع تبصره ۸ به عنوان مرجعی شبه قضایی، صلاحیتی خاص است. از این رو، وقتی بحث تعارض صلاحیت مطرح باشد، چون صلاحیت این کمیسیون، خاص است که صلاحیت عام مراجع دادگستری را تخصیص می‌دهد. در نتیجه، همان طور که در رویه قضایی کنونی تثبیت شده است، دادگاه‌ها بر مبنای حکم ماده ۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار عدم صلاحیت خود را به اعتبار صلاحیت مرجع غیر قضایی (کمیسیون یادشده) صادر می‌کنند و پرونده را قبل از ارسال به کمیسیون یادشده، به صورت مستقیم برای تعیین مرجع صالح به دیوان عالی کشور ارسال می‌دارند. در موارد متعددی، دیوان عالی کشور با تأیید عدم صلاحیت مرجع قضایی و احراز صلاحیت کمیسیون یادشده، پرونده را برای رسیدگی به آن کمیسیون می‌فرستد.

قابلیت اعتراض آرای کمیسیون در مراجع دادگستری مورد تردید است؛ چون این کمیسیون از جمله مراجع شبه قضایی تلقی می‌شود و رسیدگی به اعتراض به آرای این گونه مراجع به موجب بند دوم ماده ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری است و قابل طرح و رسیدگی در دادگاه‌های عمومی نیست. رأی وحدت رویه شماره ۸۰۳ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که راجع به اعتراض اشخاص حقوقی دولتی و عمومی نسبت به آرای کمیسیون ماده ۱۰۰ قانون شهرداری به عنوان مرجعی شبه قضایی است، مؤید این نظر است.

از طرف دیگر، در خصوص طرح اعتراض در شعب دیوان عدالت اداری، بند دوم ماده ۱۰ قانون اخیرالذکر، اعتراض به آرای قطعی صادرشده از مراجع شبه قضایی را در صلاحیت دیوان عدالت می‌داند. با این حال، طرفین اختلاف مطرح در کمیسیون موضوع تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم، دستگاه‌های دولتی هستند. درست است که برخی حقوق دانان، قائل به امکان طرح شکایت مراجع دولتی و غیر دولتی از تصمیمات شبه قضایی در شعب دیوان هستند،^۱ اما با توجه به رویه قضایی، امکان شکایت از تصمیمات کمیسیون مستندسازی از طرف هیچ یک از دستگاه‌های موضوع تبصره ۸ وجود ندارد. در این خصوص می‌توان اشاره کرد به رأی وحدت رویه شماره ۳۹ - ۳۸ - ۳۷ سال ۱۳۶۸/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر این که شکایات و اعتراض‌های واحدهای دولتی در هیچ مورد قابل طرح و رسیدگی در شعب دیوان عدالت اداری نیست. رأی شعبه ۳ دیوان عالی کشور به شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۹۱۰۰۴۴۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۴ نیز دیوان عدالت اداری را برای رسیدگی به شکایت بنیاد شهید انقلاب اسلامی (که نهاد عمومی غیر دولتی است) علیه کمیسیون ماده ۵ قانون شهرداری صالح نمی‌داند.

۱. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، «ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری»، مجله حقوقی دادگستری، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۸۲، ص ۳۲.

آیا امکان شکایت از تصمیم‌های کمیسیون در هیئت عمومی دیوان عدالت وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت که اگر این تصمیمات را تصمیم مصوبه‌ای تلقی کنیم، امکان شکایت و طرح در هیئت عمومی را دارد. در غیر این صورت، پاسخ منفی است. در بررسی ماهیت تصمیمات کمیسیون می‌توان گفت که این تصمیمات چنین ماهیتی ندارند؛ زیرا تصمیم کمیسیون در راستای حل اختلاف موضوعی صادر شده است و مقررہ‌گذاری نیست تا در صلاحیت هیئت عمومی دیوان قرار گیرد و امکان ابطال آن‌ها در هیئت عمومی دیوان وجود داشته باشد.

بند دوم. آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه

این آیین‌نامه به استناد اصل ۱۳۴، ۱۳۸ و ۱۲۴ ق.ا. در راستای تعیین سازوکار حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی و تعیین مراجع صالح در رفع اختلاف تصویب شد. چون این آیین‌نامه نمی‌توانست از دادگستری سلب صلاحیت کند، تلاش شد با پیش‌بینی احکامی در ضوابط اجرایی قوانین بودجه سالانه از جمله بند ۲۶ ضوابط اجرایی بودجه سال ۱۳۸۶، دستگاه‌های دولتی از طرح هر گونه دعوی به طرفیت یکدیگر در مراجع قضایی منع شوند.

در آخرین اظهار نظر دیوان عدالت اداری در خصوص آیین‌نامه و مصوبات مربوط، هیئت تخصصی دیوان در دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۲۶۲۲ مورخ ۹۸/۶/۱۲ با رد درخواست ابطال آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف و شیوه‌نامه و بخش‌نامه مربوط به علت مغایرت با اصل ۱۵۹ ق.ا اعلام داشت که ارجاع امر در موارد اختلاف به بالاترین مقام اجرایی دستگاه اجرایی و عنداللزوم در هیئت وزیران، امری پسندیده است و متفاوت از رسیدگی به تظلمات و شکایات در مراجع دادگستری تشخیص داده می‌شود و منطبق با اصل ۱۳۴ است. با عنایت به ماده ۲۲ ضوابط اجرایی قانون بودجه سال ۱۳۸۷ کشور، مصوب ۸۶/۱۲/۲۶ که به حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی از طریق وزارت‌خانه یا مؤسسه متبوع تأکید و تصریح دارد و در بند «د» ماده ۲۱۶ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۸۹ پیش‌بینی شده است، هر سه مقررہ، منطبق با موازین قانونی است و با موازین شرعی و قوانین موضوعه مغایرت ندارد و خارج از حدود اختیارات قانونی نیست.

چالش دیگری که تصویب آیین‌نامه با آن مواجه بود، رعایت استقلال قوا بود تا ایراد دخالت در امور قوه قضاییه بر آن وارد نباشد. از این رو، در تصویب آیین‌نامه این موضوع در نظر گرفته شد که صرفاً به اختلافاتی که موجب آیین‌نامه رسیدگی می‌شود که مربوط به دستگاه‌های اجرایی وابسته به قوه مجریه است و رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های وابسته به قوه مقننه و قضاییه از صلاحیت مراجع یادشده در آیین‌نامه خارج است.

گفتار پنجم. حل اختلاف بر مبنای اصل ۱۳۴

اختلافات مورد رسیدگی بر اساس سازوکارهای داخلی قوه مجریه به دو دسته اختلافات ملکی و غیر ملکی تقسیم می‌شوند. اختلافات غیر ملکی در صلاحیت مراجع حل اختلاف مندرج در آیین‌نامه حل اختلاف شامل رئیس دستگاه ستادی (در خصوص اختلافات دستگاه‌های زیرمجموعه)، استاندار (در خصوص اختلافات بین دستگاه‌های استانی)، معاون حقوقی رئیس جمهوری (اختلافات دستگاه‌های ستادی) و هیئت وزیران است. مستند تصویب آیین‌نامه رفع اختلاف، اصل ۱۳۴ ق.ا است که به موجب آن، هیئت وزیران، مرجع حل اختلاف دستگاه‌های اجرایی تعیین شده است.

در ابتدا ممکن است این امر، تفویض اختیار هیئت وزیران به استانداری یا معاونت حقوقی تلقی شود. با این حال، در آیین‌نامه رفع اختلاف، تصمیمات دو مرجع اخیرالذکر نهایی محسوب نشده است. در مواد ۱، ۳ و ۴ آیین‌نامه در خصوص اختلاف دستگاه‌های موضوع ماده ۱ تصریح شده است که در مواردی که برای حل و فصل موضوع اختلاف، به تصمیم‌گیری هیئت وزیران نیاز باشد و در مواردی که حل اختلاف طبق قوانین، مستلزم تصمیم‌گیری هیئت وزیران است، در خصوص دستگاه‌های زیرمجموعه دستگاه ستادی، پیشنهاد لازم مستقیماً توسط وزیر یا بالاترین مقام اجرایی دستگاه ستادی به هیئت وزیران ارائه خواهد شد. در خصوص دستگاه‌های استانی و ستادی نیز به معاونت حقوقی رئیس جمهور منعکس و با پیشنهاد آن معاونت همراه با نظریه حقوقی و ارائه راهکار در هیئت وزیران مطرح خواهد شد. پس این شبهه برطرف می‌شود.

رویه معاونت حقوقی رئیس جمهوری نیز آن است که وقتی امکان حل اختلاف با رفع ابهام از قوانین و مقررات یا از طریق روش‌های جای‌گزین حل اختلاف وجود نداشته باشد، معاونت حقوقی به استناد اصل ۱۳۴، پیشنهاد تصویب مصوبه را به هیئت وزیران ارائه می‌دهد. بنابراین، مرجع اصلی رفع اختلاف بر مبنای اصل ۱۳۴، هیئت وزیران است و پیش‌بینی صلاحیت برای معاونت حقوقی و استانداری از آن روست که حتی‌الامکان با استفاده از ظرفیت‌های حقوقی ممکن، موضوع اختلاف حل و فصل شود. از این رو، اگر برای رفع اختلاف به صدور مصوبه نیاز باشد، هیئت وزیران مصوبه صادر می‌کند.

بند اول. رسیدگی به اختلافات

شیوه‌نامه رسیدگی و رفع اختلاف دستگاه‌های اجرایی مصوب ۱۳۸۷ در مورد چگونگی طرح اختلاف در مراجع حل اختلاف، تنها فرآیند طرح درخواست‌نامه و چگونگی تکمیل

آن، نحوه رسیدگی و رفع اختلاف و صدور تصمیم‌نامه را بیان کرده است. این شیوه‌نامه در خصوص چگونگی و روش‌های رسیدگی به اختلافات توسط مراجع تعیین‌شده در آیین‌نامه رفع اختلاف ساکت است و تصریحی ندارد و صرفاً بیان کرده است که «از طریق راهکارهای قانونی رفع اختلاف گردد». پس باید به رویه عملی مراجع حل اختلاف در رسیدگی به اختلافات مراجعه کرد.

در بررسی روش‌هایی که مراجع حل اختلاف به کار می‌گیرند، مشخص شد که رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی با توجه به رویکرد معاونت حقوقی، عموماً مبتنی بر سازش است. پس با به‌کارگیری سازوکارهای غیر قضایی حل اختلاف و شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف^۱، به پرونده مورد اختلاف رسیدگی و تصمیم‌گیری می‌کنند. روش‌هایی که در حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی به کار گرفته می‌شود، شامل مذاکره^۲، سازش^۳ و کارشناسی^۴ است. در تعریف روش‌های جای‌گزین حل و فصل اختلافات، از این روش‌ها به راه‌حلی تعبیر شده است که طرفین یک اختلاف به جای توسل به دادگاه‌ها برمی‌گزینند و همگی مبتنی بر تراضی طرفین است.^۵ با این حال، با توجه به ماهیت اختلافات دستگاه‌های اجرایی، چنین توافقی در انتخاب روش حل و فصل وجود ندارد و با مراجع حل اختلاف مندرج در آیین‌نامه است.

۱. امکان‌سنجی به‌کارگیری روش داوری در حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های

اجرایی

در خصوص امکان به‌کارگیری روش داوری که از جمله روش‌های جای‌گزین حل اختلافات است،^۶ در رسیدگی به اختلافات دستگاه‌های اجرایی اختلاف نظر وجود دارد. گاهی در قرارداد

۱. دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف در حقوق داخلی»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۶۸۱۸، ۱۳۸۲، کد موضوعی ۴۱۰، ص ۳.

2-Negotiation.

3-Conciliation.

4-Expert.

۵. توسلی جهرمی، منوچهر، «نگاهی به شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی»، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۱، شماره ۲۶ و ۲۷، ص ۳۶۶. نکه هادی، سولماز و مرتضی حاجی‌پور، «بررسی شیوه‌های حل و فصل جای‌گزین اختلافات از منظر حقوق ایران و فقه امامیه»، فصل‌نامه پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال نهم، ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۸۷.

۶. داوری عبارت است از شیوه‌ای که با استفاده از آن، دو یا چند شخص، حل مسئله‌ای را که در آن، ذی‌نفع هستند، به یک یا چند شخص دیگر «داور یا داوران» می‌سپارند. (محمدزاده اصل، حیدر، داوری در حقوق ایران، تهران: ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۲۳)

منعقدشده میان دو دستگاه اجرایی پیش‌بینی می‌شود که در صورت بروز اختلاف، موضوع را از طریق داوری حل و فصل کنند. در این صورت، آیا دو دستگاه می‌توانند به داوری مراجعه کنند؟ یا باید مثل ممنوعیت مراجعه به دادگاه، از داوری هم خودداری و بر مبنای سازوکار حل اختلاف موضوع آیین‌نامه، اختلاف خود را رفع کنند؟
برخی بر این عقیده‌اند که ارجاع به داوری ایرادهایی دارد، مانند:

الف) ایراد اصل ۱۳۴ ق.۱

در مقام جمع بین دو اصل ۱۵۹ و اصل ۱۳۴، مفاد اصل ۱۳۴ استثناست. از این رو، طبق اصول کلی حقوقی، استثنا باید به طور محدود و مضیق تفسیر شود. به این ترتیب، شرایط اعمال اصل ۱۳۴ صرفاً محدود به شرایط و مواردی است که به صراحت در آن بیان شده است. با توجه به محدودیت‌های مقرر در اصل، عملاً ارجاع اختلاف بین مراجع دولتی به داوری ممکن نیست.^۱

ب) ایراد اصل ۱۳۹

ایراد دیگر در ارجاع اختلافات دستگاه‌های دولتی به داوری، ناظر بر محدودیت مقرر در اصل ۱۳۹ ق.۱ مبنی بر موکول بودن ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی است.
هر چند مرجعیت دادگستری بر اساس اصل ۱۵۹، قاعده اصلی است، اما تنها استثنای وارد به این قاعده، اصل ۱۳۴ نیست، بلکه داوری نیز طریق خاص حل اختلاف خارج از چارچوب دادگستری است. به این ترتیب، اگر اراده طرفین اختلاف بر حل و فصل مورد با داوری باشد و حتی یکی از طرفین اختلاف بدون مراجعه به داوری، ابتدا به محاکم دادگستری مراجعه کند، دادگاه قرار عدم صلاحیت صادر و طرفین را به داوری دلالت می‌کند. از این رو، تا زمانی که منع صریح به عدم ارجاع اختلاف داوری وجود نداشته باشد، طرفین اختلاف اعم از دستگاه‌های دولتی و دیگر اشخاص می‌توانند اختلاف خود را به داوری ارجاع دهند.^۲
از نظر نگارندگان، بایستی به مبنای ممنوعیت دستگاه‌های اجرایی برای طرح دعوا در خارج از قوه مجریه توجه داشت. از یک طرف، در مقررات مربوط بر ممنوعیت پرداخت هر گونه وجه بابت هزینه دادرسی تأکید شده است. از طرف دیگر، در اصل ۱۳۴ نیز بر حل و فصل داخلی اختلافات بین دستگاهی تصریح گشته است. بنابراین، همان طور که رویه معاونت حقوقی رئیس جمهوری نیز نشان می‌دهد، با وجود شرط داوری در قرارداد بین دو

۱. دفتر بررسی‌های حقوقی، پیشین، ص ۱۹۶.

۲. همان، ص ۱۹۷.

دستگاه اجرایی، حل و فصل اختلاف آن‌ها باید در چارچوب آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف صورت گیرد و نمی‌تواند به داوری مراجعه کنند. اگر بر رجوع به داوری اصرار کنند، با توجه به محدودیت اصل ۱۳۹، باز دریافت مصوبه هیئت وزیران ضروری است. در این صورت، اگر هیئت وزیران با پیشنهاد موافق باشد، می‌تواند به استناد اصول ۱۳۹ و ۱۳۴، اجازه حل اختلاف از طریق داوری را صادر کند.

بند دوم. اجرای تصمیمات

مراجع حل اختلافات پس از رسیدگی به اختلافات در سه شکل تصمیم‌گیری می‌کنند. حل و فصل سازشی، تصمیم‌نامه حل اختلاف یا پیشنهاد مصوبه دولت. مراجع حل اختلاف ابتدائاً از طریق سازش به رفع اختلاف اقدام می‌کنند. اگر سازش حاصل شود، با توجه به ماهیت سازش و بر اساس ظرفیت‌های حقوقی مربوط به موضوع و مقررات مربوط به دو دستگاه، راهکارهای لازم نیز توسط مرجع رفع اختلاف ارائه می‌شود تا دو دستگاه با استفاده از ظرفیت‌های قانونی موجود، محل نزاع را برطرف کنند. اگر راهکار سازشی به نتیجه نرسد، تصمیم‌نامه حل اختلاف صادر می‌شود. در این صورت، ابتدائاً تصمیم به صورت رأی معاونت به دستگاه‌های طرف اختلاف ابلاغ می‌شود.

مطابق ماده ۱۸ شیوه‌نامه، طرفین اختلاف باید ظرف یک ماه از تاریخ ابلاغ، تصمیم‌نامه را اجرا و نتیجه را به مرجع رفع اختلاف منعکس کنند. اگر تصمیم‌نامه حل اختلاف از سوی دستگاه مربوط اجرا نشود، باید بر اساس حکم بند ب تبصره ۱۰ قانون بودجه سال ۱۴۰۰ (که در قوانین بودجه سنوات قبل نیز حکم مشابه آن پیش‌بینی شده است و هر سال تکرار می‌شود) عمل کرد. بر اساس حکم این بند، سازمان برنامه و بودجه کشور مکلف است مطابق رأی مرجع یادشده، مبلغ مربوط را از اعتبارات بودجه سنواتی دستگاه کسر و به اعتبارات دستگاه اجرایی ذی‌نفع اضافه کند.

بند سوم. ضمانت اجرایی اجرا نکردن تصمیمات مراجع رفع اختلاف موضوع اصل ۱۳۴

در راستای اجرای قوانین و مقررات مربوط به حل اختلاف دستگاه‌های دولتی از طریق سازوکار اجرایی قوه مجریه و اجرای تصمیمات مراجع حل اختلاف، به موجب قوانین و مقررات، ضمانت اجرایی مقرر شده است. از جمله مطابق بند «د» تبصره ۱۰ از بودجه سنواتی سال ۹۷، بند «ب» تبصره ۱۰ قانون بودجه سال‌های ۹۸ و ۹۹، با مستتکف، مطابق با قانون رسیدگی به تخلفات اداری برخورد می‌شود.

در خصوص تخلف از اجرای ضوابط و احکام موضوع تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم، تبصره ۷ ماده مذکور و ماده ۱۵ آیین‌نامه مستندسازی، اجرا نشدن قانون را در حکم تصرف غیر مجاز در اموال دولتی دانسته‌اند. پس ادامه تصرف دستگاه اجرایی طرف اختلاف در ملک موضوع اختلاف، پس از صدور رأی، در حکم تصرف غیر مجاز در اموال دولتی محسوب می‌شود.

قانون‌گذار، تصرف غیر مجاز در اموال دولتی را در ماده ۵۹۸ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۵ جرم‌انگاری و برای آن مجازات تعیین کرده است. از دیدگاه برخی حقوق‌دانان، تصرف و استفاده غیر مجاز موضوع این ماده، مستلزم داشتن قصد مجرمانه نیست و حتی بدون داشتن چنین قصدی، جرم محسوب می‌شود.^۱

تخطی از اجرای آرای صادرشده از مراجع حل اختلاف قوه مجریه مشمول بند ۲ و ۱۳ ماده ۸ قانون رسیدگی به تخلفات اداری تحت عنوان نقض قوانین و مقررات مربوط و سرپیچی از اجرای دستورهای مقام‌های بالاتر در حدود وظایف اداری می‌شود و حسب موضوع اختلاف (مالی یا غیر مالی) مشمول عنوان مندرج در بند ۲۵ ماده یادشده می‌گردد. اگر اجرا نکردن آرا ناشی از کم‌کاری یا سهل‌انگاری در انجام وظایف محول‌شده مشمول بند ۱۴ به دلیل سوء استفاده از مقام و موقعیت اداری باشد، مشمول بند ۳۰ می‌شود. اگر اجرا نشدن آرا سبب خسارت دیدن اموال دولتی شود، مشمول بند ۱۰ ماده یادشده می‌گردد.

بند چهارم، نظارت بر تصمیمات مراجع حل اختلاف بر مبنای اصول قانون اساسی نظارت بر تصمیمات مراجع حل اختلاف، از جانب سه مرجع قابل بحث است. نخست، نظارت رئیس مجلس (موضوع اصل ۱۳۸ ق.ا)؛ دوم، نظارت قضات دادگستری (موضوع اصل ۱۷۰ ق.ا) و سوم، نظارت دیوان عدالت اداری (موضوع اصل ۱۷۳).

ابتدا باید به ماهیت مصوبات حل اختلافی هیئت وزیران پرداخت تا مشخص شود تصمیم‌گیری هیئت وزیران به استناد اصل ۱۳۴ ق.ا در مقام رفع اختلاف بین دو دستگاه اجرایی، «تصویب‌نامه» دولتی محسوب می‌شود یا «تصمیم‌نامه»؟

اگر اختلاف موضوع مصوبه، حکمی و مربوط به برداشت از قوانین و مقررات باشد، مصوبه صادرشده، تصویب‌نامه تلقی می‌گردد و با توجه به تصریح اصل ۱۳۸ و اصل ۱۷۰ به «تصویب‌نامه»، مشمول حکم قسمت اخیر اصل ۱۳۸ ق.ا و بررسی هیئت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین و نیز نظارت قضات دادگاه‌ها خواهد بود. اگر اختلاف، موضوعی باشد، مصوبه، تصمیم‌نامه اجرایی تلقی می‌شود و از شمول حکم یادشده خارج می‌گردد و مشمول نظارت قانونی رئیس مجلس و قضات نمی‌شود، اما نظارت قضایی دیوان عدالت اداری قابل اعمال است.

۱. ولیدی، محمد صالح و مجید قنبری، «جرم تصرف غیر قانونی در وجوه و اموال دولتی و عمومی»، مجله حقوقی عدالت آرا، ۱۳۸۵، شماره ۴ و ۵، ص ۸.

بنابراین، اگر شخص ثالثی غیر از دستگاه‌های اجرایی طرف اختلاف موضوع مصوبه هیئت وزیران ادعای خلاف قانون بودن مصوبه را داشته باشد، ابتدا باید ابطال مصوبه را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند. اگر دیوان عدالت اداری آن مصوبه را ابطال کنند، قضات دادگاه‌ها می‌توانند از اجرای آن خودداری کنند. در مورد نظارت قضایی دیوان عدالت اداری هم باید گفت که این دیوان صرف نظر از تصمیم‌نامه یا تصویب‌نامه بودن مصوبه هیئت وزیران، صلاحیت رسیدگی دارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به ضرورت حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی در داخل قوه مجریه، در نظام حقوق اداری ایران، حل و فصل اختلافات بین دستگاه‌های اجرایی در حال حاضر بر مبنای قوانین و مقررات موضوعه تبیین و اجرایی شده است. رابطه این نظام حل و فصل اختلافات با اصل ۱۳۴ از جمله موضوعات مطرح در این حوزه است.

نظام حل و فصل اختلافات در چارچوب آیین‌نامه رفع اختلافات و تبصره ۸ ماده ۶۹ قانون تنظیم مبتنی بر دو مبنای حقوقی متفاوت است. مبنای قانونی و مرجعیت اعطایی به کمیسیون موضوع تبصره یادشده، بیانگر ارتباط نداشتن این مرجع رفع اختلافی با اصل ۱۳۴ است؛ زیرا کمیسیون موضوع یادشده، مرجعی شبه‌قضایی تلقی می‌شود که به اقتضای شرایط زمان برای رفع اختلاف وضع تأسیس شده، در حالی که اصل ۱۳۴، اختیار رفع اختلاف را به هیئت وزیران داده است. این کمیسیون تنها به اختلافات در چارچوب مندرج در تبصره ۸ می‌پردازد که شامل اختلافات دستگاه‌ها راجع به تصرفات املاک است که به اقتضای شرایط پس از انقلاب تا پایان جنگ مطرح می‌شد و دیگر اختلافات ملکی را دربر نمی‌گیرد. اختلافات ملکی هم صرفاً شامل اختلافات راجع به تصرف است و دعاوی راجع به قراردادهای منعقدشده در مورد املاک، فروش و اجرت‌المثل را دربر نمی‌گیرد.

بنابراین، صلاحیت کمیسیون موضوع تبصره ۸، صلاحیتی خاص مرجع شبه‌قضایی است. وقتی بحث تعارض صلاحیت مطرح باشد، چون صلاحیت این کمیسیون خاص است، صلاحیت عام مراجع دادگستری را تخصیص می‌دهد. رویه قضایی بیانگر آن است که دادگاه‌ها به درستی در مواجهه با این‌گونه پرونده‌ها، قرار عدم صلاحیت خود را به اعتبار صلاحیت مرجع غیر قضایی صادر می‌کنند و پرونده را مستقیماً برای تعیین مرجع صالح به دیوان عالی کشور ارسال می‌دارند و دیوان هم آن را به کمیسیون ارجاع می‌دهد.

مسئله چالشی در خصوص کمیسیون مستندسازی، ایراد وارد بر بخش‌نامه سال ۱۳۹۵ معاون اول رئیس جمهوری است که بر مبنای آن، در حال حاضر، همه اختلافات ملکی اعم از اختلافات موضوع تبصره ۸ و غیر آن به کمیسیون مستندسازی ارسال می‌شود. این در حالی است که این اعطای صلاحیت بر خلاف آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف است؛ زیرا در خصوص اختلافات ملکی استانی، حل اختلافات در صلاحیت استاندار است و رسیدگی کمیسیون مستندسازی در این موارد بر خلاف آیین‌نامه است.

در نظام حل اختلافات بر مبنای اصل ۱۳۴، دولت در مواردی چون بند «د» ماده ۲۱۶ قانون برنامه پنجم و بند «ب» تبصره ۱۰ بودجه سال‌های ۹۸ به بعد، پیشنهاد وضع قانون در راستای ضمانت اجرای آرای صادرشده از مراجع حل اختلاف را به مجلس ارائه داد. با این

حال، هم‌چنان با چالش جدی نبود حکم قانونی دایمی برای ممنوعیت دستگاه‌های اجرایی از طرح دعاوی در دادگستری روبه‌روست. به همین دلیل، دولت، سالانه، موضوع را در قانون بودجه و ضوابط اجرایی آن مورد حکم قرار دهد.

برای رفع این مشکل پیشنهاد می‌شود در اجرای اصل ۱۳۴ و با هدف ایجاد نهادی شبه‌قضایی برای حل و فصل اختلافات دستگاه‌های اجرایی و تمرکز حل همه اختلافات در آن مرجع، دولت در راستای وضع قانونی ارگانیک، لایحه‌ای با عنوان «سازوکار اجرایی اصل ۱۳۴ ق.ا» ارائه کند. در این لایحه باید پیش‌بینی شود:

یک - اختلافات دستگاه‌های اجرایی تابع قوه مجریه در راستای اجرای اصل ۱۳۴ صرفاً در چارچوب این قانون حل و فصل شود.

دو - دستگاه‌های اجرایی از طرح دعا در دادگستری ممنوع شوند.

سه - مراجعی در سطح استانی و کشوری برای حل اختلافات پیش‌بینی شود که در سطح استانی، هیئتی با اعضای مشخص با ریاست استاندار و در سطح کشوری، هیئتی مرکزی در معاونت حقوقی رئیس جمهوری تشکیل گردد. رابطه هیئت‌های استانی با هیئت مرکزی هم تبیین شود.

باید تصریح شود در مواردی که با ارائه برداشت اجرایی مناسب در مورد قوانین و مقررات و جلوگیری از تداخل وظایف که به تفسیر قانون توسط مجلس نیاز نداشته باشد، این مراجع می‌توانند موضوعات را از طریق روش‌های جای‌گزین حل اختلاف حل و فصل کنند تا اختلاف برطرف شود. در مواردی که نیاز به تصمیم‌گیری هیئت وزیران باشد، این پیشنهاد باید از طریق معاونت حقوقی مطرح شود و هیئت وزیران، مصوبه حل اختلافی را صادر کند.

فهرست منابع

الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، چاپ بیستم، ۱۳۹۵.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۳)**، تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، **حقوق اساسی**، تهران: میزان، ۱۳۸۴.
۴. متین دفتری، احمد، **آیین دادرسی مدنی و بازرگانی**، تهران: مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۵. محمدزاده اصل، حیدر، **داوری در حقوق ایران**، تهران: ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۶. موسی‌زاده، رضا، **حقوق اداری ۱ و ۲ (کلیات و ایران)**، تهران: میزان، چاپ هشتم، ۱۳۸۶.
۷. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۳.

ب) مقاله

۱. استوارسنگری، کورش، «مفهوم دولت در آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور»، **مجله تحقیقات حقوقی**، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۶۲.
۲. امامی، محمد و مهستی سلیمانی، «**ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری**»، **مجله حقوقی دادگستری**، تابستان ۱۳۹۲، شماره ۸۲، ۹-۳۸.
۳. توسلی جهرمی، منوچهر، «**نگاهی به شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف در مقررات جدید اتاق بازرگانی بین‌المللی**»، **نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران**، ۱۳۸۱، شماره ۲۶ و ۲۷، ۳۸۲-۳۶۵.
۴. جاوید، محمدجواد و محمد جواهری طهرانی، «**از طریقت تا موضوعیت الفاظ فیلولوژی یا فقه‌اللغه دولت در حقوق اساسی و علوم سیاسی**»، **پژوهش‌نامه حقوق اسلامی**، دوره نهم، تابستان ۱۳۸۷، شماره ۲۷، ۱۲۸-۹۹.
۵. دفتر بررسی‌های حقوقی، «**پیشنهادی برای حل و فصل اختلافات مراجع دولتی**»، **فصل‌نامه مجلس و راهبرد**، خرداد و تیر ۱۳۷۵، شماره ۲۰، ۱۹۸-۱۸۷.
۶. دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «**شیوه‌های جای‌گزین حل اختلاف در حقوق داخلی**»، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۶۸۱۸، ۱۳۸۲، کد موضوعی ۴۱۰.

۷. کاشانی، جواد، «چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های دولتی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، ۱۳۸۹، شماره ۳۰، ۲۲۶ - ۲۰۵.
۸. نعم، مختار، «حل اختلافات دستگاه‌های دولتی از قضاوت تا مدیریت»، فصل‌نامه اطلاع‌رسانی حقوقی، زمستان ۱۳۸۶، شماره ۱۲، ۳۰ - ۷.
۹. ولیدی، محمد صالح و مجید قنبری، «جرم تصرف غیر قانونی در وجوه و اموال دولتی و عمومی»، مجله حقوقی عدالت آرا، ۱۳۸۵، شماره ۴ و ۵، ۳۹ - ۶.
۱۰. هادی، سولماز و مرتضی حاجی‌پور، «بررسی شیوه‌های حل و فصل جای‌گزین اختلافات از منظر حقوق ایران و فقه امامیه»، فصل‌نامه پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال نهم، ۱۳۹۵، شماره ۱، ۱۱۰ - ۸۷.

ج) پایان‌نامه

۱. اصغری‌نژاد، سیما، «نظام حقوقی حل اختلافات دستگاه‌های اجرایی و چالش‌های آن»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.
۲. فلاحی‌مولان، حسین، «روش‌های غیر قضایی حل اختلاف در قوه مجریه (با تأکید بر حل اختلاف بین دستگاه‌های دولتی)»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۹۲.



آسیب شناسی دادرسی در مراجع انضباطی نیروهای مسلح در پرتو معیارهای عام دادرسی منصفانه

مهدی غفوری زاد*

علی رادان جلی**

چکیده

امروزه دادرسی اداری به عنوان نوع جدیدی از دادرسی‌ها شناسایی شده است. اهمیت رعایت اصول و معیارهای دادرسی عادلانه در این نوع دادرسی‌ها دوچندان است؛ چون در این نوع دادرسی‌ها، یک طرف رابطه، دولت است که در جایگاهی فراتر از طرف دیگر قرار دارد. پیش‌بینی سازوکارهای قانونی برای رعایت موازین و معیارهای انصاف آیینی در جهت صیانت از حقوق اشخاص درگیر در فرآیند دادرسی اداری سبب می‌شود دادرسی در سطح اداره به شکل مطلوب تحقق پیدا کند. بر این مبنای، در قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی رسیدگی به شکایات و تخلفات کارکنان نیروهای مسلح، هیئت‌های بدوی و تجدید نظر در سپاه، ارتش، نیروی انتظامی و وزارت دفاع برای رسیدگی به تخلفات کارکنان اعضای نیروهای مسلح پیش‌بینی شده است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد معیارهای عام دادرسی عادلانه هم‌چون رسیدگی دو درجه‌ای، اصل استقلال و بی‌طرفی مرجع دادرسی، اصل رسیدگی در مهلت معقول و تدارک فرصت کافی دفاع و حق بر برخورداری از وکیل در این مراجع با خدشه جدی روبه‌روست. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است.

کلیدواژه‌ها: دادرسی اداری، مراجع انضباطی، نیروهای مسلح، معیارهای عام دادرسی منصفانه.

*. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان (خوراسگان)، ایران. (نویسنده مسئول)
mehdighafoori1372@gmail.com

**. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان (خوراسگان)، ایران.
Dr.Ali radan@gmail.com

مقدمه

امروزه حق بر دادرسی عادلانه به عنوان یکی از حق‌های بشری شناسایی شده است. دادرسی عادلانه یا رعایت تضمینات شکلی در مراحل دادرسی اعم از دادرسی کیفری، مدنی و اداری اهمیت بسزایی دارد. به دلیل نوپا بودن دادرسی اداری در حقوق داخلی، معمولاً این حق در مراجع شبه قضایی با چالش‌هایی همراه است.

همین موضوع را در خصوص اصل برائت و تضمینات دیگر نیز می‌توان مطرح کرد. میان مفهوم و قلمرو و کم و کیف اعمال هر یک از تضمینات سنتی با معادل آن در مجموعه دادرسی منصفانه تفاوت‌های قابل توجهی وجود دارد. این تفاوت‌ها را می‌توان ناشی از لزوم واقع‌گرایی و عینیت‌گرایی در حمایت مؤثر از حق‌های بشری ماهوی از طریق حق‌های آیینی، مجتمع در «حق بر دادرسی منصفانه» دانست.^۱ ارزیابی عادلانه بودن دادرسی تنها از طریق تعریف استانداردهایی به عنوان حداقل‌های لازم برای عادلانه شمرده شدن روند آن دادرسی امکان‌پذیر است.^۲

در نظام حقوقی ایران، با وجود نهادهای قضایی مانند دیوان عدالت اداری و نیز دادگاه‌های عمومی، نهادهای نظارتی داخلی به صورت قانونی شناسایی نشده است. پیش و پس از تصویب قانون اساسی، قانون‌گذار عادی در قوانین مختلف، چنین نهادهایی را تشکیل داده است که از آن‌ها به «مراجع اختصاصی اداری» تعبیر می‌شود.^۳

معمولاً بخشی از دادرسی اداری توسط قوه مجریه و در قالب اعمال شبه قضایی صورت می‌گیرد.^۴ دسته‌ای از مراجع اختصاصی اداری همانند دادگاه کیفری، تخلفات اداری، انتظامی و انضباطی و دیگر تخلفات انضباطی را بررسی و در صورت وقوع تخلف، برای کیفر یا تنبیه شخص متخلف به صورت‌های مختلف رأی صادر می‌کنند.^۵ از جمله این مراجع، هیئت‌های رسیدگی به تخلفات کارکنان نیروهای مسلح است.

۱. یاوری، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، ۱۳۹۳، شماره ۶۵، ص ۶۵.

۲. مهرعلیان، اردشیر، «بررسی تطبیقی دادرسی منصفانه و عادلانه طبق استانداردهای بین‌المللی و ملی»، دومین همایش ملی عدالت، اخلاق، فقه و حقوق، میبد، ۱۳۹۴.

۳. نجابت‌خواه، مرتضی، فاطمه افشاری و سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۷۷ و ۷۸، ص ۲۰۰.

۴. سوادکوهی‌فر، سام، «بررسی تطبیقی اصل وحدت یا تفکیک قوا در دادرسی ایران و سه سیستم حقوقی خارجی آلمان، فرانسه و انگلیس»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۴، شماره ۵، ص ۱۱۸.

۵. رستمی، ولی، مسلم آقایی طوق و حسن لطفی، دیوان‌های اداری در پرتو اصول دادرسی منصفانه، تهران: گرایش، ۱۳۸۸، ص ۵۲.

رسیدگی به تخلفات کارکنان نیروهای مسلح نسبت به دیگر کارکنان دولت افتراقی بوده و تابع مقررات خاص قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی رسیدگی به شکایات و تخلفات کارکنان نیروهای مسلح (مصوب سال ۱۳۹۵) و دستورالعمل اجرایی آن است. قبل از تصویب مقررات مورد اشاره، هیئت‌های انضباطی هر یک از سازمان‌های نیروهای مسلح بر اساس مقررات خاص مندرج در قوانین استخدای خود به تخلفات انضباطی کارکنان رسیدگی می‌کردند. شیوه‌های متفاوت دادرسی در سطح نیروهای مسلح بر تحقق عدالت، حقوق دفاعی متهمان و رسیدگی منصفانه تأثیر منفی می‌گذاشت.

فرآیند دادرسی نظامی از سیستم‌های فرعی دادرسی در نظام حقوقی به شمار می‌رود.^۱ در تمام نظام‌های حقوقی، رسیدگی به جرایم اشخاص نظامی در قالب دادگاه‌های خاص صورت می‌گیرد و در خصوص تخلفات اداری نیز اصولاً مراجع خاصی، وظیفه رسیدگی به تخلفات انضباطی کارکنان این مراجع را بر عهده دارند. البته این موارد، نافی رعایت اصول دادرسی منصفانه در دادگاه‌های اختصاصی اداری نیست.

عبارت «دادرسی منصفانه» در قانون اساسی نیامده است. با این حال، به اصول مهم آن مانند تساوی افراد در برابر قانون، صالح بودن دادگاه، قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت، علنی بودن دادرسی، حق تفهیم اتهام به متهم، حق دسترسی به دادگاه صالح، حق برخورداری از وکیل و مستدل و مستند بودن آرا اشاره شده است.^۲

پرسش اصلی در این پژوهش، بررسی وضعیت اصول و معیارهای دادرسی منصفانه در مراجع انضباطی نیروهای مسلح با توجه به قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی رسیدگی به شکایات و تخلفات کارکنان نیروهای مسلح است. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی - تحلیلی است و در گردآوری منابع از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد برخی معیارهای دادرسی عادلانه در این مراجع رعایت نشده و رسیدن به الگوی مطلوب دادرسی در این مراجع، نیازمند اصلاح دستورالعمل اجرایی قانون است.

۱. وحدتی موسوی‌پور، مهدی و بزرگ‌علی نوری، «دادرسی منصفانه در رسیدگی به جرایم نیروهای مسلح با تأکید بر نقش پلیس جمهوری اسلامی ایران»، مجله مطالعات فرهنگی پلیس، دوره پنجم، ۱۳۹۷، شماره ۴، ص ۹۱.

۲. مؤذن‌زادگان، حسن‌علی و محمدرضا یزدانیان، «چالش‌های قلمرو کیفری در رسیدگی به تخلفات کارکنان نیروهای مسلح با تأکید بر هیئت‌های انضباطی پلیس»، نشریه علمی پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره بیست و دوم، ۱۳۹۹، شماره ۱ (پیاپی ۸۶).

گفتار اول. بررسی اصول دادرسی منصفانه با نگرشی بر دادرسی در مراجع انضباطی نیروهای مسلح

امروزه اصل بر رعایت معیارهای انصاف آیینی در رسیدگی مراجع شبه‌قضایی یا دادگاه‌های اختصاصی اداری است. بر این اساس، مراجع انضباطی نیروهای مسلح نیز از این قاعده مستثنا نیستند و مکلفند موازین دادرسی عادلانه را رعایت کنند.

بند اول. علنی بودن رسیدگی

دادرسی علنی متضمن فواید و مصالحی برای جامعه است. بنابراین، «حق فردی متهم» و «مصلحت عمومی جامعه» را به صورت هم‌زمان باید به عنوان مبانی و موجهات نظری علنی بودن دادرسی کیفری تعریف و تبیین کرد.^۱ دادرسی علنی، وضعیتی است که در آن، جلسات رسیدگی به اتهام متهم بدون ایجاد مانع بر سر راه حضور افراد عادی و رسانه‌های عمومی تشکیل و اداره می‌شود.^۲

در دادرسی تخلفات نیروهای مسلح و در موضوع رسیدگی به تخلفات کارکنان، مواد ۶ و ۷ قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی و مواد ۱۶ و ۲۵ دستورالعمل اجرایی آن بر رسیدگی حضوری دلالت دارد. اگر رسیدگی غیابی به خواست خود متهم و ناشی از حضور نداشتن وی در فرآیند دادرسی کیفری با وجود امکان رسیدگی حضوری باشد، به شرط رعایت حقوق متهم و بهره‌مندی از تضمین‌های لازم، با اصول دادرسی منصفانه مغایرتی ندارد. اگر در قوانین، «اصل حضوری یا تناظری بودن دادرسی» خدشه بردارد، رسیدگی، نامنصفانه خواهد بود و اصول یادشده و اصل برابری سلاح‌ها و حق برخورداری از فرصت و تسهیلات دفاعی متهم نقض می‌شود.^۳

برابر مقررات ماده ۳۰ قانون یادشده، هیئت علاوه بر رسیدگی به مدارک و ادله شاکی، در صورت ضرورت، از شاکی، مشتکی عنه و دیگر اشخاص برای حضور در جلسه و ادای توضیحات دعوت می‌کند. مفاد این ماده در ماده ۵۲ دستورالعمل اجرایی نیز آمده، اما ماده ۵۱ دستورالعمل به صراحت، بر اصل غیر حضوری بودن رسیدگی به شکایات حکم داده است.^۴ بنابراین، در این قانون، در مواردی، اصل بر رسیدگی غیر حضوری است که فرصت دفاع کافی را از متهم سلب

۱. امید، جلیل، «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۷، شماره ۳ (پیاپی ۵۸).

۲. امید، جلیل و سمیه نیکویی، «تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۷، شماره ۵۸، ص ۲۴.

۳. مؤذن‌زادگان و یزدانیا، پیشین، ص ۷۲.

۴. همان.

می‌کند. از قضا، نوع تخلفات ارتکاب یافته در موارد رسیدگی غیر حضوری به نوعی است که حضور متهم در جلسه رسیدگی برای ادای توضیحات ضرورت دارد. همچنین مشخص نیست معیار قانون‌گذار برای پذیرش رسیدگی غیر حضوری در هیئت‌های بدوی و تجدید نظر در برخی موارد چیست و رسیدگی غیر حضوری را بر چه مبنایی اصل و مبنا قرار داده است.

بند دوم. رسیدگی نکردن دوا مرحله‌ای به تمامی آرای صادره از هیئت بدوی

شکل‌دهی فرآیند دوا مرحله‌ای رسیدگی، از جمله در مورد مراجعی مانند کمیسیون ماده ۷۷ قانون شهرداری می‌تواند ضریب خطا را در تصمیم‌گیری‌های مراجع اختصاصی اداری کاهش دهد؛ چون تجدید نظر، دوباره قضاوت کردن امری است که بدواً قضاوت شده و به نوعی، بازبینی اعمال نخستین دادگاه است.^۱ به نظر می‌رسد در بیش‌تر نظام‌های حقوقی، الزامات مربوط به رعایت حق دسترسی به دادگاه، به مرحله تجدید نظر نیز تسری خواهد یافت.^۲

در خصوص هیئت‌های انضباطی رسیدگی به شکایات و تخلفات کارکنان مسلح، بر اساس ماده ۱۰ قانون، «آرای صادره از هیئت‌های بدوی، جز در موارد اخراج و معافیت از خدمت، قطعی و این آرا از تاریخ ابلاغ لازم‌الاجراست.» بر این اساس، یکی از الزامات تحقق کامل حق تجدید نظرخواهی، پذیرش این حق در مورد تمامی مجازات‌های اعمال‌شده در مرحله بدوی است که در خصوص این هیئت‌ها، اطلاق و عموم حق بر تجدید نظرخواهی با چالش جدی مواجه است. قانون‌گذار، تجدید نظرخواهی را تنها در خصوص سنگین‌ترین نوع مجازات‌ها پذیرفته که از دید معیارهای انصاف آیینی قابل نقد است و شایسته است همه اعضای دیگر، مجازات‌های انضباطی را بار دیگر در مرجع بالاتر بررسی کنند.

بند سوم. اصل بی‌طرفی و استقلال

در قانون اساسی جمهوری اسلامی، یکی از ویژگی‌های مهم قوه قضاییه، استقلال آن از قوای دیگر است و اهمیت این امر از صلاحیت و جایگاه ارزشمند آن در نظام اسلامی ناشی می‌شود.^۳ استقلال هر مرجعی برای رسیدگی در کامل‌ترین شکل خود شامل استقلال در

۱. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی* (جلد ۱)، تهران: دراک، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵، ص ۱۵۸.

۲. یآوری، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۳، شماره ۲، ص ۱۵۲.

۳. مجیدی، محمدرضا، *آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها، معاونت پژوهشی دانشگاه معارف اسلامی، ۱۳۸۹، صص ۲۵۲-۲۵۳.

ساختار، تشکیلات، ترکیب مرجع و شعب آن، مناسبات اداری و مالی آن با دولت و هم‌چنین استقلال در اعمال صلاحیت است.^۱

بی‌طرفانه بودن دادرسی که در اصل برائت و حرمت نهادن به کرامت ذاتی انسان ریشه دارد، به این معناست که در رسیدگی‌های اداری و حقوقی، مقامات قضایی مرسوم‌الید نیستند و نمی‌توانند به ادعای دفاع از منافع عمومی، هر طور که تشخیص دهند، اقدام کنند. روابط میان قاضی و متهم در دایره‌ای به نام «دادرسی منصفانه» ترسیم شده است.^۲ استقلال دیوان‌های اداری و هر مرجعی که قضاوت می‌کند، باید معنادار باشد و صوری نباشد. در راستای تأمین استقلال این مراجع باید به استقلال نهادی این دیوان‌ها در کنار استقلال شخصی اعضای رسیدگی‌کننده توجه شود.^۳ منظور از مرجع مستقل یا بی‌طرف این است که دادگاه و قاضی در صدور رأی، تنها قانون و وجدان را حاکم بر اعمال خود قرار دهند و به دستورها، نظرها و خواسته‌های دیگران توجهی نکنند و زیر فشار قوای بیرونی و درونی نباشند.^۴

در دادرسی تخلفات نیروهای مسلح، عضویت مقام پیشنهاددهنده تنبیه (مقام تعقیب) در ترکیب هیئت‌های انضباطی ناقض این اصل است. در دادرسی منصفانه قاضی باید دارای معیارهای عینی و شخصی بی‌طرفی باشد. مدعی یا گزارش‌دهنده جرم یا تخلف نمی‌تواند هم‌زمان در فرآیند محاکمه و صدور رأی به عنوان دادرس هم دخالت داشته باشد.^۵

در نیروی انتظامی، بیش‌تر مقام‌های پیشنهاددهنده تنبیه، به استناد بندهای «ث» مواد ۴ و ۱۵ قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی و ماده ۶ دستورالعمل اجرایی آن، حسب مورد، عضو هیئت‌های بدوی یا تجدید نظر هستند. هم‌چنین به استناد تبصره بند «ث» ماده ۴ قانون یادشده و مقررات مشابه تبصره ۱ بند «ث» ماده ۶ دستورالعمل اجرایی آن، فرماندهان انتظامی استان‌ها در صورتی که بنا به ضرورت و با تصویب هیئت تجدید نظر، هیئت بدوی در استان‌ها تشکیل شود، عضو هیئت موصوف خواهند بود.

۱. خسروی، احمد و ولی رستمی، «امکان‌سنجی تدوین قانون آیین دادرسی اداری»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره هجدهم، ۱۳۹۲، شماره ۶۴، ص ۳۲۷.

۲. جنتی صدر، حسین، «بررسی تضمینات اصل بی‌طرفی در حقوق ایران و محاکم بین‌المللی»، کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در تعلیم و تربیت، روان‌شناسی، حقوق و مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۹۷.

۳. فتحی، یونس، جعفر شفیعی سردشت و مریم وهیبی فخر، «نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال اول، ۱۳۹۸، شماره ۱، ص ۸۲.

۴. آخوندی، محمد، آیین دادرسی کیفری (جلد ۴)، تهران: اشراق، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۲۹۲.

۵. بهجتی اردکانی، حامد، «رسیدگی در کمیسیون‌های انضباطی نیروهای مسلح در پرتو اصول دادرسی منصفانه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، ص ۷۵.

علاوه بر عضویت مقام‌ها و فرماندهان برجسته و اثرگذار نیروهای مسلح در هیئت‌های انضباطی که هم‌زمان اعلام‌کننده تخلف و پیشنهاددهنده تنبیه (مقام تعقیب) هم هستند، مسئولان برخی از ارکان و ستاد فرماندهی نیز عضو هیئت‌های انضباطی هستند که رابطه سلسله‌مراتب فرماندهی و فرمان‌پذیری نیز اصل بی‌طرفی و استقلال دادرسان هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح را زیر سؤال می‌برد. در هیئت‌های انضباطی نیروی انتظامی، جانشین فرمانده ناجا، معاون نیروی انسانی و رئیس بازرسی یا جانشین آنان، حسب مورد، عضو هیئت‌های انضباطی بدوی یا تجدید نظر نیروی انتظامی هستند که این عضویت، منافی اصل بی‌طرفی است. استقلال شخصی و فردی قضایی نیز در فرآیند دادرسی عادلانه و منصفانه تأثیری بسزا دارد.^۱

با توجه به مراتب یادشده، ساختار، سازمان و ترکیب اعضای هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح، یکی از چالش‌های مهم ساختاری دادرسی تخلفات نیروهای مسلح در پرتو معیارها و تضمینات دادرسی منصفانه محسوب می‌شود. برای رفع چالش ساختاری و رعایت اصل بی‌طرفی دادرسان هیئت‌های انضباطی، پیشنهاد می‌شود با اصلاح مقررات مربوط، مقام پیشنهاددهنده تنبیه، حق شرکت در جلسه رسیدگی هیئت انضباطی را نداشته باشد و این مورد، از جهات رد دادرس محسوب شود.

بند چهارم. رسیدگی در مهلت معقول

یکی از اصول مهم دادرسی منصفانه، داشتن مهلت کافی جهت مهیا شدن برای دفاع است. به موجب اصل تساوی در سلاح، طرفین باید از حداقل‌های حقوقی برخوردار باشند.^۲ رعایت یک سری اصول و تضمینات نهادی، از جمله دسترسی و حق دادخواهی در مراجع، اصل حاکمیت قانون، آیین دادرسی روشن و مطلوب در راستای رسیدن به راه حلی عادلانه در آن مرجع لازم است.^۳ دسترسی به معنای در دسترس بودن فیزیکی چندان اهمیت ندارد. البته برای کارمند باید امکان حضور، دفاع از خود و داشتن آگاهی و اطلاعات لازم برای دفاع قانونی و حقوقی و دسترسی به این موارد فراهم باشد.^۴

۱. آقایی جنت‌مکان، حسین، *حقوق دادرسی عادلانه و منصفانه*، تهران: جنگل، ۱۳۹۶، ص ۸۷.

۲. قاری سید فاطمی، سید محمد، *حقوق بشر در جهان معاصر* (جلد ۱)، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰، ص ۲۹.

۳. نکویی، محمد، «آسیب‌شناسی آرای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان از منظر اصول دادرسی عادلانه (با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، شماره ۹، ص ۱۹۵.

۴. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و یونس فتحی، «آسیب‌شناسی فرآیند دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری: تأملی پیرامون یک الگوی مطلوب»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال سوم، ۱۳۹۴، شماره ۹، ص ۱۱۵.

بر این اساس، پس از تشکیل جلسه، بر اساس ماده ۷ قانون، «دبیر هیئت، حداقل یک هفته قبل از تشکیل جلسه، موضوع تخلف و زمان تشکیل جلسه را به شخص دارای محکومیت قطعی قضایی یا متهم به تخلف ابلاغ می‌کند.» هم‌چنین بر اساس ماده ۹، هیئت بدوی پس از اتمام رسیدگی و با توجه به اسناد، مدارک و دلایل و دفاعیات شخص متهم، ظرف مدت یک هفته، مکلف به صدور رأی است.^۱ بنابراین، ابلاغ جلسه رسیدگی و موضوع تخلف، یک هفته قبل از تشکیل جلسه به متهم صورت می‌گیرد و وی تنها یک هفته برای تدارک دفاع و جمع‌آوری ادله فرصت دارد که به نظر می‌رسد به ویژه در مواردی که تخلف سنگین باشد، فرصتی محدود است. از این رو، اصل تدارک فرصت دفاع در هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح با خدشه جدی روبه‌روست.

بند پنجم. حق داشتن وکیل

امروزه یکی از مهم‌ترین اجزای حق دفاع متهم، حق بهره‌مندی از خدمات وکیل است. این حق باعث تقویت اوصاف «عدالت و انصاف» در دادرسی می‌شود. فراهم بودن وقت و تسهیلات کافی برای دفاع متهم و ارتباط وی با وکیل منتخب خود، از جمله حقوقی است که مراجع قضایی باید در راستای پاسداری از حق دفاع متهم رعایت کنند.^۱ یکی از خلأهای اساسی در حوزه دادرسی اداری ایران، پیش‌بینی نشدن وکیل معاضدتی و مشاوره حقوقی رایگان در این حوزه است. پس پیش‌بینی وکلای معاضدتی و نظارت بر کار و عملکرد آن‌ها در این حوزه از لوازم اساسی دادرسی منصفانه است.^۲

برابر مقررات ماده ۲۴ قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی، متهم به تخلف و شاکی موضوع این قانون می‌تواند برای دفاع از اتهام انتسابی یا شکایت مطرح‌شده، وکیل یا نماینده‌ای از بین کارکنان حقوقی شاغل و بازنشسته نیروهای مسلح، به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات انضباطی نیروهای مسلح معرفی کند. هم‌چنین برابر ماده ۱۸ دستورالعمل اجرایی قانون موصوف، وکیل باید از بازنشستگان و نماینده نیز باید از بین کارکنان شاغل یا بازنشسته سازمان متبوع متهم به تخلف یا شاکی باشد. به رسمیت شناختن یکی از اصول بنیادین دادرسی منصفانه یعنی حق بهره‌مندی از وکیل در دادرسی تخلفات نیروهای مسلح که در قوانین قبلی رسیدگی به تخلفات انضباطی کارکنان سابقه نداشته است، از نقاط قوت و از تحولات مثبت و نوآوری‌های

۱. بهمنی قاجار، محمدعلی، «دادرسی عادلانه بر پایه قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق

شهروندی»، نشریه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، سال بیست و یکم، ۱۳۸۶، شماره ۱۱-۱۲ (پیاپی ۲۴۰)، ص ۱۲۷.

۲. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری:

با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، ۱۳۹۹، شماره

مهم قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح محسوب می‌شود. با این وصف، ایجاد محدودیت در دسترسی به وکیل منتخب، تعیین شرایط خاص برای وکیل و نماینده یا محدود کردن تسهیلات دفاعی با موازین دادرسی منصفانه سازگاری ندارد.

بند ششم. وجود آیین دادرسی شفاف و روشن

در یک دادرسی، حضور قاضی اهمیت کلیدی دارد.^۱ در تعریف آیین دادرسی آمده که مجموعه تشریفات است که وقتی مشکل حقوقی برای رسیدن به راه حل حقوقی در مرجع قضائیتی پدید می‌آید، به کار می‌رود. اگر مشکل حقوقی، مدنی، کیفری یا اداری باشد، آیین دادرسی نیز به تناسب آن، مدنی، کیفری یا اداری خواهد بود. در کنار این تشریفات، اصولی مانند اصل ترافعی بودن، اصل علنی بودن، اصل کتبی بودن، اصل شفاهی بودن و اصل آزادی دفاع نیز پایه دوم آیین دادرسی را تشکیل می‌دهند. بنابراین، آیین دادرسی، آمیزه‌ای از اصول و تشریفات است.^۲

بر این اساس، در نظام دادرسی اداری ایران در مورد برخی مراجع و دادگاه‌های اختصاصی اداری، آیین دادرسی خاص پیش‌بینی شده است. برای نمونه، به مقررات «آیین دادرسی کار» می‌توان اشاره کرد که به شکل دقیق و منسجم، مقررات دادرسی کار را تنظیم کرده است. در خصوص دیگر مراجع از جمله هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح، در دستورالعمل و در متن قانون، آیین دادرسی شفاف و روشنی پیش‌بینی نشده است. شایسته بود قانون‌گذار در بخشی از قانون یا دستورالعمل اجرایی، به تفکیک مقررات ماهوی و شکلی توجه می‌کرد تا از پراکندگی موجود کاسته می‌شد.

بند هفتم. لزوم مستدل و مستند بودن آرای صادرشده از مراجع انضباطی نیروهای مسلح

امروزه اصل الزام مقامات اداری به ارائه دلیل، یکی از مبانی مهم «اداره خوب» به شمار می‌رود. یکی از مبانی این اصل، حق دفاع است. بر این اساس، قبل از قطعی شدن تصمیم اداری باید نظرهای ذی‌نفع یا مخاطب تصمیم را شنید تا وی بتواند از حقوق و منافع خویش دفاع کند. در این زمینه، بیان دلایل تصمیم از لوازم حق دفاع است.^۳

۱. شمس، پیشین، ص ۱۳۹.

۲. مرادخانی، فردین و آیت مولایی، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت

اداری»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، شماره ۱۵، ص ۱۳۷.

۳. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرزی عطریان، «اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم «اداره

خوب»؛ مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال سوم،

۱۳۹۳، شماره ۱۰، ص ۹۵.

بر این اساس، در مرحله دادرسی‌های اداری نیز آرای صادرشده از این مراجع باید مستدل و مستند باشد. صدور آرای مستدل و مستند، نیازمند حضور عضو حقوق‌دان در ترکیب هیئت‌های بدوی و تجدید نظر است. به موجب مواد ۴ و ۱۵ قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی، در ترکیب هیئت‌ها، گاهی از مدیر حقوقی یا معاونت حقوقی استفاده شده است، اما اثر عضو حقوق‌دان در ترکیب هیئت‌ها کم‌رنگ است. در ترکیب هیئت‌ها، وجود اعضای مانند «رئیس حفاظت اطلاعات»، «رئیس اداره عقیدتی سیاسی» و «مدیر قضایی و انضباطی» از لحاظ ساختاری، ترکیبی است که بیش‌تر به ضرر متهم است. هم‌چنین در متن قانون به لزوم اصل مستدل و مستند بودن آرای صادرشده توسط هیئت‌ها اشاره نشده که از نظر موازین دادرسی عادلانه، قید نشدن چنین اصلی قابل نقد است و با حقوق متهم مغایرت دارد.

نتیجه‌گیری

کثرت مراجع اداری در سطح نظام اداری کشور و نبود آیین دادرسی مشخص در خصوص مراجع اختصاصی اداری سبب شده است برخی عملکرد این مراجع از نظر رعایت معیارهای انصاف آیینی و اصول دادرسی عادلانه نقد شود. نبود آیین دادرسی مشخص سبب شده است در برخی موارد، حقوق دفاعی کارکنان نیروهای مسلح در هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح زیر سؤال برود.

در زمینه علنی بودن دادرسی، در دادرسی تخلفات نیروهای مسلح و در موضوع رسیدگی به تخلفات کارکنان، مواد ۶ و ۷ قانون و مواد ۱۶ و ۲۵ دستورالعمل اجرایی آن بر رسیدگی حضوری دلالت دارد. اگر رسیدگی غیابی به خواست خود متهم و ناشی از حضور نداشتن وی در فرآیند دادرسی کیفری با وجود امکان رسیدگی حضوری باشد، به شرط رعایت حقوق متهم و بهره‌مندی از تضمین‌های لازم، با اصول دادرسی منصفانه مغایرتی ندارد.

اگر در قوانین، «اصل حضوری یا تناظری بودن دادرسی» زیر سؤال برود، رسیدگی، نامنصفانه خواهد بود و اصول یادشده و همچنین اصل برابری سلاح‌ها و حق برخورداری از فرصت و تسهیلات دفاعی متهم نقض می‌شود. همچنین در دادرسی تخلفات نیروهای مسلح، اصل بی‌طرفی رعایت نشده است، به گونه‌ای که در ساختار و ترکیب هیئت‌های انضباطی، مقام پیشنهاددهنده تنبیه نیز به عنوان یکی از اعضای هیئت دادرسان حضور دارد. در نیروی انتظامی، بیش‌تر مقام‌های پیشنهاددهنده تنبیه به استناد بندهای «ث» مواد ۴ و ۱۵ قانون تشکیل هیئت‌های انضباطی و ماده ۶ دستورالعمل اجرایی آن، حسب مورد، عضو هیئت‌های بدوی یا تجدید نظر هستند. بر اساس ماده ۱۲۱ قانون استخدام ناجا، «رسیدگی به تخلفات کارکنان که فرمانده انتظامی استان یا رؤسا و مسئولین رده‌های هم‌تراز و بالاتر، برای آنان، پیشنهاد محرومیت از ترفیع، تنزیل درجه یا رتبه، معافیت از خدمت و یا اخراج می‌دهند، در هیئت‌هایی مرکب از اعضای مشروحه زیر به عمل می‌آید: الف) معاون نیروی انسانی نیروی انتظامی یا جانشین وی؛ ب) رئیس بازرسی کل نیروی انتظامی یا جانشین وی؛ ج) معاون ذی‌ربط سازمان عقیدتی - سیاسی نیروی انتظامی یا جانشین وی؛ د) معاون ذی‌ربط سازمان حفاظت اطلاعات نیروی انتظامی یا جانشین وی؛ هـ) نماینده سازمان قضایی نیروهای مسلح».

درباره حق داشتن وکیل، برابر مقررات ماده ۲۴ قانون، متهم به تخلف و شاکی موضوع این قانون می‌تواند برای دفاع از اتهام انتسابی یا شکایت مطرح‌شده، وکیل یا نماینده‌ای از بین کارکنان حقوقی شاغل و بازنشسته نیروهای مسلح، به هیئت‌های رسیدگی به تخلفات انضباطی نیروهای مسلح معرفی کند که به نوعی، سبب محدودیت اصل دسترسی به وکیل

و محدود شدن دایره انتخاب متهمان در مراجع انضباطی نیروهای مسلح شده است. در خصوص اصول و معیارهای دیگری مانند رسیدگی دودرجه‌ای، تدارک فرصت مناسب دفاع برای متهمان و نیز لزوم مستدل و مستند بودن آرای صادرشده از این مراجع، مقررات موجود قابل نقد است. رسیدگی دومرحله‌ای صرفاً برای مجازات اخراج و معافیت از خدمت در نظر گرفته شده و در خصوص لزوم مستدل و مستند بودن آرا نیز با توجه به نبود تصریح قانونی و وجود صرفاً یک عضو حقوق‌دان در ترکیب هیئت، این اصل با چالش جدی روبه‌روست.

برای مطلوب‌سازی شیوه دادرسی در هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح، این موردها پیشنهاد می‌شود: تدوین و تصویب آیین دادرسی شفاف و روشن، لزوم رسیدگی دودرجه‌ای به همه تصمیم‌های هیئت‌های بدوی و به عبارت دیگر، قابل تجدید نظر بودن تمامی مجازات‌های اداری، تقویت ترکیب اعضا از نظر قرار دادن عضو حقوقی و استفاده از ظرفیت نهاد کارشناسی در رسیدگی به پرونده‌های تخلفاتی نیروهای مسلح.

فهرست منابع

الف) کتاب

۱. آخوندی، محمد، **آیین دادرسی کیفری (جلد ۴)**، تهران: اشراق، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۲. آقایی جنت‌مکان، حسین، **حقوق دادرسی عادلانه و منصفانه**، تهران: جنگل، ۱۳۹۶.
۳. رستمی، ولی، **مسلم آقایی طوق و حسن لطفی، دیوان‌های اداری در پرتو اصول دادرسی منصفانه**، تهران: گرایش، ۱۳۸۸.
۴. شمس، عبدالله، **آیین دادرسی مدنی (جلد ۱)**، تهران: دراک، چاپ یازدهم، ۱۳۸۵.
۵. قاری سید فاطمی، سید محمد، **حقوق بشر در جهان معاصر (جلد ۱)**، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۰.
۶. مجیدی، محمدرضا، **آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها، معاونت پژوهشی دانشگاه معارف اسلامی، ۱۳۸۹.

ب) مقاله

۱. امید، جلیل و سمیه نیکویی، «**تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۷، شماره ۵۸.
۲. امید، جلیل، «**تعریف و مبانی علنی بودن دادرسی کیفری**»، مدرس علوم انسانی، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۳۸۷، شماره ۳ (پیاپی ۵۸).
۳. بهمنی قاجار، محمدعلی، «**دادرسی عادلانه بر پایه قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی**»، نشریه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، سال بیست و یکم، ۱۳۸۶، شماره ۱۱-۱۲ (پیاپی ۲۴۰).
۴. جنتی صدر، حسین، «**بررسی تضمینات اصل بی‌طرفی در حقوق ایران و محاکم بین‌المللی**»، کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در تعلیم و تربیت، روان‌شناسی، حقوق و مطالعات فرهنگی - اجتماعی، ۱۳۹۷.
۵. خسروی، احمد و ولی رستمی، «**امکان‌سنجی تدوین قانون آیین دادرسی اداری**»، فصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره هجدهم، ۱۳۹۲، شماره ۶۴.
۶. رضایی‌زاده، محمدجواد و فرامرز عطریان، «**اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم «اداره خوب»: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا**»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، ۱۳۹۳، شماره ۱۰.

۷. ساقیان، مهدی و احسان محمدی، «رعایت حقوق شهروندی در هیئت‌های انضباطی نیروهای مسلح در پرتو حق برخورداری از دادرسی عادلانه»، در: بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری (مجموعه مقالات برگزیده نخستین همایش ملی پژوهش در نظام عدالت کیفری)، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۸. سوادکوهی‌فر، سام، «بررسی تطبیقی اصل وحدت یا تفکیک قوا در دادرسی ایران و سه سیستم حقوقی خارجی آلمان، فرانسه و انگلیس»، فصل‌نامه حقوق اساسی، ۱۳۸۴، شماره ۵.
۹. فتحی، یونس، جعفر شفیعی سردشت و مریم وهیبی فخر، «نظام مطلوب دادرسی اداری در ایران»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، سال اول، ۱۳۹۸، شماره ۱.
۱۰. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و یونس فتحی، «آسیب‌شناسی فرآیند دادرسی در هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری: تأملی پیرامون یک الگوی مطلوب»، فصل‌نامه حقوق اداری، سال سوم، ۱۳۹۴، شماره ۹.
۱۱. مرادخانی، فردین و آیت مولایی، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، ۱۳۹۶، شماره ۱۵.
۱۲. مهرعلیان، اردشیر، «بررسی تطبیقی دادرسی منصفانه و عادلانه طبق استانداردهای بین‌المللی و ملی»، دومین همایش ملی عدالت، اخلاق، فقه و حقوق، میبد، ۱۳۹۴.
۱۳. مؤذن‌زادگان، حسن‌علی و محمدرضا یزدانیان، «چالش‌های قلمرو کیفری در رسیدگی به تخلفات کارکنان نیروهای مسلح با تأکید بر هیئت‌های انضباطی پلیس»، نشریه علمی پژوهش‌های دانش انتظامی، دوره بیست و دوم، ۱۳۹۹، شماره ۱ (پیاپی ۸۶).
۱۴. نجابت‌خواه، مرتضی، فاطمه افشاری و سید شهاب‌الدین موسوی‌زاده، «آسیب‌شناسی ساختار و صلاحیت‌های مراجع اختصاصی اداری در حقوق اداری ایران»، دوفصل‌نامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۷۷ و ۷۸.
۱۵. نکویی، محمد، «آسیب‌شناسی آرای هیئت‌های رسیدگی به تخلفات اداری کارمندان از منظر اصول دادرسی عادلانه (با تأکید بر آرای دیوان عدالت اداری)»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، شماره ۹.
۱۶. همتی، مجتبی، «تحلیل قانون دیوان عدالت اداری از منظر استانداردهای خاص دادرسی منصفانه اداری: با نگاهی به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، ۱۳۹۹، شماره ۵۵.

۱۷. وحدتی موسی‌پور، مهدی و بزرگ‌علی نوری، «دادرسی منصفانه در رسیدگی به جرایم نیروهای مسلح با تأکید بر نقش پلیس جمهوری اسلامی ایران»، مجله مطالعات فرهنگی پلیس، دوره پنجم، ۱۳۹۷، شماره ۴.
۱۸. یاور، اسدالله، «از دادرسی تا دادرسی منصفانه: تحول در مفهوم و قلمرو کلاسیک دادرسی و تضمینات آن»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، ۱۳۹۳، شماره ۶۵.
۱۹. یاور، اسدالله، «حق برخورداری از دادرسی منصفانه و آیین دادرسی نوین»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳۸۳، شماره ۲.

ج) پایان‌نامه

۱. بهجتی اردکانی، حامد، «رسیدگی در کمیسیون‌های انضباطی نیروهای مسلح در پرتو اصول دادرسی منصفانه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.

بررسی رویه اداری پیش‌گیری از ورشکستگی در فرانسه و امکان کاربرد آن در نظام حقوق اداری ایران

مریم دادخواه*

میترا ضرابی**

چکیده

در راستای اقدامات پیش‌گیرانه قضایی، بحث پیش‌گیری از ورشکستگی مطرح است که دولت فرانسه در این خصوص بسیار موفق عمل کرده است. آمار ورشکستگی در ایران بالاست و به اقدامات پیش‌گیرانه نیاز دارد. این پژوهش با روش تحلیلی - توصیفی و با هدف بررسی رویه اداری دولت فرانسه برای مقابله با ورشکستگی و قابلیت اعمال این الگو در نظام حقوقی ایران انجام شده است. با وجود نوشته بودن قوانین اصلی فرانسه، نظام حقوق اداری این کشور اثرپذیری خاصی از عرف داشته است و نهادها بدون رعایت مسائل سلسله‌مراتبی، همکاری مناسبی با یکدیگر دارند و مسئولیت‌های حقوقی خود را به صورت عرفی تعیین کرده‌اند. تقسیم‌بندی ورشکستگی به دو نوع ظاهری و واقعی، اصلی‌ترین اثر را بر سازوکار اداری پیش‌گیری یادشده دارد و سیاست کلی مقامات این کشور، تبدیل نشدن نوع توقف از نوع ظاهری به واقعی است. در ایران به سبب محدودیت امور اداری به اسناد حقوقی - اجرایی و انجام نشدن امور اداری خارج از اسناد حقوقی، به ویژه در بحث سلسله‌مراتبی، امکان اجرای این الگو وجود ندارد و نیاز است که اسناد حقوقی مقتضی در این خصوص تنظیم شود و جزئیات دقیق مسئولیت‌ها به صراحت ذکر گردد.

کلیدواژه‌ها: ورشکستگی، نظام حقوقی فرانسه، پیش‌گیری، حقوق اداری، توقف.

مقدمه

به صورت عمومی و در مورد هر پدیده نامطلوب، این ضرب‌المثل عنوان می‌شود که «پیش‌گیری بهتر از درمان است». گاهی درمان یک پدیده نامطلوب عملاً ممکن نیست و اشاره افکار عمومی به سمت مسئولانی است که می‌توانستند مانع از بروز این مشکل شوند. برای مثال، در بحث زلزله، تاکنون راهکار قطعی برای مقابله با آن ارائه نشده، ولی افکار عمومی، دولت‌ها را مسئول ساخت منازل مقاوم در برابر زلزله می‌دانند، همان گونه که این رویه در کشور ژاپن با موفقیت اجرا شده است.

در خصوص ورشکستگی نیز همین بحث وجود دارد. به دلایل مختلف، ممکن است یک تاجر (شخصیت حقیقی یا حقوقی) به میزان بیش از دارایی خود بدهکار باشد. در این صورت، حتی به فرض مجازات کیفری وی، مال طلبکاران تزییع می‌شود و نظام حقوقی از احقاق حقوق این افراد ناتوان است. اگر پدیده ورشکستگی در جامعه رواج یابد، امنیت اقتصادی خدشه‌دار می‌شود و سرمایه‌گذاران از بیم از دست رفتن اموال خود، حاضر نخواهند شد در کاری شراکت کنند. متأسفانه، رویه حقوقی، اجرایی و اداری ایران برای پیش‌گیری از ورشکستگی بسیار ضعیف است و هر از گاه، خبر تزییع مال به صورت کلان در رسانه‌ها منتشر می‌شود. نظام حقوقی فرانسه به بحث پیش‌گیری از ورشکستگی توجه ویژه کرده است و این موضوع مهم در حقوق اداری این کشور جایگاهی ویژه دارد. در سال ۲۰۱۸، در یک تحقیق، هماهنگی اداری در فرانسه، عامل موفقیت در پیش‌گیری از ورشکستگی عنوان شد.^۱ در جایی دیگر، تشریفات دادرسی قضایی مناسب در این کشور، عامل کاهش ورشکستگی در این کشور دانسته شد.^۲ ترکیبی بودن نوع نظام حقوقی این کشور به صورت «کامن‌لایی» و «نوشته» نیز عاملی برای افزایش اختیارات اداری در مقابله با ورشکستگی به شمار می‌رود.^۳ در بررسی آماری ورشکستگی، نظام حقوق اداری فرانسه نسبتاً موفق ارزیابی شده است.^۴ تحقیقات بین‌المللی، موفقیت نظام حقوقی فرانسه برای کاهش ورشکستگی را بررسی و تحسین کرده‌اند، اما عامل موفقیت در این کشور از نظر ماهوی بررسی نشده است.

1-Maleki, M., Eslami, M. and Rezaei, M., «Principles of Arbitration in Oil Contracts», Revista Publicando, 2018,.

5.14, p. 60

2-Jones, Odwyn, Lilford, Eric and Chan, Felix, The Business of Mining: Mineral Project Valuation. CRC Press, 2018, p. 58

3-Guerini, Mattia, et al., “Dynamique des défaillances d'entreprises en France et crise de la Covid-19”, OFCE Policy brief 73, 2020, p. 22

4-Guthrie, Benjamin K. and Hioureas, Christina G., Sovereignty Disputes and Offshore Development of Oil and Gas. 2018, p. 121

اصل مبحث ورشکستگی، از موضوعات مربوط به حقوق خصوصی است و در حیطه حقوق اداری جایی ندارد. موفقیت دولت‌مردان فرانسه در پیش‌گیری از ورشکستگی، به نظام اداری خاص این کشور مربوط می‌شود. همچنین اقداماتی که در چارچوب حقوق اداری فرانسه صورت پذیرفته، منجر به کاهش ورشکستگی در این کشور شده است. با وجود نوشته بودن قوانین کشور فرانسه، نظام اداری این کشور از عرف‌هایی پیروی کرده است که گاهی منشأ آن، دستورهای منسوخ‌شده مقاماتی است که امروزه در مسند قدرت نیستند. با این حال، عرف حقوقی مربوط به آن شکل گرفته است و به سبب بازدهی مناسب این اقدامات، مسئولان نسبت به نبود سند حقوقی الزام‌آور اداری اعتراضی ندارند. بنابراین، نظام حقوق اداری خاص کشور فرانسه، بستری مناسب برای پیش‌گیری از ورشکستگی تلقی می‌شود که اجرای الگوی مشابه آن در دیگر کشورها نیازمند بررسی است.

پژوهش کنونی با وجود موضوع ورشکستگی که از موضوعات حقوق خصوصی است، در حیطه موضوعات پژوهشی با زمینه حقوق عمومی و اداری نیز جای دارد. تحقیق در خصوص پیش‌گیری از ورشکستگی در حقوق ایران به ویژه در بخش اداری کاملاً بدیع و بی‌پیشینه است. از این رو، این پژوهش در نوع خود دارای نوآوری است.

سؤال پژوهش این است که عوامل موفقیت نظام حقوقی - اجرایی فرانسه در مقابله با ورشکستگی، از دیدگاه حقوق اداری چیست و چگونه در نظام حقوق اداری ایران قابل اجراست؟ فرضیه پژوهش این است که قوانین، اختیارات و هماهنگی‌های اداری مناسب در کشور فرانسه برای مقابله با پیش‌گیری از ورشکستگی، عامل موفقیت این کشور است. در حال حاضر، پیش‌گیری از ورشکستگی به دلیل نبود سند اجرایی و تعهدات اداری در ایران قابلیت اجرایی ندارد.

پس از اعمال تحریم‌های غرب علیه ایران در دهه ۹۰ خورشیدی، آمار ورشکستگی روزبه‌روز افزایش یافت و در حال حاضر، پرونده‌های کثیرالشاکي فراوانی در دادگاه‌های کشور در دست بررسی است. از این رو، افکار عمومی از نظام‌های اجرایی و قضایی انتظار دارد که از گسترش چنین مشکلاتی جلوگیری شود و قوه قضاییه، وظیفه خود را در پیش‌گیری از وقوع جرم به خوبی اجرا کند. بنابراین، انجام دادن این تحقیق با توجه به بی‌پیشینه بودن پیش‌گیری از جرم ورشکستگی در کشور ضرورت دارد.

پس از بررسی مفاهیم مربوط، ساختار حقوقی - اداری ورشکستگی در کشور فرانسه و رویه اداری پیش‌گیری از ورشکستگی در فرانسه واکاوی می‌شود. در ادامه، قابلیت اجرای این رویه در نظام حقوقی ایران بررسی می‌گردد و مبتنی بر بحث‌های مطرح‌شده، نتیجه‌گیری و پیشنهاددهی صورت می‌گیرد.

گفتار اول. مفاهیم و مبانی پژوهش

متغیرهای «تاجر» و «ورشکستگی»، کلیدواژه‌های اصلی این پژوهش هستند. تعریف‌های متعددی از این دو واژه در متون حقوقی ذکر شده است.

بند اول. تاجر

در فرهنگ لغت دهخدا، تاجر به عنوان «بازرگان» آمده است. در فرهنگ لغت معین نیز چنین تعریفی از تاجر ذکر شده است. البته عمید، تاجر را شخصی می‌داند که کالا را به صورت عمده خرید و فروش می‌کند.^۱ از نظر حقوقی نیز به موجب ماده یکم قانون تجارت، مصوب ۱۳۱۱، «تاجر، کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد.» این ماده حقوقی تاکنون تغییر نیافته است.

در قانون تجارت فرانسه، قانون‌گذار به تعریف تاجر با دو مفهوم شخصی و موضوعی پرداخته است. «مفهوم موضوعی»، ملاک شناخت شخص تاجر را اعمال تجاری قرار می‌دهد. برای مثال، در ماده یکم قانون تجارت فرانسه، تاجر به عنوان شخصی تعریف شده است که شغل معمول خود را اعمال تجاری قرار دهد و به موجب ماده ۶۳۲ همین قانون، تاجر، اعمال تجاری معین انجام می‌دهد. بر این اساس، اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی، در صورتی تاجر محسوب می‌شوند که اعمال تجاری انجام دهند. در غیر این صورت، شرکت یادشده، مدنی به شمار می‌رود. در وضعیت تقنینی کنونی فرانسه، اشخاص حقوقی، موضوع حقوق خصوصی و شرکت‌های غیر تجاری که موضوع آن‌ها جنبه اقتصادی دارد، با آن‌که تاجر نیستند، مشمول مقررات حاکم بر ورشکستگی خواهند بود. البته اشخاص حقوقی موضوع حقوق عمومی مانند استانداری و شهرداری از این قاعده مستثنی هستند.^۲

بنابراین، چنین برداشت شده است که منظور از تاجر، شخصی حقیقی یا حقوقی است که به فعالیت تجاری اشتغال دارد. منظور از فعالیت تجاری، هر کسب و کار مبتنی بر سرمایه است و مشاغل خدماتی به سبب نداشتن سرمایه قابل توجه، دچار ورشکستگی نخواهند شد. بنابراین، در هر کسب و کار سرمایه‌ای، خواه به صورت خرد یا کلان، امکان ورشکستگی وجود دارد و شخص مشغول به این کار، تاجر نام دارد و می‌تواند دارای شخصیت حقیقی یا حقوقی باشد.

۱. لغت‌نامه دهخدا، فرهنگ معین و فرهنگ عمید.

2-Gerhardt, Maria, "Consumer Bankruptcy Regimes and Credit Default in the US and Europe: A comparative study", CEPS Working Document No. 318, 27 July 2009, p. 154

بند دوم. ورشکستگی

ورشکستگی در فرهنگ لغت دهخدا، معادل «افلاس»، در فرهنگ لغت معین، «تهی‌دستی» و در فرهنگ لغت عمید، «ناچیزی» ذکر شده است. قانون تجارت ایران، تعریف دقیقی از ورشکستگی ارائه نکرده است. در رویه عرفی حقوق ایران، تاجر ورشکسته با شخصیت حقیقی یا حقوقی به شخصی اطلاق می‌شود که دارایی‌های وی برای تأدیه دیونش ناکافی باشد. قوه قضاییه، اداره‌ای با نام «تسویه» تأسیس کرده است که پس از حسابرسی‌های دقیق و مورد اعتماد، دارایی‌های ورشکسته را به تناسب ترکیب بدهکاری، بین طلبکاران تقسیم می‌کند. تأسیس «ورشکستگی» در حقوق فرانسه، ترکیبی از مندرجات قوانین نوشته و حقوق اداری عرفی است. از این رو، ماهیت این موضوع در حقوق فرانسه با حقوق ایران تفاوت دارد. قانون‌گذار فرانسه در قانون تجارت، احراز ورشکستگی را به تحقق چهار شرط وابسته دانسته است:

۱. عجز از پرداخت؛

۲. وجه نقد بودن دیون؛

۳. مسلم و منجز بودن دیون؛

۴. در دسترس بودن از محل دارایی‌ها.

قانون تجارت فرانسه از ورشکستگی با عنوان «توقف»^۱ نام می‌برد. قانون‌گذار فرانسه در سال ۱۹۸۵، تعریفی جدید از توقف ارائه کرد که بر اساس آن، توقف عبارت است از: «ناتوانی از پرداخت دیون مسلم و منجز مطالبه‌شده با دارایی در دسترس». قانون‌گذار در سال ۲۰۰۸، این اصلاح را انجام داد و مقرر داشت: «در صورتی که اعتبار مالی یا ارفاق طلبکارها، قابلیت این را داشته باشد که منجر به پرداخت بدهی تاجر شود، توقف رخ نمی‌دهد». به موجب این تعریف، قانون‌گذار فرانسه، دو تأسیس «ارفاق طلبکاران» و «اعتبار شخصی» را برای تاجر در نظر گرفت. این موارد حسب عرف اداری ایجادشده به حقوق نوشته این کشور اضافه شد. مطابق تأسیس نخست، در صورت بخشش طلبکارها، دادگاه، توقف را برای تاجر در نظر نخواهد گرفت. در مورد دوم، به شرط اعتبار مالی تاجر، دادگاه در صدور حکم ورشکستگی تعجیل نمی‌کند.^۲ فارغ از این بحث‌ها، دو تقسیم‌بندی اصلی از ورشکستگی در حقوق اداری فرانسه وجود دارد که اولاً در نوع خود دارای نوآوری است و این تقسیم‌بندی تاکنون در هیچ نظام حقوقی انجام نشده است. ثانیاً این تقسیم‌بندی هنوز در حقوق اداری عرفی این کشور جای دارد و سیر تقنینی آن سپری نشده است.

1-arrêter.

2-Abdala, Manuel A., "Key damage compensation issues in oil and gas international arbitration cases", Am. U. Int'l L. Rev., 2008, 24, p. 451

به موجب این تأسیس عرفی، ورشکستگی به دو مفهوم «توقف ظاهری» و «توقف واقعی» تقسیم شده است.^۱ در تأسیس نخست، مجموع دارایی و اموال و بدهی‌های تاجر بررسی نمی‌شود، بلکه پرداخت نشدن دیون، صرف نظر از این‌که دارایی تاجر چه قدر باشد، برای صدور حکم ورشکستگی کافی است.^۲ در تأسیس دوم، پرداخت نشدن دیون، به تنهایی دلیل توقف و صدور حکم ورشکستگی نیست، بلکه شخص باید واقعاً متوقف شده باشد، به این معنا که کارشناسان، همه دارایی‌های تاجر را بررسی می‌کنند. اگر در این بررسی مشخص شود که میزان دارایی تاجر برای پرداخت دیون وی کافی نیست، «عدم کفایت دارایی برای پرداخت دیون»، تاجر را متوقف می‌کند و حکم ورشکستگی او صادر خواهد شد.^۳

اثر اصلی این تقسیم‌بندی بر قابلیت پیش‌گیری از ورشکستگی در نظام حقوقی فرانسه محرز است. به همین دلیل، این تقسیم‌بندی عرفی، اقدام حقوقی - اداری صحیح برای مقابله با ورشکستگی تلقی می‌شود. در واقع، نظام حقوقی فرانسه به صورت عرفی و خارج از سیر دست و پاگیر تقنینی، تأسیسی خاص با عنوان «پیش‌ورشکستگی» ایجاد کرده و اقدامات پیش‌گیرانه در این بازه زمانی متمرکز است. اقدامات قضایی - اجرایی مقابله با ورشکستگی از این دوران آغاز می‌شود و با توجه به تعریف نشدن این دوره زمانی در حقوق دیگر کشورها، اقدامات قضایی تنها به زمان ورشکستگی واقعی محدود می‌شود که مهلتی برای پیش‌گیری باقی نخواهد گذاشت. بنابراین، نقطه عطف اقدامات پیش‌گیرانه دولت فرانسه برای ورشکستگی، تعریف دورانی پیش از ورشکستگی واقعی است.

گفتار دوم. ساختار حقوقی - اداری ورشکستگی در فرانسه

نظام حقوقی کشور فرانسه، بر خلاف بیش‌تر کشورهای اروپایی، از نوع «نوشته» محسوب می‌شود و پیشینه قوی تقنینی این کشور موجب الگوبرداری بسیاری از قانون‌گذاران دیگر از قوانین این کشور شده است. با این حال، نظام اداری فرانسه به صورت عرفی اداره می‌شود و صدور بخش‌نامه تنها به دستورهای فوری و بسیار ضروری محدود است. چون بر اساس حقوق عرفی اداری این کشور، تأسیس‌های جداگانه‌ای برای ورشکستگی منظور شده است، در این گفتار، ساختار حقوق اداری عرفی فرانسه در مورد ورشکستگی بررسی

1-Alaedini, Amirabbas and Azarbaijani, Alireza, "Clarifying the Existing Approaches to Prevent Companies from Bankruptcy in the Bill of Trade and the France's Law", Journal of Strategic Management Studies, 2016, 6.24, p. 59

2-Fontanelli, Filippo and Tanzi, Attila, "Jurisdiction and admissibility in investment arbitration. A view from the bridge at the practice", The Law & Practice of International Courts and Tribunals, 2017, 16.1, p.121

3-Borghetti, Jean-Sébastien, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?", La Revue des Juristes de Sciences Po, 2019, 17, p. 101

می‌شود که بخش اعظم آن از حقوق عرفی و بخش مختصر آن از منابع حقوق نوشته استخراج شده است.

بند اول. قوه قضاییه

مطابق قانون اساسی فرانسه، قوه قضاییه، قوه‌ای مستقل است و حکم رئیس این قوه به صورت تشریفاتی توسط رئیس جمهوری این کشور تنفیذ می‌شود. قوانین مدون در خصوص ضابطان دادگستری، مطلب خاصی بیان نکرده‌اند. بنابراین، تشخیص نوع ضابط و همچنین شیوه همکاری مقامات قضایی با ضابطان، به صورت عرفی است.^۱ این در حالی است که در ایران، این نوع رابطه تابع مفاد آیین دادرسی است و جز این، دیگر منابع حقوقی به صورت خاص به نوع همکاری بین نهادهای ضابط با قوه قضاییه صراحت دارند.^۲

در خصوص مسائل ورشکستگی، گزارش‌های عادی سالانه پلیس اقتصادی به دادگاه محل قابل توجه است. در ادامه، منشأ دریافت اطلاعات توسط پلیس اقتصادی شرح داده شده است که حسب روابط عرفی اداری با دیگر نهادها حاصل می‌شود. گزارش‌های عادی به صورت سالانه و گزارش‌های فوق‌العاده به درخواست قوه قضاییه، در پایان هر ماه اعلام می‌شود. این ارتباط بین قوه قضاییه و پلیس اقتصادی به صورت عرفی شکل گرفته و از سال ۱۹۵۰ میلادی به صورتی که گفته شد، رسمیت یافته است.

نکته قابل توجه این است که حسب همین عرف، ارگان‌های غیر ضابط مختارند به استعلام‌های قوه قضاییه در خصوص اطلاعات شخصی پاسخ ندهند. در صورت درخواست اطلاعات توسط قوه قضاییه از نهادهای غیر ضابط، اگر این اطلاعات جنبه شخصی داشته باشد، آن ارگان مختار است پاسخ ندهد و تعهدی در این باره ندارد.^۳ البته بخش‌نامه LR۳۲-۴۳ در سال ۱۹۷۵ نیز بر این موضوع تأکید کرده و اکنون پس از گذشت چند دهه به صورت عرفی باقی مانده است.^۴

1-Bueno, Nicolas and Bright, Claire, "Implementing human rights due diligence through corporate civil liability International & Comparative Law Quarterly, 2020, 69.4, p. 800

۲. آرای، مسعود، پژمان محمدی و غلام‌حسن مزارعی، «اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۷۵.

3-Chong, Shou Yu and Alexander, Nadja Marie, Case Note: Enforceability of Agreements to Mediate in English Law, 2020, p. 432

۴. حاجی، محمد، «بررسی مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری در حقوق ایران با نگرش به لایحه جدید قانون تجارت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان کردستان، سقز، ۱۴۰۰، ص ۵۴.

نقش قوه قضائیه در خصوص ورشکستگی شرکت‌ها به این صورت خلاصه شده است که حسب گزارش‌های به دست آمده از پلیس اقتصادی، وضعیت شرکت‌ها به صورت پنج‌درجه‌ای تقسیم‌بندی می‌شود که در این خصوص، تصمیم مقتضی را می‌گیرد. سازمان حسابرسی کل کشور نیز درجه‌بندی ده‌گانه برای بررسی وضعیت مالی شرکت‌ها دارد که از سال ۲۰۰۰ به بعد و پس از تقویت تأسیس عرفی توقف ظاهری، این دو درجه‌بندی، شکلی یک‌پارچه به خود گرفت. معیار اقدامات اجرایی - قضایی حسب درجه‌بندی جدید است که در ادامه، جزئیات آن تشریح می‌شود. گویا در صورت نبود این درجه‌بندی، تمامی اقدامات پیش‌گیرانه دولت فرانسه بی‌اثر باقی می‌ماند.

ساختاربندی ورشکستگی حسب اختیارات اداری قوه قضائیه و سازمان حسابرسی کل کشور فرانسه انجام شده است که نخستین اقدام برای مقابله با ورشکستگی محسوب می‌شود. این اقدام در دیگر کشورها پیشینه‌ای ندارد. نخستین اقدام برای مقابله با یک پدیده نامطلوب، مطالعه و ساختاربندی آن است. در ایران، بسیاری از جرایم به این صورت مطالعه شده‌اند. تا زمانی که اطلاعات دقیقی از اقسام پدیده نامطلوب وجود نداشته باشد، اقدامات مقابله نیز چندان هدفمند نخواهد بود. با این حال، استقلال این دو سازمان در فرانسه موجب موازی‌کاری در ساختاربندی ورشکستگی می‌شود که باید ضمن همکاری با یکدیگر، تقسیم‌بندی یکسانی در خصوص ورشکستگی صورت گیرد. به صورت کلی، این اقدام، گامی مهم برای ضابطه‌مندسازی مقابله با ورشکستگی است.

بند دوم. سازمان بورس

حسب حقوق عرفی اداری فرانسه، نهادهای غیر ضابط، رابطه چندان الزام‌آوری با قوه قضائیه ندارند و مختارند به استعلام‌هایی که جنبه شخصی دارند، پاسخ ندهند. بنابراین، گزارش‌های حسابرسی سازمان بورس این کشور به عنوان نهادی غیر ضابط به قوه قضائیه ارسال نمی‌شود. به موجب مفاد باب چهاردهم قانون مدنی این کشور، دریافت اطلاعات شخصی افراد به جز در موارد جنایی و سیاسی ممنوع است. به نظر می‌رسد که این نظام عرفی حسب تفسیر موسع از این ماده حقوقی پدید آمده است.

سازمان بورس این کشور قانون نوشته ندارد و امور آن به صورت عرفی شکل گرفته که از سال ۱۹۸۳ تقویت شده است. اساس‌نامه این سازمان به عنوان نهادی عمومی در سال ۲۰۰۵ به تصویب پارلمان این کشور رسید.^۱ به عقیده حقوق دانان، پس از این تاریخ می‌توان به اساس‌نامه این سازمان به چشم منبع حقوقی نگریست.

1-Cossart, Sandra, Chaplier, Jérôme and De Lomenie, Tiphaine Beau, "The French law on duty of care: A historic step towards making globalization work for all", Business and Human Rights Journal, 2017, 2.2, p. 320

مطابق ساختار حقوقی یادشده (ترکیب حقوق نوشته و عرفی)، در صورت تشخیص وضعیت مالی نامناسب شرکت‌ها توسط کارشناسان بورس، رئیس هیئت مدیره و مدیرعامل آن شرکت به سازمان دعوت می‌شود و ضمانت حضور آن‌ها در سازمان، توقف نماد معاملاتی شرکت است. این اختیار اداری سازمان بورس حسب عرف یادشده محرز است.^۱ بنابراین، نهاد عمومی بورس از اختیاراتی برای بازرسی مالی شرکت‌ها بهره‌مند است که حسب اساس‌نامه خود و سپس عرف حقوقی شکل گرفته است.

پس از پایان جلسه کارشناسان بورس با رئیس هیئت مدیره و مدیرعامل شرکت مشکوک به ورشکستگی، سازمان بورس حمایت‌هایی انجام می‌دهد. در صورت نیاز به تسهیلات مالی برای رفع مشکلات مالی شرکت، سازمان بورس ضمن ارسال «توصیه‌نامه»^۲ به بانک، درخواست خود را مطرح می‌کند. از زمان دستور اجرایی دوران فرانسوا میتران،^۳ بانک‌ها ملزم به اعطای تسهیلات حسب توصیه‌نامه سازمان بورس شدند. این موضوع مهم تاکنون به عنوان عرف اداری باقی مانده است و بانک‌ها بنا به این توصیه‌نامه، تسهیلات مورد نظر را به شرکت اعطا می‌کنند.^۴

حسب این دستور، در صورت ارسال نامه سازمان بورس، همه ارگان‌های دولتی که نیاز خود را از محصول یا خدمات مورد نظر تهیه می‌کنند، ملزم به خرید خواهند بود. این الزام تا یک سال پس از صدور توصیه‌نامه سازمان بورس ادامه دارد. حسب عرف اجرایی، در این خصوص سخت‌گیری وجود دارد و مسئولان دولتی، پی‌گیر مطالبات شرکت‌ها حسب توصیه‌نامه هستند.^۵

در این جا چند نکته حقوقی قابل توجه است. به موجب قواعد اجرایی کشور، دستورهای رئیس قوه مجریه تا زمان حیات دولت اعتبار دارد، اما در صورت اعتراض نکردن به آن، عرف خاص آن شکل می‌گیرد و تا زمان اقدام حقوقی قاطع علیه آن، مفاد یادشده در ادبیات عرفی حقوق اداری جای خواهد گرفت. به موجب اقدام اجرایی رئیس جمهوری وقت و سپس جایگاه عرفی حقوقی بورس در نظام اقتصادی، جایگاه سازمان بورس تقویت می‌شود و اجرای توصیه‌نامه‌های آن به عنوان سندی لازم‌الاجرا بر دیگر ارگان‌ها الزامی است. در این باره، رعایت

1-Alaedini and Azarbajani, op. cit., p. 45.

2-Recommenation .

3-François Maurice Adrien Marie Mitterrand .

4-Dafe, Florence and Williams, Zoe, "Banking on courts: financialization and the rise of third-party funding in investment arbitration", Review of international political economy, 2021, 28.5, p. 1370

5-Ghaisary, Seyed Ata, Yousefzadeh, Morteza and Habib, Mahmood, "Preventive civil liability and its educational principles in the high school social studies textbook", Revista Conrado, 2020, 16.76, p. 72

سلسله‌مراتب ضرورت ندارد و با وجود استقلال کامل سازمان بورس، توصیه‌نامه وی حسب دستور نخست رئیس جمهوری وقت و شکل‌گیری عرف حقوقی مرتبط با آن لازم‌الاجراست. از نظر اداری، جایگاه بورس تقویت شده است؛ چون حسابرسی‌های سازمان بورس، در بیش‌تر کشورها، قابل اعتمادترین گزارش‌های مالی محسوب می‌شوند. دولت‌مردان فرانسه از این اعتماد استفاده می‌کنند و تشخیص نیاز به کمک مالی شرکت‌ها را به درخواست سازمان بورس وابسته کرده‌اند. با این حال، تشخیص نشانه‌های اولیه ورشکستگی نیز بر عهده این نهاد قرار دارد. ضمن شناسایی استقلال و توانایی بورس فرانسه، تشخیص وضعیت مالی شرکت‌ها به این نهاد واگذار شده که حسب آن نیز به درخواست‌های مساعدت از این سازمان اعتبار بخشیده شده است. مشابه این اقدام را می‌توان در دیگر کشورها انجام داد.

بند سوم. وزارت دادگستری

حسب تفسیر موسّع از فصل قوه قضاییه در قانون اساسی فرانسه، وزارت دادگستری حق استعلام تمامی اطلاعات غیر شخصی از اداره‌ها را دارد و نسبت به خود قوه قضاییه، از اختیارات تحقیقاتی بیش‌تری برخوردار است. بنابراین، اطلاعات مالی شرکت‌ها به صورت محدود از سمت سازمان بورس به وزارت دادگستری این کشور ارسال می‌شود. با این حال، اداره تسویه حساب^۱ که در زمان ورشکستگی به امور تسویه می‌پردازد، زیر نظر این وزارت قرار دارد.^۲ پس از دستور اجرایی ۱۹۸۲ می‌تران که عرف حقوقی آن شکل گرفته است و در حال حاضر نیز اعتبار لازم را دارد، موارد مشکوک به ورشکستگی که وزارت دادگستری تشخیص دهد، به وزارت اقتصاد این کشور ارسال می‌شود. در صورت تأیید خطر ورشکستگی توسط وزارت اقتصاد، شعبه‌های وزارت دادگستری در استان‌ها، حق صدور حکم تعطیلی شرکت را به مدت حداکثر دو ماه دارند.^۳

بنابراین، می‌توان چنین برداشت کرد که وزارت دادگستری حق نظارت دایمی بر فعالیت شرکت‌ها را دارد و گزارش‌های مشکوک از سازمان بورس و اداره حسابرسی کل کشور را دریافت می‌کند. در هر صورت، مقامات وزارت دادگستری با توجه به اختیار تعطیلی دوماهه کسب و کار می‌توانند با صاحب کسب و کار، مذاکره و آن‌ها را به تسویه دیون راضی کنند. بر این اساس، مسئولیت نظارت در این خصوص به وزارت یادشده اعطا شده است.

1-Vérifier.

۲. عبداللهی، حسن، «شرایط ماهوی تحقق ورشکستگی در قانون تجارت و لایحه جدید قانون تجارت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان کردستان، سقز، ۱۳۹۸، ص ۴۳.

3-Abdala, op. cit., p. 47.

اعطای چنین اختیار بالایی به نهادی اجرایی - قضایی پسندیده است و می‌تواند بدون تشریفات دست و پاگیر اداری - قضایی موجب رشد اقدامات قاطع و اثربخش این نهاد شود. به نظر می‌رسد اعطای چنین اختیاری به پلیس اقتصادی که ضابط قضایی محسوب می‌گردد، موجب نتیجه‌بخشی بهتر اقدامات پیش‌گیرانه شود؛ چون در نظام اداری - قضایی، عمده اقدامات تحقیقاتی با توجه به تجربه‌های تخصصی، بر دوش ضابطان دادگستری قرار دارد.

بند چهارم. زیرمجموعه‌های وزارت اقتصاد

نقش وزارت اقتصاد در مقابله با ورشکستگی، به نسبت دیگر ارگان‌های یادشده نسبتاً پیچیده ارزیابی می‌شود. حسب توصیه‌نامه سازمان بورس، بانک‌ها ملزم به پرداخت وام به شرکت‌ها هستند. وزارت اقتصاد به عنوان نهاد متولی بانک‌ها، حق دخالت در این مورد را ندارد و بنابراین، سلسله‌مراتب در این وضعیت وجود ندارد. عرف شکل گرفته، نوعی تعهد حقوقی بین بانک‌ها و سازمان بورس ایجاد کرده که با توجه به عمومی بودن سازمان بورس، سلسله‌مراتب اداری در این جا نادیده انگاشته شده است.

سازمان حسابرسی کل کشور فرانسه که زیرمجموعه وزارت اقتصاد است، در گزارش‌های تفصیلی سالانه، درجه‌بندی ۱ تا ۱۰ را برای ورشکستگی در نظر گرفته و این گزارش‌ها به صورت مستقیم به وزارت دادگستری (و نه قوه قضاییه) قابل ارسال است. پس از برگزاری اولین جلسه مشترک بین سازمان حسابرسی و پلیس اقتصادی در تاریخ ۱۹۸۵/۰۷/۰۵ برای هماهنگی در خصوص مقابله با ورشکستگی، این جلسه به صورت عرفی، هر دو ماه، یک بار تشکیل شده است که تاکنون نیز ادامه دارد. بنابراین، کمیته‌ای برای هماهنگی بین دو نهاد سازمان حسابرسی و پلیس اقتصادی ایجاد شده است که به شورای امنیت کشور ما شباهت ویژه‌ای دارد (شورای امنیت، هماهنگ‌کننده بین وزارتخانه‌های اطلاعات و کشور است).^۱

در غیاب الزام به رعایت سلسله‌مراتب، گزارش‌های اداره حسابرسی این کشور، پس از جلسه مشترک با پلیس اقتصادی به قوه قضاییه قابل ارسال است. معمولاً این گزارش‌ها به نسبت دیگر اسناد، از اعتباری بالاتر برای قوه قضاییه برخوردار است.^۲ با توجه به این که پلیس اقتصادی، نهادی ضابط محسوب می‌شود، پس از استعلام قوه قضاییه، ملزم به ارسال اطلاعات غیر شخصی افرادی می‌شود که پس از جلسه مشترک با اداره حسابرسی به دست آورده است.

۱. ناصحی، میثم، علی فقیه حبیبی و کیوان صداقتی، «تأملی بر استقلال واحدهای محلی از منظر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، ص ۴۵.

2-Baubeau, Patrice and Angelo Riva, "Au prisme du scandale: crise, faillites bancaires et régulation financière dans la France de l'entre-deux-guerres", Entreprises et histoire 101, 4, 2020, p. 52

نقطه قوت این اقدامات آن است که مسئولان فرانسوی، منتظر رخ دادن ورشکستگی نمی‌مانند و در بررسی‌های دایمی خود، شرکت‌های مشکوک به ورشکستگی را شناسایی می‌کنند. با توجه به رسالت قوه قضاییه و حریمیت آن در تمامی امور باید الزام به ارسال هر نوع گزارش به این قوه در اسناد حقوقی ذکر شود. حتی در مسائل امنیتی نیز ارسال اسناد سری و فوق سری به این قوه به موافقت رئیس جمهوری بستگی دارد که معمولاً به سبب دیر ارسال شدن اطلاعات، مشکلات زیادی در دادرسی‌های امنیتی ایجاد می‌شود. بنابراین، به صورت کلی نیاز است که الزام به ارائه اطلاعات به این قوه تقویت شود.

گفتار سوم. رویه اداری در مرحله توقف ظاهری

همان گونه که بیان شد، منظور از توقف ظاهری آن است که تاجر با وجود برخورداری از دارایی مفکی، نقدینگی لازم را ندارد و آمار بدهکاری‌ها و اموال غیر منقول وی گویای این مهم است. رویه اداری قوه مجریه فرانسه برای مقابله با ورشکستگی در هر دو حالت بررسی می‌شود و ذکر این نکته قابل توجه است که تأسیس مورد نظر (تفکیک به توقف ظاهری و واقعی) در موفقیت نظام حقوق اداری فرانسه در مقابله با ورشکستگی نقش مهمی دارد. البته انتقادهایی به رویه اداری این کشور نیز وجود دارد.

بند اول. معیار شناسایی

گفتیم که قوه قضاییه و سازمان حسابرسی، به صورت مستقل، درجه‌بندی‌هایی از وضعیت مالی شرکت‌های تجاری انجام داده‌اند. هر چند تقسیم‌بندی توقف به دو نوع ظاهری و باطنی از سال ۱۹۵۰ رسماً وجود داشته است، اما این تقسیم‌بندی در درجه‌بندی مورد نظر جایی نداشت. در این باره نیز منبع حقوقی مستقلی وجود ندارد و در نهایت، پس از دهه ۱۹۹۰، به صورت عرفی، قوه قضاییه فرانسه، این درجه‌بندی را زیرمجموعه‌ای از تقسیم‌بندی دوگانه توقف دانست.^۱

بنابراین، درجه‌بندی به ۱۰ نمره افزایش یافت که موجب وحدت در تقسیم‌بندی دو نهاد یادشده گردید. پس از سال ۲۰۰۰ و بحران‌های مالی این کشور، به صورت عرفی و ناخواسته، این تقسیم‌بندی‌ها ادغام شد و پس از تعریف دو نوع توقف، معیارهای ۱ تا ۵ برای وضعیت مالی در هر گروه تعریف شده است که درجه ۵، بدترین وضعیت مالی و درجه ۱، بهترین وضعیت را نشان می‌دهد.

۱. باقری، مصطفی و فاطمه رنگرز باسلیقه، «اسناد تجاری در حقوق تجارت»، اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه

پایدار جامعه مدنی، شیراز، ۱۳۹۴، ص ۸.

گزارش‌های حسابرسان معتمد فرانسه که معمولاً تلفیقی از دو گزارش مستقل مالی است، معیار قرار می‌گیرد.^۱ بنابراین، استقلال حسابرسی در نظام اداری فرانسه به خوبی رعایت می‌شود. هزینه حسابرسی مجدد و اظهار نظر تطبیقی نیز معمولاً از منابع عمومی بورس و در صورت ناتوانی این نهاد، از منابع عمومی دولتی وزارت اقتصاد پرداخت می‌گردد.^۲ این موضوع موجب خواهد شد که دغدغه مالی پرداخت دستمزد حسابرس در شرکت‌ها وجود نداشته باشد.

گفتیم که ساختاربندی ورشکستگی، نخستین اقدام مفید دولت فرانسه برای مقابله با ورشکستگی دانسته می‌شود. چون به سبب دغدغه دستمزد حسابرس، ممکن است حسابرسانی با تجربه کم‌تر استخدام شوند که گزارش‌های مالی آن‌ها شفاف نباشد، اقدام دولت فرانسه در پرداخت دستمزد از منابع عمومی موجب استقلال کامل حسابرس می‌شود که اعتماد به گزارش مالی و به تبع آن، تقسیم‌بندی وضعیت مالی را تقویت می‌کند.

بند دوم. همکاری با قوه قضاییه

در مرحله توقف ظاهری، قوه قضاییه از اختیارات اجرایی - اداری خود برای صادر نکردن حکم ورشکستگی استفاده می‌کند. با این حال، می‌تواند در قبال این موضوع مهم، مطالباتی از تاجر داشته باشد. علاوه بر قانون تجارت، در قانون مدنی فرانسه نیز سعی شده است در صورت امکان از صدور حکم ورشکستگی پرهیز شود و از طریق اخطار و نظارت بر فعالیت‌های تاجر، از وقوع ورشکستگی جلوگیری کنند.

راهبرد بعدی، توقف اجرائیات و احکام در حال اجرا علیه تاجر است. در این مرحله، دادرسان برای حمایت از تاجر و به منظور هدایت آن‌ها به تصفیه حساب بستانکاران، مانع از اجرای احکام می‌شوند و اجرای احکام را به طور موقت، متوقف می‌کنند. گفتنی است که این اقدامات قوه قضاییه در مراحل ۱، ۲ و ۳ ورشکستگی ظاهری انجام می‌شود.

رسالت حسابرس قانونی، تأیید صادقانه بودن صورت حساب‌های سالیانه شرکت و ترسیم تصویری شفاف از فعالیت‌ها و وضعیت شرکت برای سال مالی، وضعیت مالی و سرمایه‌های شرکت به دادگاه است. این وظیفه در سه مرحله تحقق می‌یابد:^۳

1-Lal, Hamish and Casey, Brendan, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration-The Need for Coherence", ASA Bulletin, 2020, 38.4, p. 65

2-Ibid, p. 66.

3-Khorsand, Badiei, et al., "A Comparative and Educational Study of Laws in Litigation of Religious Minorities in Iran and Lebanon", Iranian Journal of Comparative Education, 2020, 3.2, p. 730

۱. درخواست اطلاعات از رئیس هیئت مدیره؛

۲. دعوت برای تشکیل جلسه هیئت مدیره؛

۳. آگاه کردن سهام‌داران.

گفتنی است اخطار یا هشدار حسابرس قانونی، ملاک عمل قوه قضاییه قرار می‌گیرد. تبعیت نکردن از اخطارهای حسابرسان رسمی مستوجب مسئولیت‌های کیفری خواهد شد. بنابراین، می‌توان گفت که اقدامات قوه قضاییه برای مقابله با ورشکستگی در مرحله ظاهری آن است که ضمن مذاکره با اعضای اصلی شرکت، صادر نکردن حکم ورشکستگی را به تسویه بدهکاری تا مهلت مشخص وابسته می‌کند. این موضوع مهم به آیین سازش در ایران شباهت زیادی دارد. در واقع، قوه قضاییه بدون استفاده عملی از اختیارات خود و با رویه کدخدانمنشی، تاجر یا تجار را به تسویه دیون قانع می‌کند.

وزارت دادگستری نیز به صورت مستقل می‌تواند از حق تعطیلی دوماهه کسب و کار استفاده کند که معمولاً تجار را ملزم به این تعهد می‌کند که بدون اطلاع وزارت دادگستری، حق فروش اموال غیر منقول را ندارند. بنابراین، مانع از اقدامات هدفمندانه فرار از دین می‌شود. تنها انتقاد وارد شده به این رویکرد آن است که این اقدامات می‌توانست به صورت یک پارچه و مشترک از جانب نهادهای یادشده انجام شود.

بند سوم. اقدامات حل اختلاف

در صورت تشخیص مسئولان قضایی به خطرناک شدن وضعیت توقف ظاهری، دستور تشکیل شورای مصالحه بین طلبکاران و تاجر یا تجار صادر می‌شود. قوه قضاییه، توقیف اموال غیر منقول را نیز در این مرحله انجام می‌دهد. این اقدام شبه‌قضایی به مراحل ۴ و ۵ توقف ظاهری مرتبط است. مأمور ویژه در مرحله ۵ تعیین می‌شود.^۱

فرآیند مصالحه در حقوق فرانسه (در مرحله ۴ انجام می‌شود)، بر خلاف قرارداد ارفاقی در ایران، برای جلوگیری از ورشکستگی است. قبل از این راهکار، در قانون سال ۱۹۸۵، دستورالعملی با عنوان «دستورالعمل حل و فصل دوستانه» برای تأمین منافع تجار و شرکت‌ها در قانون تجارت آن کشور پیش‌بینی شده بود. این روش نسبت به تجاری اعمال می‌شد که از نظر اقتصادی دچار مشکل شده‌اند، اما می‌توانند در برهه زمان کوتاهی، آن را جبران کنند. در ادامه، این قانون در سال ۱۹۹۴ اصلاح شد. دست آخر، ماده 3-611.L این راهکار را از متن خود به کناری نهاد و راهکار فعلی که مشابه راهکار قبلی است، با عنوان «سازش» در ماده 4-611.L به بعد آن قانون درج شده است. توضیحات این مبحث نیز برگرفته از مواد 4-611.L تا 15-611.L است.^۲

1-Baubeau, Patrice, Monnet, Éric, Riva, Angelo, et al., "Les crises bancaires en France pendant la Grande Dépression: une histoire renouvelée", Revue d'économie financière, 2020, No. 1, p. 330

2-Khorsand, Badiei, et al., op. cit., p. 735.

بنابراین، می‌توان گفت که قوه قضاییه به صورت مستقیم تنها در درجات ۱ تا ۳ ورشکستگی ظاهری دخالت می‌کند و در مرحله ۴، دستور تشکیل شورای سازش را صادر و در مرحله ۵، مأمور ویژه تعیین می‌کند. در مرحله شورای سازش، به کمک میانجی‌گران متخصص در امور شرکت‌داری، جلسه‌ای مشترک بین طلبکاران و تجار، برگزار و راهکار منطقی برای تسویه حساب تعیین می‌شود. در صورت سازش نکردن، دادگاه، شرکت را به اداره تسویه وزارت دادگستری معرفی می‌کند. در مرحله ۵، با توجه به خطر ساز شدن شرایط مالی شرکت، مأمور ویژه قوه قضاییه، نظر فنی خود را در خصوص تسویه دیون صادر می‌کند و بدون صرف زمان برای سازش، در اسرع وقت، حکم مقتضی صادر می‌شود. سیاست قوه قضاییه این است که بدون صدور حکم ورشکستگی، دیون پرداخت شود. بنابراین، در مرحله ۵ به صورت قاطع‌تر، از تجار، خواستار تسویه دیون است که معمولاً با توجه به پی‌آمدهای منفی صدور این حکم، تجار از دستور قوه قضاییه اطاعت می‌کنند.

بند چهارم. کمک‌های مقتضی

قوه قضاییه برای کمک به تجار که سیاست کلی آن، جلوگیری از تبدیل وضعیت توقف ظاهری به توقف واقعی است، معمولاً درخواست مساعدت را به سازمان حسابداری ارسال می‌کند. با وجود تحسین‌برانگیز بودن سازوکار عرفی حقوق اداری فرانسه، برخی ضعف‌ها در این خصوص مشهود است. از جمله این ضعف‌ها آن است که سازمان بورس، الزامی به پذیرش درخواست قوه قضاییه ندارد. ارسال مستقیم نامه قوه قضاییه به ارگان‌های تابع، نقطه قوت این وضعیت است و تبعیت نکردن برخی ارگان‌ها از نظام قضایی این کشور موجب کاهش اقتدار این قوه شده است. نهادهای زیرمجموعه وزارت دادگستری و همچنین اداره کل حسابرسی، معمولاً از قوه قضاییه تبعیت می‌کنند، ولی سازمان بورس که تعیین‌کننده شیوه کمک به تجار در حال ورشکستگی است، تبعیت مناسبی از قوه قضاییه ندارد. بنابراین، در صورت تشخیص نیاز به کمک توسط سازمان حسابرسی، تجار در حال ورشکستگی به سازمان بورس معرفی می‌شوند و پس از حسابرسی مجدد، درخواست الزام‌آور کمک از طرف سازمان بورس به بانک‌ها ارسال می‌شود.

اگر جریان ورشکستگی از طرف وزارت دادگستری پی‌گیری شود، در مراحل ۱ تا ۳ ورشکستگی ظاهری، سازمان بورس از درخواست این وزارت تبعیت می‌کند و در اسرع وقت، پی‌گیر کمک‌های مالی به شرکت می‌شود. بنابراین، بهتر است که جریان ورشکستگی‌های درجه ۱ تا ۳ از طرف وزارت دادگستری (و نه قوه قضاییه) پی‌گیری شود. در غیاب منبع حقوقی الزام‌آور، عرف شکل گرفته از این خلأها رنج می‌برد.

گفتار چهارم. رویه اداری در مرحله توقف واقعی

اساس سیاست‌های اجرایی - قضایی فرانسه برای جلوگیری از ورود شرکت‌ها به مرحله ورشکستگی واقعی است که تا حدود زیادی، موفق ارزیابی شده است. با این حال، باز هم جریان ورشکستگی واقعی کاملاً مرتفع نشده است و در این مرحله نیز اقدامات پیش‌گیرانه برای جلوگیری از بدتر شدن وضعیت انجام می‌شود که به این مهم می‌پردازیم.

بند اول. تشکیل کمیته

در صورت تشخیص وضعیت ورشکستگی واقعی، در هر مرحله‌ای که باشد، دستور تشکیل کمیته صادر می‌شود. از نظر حقوق دانان فرانسوی، این موضوع مهم در حیطه راهکارهای غیر قضایی جای دارد.^۱ در این باره به کمک کمیته‌های تنسيق‌کننده که متصدیان قضایی را به میانجی‌گری و وساطت مجبور می‌کنند یا کمک‌های دولتی و یارانه (سوبسید)هایی می‌توان اشاره کرد که برای نجات تاجر از ورشکستگی پرداخت می‌شود. در این باره نیز سند اجرایی و منبع حقوقی مستقلی وجود ندارد، اما تمامی اقدامات کمیته حول تقسیط بدهی‌ها انجام می‌گردد. گاهی دولت، پرداخت برخی اسناد تجاری را بر عهده می‌گیرد و در عوض، شرکت، این دین را به صورت اقساط پرداخت می‌کند.^۲ به هر حال، تصمیم کمیته‌ها در این موارد، لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. هماهنگی خاصی که بین تمامی ارگان‌ها وجود دارد، موجب تبعیت از این دستورها در اسرع وقت خواهد شد. از نظر حقوق شرکت‌ها نیز مدت‌دار شدن بدهی می‌تواند شرکت را از ورشکستگی نجات دهد.^۳

با توجه به این که اولین مرحله از ورشکستگی واقعی، ورود به مرحله یک است، به محض احراز این وضعیت، کمیته‌های ویژه تشکیل می‌شود که مطابق آمار ارائه‌شده، در سال‌های ۲۰۱۰ تا ۲۰۱۵ موجب بازگشت ۶۷ درصد شرکت‌های معرفی‌شده به توقف ظاهری شده است.^۴ این آمار، موفقیت تقریباً مناسب دولت فرانسه را برای مقابله با ورشکستگی نشان می‌دهد. البته در این آمار، تعداد شرکت‌های وارد شده به این مرحله اندک است. بنابراین، اساس موفقیت پیش‌گیری از ورشکستگی را می‌توان به جلوگیری از ورود به اصل ورشکستگی واقعی دانست.

1-Jaiswal, Hrishikesh, "Process of Arbitration in India: A beginner's guide", PenAcclaims Law Journal, 2020, p. 121.

۲. بوالحسنی، حمید، قواعد حل تعارض قوانین در اعتبارات اسنادی بین‌المللی، تهران: ندای کارآفرین، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۳۲.

۳. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۵۴.

۴. جوادی، امیر، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: حقوق‌یار، چاپ سوم، ۱۳۹۸، ص ۲۱.

تشکیل کمیته‌های ویژه که از اختیارات مناسب قضایی برخوردارند، انتخابی هوشمندانه در بدو ورود به توقف واقعی است؛ چون این اقدام در مرحله ظاهری موجب توقف فعالیت شرکت و به تبع آن، تشدید وضعیت ورشکستگی می‌شد. این اقدام در بدو ورشکستگی واقعی، ضرورتی واقعی به شمار می‌رود.

بند دوم. نجات

در حقوق تجارت کشور فرانسه، قواعد ورشکستگی منحصر به تجار و بازرگانان نیست، بلکه شامل تجار و کسبه جزء، همه اشخاصی که مشاغل مستقل زیر کنترل دولت دارند، از قبیل وکلا، سردفتران و کارشناسان رسمی دادگستری، کشاورزان و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، مثل مؤسسات زبان نیز می‌شود. شرایط الحاق تاجر به دوره نجات که اختیاری است، عبارتند از تقاضای تاجر، اثبات لاینحل بودن مشکلات از سوی تاجر و اثبات این که وی هنوز متوقف نشده است.^۱

در خصوص آثار دوره نجات نیز باید بیان داشت که قانون‌گذار با پیش‌بینی دوره نجات، برای تاجر مصونیت ایجاد می‌کند و این مصونیت، همان فسخ نشدن قراردادهای بین تاجر با بستانکاران است. پس صرف ورود تاجر به دوره نجات باعث ایجاد حق فسخ برای طرفین قرارداد با شخص بدهکار نیست. بستانکاران نمی‌توانند ورود تاجر به مرحله نجات را به منزله زنگ خطر قلمداد و به همین دلیل، قراردادهای خود را با تاجر فسخ کنند.

از طرف دیگر، قانون‌گذار برای ارفاق به تاجر و جلوگیری از توقف وی، اجازه فسخ برخی از قراردادهایش را به او می‌دهد. برای مثال، تاجری اوضاع مالی خوبی دارد و یک واحد مسکونی بزرگی را اجاره کرده است و بابت آن، اجاره‌بهای زیادی نیز پرداخت می‌کند. حال که دوره پیش‌گیری را پیموده و وارد دوره نجات شده است، احساس خطر می‌کند و می‌خواهد از توقف خویش و پی‌آمدهای بعدی آن مصون باشد. پس وی حق دارد که قرارداد اجاره این واحد مسکونی را فسخ کند.

دوم این که طرح دعوای فسخ، توقف و ورشکستگی علیه تاجری که وارد دوره نجات شده است، ممنوع و بر خلاف قانون است. سوم این که در صورت توقف، هیچ سود و خسارت تأخیر تأدیه‌ای به بستانکاران تعلق نمی‌گیرد، به جز وام‌های بانکی که مهلت پرداخت اقساط آن، بیش‌تر از یک سال باشد. نکته آخر این که دیون مؤجل تاجر، به صرف آغاز دوره نجات حال نمی‌شود.

۱. دانا، محمد مهدی و اسماء حبیب‌نیا، «بررسی تطبیقی قانون تجارت با لایحه تجارت (با تمرکز بر شرکت‌های سهامی)»، نخستین کنفرانس بین‌المللی بورس، بانک و بیمه با رویکرد توسعه پایدار (ارتباط دانشگاه با صنعت)، شیراز، ۱۳۹۳، ص ۳۲.

بند سوم. مسئولیت‌های اداری

با توجه به این‌که اساس سیاست اجرایی - قضایی فرانسه برای تبدیل ورشکستگی ظاهری به ورشکستگی واقعی است، برای نهادهای اداری ذی‌ربط، مسئولیت‌هایی در نظر گرفته شده است. پلیس اقتصادی به عنوان ضابط دادگستری در مسائل اقتصادی، ملزم به رصد دایمی فعالیت‌های اقتصادی است. اگر آمار تبدیل ورشکستگی ظاهری به واقعی بالا باشد، مسئولان این نهاد باید به وزارت کشور و ریاست جمهوری پاسخ‌گو باشند. در صورت لزوم، پارلمان نیز حق سؤال از مسئولان انتظامی را دارد. در جریان بحران مالی ۲۰۰۷، آمار شرکت‌های تبدیل وضعیت‌یافته به بیش از ۳۰۰ مورد رسید که پس از برگزاری جلسه مشترک ریاست جمهوری، نمایندگان مجلس و رئیس پلیس اقتصادی این کشور، مسئولیت پلیس به سبب اوضاع خاص کشور منتفی اعلام شد.^۱

سازمان حسابرسی نیز در صورت بالا بودن آمار تبدیل وضعیت توقف ظاهری از مرحله ۳ به ۴، مسئولیت دارد و باید به وزارت اقتصاد پاسخ‌گو باشد. تاکنون موردی از احراز این مسئولیت گزارش نشده است. وزارت دادگستری با توجه به اختیارات عرفی خود در جریان کسب استعلام‌ها، مسئولیتی نسبتاً سنگین‌تر دارد و در تبدیل وضعیت ۱ به ۲ ظاهری مسئول است. در صورت لزوم، وزارت دادگستری به صورت مشترک به رؤسای قوای سه‌گانه این کشور پاسخ‌گوست.

در خصوص مسئولیت‌های یادشده، اگر قصور مسئولان مربوط به اثبات برسد، امکان عزل یا تنبیه اداری آنان وجود خواهد داشت. به صورت نانوشته، چنین است که در صورت بالا بودن آمار ورود به وضعیت ۵ واقعی، مسئولیت کیفری مسئولان محرز است. در طول تاریخ، در دهه ۱۹۶۰ به سبب وضعیت بد اقتصادی و بالا بودن آمار ورشکستگی، مدیران سازمان حسابرسی و اداره تسویه وزارت دادگستری به دادگاه معرفی شدند، ولی در نهایت از مسئولیت تبرئه گردیدند. حقوق‌دانان فرانسوی معتقدند که حسب این رویه، در صورت بالا رفتن آمار ورشکستگی می‌توان مسئولیت کیفری مدیران سازمان‌های یادشده را محرز دانست.^۲ منابع حقوقی نوشته نیز جزئیات این مسئولیت را مشخص نکرده است و حسب نظر قاضی، در این باره تصمیم‌گیری می‌شود. نکته قابل توجه این است که حسب ماده دهم اساس‌نامه بورس که این نهاد را کاملاً عمومی و بدون وابستگی به دولت یا ارگان‌های خصوصی معرفی می‌کند، این نهاد در قبال ورشکستگی شرکت‌ها مسئولیتی ندارد. با توجه به عمومی بودن این سازمان و دیگر مسائل حقوق عرفی، این رویه در نظام حقوق اداری فرانسه شکل گرفت و با وجود نقش مهم

1-Horton, David, "Arbitration About Arbitration", Stan. L. Rev., 2018, 70 p. 431.

۲. پاسبان، محمدرضا، «قانون تجارت ایران در گردونه تحول: بررسی اصلاح مقررات شرکت‌های تجاری»، پژوهش‌های حقوقی، دوره سوم، ۱۳۸۴، ص ۷.

سازمان بورس در کاهش ورشکستگی‌ها و همکاری متناسب غیر الزام‌آور دیگر نهادها با این سازمان، در صورت بالا رفتن آمار ورشکستگی، سازمان بورس هیچ مسئولیتی در این قبال نخواهد داشت.

به طور کلی، یکی از اهداف جرم‌انگاری فعل یا ترک فعل‌ها، ایجاد عامل پیش‌گیرانه است. با توجه به مسئولیت‌های اداری مقابله با ورشکستگی در کشور فرانسه، ضمانت تنبیه‌های اداری - کیفری در این باره به خوبی وضع شده است که می‌تواند عامل انگیزشی برای اجرای صحیح مسئولیت‌های اداری این حوزه باشد. مستثنا کردن مسئولان سازمان بورس از هر گونه مجازات، با این تفسیر که اعمال مجازات در سازمان‌های عمومی ممکن نیست، خلاف واقع است؛ چون مسئولان سازمان‌های عمومی در اداره بخشی از منابع عمومی که متعلق به کل ملت است، مسئولیت دارند و در صورت قصور، مستحق مجازاتند. پس تنها انتقاد به رویه دولت‌مردان فرانسه در این خصوص، معافیت مقامات سازمان بورس از مجازات است.

گفتار پنجم. اجرای الگوی اداری مرتبط در ایران

نظام‌های حقوقی، اداری و اجرایی دو کشور ایران و فرانسه تفاوت‌های فاحش با هم دارند. در حال حاضر، اجرای الگوی پیش‌گیری فرانسوی در ایران با مشکلات عدیده‌ای روبه‌روست که برمی‌شماریم.

بند اول. نهادهای مسئول

اقدامات پیش‌گیرانه دولت فرانسه برای مقابله با ورشکستگی قابل تحسین است، اما انتقادهایی نیز بر آن وارد است. یکی از این انتقادهای، افزایش تعداد نهادهای دخیل است. در ایران با توجه به محدودیت امور اداری به اسناد حقوقی، به راحتی می‌توان ارگان‌های دخیل در این خصوص را کاهش داد. در حال حاضر، قوه قضاییه، مرجع اصلی رسیدگی به ورشکستگی است و وزارت دادگستری در این موضوع دخالتی ندارد. البته با توجه به اصل یک‌صد و شصتم قانون اساسی، رئیس قوه قضاییه می‌تواند این اختیار را به وزارت دادگستری تفویض کند. با این حال، توصیه شده است که مرجع اصلی مقابله با ورشکستگی، اداره ورشکستگی زیر نظر قوه قضاییه تعیین شود.

قوه قضاییه برای اعمال خود، نیازمند ضابطان عام و خاص است. از حدود یک سال پیش، «پلیس امنیت اقتصادی» از «پلیس آگاهی» استقلال یافت و مسئولیت مقابله با جرایم اقتصادی به این نهاد انتظامی سپرده شد. بنابراین، بهترین گزینه برای نظارت دایمی بر

فعالیت شرکت‌ها و تشخیص وضعیت ورشکستگی آنان، پلیس امنیت اقتصادی است که باید شرح وظایف ضابطیت آن وضع شود.

درست است که به گزارش‌های مالی سازمان بورس اوراق بهادار کشور مانند دیگر کشورها اعتماد کافی وجود ندارد و گاه اطلاعات غلط ارائه شده موجب انحراف در مسیر مالی شرکت می‌شود. با این وصف، در حال حاضر، مستقل‌ترین و معتمدترین حسابرسی انجام شده به سازمان بورس اوراق بهادار مربوط است.

سازمان حسابرسی نیز بر امور حسابرسی کشور نظارت دارد، اما در خصوص استقلال و اعتماد به این سازمان، بحث‌هایی مطرح است. در مواردی که شرکت‌های تجاری، عضو سازمان بورس نیستند، تنها مرجع قابل اعتماد حسابرسی، سازمان یادشده است. پس نیاز است که به دو گزارش مالی سازمان حسابرسی و سازمان بورس به صورت هم‌زمان استناد گردد و مسئولیت نظارت دایمی بر مسائل مالی نیز به پلیس امنیت اقتصادی سپرده شود. ساختاربندی ورشکستگی در ایران انجام نشده است که پلیس امنیت اقتصادی باید آن را به سامان برساند. در این خصوص، قوه قضاییه معمولاً نقش ناظر را ایفا می‌کند و با صدور احکام قضایی، به اقدامات ضابطان، جنبه قانونی می‌بخشد. بنابراین، در نهایت، گزارش‌های پلیس امنیت اقتصادی به اداره ورشکستگی قوه قضاییه و در صورت لزوم، صدور احکام قضایی بازرسی می‌تواند مبنای تعیین وضعیت مالی شرکت‌ها باشد. در این صورت، قوه قضاییه اقدامات مقتضی را در این خصوص انجام خواهد داد.

با توجه به ساختار قدیمی و نامناسب بانکداری در کشور، امکان همکاری آن‌ها در این زنجیره وجود ندارد و به مشکلات دیگری دامن خواهد زد. بنابراین، تا زمان اصلاح نهایی نظام بانکداری منسوخ شده کشور نمی‌توان این نهاد اقتصادی را در خصوص مقابله با ورشکستگی، همکار دانست.

بند دوم. تبیین مسئولیت‌های اداری

گفتیم که یکی از نقاط قوت نظام حقوق اداری کشور فرانسه، هماهنگی مناسب عرفی سازمان‌ها با یکدیگر است. گاه با دستور یک مقام دولتی در بازه مشخص، این رویه شکل گرفته و بعدها بدون الزام حقوقی به رسم بدل گشته است. در ایران، حتی با وجود قوانین نوشته، در بسیاری از موارد، مسئولیت‌های اداری به درستی تبیین نشده است.^۱ برای مثال، درباره مسئولیت وزارت صمت در برخورد با برخی گرانی‌ها می‌توان گفت که با وجود چندین منبع حقوقی نوشته در خصوص ادغام وزارتخانه‌های بازرگانی و صنعت، باز هم با

۱. عمرانی، حیدر، *بررسی ضمانت در اسناد تجاری*، تهران: قانون‌یار، چاپ اول، ۱۳۹۶، ص ۳۲.

این تفسیر که اکنون وزارت بازرگانی وجود ندارد، مسئولان از مسئولیت مقابله با گرانی طفره می‌روند. این قبیل مثال‌ها در ایران فراوان است و تا زمان تبیین دقیق مسئولیت حسب حقوق نوشته، امکان الزام برخی امور به اداره‌ها و سازمان‌ها وجود نخواهد داشت. این برداشت صحیح است که نظام حقوقی ایران از نوع نوشته است، نه عرفی. به عقیده حقوق‌دانان، هیچ نظام حقوقی بدون تأثیر از عرف نیست و قدرت منابع حقوقی نوشته نیز در تبیین دقیق مسئولیت‌ها محدود است. در حقوق اداری ایران، امکان تبیین مسئولیت‌های اداری حسب عرف وجود ندارد. بنابراین، تا زمان تدوین قانون نوشته کامل و جامع با تبیین دقیق مسئولیت‌ها نمی‌توان به اجرای این الگو در کشور امید داشت. هماهنگی نهادهای اجرایی زیر نظر دولت و نظارت در سطوح کلی با هماهنگی سران سه قوه ممکن است. چنین به نظر می‌رسد که در صورت تبیین دقیق جزئیات مسئولیت در ایران حتی بتوان ضعف‌های حقوق اداری نظام فرانسه را نیز جبران کرد و با کم‌ترین چالش برای اجرای الگوی مورد نظر گام برداشت.

بند سوم. هماهنگی‌های اداری

با وجود اختیارات دولت به هماهنگی بین ارگان‌های زیرمجموعه و هم‌چنین جلسات سران سه قوه، باز هم ناهماهنگی اداری به سبب نبود منابع حقوقی نوشته مشهود است. برای مثال، به ناکامی در مبارزه با قاچاق کالا می‌توان اشاره کرد. اساس مبارزه با پدیده قاچاق، در سیاست‌های کلان کشور جای دارد، اما به سبب ناهماهنگی بین نیروی انتظامی، قوه قضاییه و ستاد اموال تملیکی (که مجال ورود به جزئیات آن وجود ندارد)، در عمل، بسیاری از تلاش‌ها برای مقابله با قاچاق کالا عقیم مانده است.

بیان شد که نوشته بودن حقوق ایران، نظام اداری را با این مسئله حقوقی مواجه کرده است که تنها باید در چارچوب بخش‌نامه‌ها و اسناد حقوق اداری عمل کند و حرکت بر خلاف آن جایز نیست، مگر در برخی مسائل جزئی خاص. در کشور فرانسه، با وجود حداقل منابع حقوق نوشته اداری، عرف شکل‌گرفته به خوبی توانسته است بین نهادهای مختلف هماهنگی ایجاد کند. بنابراین، با هدف اجرای صحیح الگوی مورد نظر در ایران باید جزئیات هماهنگی‌های یادشده به صراحت کامل مشخص شود.

نتیجه‌گیری

سؤال پژوهش این بود که عوامل موفقیت نظام حقوقی - اجرایی فرانسه برای پیش‌گیری از ورشکستگی چیست و این الگو در ایران چگونه قابل اجراست؟ چنین فرض شده بود که قوانین کامل و اختیارات و هماهنگی‌های اداری مناسب در کشور فرانسه برای مقابله با پیش‌گیری از ورشکستگی، عامل موفقیت دولت این کشور است، ولی این موضوع مهم به سبب نبود سند اجرایی و تعهدات اداری، در حال حاضر در ایران قابلیت اجرایی ندارد.

این فرضیه قابل تأیید است و می‌توان آن را پاسخی به سؤال پژوهش دانست. در کشور فرانسه با وجود قدمت طولانی قانون‌گذاری، حقوق عرفی در نظام اداری این کشور جایگاه ویژه دارد و نهادها حسب مقتضیات با یکدیگر همکاری دارند. با این حال، نظام سلسله‌مراتب بدون سخت‌گیری خاصی عمل می‌کند و اختیارات نهادهای تابع برای پیشبرد امور، مناسب ارزیابی می‌شود. نهادهای کشور فرانسه از این نقطه قوت استفاده صحیح کرده و سازوکاری مناسب برای پیش‌گیری از ورشکستگی بنا نهاده‌اند.

همکاری عرفی بین نهادها در نظام حقوق اداری ایران پیشنهادی ندارد و حسب نوشته بودن قوانین کشور، ارگان‌ها تنها از منابع حقوق نوشته تبعیت می‌کنند و سخت‌گیری‌های زیادی نیز در این باره اعمال می‌دارند. با این حال، هماهنگی بین نهادهای مختلف با وجود اختیارات سلسله‌مراتبی به درستی اعمال نشده است و از این نظر، الگوی یادشده در ایران قابل اجرا نیست.

برای اجرای موفق الگوی پیشنهادی در ایران پیشنهاد می‌شود:

۱. گزارش‌های مالی سازمان حسابرسی و سازمان بورس مبنا قرار گیرد.
۲. پلیس امنیت اقتصادی به عنوان ضابط قضایی مقابله با ورشکستگی تعیین شود و در شرح وظایف این نهاد، وظیفه نظارت دایمی بر فعالیت‌های مالی شرکت‌ها ذکر گردد.
۳. اداره ورشکستگی زیر نظر قوه قضاییه (در صورت لزوم، وزارت دادگستری)، نهاد قضایی اصلی در خصوص مقابله با ورشکستگی تعیین شود و بر فعالیت ضابطان نظارت داشته باشد. در صورت وصول گزارش‌هایی از سمت پلیس امنیت اقتصادی، اقدامات مقتضی را حسب ساختار بندی ورشکستگی انجام دهد.
۴. در حال حاضر، همکاری بانک‌ها با وجود ساختار منسوخ‌شده آن‌ها توصیه نمی‌شود، اما در صورت اصلاح این ساختار مطابق استانداردهای بین‌المللی، می‌توان وزارت اقتصاد را به اجرای دستور قضایی پرداخت تسهیلات ملزم کرد. در این صورت، بانک عامل برای کمک به شرکت تعیین می‌شود.

بنابراین، به مسئولان عالی‌مقام کشور پیشنهاد می‌شود که از اختیارات اجرایی و هماهنگی

خود بهره ببرند و اسناد هماهنگی بین اداره‌ها را با ذکر دقیق مسئولیت‌ها تبیین کنند و به تمام نهادهای مرتبط بفرستند. ضروری است در لایحه جدید قانون تجارت که پس از گذشت دو دهه هنوز مراحل تقنینی آن کامل نشده است، تغییراتی اعمال گردد و کلیات پیش‌گیری از ورشکستگی در این منبع حقوقی ذکر شود. در این صورت، با تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی در چارچوب این منبع حقوقی می‌توان ضمن تصریح دقیق مسئولیت‌های اداری، به موفقیت‌های مشابه نظام اجرایی - قضایی فرانسه دست یافت.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. بوالحسنی، حمید، قواعد حل تعارض قوانین در اعتبارات اسنادی بین‌المللی، تهران: ندای کارآفرین، چاپ اول، ۱۳۹۷.
۲. پاسبان، محمدرضا، حقوق شرکت‌های تجاری، تهران: سمت، چاپ اول، ۱۳۹۸.
۳. جوادى، امير، حقوق تجارت بین‌الملل، تهران: حقوق‌یار، چاپ سوم، ۱۳۹۸.
۴. عمرانی، حیدر، بررسی ضمانت در اسناد تجاری، تهران: قانون‌یار، چاپ اول، ۱۳۹۶.

ب) مقاله

۱. آرایى، مسعود، پژمان محمدی و غلام‌حسن مزارعی، «اصول حقوقی حاکم بر قراردادهای مشارکت در حقوق اداری ایران»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۶۱-۸۴.
۲. باقری، مصطفی و فاطمه رنگرز باسلیقه، «اسناد تجاری در حقوق تجارت»، اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی، شیراز، ۱۳۹۴.
۳. پاسبان، محمدرضا، «قانون تجارت ایران در گردونه تحول: بررسی اصلاح مقررات شرکت‌های تجاری»، پژوهش‌های حقوقی، دوره چهارم، ۱۳۸۴، صص ۴-۱۱.
۴. دانا، محمدمهدی و اسماء حبیب‌نیا، «بررسی تطبیقی قانون تجارت با لایحه تجارت (با تمرکز بر شرکت‌های سهامی)»، نخستین کنفرانس بین‌المللی بورس، بانک و بیمه با رویکرد توسعه پایدار (ارتباط دانشگاه با صنعت)، شیراز، ۱۳۹۳.
۵. ناصحی، میثم، علی فقیه حبیبی و کیوان صداقتی، «تأملی بر استقلال واحدهای محلی از منظر آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره سوم، ۱۴۰۰، صص ۳۹-۶۴.

ج) پایان‌نامه

۱. عبداللهی، حسن، «شرایط ماهوی تحقق ورشکستگی در قانون تجارت و لایحه جدید قانون تجارت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان کردستان، سقز، ۱۳۹۸.
۲. هاجی، محمد، «بررسی مسئولیت امضاکنندگان اسناد تجاری در حقوق ایران با نگرش به لایحه جدید قانون تجارت»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه پیام نور استان کردستان، سقز، ۱۴۰۰.

د) قانون و مقررات

۱. قانون تجارت الکترونیک ایران، مصوب ۱۳۸۲.
۲. قانون تجارت ایران، مصوب ۱۳۱۱، با آخرین اصلاحات.
۳. قانون مدنی ایران، مصوب ۱۳۱۶، با آخرین اصلاحات.
۴. قانون مدنی فرانسه، آخرین اصلاحات در سال ۲۰۱۶.
۵. قانون تجارت فرانسه، مصوب ۱۸۰۷، با آخرین اصلاحات.

2-English source

- 1-Abdala, Manuel A., "Key damage compensation issues in oil and gas international arbitration cases", *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2008, 24: 539
- 2-Alaedini, Amirabbas and Azarbaijani, Alireza, "Clarifying the Existing Approaches to Prevent Companies from Bankruptcy in the Bill of Trade and the France's Law", *Journal of Strategic Management Studies*, 2016, 6.24: 39-66
- 3-Borghetti, Jean-Sébastien, "Civil Liability for Artificial Intelligence: What Should its Basis Be?", *La Revue des Juristes de Sciences Po*, 2019, 17: 94-102
- 4-Bueno, Nicolas and Bright, Claire, "Implementing human rights due diligence through corporate civil liability", *International & Comparative Law Quarterly*, 2020, 69.4: 789-818
- 5-Chong, Shou Yu and Alexander, Nadja Marie, *Case Note: Enforceability of Agreements to Mediate in English Law*, 2020
- 6-Cossat, Sandra, Chaplier, Jérôme and De Lomenie, Tiphaine Beau, "The French law on duty of care: A historic step towards making globalization work for all", *Business and Human Rights Journal*, 2017, 2.2: 317-323
- 7-Dafe, Florence and Williams, Zoe, "Banking on courts: financialization and the rise of third-party funding in investment arbitration", *Review of international political economy*, 2021, 28.5: 1362-1384
- 8-Fontanelli, Filippo and Tanzi, Attila, "Jurisdiction and admissibility in investment arbitration. A view from the bridge at the practice", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2017, 16.1: 3-20
- 9-Gerhardt, Maria, "Consumer Bankruptcy Regimes and Credit Default in the US and Europe: A comparative study", *CEPS Working Document No. 318*, 27 July 2009

- 10-Ghaisary, Seyed Ata, Yousefzadeh, Morteza and Habib, Mahmood, "Preventive civil liability and its educational principles in the high school social studies textbook", *Revista Conrado*, 2020, 16.76: 68-78
- 11-Guthrie, Benjamin K. and Hioureas, Christina G., *Sovereignty Disputes and Offshore Development of Oil and Gas*. 2018
- 12-Horton, David, "Arbitration About Arbitration", *Stan. L. Rev.*, 2018, 70: 363.
- 3-Jaiswal, Hrishikesh, "Process of Arbitration in India: A beginner's guide", *PenAcclaims Law Journal*, 2020
- 14-Jones, Odwyn, Lilford, Eric and Chan, Felix, *The Business of Mining: Mineral Project Valuation*. CRC Press, 2018
- 15-Khorsand, Badiei, et al., "A Comparative and Educational Study of Laws in Litigation of Religious Minorities in Iran and Lebanon", *Iranian Journal of Comparative Education*, 2020, 3.2: 724-736
- 16-Lal, Hamish and Casey, Brendan, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in International Arbitration-The Need for Coherence", *ASA Bulletin*, 2020, 38.4
- 17-Maleki, M., Eslami, M. and Rezaei, M., "Principles of Arbitration in Oil Contracts", *Revista Publicando*, 2018, 5.14: 779-800

3-French source

- 1-Baubeau, Patrice and Angelo Riva, "Au prisme du scandale: crise, faillites bancaires et régulation financière dans la France de l'entre-deux-guerres", *Entreprises et histoire* 101, 4, 2020, pp. 44-63
- 2-Baubeau, Patrice, Monnet, Éric, Riva, Angelo, et al., "Les crises bancaires en France pendant la Grande Dépression: une histoire renouvelée", *Revue d'economie financière*, 2020, No. 1, pp. 329-336
- 3-Guerini, Mattia, et al., "Dynamique des défaillances d'entreprises en France et crise de la Covid-19", *OFCE Policy brief* 73, 2020, p. 19

Analysis of administrative challenges of supporting knowledge - based companies and ways to improve it

Mohsen Asgari*

Hossein Habibi Tabar**

Mahmood GhayoomZadeh***

Abstract:

Having the technology of knowledge - based products, depending on the type of industry, can give a lot of power to governments, and therefore it is necessary to support these companies. The legislature has also required the government to support these companies, but due to administrative inconsistencies and the lack of some infrastructure, these protections have not yielded the expected returns. In this descriptive - analytical study, the administrative challenges of supporting knowledge - based companies were investigated. It was concluded that the custodian of the companies' rating is not very specialized and considers only the ownership of the accelerator company as a criterion for the research score, which only leads to the presence and enjoyment of the benefits of knowledge - based companies by parent companies that do not have the expected return. On the other hand, some of the benefits provided to knowledge - based companies have in practice been ineffective by other institutional administrative regulations. The Tax Affairs Organization, by incorrect division of jobs, has deprived the knowledge - based companies of the benefit of tax exemption

*.PhD Student, Private Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran.

**..Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran. (Corresponding Author). yoonatanss@gmail.com

***. Professor, Department of Education and Law, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran maarefteacher@yahoo.com

benefits, and the Customs of the Islamic Republic of Iran, by enacting regulations to protect sailors, has allowed the import of goods similar to knowledge - based products into the country. In the silence of the law, intellectual property cannot be mortgaged and there is a need to administratively consider such a privilege for the said property, which is a kind of protection for knowledge - based companies.

Keywords: Knowledge - Based Companies, Intellectual Property, Growth Centers, Accelerator, Administrative Challenges.

The effects of the new establishment of barriers to the realization of crime on the administrative - judicial procedures of criminal investigation, from the perspective of administrative law

Pooya Pazhoohi *

MohammadEbrahim ShamsNateri**

Abstract:

To commit a crime, the integration of three psychological, material and legal elements is required. In the current legislative situation, barriers to criminal liability are divided into two categories: factors that justify crime and factors that eliminate criminal responsibility; But the absence of some elements can generally prevent the commission of a crime that is important in the judicial affairs of the prosecutor's office. This research has been done by analytical - descriptive method and its purpose is to investigate the effects of the establishment of new barriers to the realization of crime on the administrative procedures of the prosecutor's office. It was concluded that the boundary between obstacles to the commission of a crime is blurred by the two current establishments mentioned in the Islamic Penal Code, which legally require separation. In the absence of a crime, many criminal proceedings, which are the principles of judicial administrative law, such as the prosecution, security and detention of the accused; It should be canceled and the investigation should take a

*. Graduated from the University of Tehran with a Master's degree in Criminal Law and Criminology.

ppzhwhy71@gmail.com

** .Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, University of Tehran.

(CorrespondingAuthor)

shkwrymqswd@gmail.com

different path. In fact, the judiciary will not treat the perpetrator as a criminal. In this regard, there is a need for judicial officers to have more complete administrative coordination with the judiciary in order for the administrative procedures of the criminal procedure regarding the mentioned establishment to be properly implemented. Special and detailed consideration of the issue of attribution of crime is also required in the new establishment, which requires close and uninterrupted cooperation between the two judicial institutions of the prosecutor's office and the court.

Keywords: Crime, Criminal responsibility, Constituent elements of crime, Judicial administrative law, Criminal proceedings.

Assessment of the Economic Equilibrium Clause as a Modern Classification of Stabilization Clause in Foreign Investment Contracts qua Administrative Contract

Farzad Ghaisarian *

Mansour Amini**

Abstract: Since the foreign investment usually involves transfer of capital to the host country for a relatively long period of time; It requires trust in a government that has the power of legislation in its own country and by implementation of that power the fate of investment can change. The stabilization clauses are set primarily to stabilize the investors' situation and to avoid their vulnerability towards the host state. There are different types of these clauses through them Economic Equilibrium Clause has been welcomed in recent years and practically replaced the traditional forms of stabilization clause of investment contracts in many countries. It is noteworthy that the economic Equilibrium clause is inserted for the sake of maintenance of the economic balance of the contract, and on that basis, unlike the traditional types of stabilization conditions, the host governments can also benefit from it. In this article, along with evaluating the compliance of the economic equilibrium Clause with the criteria of administrative law and explaining its types, Stipulated Economic Balancing Clause as the most efficient classification of this clause in practice will be described from the perspective of the authors.

Keywords: Administrative Law, Economic Equilibrium Clause, Foreign Investment, Stability Clause.

*. Private Law Department, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran , Ira. (Corresponding Author). farzadghaisarian@yahoo.com

**.. Private Law Department,, Law Faculty, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.
m-amini@sbu.ac.ir

Analyzing the Ratio between the Rule of Law and Populism: Compatibility or Confrontation

Alireza Dabirnia*

Ali Mashadi**

Mahdi Shafiei Afrapoli***

Abstract: In recent years, populism was born of a theoretical paradox. On the one hand, the the government is constituted by popular consent. On the other hand, to be effective and sustainable, such a power must be restrained and restricted by recourse to concepts, such as the rule of law and judicial oversight. This challenge is today known as the constitutionalism paradox. Consequently, explaining the relationship between populism with any of the concepts of the rule of law and judicial oversight helps shed light on this paradox and the populist interpretation of constitutionalism. The present article takes up this subject from a rule of law perspective. Examining the relationship between these two notions suggests that merely explaining the relationship between populism and the rule of law is not particularly productive and fails to eliminate this ambiguity. Instead, one must investigate the association between different conceptions of the rule of law with populism to illuminate the matter wholly. From this perspective, populism and the rule of law are not necessarily at variance. Instead, populism is solely in contradiction with a substantive reading of the rule of law, and formal interpretation of the rule of law can be consistent with populism.

*.Associate Prof. Department of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Iran
dr.dabirnia.alireza@gmail.com

** . Department of Public and International Law, Qom University,qom.iran.
mashadiali@yahoo.com

***. Ph.D Student in Public Law, Qom University,qom,iran. (Corresponding Author)
shafiei.m1990@yahoo.com

Analyzing the relationship between populism and the substantive conception of the rule of law demonstrates that populism does not realize the right of popular sovereignty, unlike the prevalent claims. Instead, it leads to the rule of the majority, not the people. Accordingly, the article concludes that the superiority of the substantive conception of the rule of law over populism in the legal and political system without taking account of the rights-based models of judicial oversight will not be helpful.

Keywords: Populism, Rule of Law, Rule by Law, Formal Conception, Substantive Conception.

Legislative policies and monopoly in the field of treatment

Fardin Moradkhani *

Davood kazemi**

Abstract:

The purpose of principles 44 and 46 of the constitution is to create competition, prohibit monopoly, efficiency and monitor the economy in order to increase the welfare of the society and create justice. Despite Article 46, no person is allowed to prevent the employment of others with respect to the activity and job they do, there is a suspicion of monopolization in the regulations of areas such as treatment. In this research, we will examine it. By identifying such regulations, it can be amended, In the current research, library and internet materials were used and descriptive-analytical method was used to check the data. This article seeks to answer the question of whether the regulations established in the field of treatment violate the principle of non-monopoly? As an answer, by stating the monopoly components in the policy implementation law, Article 44, reviewing existing regulations and laws, we will deal with the contradictions of these regulations with Article 46 of the Constitution in the field of treatment. Finally, we have come to the conclusion that in the existing laws and regulations in the treatment sector, some monopoly components such as the very low capacity of universities of medical sciences, anti-competitive obstacles through the non-issuance of licenses for traditional medicine doctors, determination of medical tariffs by the doctors themselves can be seen, that as a procedural solution, these laws should be amended first and As fundamental solutions, the general anti-monopoly policies law, article 46 is proposed.

Keywords: Principle 44, Principle 46, Monopoly, Doctors, Competition.

*. buali sina university, hamedan, iran.. (Corresponding Author). moradkhani.fardin@yahoo.com

** . buali sina university, hamedan, iran

. davoodkazemi1359@gmail.com

Censorship of Films of Masoud Kimiaei and Ali Hatami in the light of the Censorship law of 1980s of Iran

Amirhossein Salimian *

Vahid Agah **

Mohammad Jalali ***

Abstract:

After the Islamic revolution of Iran, the film censorship has also been applied by the government to films. In this article, based on the films of Kimiaei and Hatami, the ratio between the censorship of their films and the law of the 1980s has been analyzed and judged. In the years 1979 to 1991, when the new legal system was being established and stabilized, laws and regulations were implemented in the field of cinema and film Censorship and four films by Kimiaei and Hatami were caught by the censorship blade. In Kimiaei's film, "Red Line" was censorship for reasons such as not observing the hijab(Shari'a), presenting a different character from a Pahlavi government security officer, and the "Blade and Silk" film for different face of addiction and drug trafficking and depicting prisons. In Hatami's works, "Haji Washington" in order to present a comic picture of the Iranian ambassador in the Qajar period and criticism of the political diplomacy of the 1980s; and the movie "Jafar Khan returned from Abroad" have been banned due to the vulgar depiction of the conflict between tradition and Westernization. The cases that after reviewing the censorship of the films according to the legal standards of the time, were found to be unreasonable, and the censors of the 1980s, by passing the law of censorship the films, ordered the censorship of these works with extra - legal criteria, and the regulations for the supervision of the screening of films approved on 1965 and 1983, have been violated.

Keywords: Cinema Law, film Censorship, Ali Hatami, Masoud Kimiaei, Art Law.

*.Department of Public law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran:
amirhosein.salimian@gmail.com.

**..Department of Public and International law, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran.
(Corresponding Author) dragah@atu.ac.ir.

***. Department of Public law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. :mdjalali@gmail.com.

Defects and misunderstanding of the system of issuing permission for holding assemblings in the administrative law of Iran

Ali Bayati*

Abstract:

Countries base their assemblings on two systems, “precautionary” and “preventive.” In the precautionary system, governments restrict the holding of assemblings with conditions (such as prior announcement or prior permission). In the persecution system, the principle is freedom, and citizens can hold assemblings without restrictions. Government intervention begins when demonstrators do not comply with the legal limits set for the protection of public order and other social considerations (including non-harm to the rights of others). In the present study, an attempt has been made to investigate the system of issuing permits for holding assemblings in the administrative law of Iran in order to identify the Defects in front of it. The result indicates that in Iran, many Defects and misunderstanding in the issuance of permission for holding assemblings can be traced. Therefore, the system of prudence and governance must take steps to eliminate them. These measures include cited; The need to pass a comprehensive law on public order, to provide a transparent procedure for permission by the Constitutional Court and the Court of Administrative Justice, to determine specific places for holding assemblings, to develop political parties and associations, and to review and reform the composition of permitting members.

Keywords: assemblings, Defects, misunderstanding, system of issuing permission, administrative law.

*. Assistant Professor police University Law Department.

ali.bayati63@yahoo.com

Examination of theories governing on state regulation in public economic law

Reza Tajarlo *

Abstract:

In this paper the main theories of regulation including; public interest theories, private interest theories) capture theory (and institutionalist theories of regulation was examined. The aim was to consider the underlying policy and the reasons of regulation and to find out how the regulation has been constituted. It was found that the Public interest theories consider the regulation for achieving public interest, market efficiency and to solve the market failure. Capture theory considers the regulation as a device for achieving the private interest of groups by monopolizing and affecting in policy making and legislation. Institutionalists' theories have this view that the public interests, private interests and institutionalists' interests should be combined together in constituting the regulations. The recommendation of this paper is that we need to take account all different interests, for example we should give attention to public interests, the interests of social institutionalists and the interests of economic elites and in the main time the monopoly should be prevented. The regulation of our system should be reformed according to our conditions and according to our social values

Keywords: public interest theories, private interest theories, institutionalist theories of regulation, market failure.

*. Academic Member of Faculty of Law of Tehran University

rtajarlou@ut.ac.ir

The legal system governing Tari's claim in the courts of law and the Court of Administrative Justice

Jalal Jafari*

Javad Khaleghian**

Jalil Maleki***

Abstract:

Tari lawsuits are one of the types of lawsuits that have been foreseen by the legislator in the Code of Civil Procedure as well as the Law on Organization and Procedure of the Court of Administrative Justice. In the current situation, according to the Iranian legal system, according to Article 17 of the Code of Civil Procedure and the Revolution in Civil Matters, any lawsuit that is pending in the hearing of another lawsuit by the plaintiff or the main person or by the main defendants It is called a litigation. Also, these lawsuits are lawsuits that are filed against other lawsuits in terms of unity of origin or relationship in terms of adding demands or in the position of defense or personal involvement in the lawsuit and are considered a complete lawsuit. In 2006, the law of the Administrative Court of Justice provided for the possibility of filing two types of litigation. With the approval of the Law on the Organization and Procedure of the Court of Administrative Justice in 2013, by assigning an article to each of them, an incomplete explanation of how to file these two lawsuits was given. Not only has this not helped to bring these cases before the Court of Justice, but it has also led to disagreements over how, under what title and by whom. The research method in this research is descriptive-analytical and library method has been used to collect resources.

Keywords: Arbitration, litigation, Court of Appeal, Code of Civil Procedure, Court of Administrative Justice.

*. Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

jalall.jafari@gmail.com

** . Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran (Islamic Azad University, Karaj Branch).(Corresponding Author) dr.j.khn@gmail.com

***. Department of Private Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

jalil.malekii@gmail.com

Assessing the desirability and legal possibility of including arbitration in employment contracts in the Iranian legal system

Mohammad Ghasem Tangeštani*

Ali Taheri **

Abstract:

The increase in the volume of cases raised in labor dispute resolution authorities has led to the development of alternative dispute resolution methods. Accordingly, considerable emphasis has been placed on resolving disputes arising from labor relations in international instruments and the laws of some countries. Despite the Iranian legislature's efforts to provide for some alternative methods of resolving labor disputes, arbitration has not been specified. Using a descriptive-analytical method, this study seeks to answer the questions of whether the inclusion of an arbitration clause in the employment contract is necessary and whether such a clause is allowed in the Iranian legal system? According to the findings of the present study, although the Iranian legal system has taken a positive approach to alternative dispute resolution methods, but the inclusion of arbitration in employment contracts in the Iranian legal system, for the reasons that will be addressed in this study, including It can be pointed out that the benefits of arbitration are unfavorable compared to the current method of handling labor disputes, as well as the numerous challenges of referring these disputes to arbitration, especially for workers, without the necessary justification and desirability.

Keywords: Possibility of Arbitration, International Labor Law, Employee, employer, Labor Law.

*. Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran (Corresponding Author). m.tangeštani@khu.ac.ir

** MA in International Law, Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran. qwealitaheeri@gmail.com

Proportionality of the legal - executive system Resolving disputes between executive bodies and the constitution

Hossein Sadeghi*
Elahe Marandi **

Abstract:

In the 1989 revision of the constitution, the necessary powers were provided to the president and the cabinet to resolve disputes between the executive bodies. Based on the mentioned principle, the government took action to regulate and anticipate the dispute resolution mechanism within the executive branch, the most important of which is the by - law on how to resolve disputes between executive bodies approved in 2007. Nearly 14 years have passed since the implementation of the mentioned by - law and the experience of its implementation can well reflect the capacities and challenges of the Iranian legal system in resolving the disputes of the executive bodies based on Article 134 of the ICCPR. The findings of the study indicate that resolving the challenges of the current dispute resolution system requires the inclusion of a permanent provision in the law in order to focus dispute resolution based on the bylaws on how to resolve disputes and prevent executive bodies from filing lawsuits against each other in the judiciary.

Keywords: Article 134 of the Constitution, Article 159 of the Constitution, Dispute Resolution of the Executive Body, Internal Mechanisms of the Executive Branch, Legal Vice President.

*. Assistant Professor, Department of Business creation ,Faculty of Entrepreneurship, University of Tehran, ,Tehran, Iran. (Corresponding Author). hosadeghi@ut.ac.ir

**,Assistant Professor, Department of law,Faculty of Social Sciences and Economics, Alzahra University ,Tehran, Iran. e.marandi@alzahra.ac.ir

Pathology of proceedings in the disciplinary authorities of the Armed Forces in the light of the general criteria of a fair trial

Mehdi Ghafoori Zad*

Ali Radan Jebeli **

Abstract:

Today, administrative litigation is recognized as a new type of litigation. The importance of observing the principles and standards of fair trial in this type of trial is two-fold, because in this type of trial, one side of the relationship is the government, which is in a position beyond. Anticipation of legal mechanisms to comply with the standards and criteria of ritual fairness in order to protect the rights of persons involved in the administrative proceedings, causes the proceedings to be carried out in an appropriate manner at the administrative level. Accordingly, the Law on the Establishment of Disciplinary Boards to Investigate Complaints and Violations of Armed Forces Employees provides for primary and review boards in the IRGC, the army, the police, and the Ministry of Defense to investigate violations by members of the Armed Forces. Is. The results of this study show that the general criteria of a fair trial such as two-level trial, the principle of independence and impartiality of the judicial authority, the principle of trial within a reasonable time and providing sufficient opportunity for defense and the right to a lawyer in these authorities are violated. Seriously faced. The research method in this research is descriptive-analytical and library method has been used in collecting resources.

Keywords: administrative proceedings, disciplinary authorities, armed forces, general criteria of fair trial.

*. PhD Student in Private Law, Isfahan Branch (Khorasgan), Islamic Azad University, Isfahan (Khorasgan), Iran. (Corresponding Author). mehdighafoori1372@gmail.com

**Assistant Professor, Department of Private Law, Isfahan Branch (Khorasgan), Islamic Azad University, Isfahan (Khorasgan), Iran . dr.aliradan@gmail.com

Investigation the administrative procedure of bankruptcy prevention in France and the possibility of its application in Iran's administrative law system

Maryam Dadkhah*

Mitra Zarabi **

Abstract:

In line with preventive judicial policies, the issue of bankruptcy prevention has been raised, and the French government has been very successful in this regard. Despite the high rate of bankruptcy in our country, this research was conducted with the aim of investigating the administrative procedure of the French government in this case and the possibility of applying this model in the legal system of our country. The research method was analytical-descriptive. It was concluded that despite the fact that the main laws of France were written, the administrative law system of this country had a certain influence of customs and without respecting the hierarchical issues, the institutions cooperated properly with each other and determined their legal responsibilities according to customs. The division of bankruptcy into two types, apparent and real, has the main effect on the adopted administrative mechanism of prevention, and the general policy of the authorities of this country is not to convert the type of suspension from apparent to real. In our country, due to the limitation of administrative affairs to legal documents and strictness in this matter, especially in the matter of hierarchy, it has not been possible to implement this model, and it is necessary that appropriate legal documents be prepared in this regard and the exact details of responsibilities should be clearly mentioned.

Keywords: Bankruptcy, French legal system, Prevention, Administrative law, Suspension.

*. Doctorate student, private law, Adalat University,

negarmedia@yahoo.com.

** .Assistant Professor, Department of Law, Damavand Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran
(Corresponding Author) Zarabi57@yahoo.com.

Journal of Modern Research on Administrative Law

Forth year / 13th issue / Winter 2022



ISSN : 27170497

Concessionaire

Iranian Association of Administrative Law

Director responsible for

Dr. Asad Allah Yavari

Editor

Dr. Bijan Abbasi

Deputy chief Editor

Dr. Mohammad
Hasanvand

Editorial board members

Dr. Mohammad Emami, Dr. Mohammad Rasekh, Dr. Hossein Zarei
Matin, Dr. Abbas Zaraat, Dr. Seyed Mohammad Qari Seyed Fatemi,
Dr. Ali Mashhadi, Dr. Morteza Najabatkhah, Dr. Mohammad Reza Vi-
jeh, Dr. Seyed Mohammad Hashemi



• Address: No. 33, No. 33, Corner of Haft Peykar Alley, Nezami
Ganjavi St., Tavanir St., Valiasr St., Valiasr St., Tehran, Iran

• Postal Code: 1434863111

• Phone: 09214930838

www.malr.ir

malr.journal@gmail.com

Journal of Modern Research on Administrative Law



Fourth year / 13th issue / Winter 2022



Journal of Modern Research on Administrative Law

Journal of modern research on administrative law

Fourth year :: 13th issue :: Winter 2022

Title of Articles

- ▶ Analysis of administrative challenges of supporting knowledge-based companies and ways to improve it.
- ▶ The effects of the new establishment of barriers to the realization of crime on the administrative-judicial procedures of criminal investigation, from the perspective of administrative law.
- ▶ Assessment of the Economic Equilibrium Clause as a Modern Classification of Stabilization Clause in Foreign Investment Contracts qua Administrative Contract.
- ▶ Analyzing the Ratio between the Rule of Law and Populism: Compatibility or Confrontation.
- ▶ Legislative policies and monopoly in the field of treatment.
- ▶ Censorship of Cinematic works of Masoud Kimiaei and Ali Hatami in the light of the Censorship law of 1980s of Iran.
- ▶ Defects and misunderstanding of the system of issuing permission for holding assemblings in the administrative law of Iran.
- ▶ examination of the theories of state;' regulation in public economic law.
- ▶ Arbitration, litigation, Court of Appeal, Code of Civil Procedure, Court of Administrative Justice.
- ▶ Assessing the desirability and legal possibility of including arbitration in employment contracts in the Iranian legal system.
- ▶ Proportionality of the legal-executive system Resolving disputes between executive bodies and the constitution.
- ▶ Pathology of proceedings in the disciplinary authorities of the Armed Forces in the light of the general criteria of a fair trial.
- ▶ Investigation the administrative procedure of bankruptcy prevention in France and the possibility of its application in Iran's administrative law system.